

NIVEL SECUNDARIO PARA ADULTOS
MÓDULO DE EDUCACIÓN SEMIPRESENCIAL

Derecho y Sociedad

GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ING. FELIPE SOLÁ

DIRECTORA GENERAL DE CULTURA Y EDUCACIÓN

DRA. ADRIANA PUIGGRÓS

SUBSECRETARIO DE EDUCACIÓN

ING. EDUARDO DILLON

DIRECTOR DE EDUCACIÓN DE ADULTOS Y FORMACIÓN PROFESIONAL

LIC. GERARDO BACALINI

SUBDIRECTORA DE EDUCACIÓN DE ADULTOS

PROF. MARTA ESTER FIERRO

SUBDIRECTOR DE FORMACIÓN PROFESIONAL

EDGARDO BARCELÓ

El presente material fue elaborado por los Equipos Técnicos de la Dirección de Educación de Adultos y Formación Profesional de la **Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires.**

El **Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social** brindó apoyo financiero para la elaboración de este material en el marco del Convenio Más y Mejor Trabajo celebrado con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

**Dirección de Educación de Adultos y Formación Profesional de la
Provincia de Buenos Aires**

EQUIPO DE PRODUCCIÓN PEDAGÓGICA

COORDINACIÓN GENERAL

Gerardo Bacalini

COORDINACIÓN DEL PROYECTO

Marta Ester Fierro

COORDINACIÓN DE PRODUCCIÓN DE MATERIALES:

Beatriz Alen

AUTOR

Alejandro Cristian Bresler

Se agradece el material aportado por Raúl Giandana para la elaboración de este módulo

PROCESAMIENTO DIDÁCTICO

1RA. ETAPA: **Gabriela Milanese**

2DA. ETAPA: **Beatriz Alen**

ASISTENCIA DE PRODUCCIÓN

Florencia Sgandurra

CORRECCIÓN DE ESTILO

Carmen Gargiulo

GESTIÓN

Claudia Schadlein

Marta Manese

Cecilia Chavez

María Teresa Lozada

Juan Carlos Manoukian

Se agradece la colaboración de los docentes y directivos de los Centros Educativos de Nivel Secundario de la provincia de Buenos Aires que revisaron y realizaron aportes a las versiones preliminares de los materiales.

ÍNDICE

Presentación	4
Objetivos	5
Propuesta Metodológica	5
Unidad 1: El concepto de <i>Derecho</i>	7
Introducción	7
El concepto de <i>Derecho</i>	8
Análisis histórico	16
La función del Derecho	19
El Derecho como organizador social	20
El Derecho como instrumento de resolución de conflictos	22
Los fines del Derecho	25
Anexo Unidad 1	29
Introducción	29
Derecho natural	29
Derecho Natural Clásico	30
Derecho Natural Moderno	31
Derecho positivo	33
La orientación sociológica	35
Las nuevas orientaciones	37
Unidad 2: El Estado	42
Introducción	42
Acerca del Estado	44
Desarrollo histórico del concepto de Estado	45
Acerca del concepto <i>Estado de Derecho</i>	48
El “Estado de naturaleza” y la “Sociedad civil”	49
El Estado Argentino	54
Formación histórica del Estado Argentino	55
La “Generación del 37”	55
La “Generación del 80”	59
La Constitución Nacional	62
Derechos y garantías fundamentales	62
Poderes del Estado	65
Poder Legislativo	66
Poder Ejecutivo	68
Poder Judicial	70
La Constitución de 1853	71
La Reforma de 1949	73
La reforma de 1994	77
Unidad 3: El concepto de <i>persona</i>	79
Introducción	79

Persona física y persona jurídica	80
Persona física	80
Persona jurídica	82
Personas jurídicas de carácter público	83
Personas jurídicas de carácter privado	84
Simples asociaciones	85
Acerca de la noción de <i>capacidad</i>	87
Incapacidad	88
Derechos y obligaciones	90
Derechos subjetivos	91
El deber jurídico	92
Familia	93
Matrimonio	94
Derechos y obligaciones	95
Disolución del matrimonio	97
Lazos de sangre: Paternidad y maternidad	97
Vínculo jurídico y vínculo biológico	97
Determinación de la filiación	98
Adopción	99
Patria potestad	100
Unidad 4: El concepto de <i>norma</i>	105
Introducción	105
Fuentes del Derecho	105
Normas de conducta	110
El concepto de <i>socialización</i>	111
Acerca del concepto de <i>horizonte normativo</i>	113
Normas jurídicas	115
La norma jurídica y la estatalidad	117
La norma jurídica como fundada y como fundante	118
La norma jurídica como norma de conducta	119
La norma de conducta como norma jurídica	120
Formación de la norma jurídica en el Derecho actual	123
Jerarquía normativa	123
El concepto de <i>orden jurídico</i>	125
Acerca del modo en que se dictan las Leyes	125
Legalidad y legitimidad	126
Bibliografía General	
Constitución de la Nación Argentina	

:::: Presentación

Seguramente alguna vez se preguntó en su niñez o en su adolescencia, ¿Por qué no puedo levantarme de la mesa hasta que todos terminen de comer?, ¿por qué debo ir a la escuela?, ¿por qué no puedo volver a la hora que quiero?, ¿por qué tengo que vestirme así y no como a mí me plazca?. Ya adulto, pudo haberse preguntado, ¿por qué es obligatorio votar?, ¿por qué tengo que pagar impuestos?

Estos y otros interrogantes parecidos nos conducirían a una única y nada sencilla pregunta

¿Qué es el Derecho?

Algo de esto puede parecerle extraño. ¿Es que tiene algo que ver el Derecho con el modo de vestir y las reglas de cortesía?

Pues bien, una de las cosas que esperamos que suceda cuando termine de estudiar este módulo y de realizar las actividades que en él le proponemos es que descubra que el Derecho y su vida cotidiana tienen no solo mucho, sino todo que ver.

Pero vayamos de a poco. Hablemos del Derecho de un modo más específico.

El Derecho se inserta, como disciplina, en el campo de las ciencias sociales. Esta no es una afirmación, sino dos: **que el Derecho es ciencia y que el Derecho es social.**

Empecemos por la primera de las afirmaciones: **el Derecho es ciencia.** En consecuencia tiene un *objeto de estudio* pues toda ciencia estudia algo. Por lo tanto, podemos dar aquí una definición preliminar (tal vez provisoria) afirmando que:

Las reglas sociales, vividas como obligatorias por una sociedad determinada, constituyen el objeto de estudio del Derecho.

Entonces, para estudiar derecho le propondremos indagar, nociones tales como *regla, poder, dominación, coerción, obligatoriedad, sociedad, historia, determinación* (entre otras).

Pero dijimos también que **el Derecho es social.** ¿Qué quiere decir esto? Cuando calificamos de “social” al Derecho, queremos afirmar que:

No hay sociedad que carezca de reglas, pero su estructura y contenido, así como las contradicciones que la afectan, varían de acuerdo con las particularidades de cada formación social.

Lo invitamos a trabajar con este Módulo activamente, de modo tal que pueda sentir que dialoga con él; preguntándole algunas cosas, discutiéndole otras, llenando las lagunas que crea que puede tener, pensando críticamente, tanto en lo que le dice el texto como en lo que le dice su sentido común.

Sólo de ese modo podremos llegar al final del camino sabiendo que es posible responder la pregunta (tan simple y complicada a la vez) “¿Qué es el Derecho?”

.... **Objetivos**

Nuestra propuesta apunta a que al final de este recorrido usted logre:

- Desarrollar una lógica de pensamiento que incorpore la complejidad y la conflictividad de los procesos históricos al análisis del fenómeno jurídico.
- Analizar el actual modo de concebir el Derecho y el concepto de Legalidad en general, como productos del desarrollo de la sociedad burguesa y del sistema capitalista.
- Problematizar las relaciones existentes entre Derecho y Justicia, entre Derecho y Moral y entre Derecho, Justicia y Moral y el devenir histórico.
- Identificar los elementos históricos que permitan comprender el Derecho como un fenómeno social.
- Desarrollar una conciencia crítica capaz de trascender la concepción espontánea del Derecho como mero *Sistema Jurídico*.
- Analizar la *Ley* como un tipo especial de Norma, que no agota como objeto de estudio el alcance de una verdadera Ciencia del Derecho.

.... **Propuesta metodológica**

En este Módulo usted encontrará desarrollados la totalidad de los contenidos previsto para este espacio curricular, organizados en cuatro unidades que poseen la siguiente estructura:

Una **Introducción** en la que se brinda una breve síntesis de la temática a tratar, se enuncian los logros esperados y la forma en que puede encarar el estudio.

Información sobre **los diferentes temas**, con propuestas de análisis y reflexión sobre los distintos contenidos.

Actividades para explorar, integrar y aplicar los conceptos teóricos. Es muy importante que usted resuelva la totalidad de las actividades para poder avanzar paulatinamente en el estudio del Derecho y porque constituyen una forma de autoevaluación que le permitirá descubrir el grado de comprensión que ha alcanzado de las diferentes temáticas.

Resultará fundamental que concurra a los encuentros con su profesor tutor para realizar consultas, plantear dudas y participar en espacios de intercambio que, seguramente, enriquecerán la propuesta que aquí le ofrecemos.

En el último apartado del Módulo encontrará el listado de **Bibliografía General** que es también una fuente potencial de consulta y profundización.

UNIDAD 1: EL CONCEPTO DE DERECHO

"La cuestión del poder se simplifica cuando se plantea únicamente en términos de legislación o de Constitución; o en términos de Estado o de aparato de Estado. El poder es sin duda más complicado, o de otro modo, más espeso y difuso que un conjunto de leyes o un aparato de Estado. No se puede comprender el desarrollo de las fuerzas productivas propias del capitalismo, ni imaginar su desarrollo tecnológico, si no se conocen al mismo tiempo los aparatos de poder".

Michel Foucault

:::.. Introducción

En este apartado le propondremos un camino que le permitirá construir un concepto de **Derecho**¹.

Para hacerlo, le ofreceremos al comienzo de la Unidad una perspectiva general del campo del Derecho y algunas definiciones básicas, seguidas de un breve recorrido por la historia del Derecho, analizando las corrientes más significativas. Sobre el final de la Unidad, hablaremos acerca de la función y los fines del Derecho y completaremos de ese modo un panorama general de la materia que profundizaremos a partir de las unidades siguientes.

Esperamos que al finalizar de trabajar con esta Unidad, usted sea capaz de:

- Comprender las perspectivas que adopta el Derecho para abordar los fenómenos sociales.
- Diferenciar los presupuestos implicados en las diferentes formas de entender el Derecho.
- Distinguir entre los abordajes generales y particulares que pueden hacerse sobre los temas relacionados con el estudio del Derecho.
- Identificar las diferentes funciones del Derecho y jerarquizarlas.
- Comprender qué implica afirmar que el Derecho tiene fines,
- Identificar y diferenciar los fines del Derecho.

Le será muy útil volver a estos objetivos al terminar de estudiar la Unidad, así podrá reconocer sus avances e identificar los conceptos que necesita revisar.

¹

Para evitar confusiones semánticas nos hemos tomado la licencia de emplear mayúscula siempre que hemos utilizado el término Derecho en su acepción de conjunto de reglas que rigen en una sociedad.

Recuerde que le sugerimos en la Introducción que trabaje activamente con este material, subrayándolo, escribiendo en él las dudas que le aparezcan, resumiéndolo, discutiéndolo en los encuentros de tutoría.

:::: El concepto de Derecho

Las sociedades suelen actuar como si sus modos de pensar, sus concepciones acerca de lo bueno y lo malo, los valores que determinan su desenvolvimiento, etcétera, existieran desde siempre y permanecieran sin modificaciones en el espacio y el tiempo.

Vamos a llamar a la tendencia a tomar como eternas ciertas condiciones que son particulares de un tiempo y un lugar, “**la falacia naturalista**”. El Derecho no escapa a esta falacia naturalista y raramente es considerado como producto histórico.

David Hume (1711-1776) fue el primero en formular lo que hemos llamado “la falacia naturalista”. Según él, no hay nada en la experiencia que tenemos del mundo, que nos diga cómo *deben ser* las cosas, sino que la experiencia sólo nos dice *cómo son*.

Para explicar la falacia naturalista debemos remitirnos al **Empirismo**, una corriente filosófica que sostiene que la experiencia es el único punto de partida válido para justificar cualquier conocimiento.

Puede recurrir al Módulo de Filosofía para ampliar estos temas

Pensemos en el siguiente ejemplo: sabemos por la experiencia que hay gente que come carne de vaca; pero la experiencia no nos dice nada más. *No es la experiencia sino los hombres quienes hacen un juicio moral sobre eso*. Nosotros (y no la experiencia) somos quienes decimos “*eso está bien*” o “*eso está mal*”. Si pensáramos que el hecho de comer carne de vaca está bien para nosotros y por eso debe ser bueno para todas las sociedades actuales y pasadas, nos veríamos obligados a concluir que los hindúes, por ejemplo, están haciendo mal las cosas ya que para ellos la vaca es un animal sagrado. Y viceversa: los hindúes podrían decir que todos los hombres que comen carne de vaca son criminales.

Si actuáramos de ese modo estaríamos “naturalizando” un valor que es nuestro y, por lo tanto, cometiendo la “falacia naturalista”.

La “falacia naturalista”, aplicada al Derecho, consiste en pensar que es lo mismo hablar de “Derecho occidental” (que es un modo de llamar a una forma histórica – la nuestra – de organizar el Derecho) que de “Derecho *en general*”. En otras palabras, consiste en suponer que el modo de organizar la propia sociedad es el modo “natural” de organizar cualquier sociedad.

Se ignora así que en sociedades diferentes de la nuestra y entre sí, existen otras formas efectivas del Derecho. Esto puede llevar a pensar que esas formas no tienen tanto valor como las que nos parecen correctas a nosotros, que son sociedades que están equivocadas y que tenemos derecho a exigirles que adopten nuestros valores.

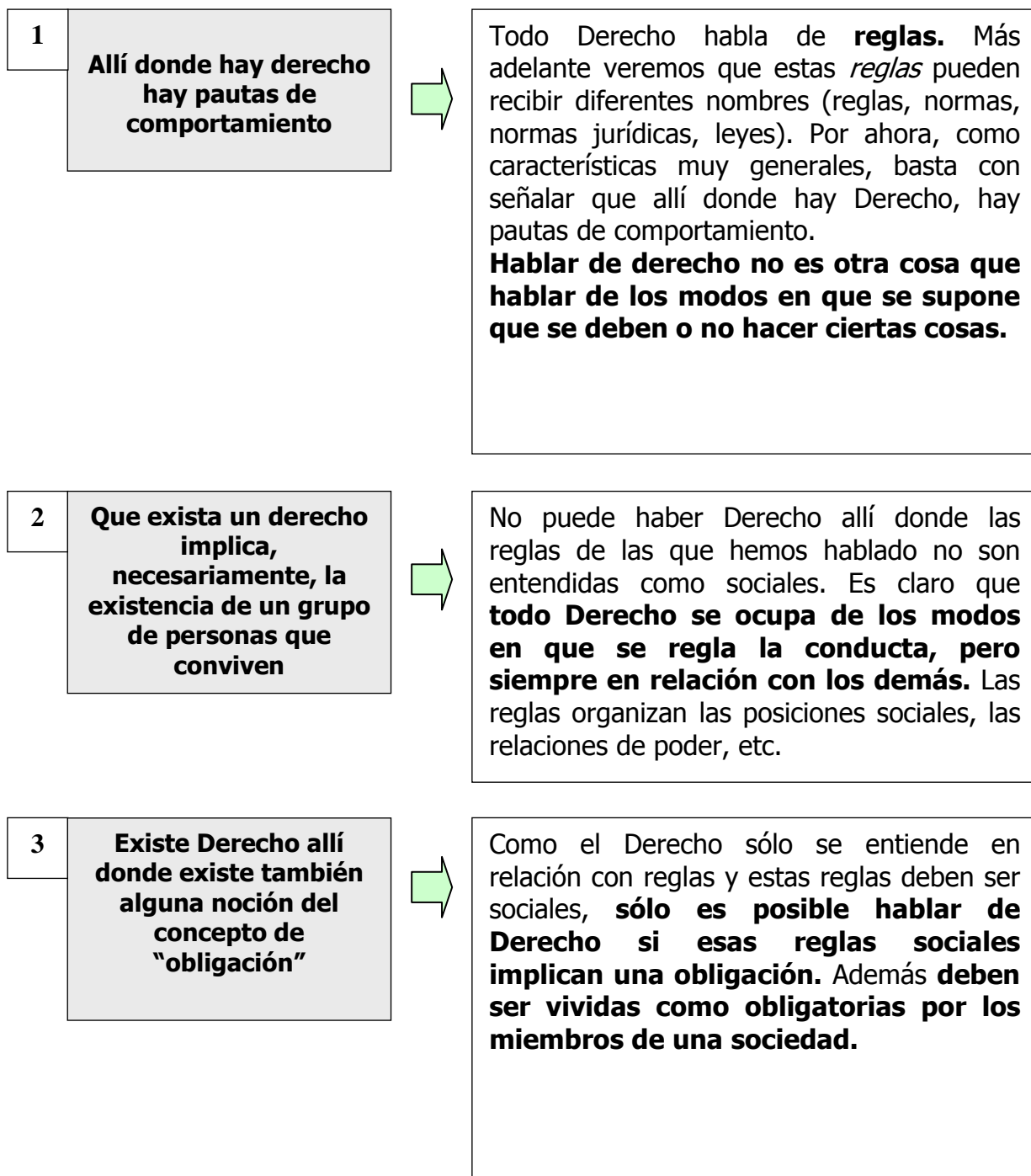
Ahora bien, ¿cómo hablar de Derecho sin cometer la “falacia naturalista”? Decimos que debemos hablar de Derecho *en general*, pero cada vez que nos adentramos en el tema descubrimos que es difícil hacer a un lado nuestra concepción del Derecho, que siempre está teñida por el hecho de que vivimos en una sociedad que tiene un tipo de Derecho *particular*.

**¿Podemos, entonces, encontrar el modo de hacer a un lado nuestros
preconceptos?**

¿Es posible encontrar **algunas características tan generales presentes en todo Derecho**, que nos permitan llegar a un concepto general de Derecho, válido para analizar los distintos ordenamientos jurídicos?

:| Lea con atención el siguiente esquema, en él aparecen las características de las que acabamos de hablar. Cuando haya terminado de leerlo, le propondremos una actividad para fijar los conceptos presentados en él.

.... Características generales del Derecho



Ahora lo invitamos a poner en práctica lo que ha leído hasta aquí, a través de la Actividad 1.

ACTIVIDAD 1

Le presentamos a continuación dos relatos acerca del modo en que los esquimales y los indios guaraníes establecen algunos de sus vínculos jurídicos. Léalos con atención.

La opinión general es que los esquimales, tal como se los pudo observar antes de los profundos trastornos sufridos durante este siglo, no tenían gobernantes ni formas de coacción alguna aparte de la reprobación colectiva de los transgresores de las reglas.

Cuando las conductas habituales no bastan para asegurar la regulación social (repartos de alimentos, intercambio de las mujeres, infanticidios en años de superpoblación relativa, desplazamientos colectivos), entonces se realizan transacciones entre las familias ampliadas que viven en las "casas largas".

La única autoridad que logra imponerse episódicamente (sobre todo para la solución de conflictos entre casas largas y hogares) es la de los mediadores, generalmente cazadores experimentados o adivinos en relación con los espíritus, de palabra escuchada e influencia reconocida. Pero no poseen poder alguno; en ciertas ocasiones pueden apelar a la reprobación colectiva, confirmando así de alguna manera que la supervivencia del grupo está amenazada por conductas a-normales; la sociedad entera castiga a los culpables (en casos límite, con la marginación que conduce a la muerte).

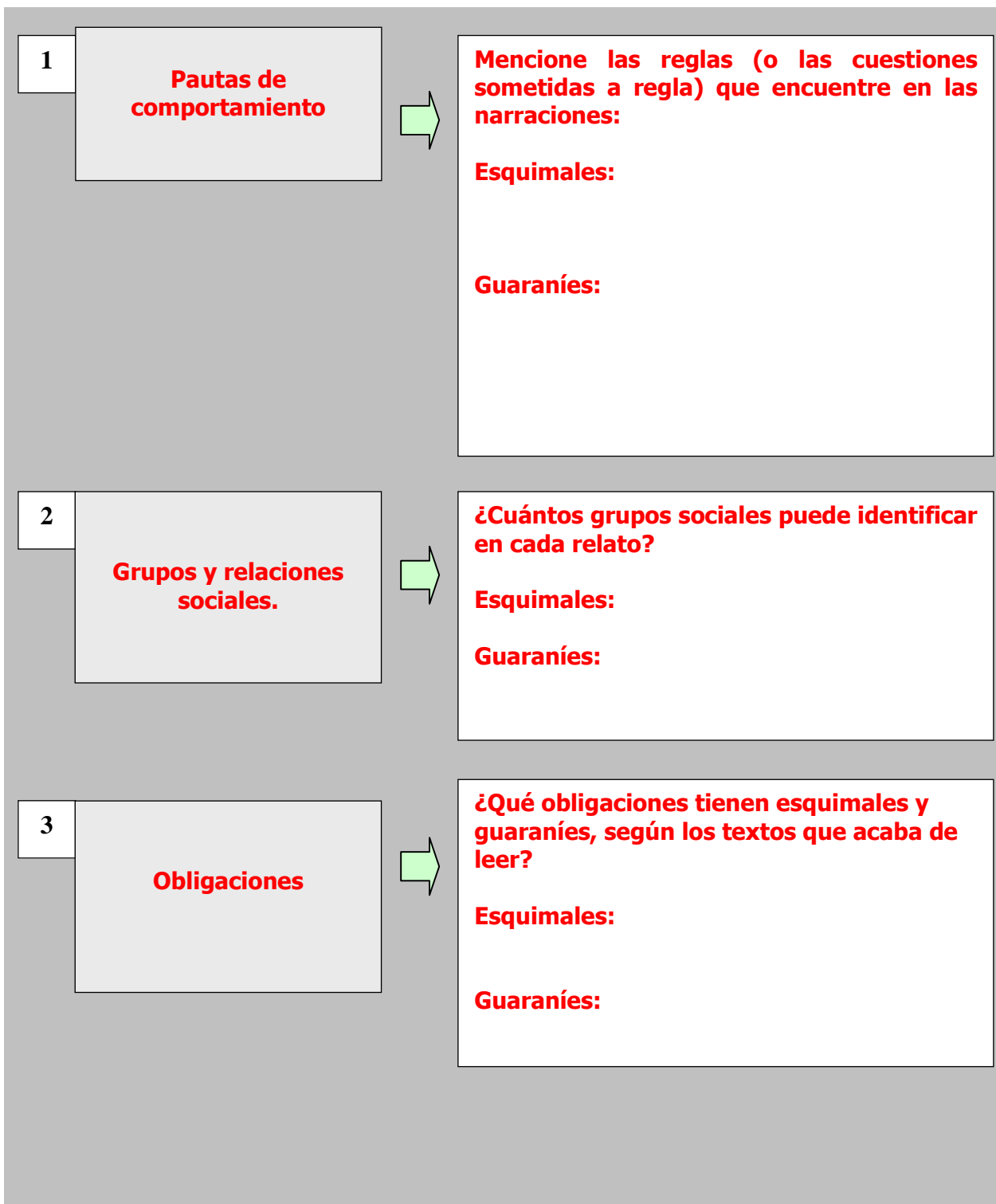
© Lagroye, Jacques; *Sociología Política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

La sociedad de los indios guaraníes (cuyas características Clastres hace extensiva a la mayoría de las sociedades amerindias) tiene muchos "jefes" (...) De alguna manera, el funcionamiento de esta sociedad (...) conduce a detener en seco cualquier tendencia que pudiera transformar a los jefes en reyes depositarios de la ley.

Clastres ha descrito a los "jefes de banda" guaraníes capaces de imponer objetivos comunes en determinadas circunstancias (la guerra, la caza, los litigios entre cazadores), así como a la severa coerción que impera en estas sociedades de los hombres sobre las mujeres, los ancianos sobre los jóvenes. Si nadie escucha al jefe que habla es porque el poder de coerción está en otra parte, en la colectividad de hombres adultos, de los cazadores-guerreros. El jefe no es sino la autoridad legítima, cuya palabra expresa la voluntad del poder coercitivo de aquellos de quienes depende la subsistencia del grupo.

© Lagroye, Jacques; *Sociología Política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Complete el siguiente esquema, incorporándole los elementos que encuentre en los relatos. Será importante que relea las **Características generales del Derecho**.



Con estas características, podemos intentar una primera definición del concepto de Derecho, que podría formularse así:

Concepto de Derecho

El Derecho es el conjunto de las reglas sociales que son vividas como obligatorias por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado.

Hasta aquí, cuando hablamos de “Derecho” nos referimos, a dos conceptos que a partir de este momento debemos distinguir con claridad.

Utilizamos usualmente la palabra “Derecho” para aludir a la ciencia social que estudia las reglas sociales; pero también llamamos “Derecho” al conjunto de esas reglas. Así, cuando decimos “el Derecho se ocupa de determinar por qué algo es delito o no lo es, en una sociedad”, estamos usando la palabra en el primero de los sentidos. Cuando decimos “Todos los ciudadanos tienen derechos y obligaciones”, o “Estamos obligados a votar, porque así lo determina nuestro Derecho”, estamos usándola en el segundo.

Desde ahora, haremos una distinción: cuando hablemos del Derecho en el primer sentido, diremos “**Ciencia del Derecho**”, y reservaremos la palabra “**Derecho**” para el otro caso. Entonces, cuando digamos “Toda sociedad tiene un Derecho”, estaremos diciendo que tiene un conjunto de reglas que le son propias.

Ahora se hace necesaria también una definición para la “Ciencia del Derecho”.

Ciencia del Derecho

La Ciencia del Derecho es la ciencia que estudia las reglas sociales que son vividas como obligatorias por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado.

Antes de entrar definitivamente en el desarrollo de las definiciones que hemos dado, haremos una aclaración necesaria.

Que el Derecho esté constituido por reglas sociales históricas no implica, de ningún modo, que se deba sostener un extremo relativismo respecto de él. Con esto queremos decir que aceptar que debe cambiar conforme cambian los usos y necesidades de una sociedad, no significa que el Derecho sea una moda, o actúe como una moda.

Cuando lleguemos a la última Unidad, quedará claro que la interdependencia de las normas de conducta y lo que conocemos como “el Derecho” es la clave de la formación de una sociedad: ni unas ni el otro pueden ser violados arbitrariamente sin poner en peligro el orden social mismo.

ACTIVIDAD 2

Hacia finales del año 2005 se suscita, en Misiones, un caso interesante. Un niño guaraní sufría una enfermedad grave y los integrantes de su tribu no querían que fuera sometido a un tratamiento de la “medicina blanca”. Un grupo de médicos sostenía que si el niño no era operado, sus chances de vivir eran nulas. Luego de varias idas y vueltas, el niño fue llevado a un hospital público, a pesar de las protestas de su comunidad.

Le ofrecemos un texto periodístico que se refiere a este caso para que lo lea atentamente.

El cacique Everá le exigió a Dios que le mostrara la enfermedad de Julián, un chico de tres años integrante de la comunidad Mbya Guaraní, en Misiones. “Soñé que tenía una piedra en el corazón –dijo–. Y cuando los hombres blancos lo operaban para sacársela, el chico se moría.” En el hospital de Posadas le diagnosticaron al chico una “cardiopatía congénita” y lo derivaron al Hospital Gutiérrez, de la ciudad de Buenos Aires, donde está internado desde el 16 de julio. Aquí, mediante una biopsia detectaron la existencia de un tumor en el corazón, pero mucho más no pudieron saber. Para tener un diagnóstico preciso tienen que operarlo. No pueden dar seguridad a los padres –que no hablan castellano– de que Julián seguirá vivo tras esta intervención. La comunidad Mbya –y los propios padres del niño– rechaza el tratamiento y quiere que la familia regrese a su tierra, donde las energías espirituales pueden favorecer al chico. Para Carlos Cánepa, director del Gutiérrez, el caso “es un desafío para nuestra formación: ¿sirve la medicina blanca?”. Hoy, el Comité de Bioética del hospital se reunirá para discutir si se opera a Julián o si lo dejan regresar, probablemente a morir, a su pueblo.

En El Soberbio, a 240 kilómetros de Misiones, vive la comunidad aborígen Pindó Poty. Son veinte familias que se dedican, básicamente, a la cestería y a la fabricación de artesanías. Siembran mandioca, batata, crían gallinas. Se internan en la selva y salen con un coatí recién cazado o un tatú. Una vez al año, los 90 miembros de la comunidad eligen a su cacique. Cada voto va acompañado de una justificación. Desde hace seis años quien ocupa este puesto es Alejandro Benítez, a quien si le preguntan su nombre espiritual dirá “Everá”, que en Mbya significa “el elegido de Dios”. Desde hace una semana está junto a Julián y sus padres en la pétrea Buenos Aires para “decirle a quien fuera necesario cuál es nuestra decisión guaraní”, según dictaminó el Comité de Ancianos de la comunidad, el 3 de agosto pasado.

En Misiones hay 75 comunidades aborígenes como la Pindó Poty, diseminadas por el exhaustivo monte. Son visitados por asistentes sociales, que les proveen alimentos y les brindan servicios sanitarios. En una de esas incursiones, vieron a Julián con poca salud. “Cuando nuestra medicina no sirve, pedimos a los Yuruá”, contó a Página/12 Benítez, recurriendo a la palabra Mbya con que designan al blanco.

Julián fue junto a Crispín Acuña, su papá, y Leonarda, su mamá, al hospital de El Soberbio. Tras dos días de internación, los padres se volvieron con el chico al paraje, convencidos de que la medicina de guardapolvo no funcionaba en este caso. En ese centro de salud dieron cuenta a la Justicia de que los aborígenes rechazaban el tratamiento. Tomó intervención la jueza Julia Alegre, quien, a los pocos días, envió un patrullero a Pindó Poty, a buscarlos. Los llevaron al hospital de Posadas.

Esa capital ya les resultaba adversa a Acuña, de veinte años, y a su esposa, de 17, que junto a Everá añoran al monte en el que nacieron. Para su desagrado, tras un mes de internación en que no se pudo determinar qué tenía el chico, lo derivaron al hospital porteño. "Cardiopatía congénita", era el diagnóstico con que lo enviaron. En la ciudad, Crispín evita que la peste de autos lo atropelle cuando se dirige a su hotel, a dos cuadras del Gutiérrez. Allí está Leonarda, cuyo nombre espiritual es Pará, constantemente jugando con su hijo. Cuando llegaron, Julián corría y era revoltoso. Por la enfermedad, ahora lo ven más apagado. Son indicios que los convencen de que el sueño sagrado del cacique era verdadero. Everá se hospeda en José León Suárez, en casa de una funcionaria de la Dirección de Asuntos Guaraníes de Misiones. Pisa por primera vez la metrópolis y no tiene documento de identidad. Es una situación común a muchos aborígenes.

En el Gutiérrez, a Julián se le realizó una biopsia que "fue adecuada, efectuada con elementos de alta complejidad", pero "no nos permitió tener un diagnóstico", indicó a este diario el director del hospital. Según Cánepa, para saber si el tumor es benigno o maligno se le tiene que practicar "cirugía a cielo abierto. Es una intervención de alto riesgo, y de alta escuela, que implica parar el corazón entre otras maniobras". No pueden asegurar a Crispín y Pará que el chico saldrá del quirófano con vida. Cánepa y sus colaboradores repitieron que "es un desafío" a su ciencia. "Si el chico vive y se cura, digo que es válida. Si muere, digo que fue por la enfermedad", afirmó el director. "Es mi creencia", agregó.

Benítez también es opyguá de su comunidad. Es una suerte de sacerdote y curandero que se encarga de regular las relaciones de sus compatriotas con el hacedor. "Le exigí a Dios que viera adentro del corazón", dijo. La revelación le llegó por sueños y mostró una piedra en el pecho de Julián. Y una premonición que hoy es su argumento: si los médicos abrían para sacarla, Julián moría. Por eso para Benítez el problema "no se cura en el hospital. Tenemos que volver al pueblo y pedir a Dios con la oración".

La asamblea del Consejo de Ancianos y Guías Espirituales, realizada a principios de mes, sostuvo que "nosotros somos un pueblo con derechos. Siempre queremos que sea como hace su mburuvicha (el gobernador Carlos) Rovira, que nos pregunta qué queremos. Así queremos que todos los Yuruá pregunten a nosotros cuando tiene que ver con nuestra gente". Un decreto firmado por Rovira en 2003 legaliza esta postura. El texto, que "reconoce al Consejo de Ancianos y Guías Espirituales de la Nación Mbya Guaraní", establece que "los Gobiernos deberán consultar a los Pueblos Originarios sobre todo procedimiento susceptible de afectarlos directamente", de acuerdo con tratados internacionales.

El equipo médico del Gutiérrez evalúa que si Julián regresa a Pindó Poty sin pasar por el quirófano va a morir irremediamente. Para ellos, sólo al operarlo tendrán oportunidad de salvarlo. "Dios cuando te hace nacer ya sabe cuánto vas a vivir", consideró Benítez. El Comité de Bioética del Gutiérrez está conformado por religiosos, antropólogos y científicos. Desde hoy, tendrá que debatir sobre una cuestión cuyo destino, al parecer, ni siquiera Dios conoce.

© Página 12, *Un dilema para la medicina blanca*, Buenos Aires, 12 de agosto de 2005.

Responda por escrito las siguientes preguntas:

a) Según el texto, ¿cuál es la regla que siguen los indios guaraníes para hacer un diagnóstico? ¿Equivale a nuestra regla que indica que un diagnóstico debe ser realizado por un médico?

- b) En nuestra cultura, la autoridad para diagnosticar sólo la tienen los médicos ¿Quiénes tienen esa autoridad, entre los indios guaraníes?
- c) ¿Cree usted que los padres del niño deben ser obligados, contra sus creencias, a enviar a su hijo a un hospital?
- d) Teniendo en cuenta la regla (el decreto firmado por el gobierno provincial) a la que hace alusión la nota; ¿quién cree usted que debiera tener la última palabra en este caso?
- e) Enumere al menos tres pautas de comportamiento de los guaraníes que no son habituales en nuestra cultura.

.... Análisis histórico

A continuación presentamos sintéticamente las concepciones más importantes del Derecho. Veremos los diferentes modos en que se pueden considerar las relaciones entre las reglas, las relaciones de poder, las obligaciones.

Si desea profundizar este rastreo histórico, puede consultar el Anexo de la Unidad 1. Allí se analizan con mayor detalle las diferentes corrientes.

El Derecho no sólo cambia de sociedad a sociedad, o de una época a otra. Dentro de una misma sociedad, puede haber (y las hay) muy diferentes concepciones de lo que es el Derecho. En la tradición occidental hay diversas corrientes. Vale la pena concentrarse en dos, por ser las más importantes.

- **El Derecho Natural (también llamado *iusnaturalismo*),**
- **el Derecho Positivo (o *iuspositivismo*).**

La tesis central del *iusnaturalismo* puede expresarse así:

Derecho natural

Los hombres tienen derechos naturales por el sólo hecho de ser hombres. Los derechos naturales son superiores a los Derechos que las personas adquieren como integrantes de una sociedad determinada y son independientes de éstos.

Básicamente, lo que los iusnaturalistas sostienen es que hay una serie de derechos de los cuales ninguna sociedad puede prescindir. Ninguna de las leyes particulares de cada sociedad puede anular aquellos derechos.

Para esta rama del Derecho, el *contenido* de las leyes es muy importante. Con esto queremos decir que lo más importante es considerar siempre *lo que las leyes dicen*. Si una ley es promulgada por órganos competentes, pero atenta contra algún derecho considerado como elemental, no será aceptada como una ley válida.

Para un *iuspositivista*, por el contrario, todos los derechos que un hombre tiene y todas sus obligaciones dependen del lugar y el tiempo en que vive. El Derecho está escrito por hombres y depende de un acto de voluntad humana. Si usted piensa así, entonces usted es ***iuspositivista***.

Derecho positivo

Cada vez que lea la palabra “positivo”, piense que puede reemplazarla por “puesto”. “derecho positivo” es, estrictamente, derecho “puesto” por la voluntad de alguien. Lo que el positivismo jurídico dice es, precisamente, que al derecho lo hacen (lo “ponen”) los hombres. Y es por esto que no hay derechos naturales.

Tal vez el rasgo más fuerte del **positivismo** sea la **tajante separación que establece entre derecho y moral**. Para un positivista no tiene sentido preguntarse por el derecho que *debería existir*. El único derecho del que se puede hablar con propiedad es del que **efectivamente existe**.

Lo que el derecho hace, para un positivista, es *prescribir*. Aquello que el Derecho ha prescrito, debe ser acatado. Preguntarse si es bueno o malo obedecer una ley es contaminar el derecho con cuestiones que no tienen nada que ver con él. Hay un derecho que ha sido “puesto”. O bien se lo obedece, o bien se “pone” otro.

Podemos decir que el positivismo que defiende este modo de ver el derecho es esencialmente **formalista**. Lo que el formalismo sostiene, sintetizándolo, es que el contenido de la ley no es un problema del Derecho, sino de la moral. No importa qué dice una norma, sino cómo lo dice. Importa la *forma* de la ley. Y si la forma de la ley es “obedezca”, entonces tenemos que obedecer. Las normas, para un positivista, no se deben obedecer porque sean buenas, sino porque son *válidas*. Ser *válida* quiere decir que se han respetado todos los mecanismos por los cuales una prescripción se vuelve ley. En otras palabras: Si una ley fue

dictada por un organismo competente y no contradice una ley superior, hay que hacer lo que ella dice.

ACTIVIDAD 3

Lea el siguiente texto con atención e intente responder el cuestionario que se le presenta:

“El uniforme fue un arma clave en la democratización global del sistema escolar francés, en la segunda mitad del siglo XIX. El uniforme jugó (...) un papel que sería absurdo minusvalorar: el de invisibilizar – en el recinto amurallado que trataba de ser la escuela – desigualdades sociales que operasen como garantía de privilegios. En la segunda mitad del siglo XX se extinguió, de modo casi espontáneo, junto a la vieja sociedad a la que había combatido.

El debate sobre el restablecimiento del uniforme escolar en Francia está hoy, sin embargo, lejos de ser anacrónico. Y el último episodio de los conflictos provocados por el chador musulmán no ha hecho sino volcar más a la opinión pública a reconsiderar lo que, hace sólo diez años, hubiera movido apenas a sonrisa.

“En Aubervilliers, a diferencia de lo que sucede en otros centros, las alumnas musulmanas gozaban del privilegio – más que dudosamente constitucional – de asistir a clase con el litúrgico pañuelo en la cabeza. Con la sola condición de que el pañuelo fuera tal y no enmascarara totalmente orejas y cuello de alumnas. Cuando las dos hermanas, recién convertidas al Islam y paradójicamente provenientes de una familia laica y de tradición comunista, se presentaron en clase completamente tapadas, la dirección les comunicó los términos del compromiso. Las alumnas se negaron a ceder un milímetro: llevarían el velo que se les antojase, la dirección no era quien para dictar autoridad coránica. Provocaron entonces lo que, finalmente, culminó la semana pasada, sencillamente porque no existía opción legal para que no sucediera: el Consejo Escolar dictó su expulsión del liceo, desencadenando lo que, sin duda, era buscado desde el primero momento, un pulso final entre islamistas y Estado francés.

El caso Aubervilliers pone fin a los ensueños que pretendieran solventar mediante “buena voluntad” la incompatible simultaneidad de un Estado moderno y una superstición medieval. A partir de ahí, sólo quedan dos opciones: o aceptar la islamización de la escuela – y el fin consiguiente de la enseñanza laica republicana – o vetar legal e inequívocamente la exhibición de cualquier signo de identificación religiosa, sea cual sea su tamaño. Y retomar, bajo sus formas clásicas, el criterio republicano de la uniformidad escolar. Francia se despierta con una dura resaca. La de constatar cómo, al cabo de siglo y medio, hay que volver al inicio.

La vestimenta de los adolescentes no sella hoy – o, al menos, no tanto como hace cien años – abismáticas diferencias económicas. Sella algo peor, creencias religiosas que vetan derechos ciudadanos irrenunciables: el de la igualdad legal de hombres y mujeres, el primero. No es agradable reconocer que hemos retornado a riesgos que queríamos creer extintos. No es agradable que el uniforme vuelva a ser garantía de la igualdad dentro de los

muros de la enseñanza pública. Pero entre el uniforme y el signo vestimentario que dice la esencial privación de derecho de la mujer que lo porta, ningún Estado civilizado tiene demasiada opción”.

© www.libertaddigital.com – 14/10/2003

a) A lo largo del texto se hace referencia, repetidamente, a derechos y obligaciones. Marque todos los pasajes en los cuales sean evidentes los derechos de los alumnos de la Academia de Aubervilliers y las restricciones que se ponen a esos derechos.

b) ¿Cree que al utilizar la palabra “privilegio” para referirse al uso del velo por parte de las alumnas, el artículo adopta una postura más acorde con el iusnaturalismo o el iuspositivismo? ¿Por qué?

c) En el texto se hace referencia a un llamado, por parte de las alumnas, a que se les respete un derecho que claramente podríamos calificar como “natural”, tal como está expresado ¿Cuál es?

d) ¿Cuál considera usted que es la postura del texto, en lo referente a la distinción que hemos hecho entre derecho positivo y natural?

e) ¿Cree usted que las estudiantes tenían derecho a utilizar la vestimenta islámica? ¿Por qué?

f) ¿Cree usted que las autoridades del Liceo tenían buenas razones para expulsar a las estudiantes? ¿Por qué?

g) ¿Qué decisión adoptaría usted, y por qué, si actuase como un iusnaturalista? ¿Y si lo hiciera como un positivista?

Consulte la respuesta a estas preguntas con su profesor tutor.

:::: La función del Derecho

Dijimos anteriormente que la **Ciencia del Derecho** es una ciencia social que estudia las reglas sociales que son vividas como obligatorias por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado. También dijimos que **el Derecho es el conjunto de reglas sociales que son vividas como obligatorias por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado.**

Entonces, parece evidente que preguntarse por la función del derecho equivale a preguntarse por **la función social del Derecho**.

¿Qué no podría hacer, qué le faltaría realmente a una sociedad que no tuviera un Derecho? ¿Para qué le sirve, a una sociedad, tener un Derecho?

.... El Derecho como organizador social

Hicimos la siguiente pregunta:

¿Qué no podría hacer, qué le faltaría realmente a una sociedad que no tuviera un Derecho?

Tratemos de responderla a través del siguiente ejemplo.

Según la definición que dimos del Derecho, sin él a una sociedad le faltarían reglas. Dicho de otro modo: en una sociedad sin Derecho, nadie se sentiría obligado a nada. A nadie se le podría ocurrir esperar que una persona se comportara con respecto a otra de una manera determinada. Al no haber reglas, sería absurda la idea de esperar, por ejemplo, reparación de un daño.

Piense en algo tan sencillo como un semáforo. Es evidente que en esta sociedad sin Derecho, que estamos imaginando, un semáforo no tendría sentido. Es más: la idea misma de que existiera algo parecido a un semáforo sería absurda ¿Para qué serviría un semáforo si nadie se sintiera obligado de algún modo a parar frente a él? ¿Qué sentido tendría si, además, no hubiera manera de tomar alguna medida contra aquel que, no sintiéndose obligado a parar, pasara de largo con luz roja?

Además, ¿podría haber dinero, por ejemplo, en una sociedad sin Derecho? ¿Para qué serviría?

En esta sociedad que describimos, nadie compraría nada: simplemente tomaría lo que le hiciera falta, allí donde lo encontrara. Está claro que no se puede decir que esta sociedad inventaría el dinero para evitar problemas. Si hiciera tal cosa, estaría fijando una regla. Y no podemos olvidar que a esta sociedad le faltan, precisamente, reglas.

Pero vayamos más lejos. Supongamos que una sociedad puede concebirse sin dinero.

En esta hipotética sociedad sin derecho no existe el dinero, pero no hay problemas, porque la gente simplemente intercambia. Error. Intercambiar es

actuar conforme a una regla (que podríamos formular así: en lugar de tomar lo que se necesite, se ofrecerá a quien tiene lo que se necesita, algo que a su vez éste necesite).

¿Y no podemos ir más lejos? Por supuesto. Esta sociedad sin reglas que estamos imaginando no podría contar con edificios. De hecho, no podría contar con ninguna clase de elemento que requiriera del trabajo de más de una persona (a lo sumo, de una familia, aunque esto también sería un problema, porque formar una familia requiere acomodarse a ciertas reglas). No podría haber transportes o servicios públicos, por ejemplo. Todo esto que se acaba de decir es obvio: ¿Quién podría decirle a otro algo parecido a “venga mañana a trabajar” o “siga el mismo recorrido que ayer”?

¿E ir más lejos? Claro que sí. Deberíamos imaginar, también, que nuestra sociedad no tiene ninguna clase de gobierno. En ella no podría haber un gobierno de una persona o de un grupo de personas (¿Quién obedecería lo que dijeran? ¿Quién y cómo obligaría a obedecer?). Pero tampoco podría ser gobernada por todos ya que todos deberían saber qué es lo que gobiernan, por qué lo gobiernan, para qué lo gobiernan y cómo lo gobiernan. Y esto supone que “todos” estarían de acuerdo. Y supone que respetarían ese acuerdo... es decir unas reglas.

Entonces, volviendo a la pregunta inicial ¿qué le faltaría a una sociedad, a la que le faltara el Derecho”? vemos que la respuesta es sencillísima: **A una sociedad que le faltara el Derecho, le faltaría, precisamente, ser una sociedad.**

No se puede contestar la pregunta porque **la función del Derecho es, precisamente, hacer que una sociedad sea una sociedad.** A una sociedad, precisamente por ser una sociedad, *nunca le puede faltar un Derecho.*

Función del Derecho

Podemos decir, entonces, que el Derecho es el organizador social por excelencia.

Vale la pena hacer una aclaración: Cuando decimos, entonces, que la *función* primordial del Derecho es organizar la sociedad, estamos diciendo que **existe una función que el Derecho nunca puede dejar de cumplir.**

¿Por qué es pertinente esta aclaración? Porque frecuentemente se dice frente a determinados problemas, cosas tales como “este es un problema que no se puede solucionar por vía del Derecho”. Expresamos así que este no puede cumplir con una función que debería cumplir.

Vamos a poner un ejemplo: un fenómeno social nuevo y que ha generado muchas discusiones es el de los piquetes. Se nos presenta, a menudo, una

disyuntiva: ¿Quién tiene el derecho de su lado: la persona que quiere circular por una ruta o quien necesita hacer oír un reclamo que precisa una respuesta urgente?

Este es un ejemplo significativo, sobre todo por las transformaciones que ha sufrido con el tiempo y por el modo en que diversos sectores sociales lo han ido adoptando para hacer oír sus reclamos. De ser en un recurso utilizado en forma casi exclusiva por las clases más postergadas, pasó a ser una herramienta de lucha de estudiantes y trabajadores en conflicto, hasta llegar a presentar un problema a las mismas relaciones internacionales cuando, por ejemplo, los sectores medios de diversas localidades de la provincia de Entre Ríos utilizaron el piquete para cortar las vías de comunicación entre Argentina y Uruguay, a fin de lograr que no se instalaran sobre el río empresas papeleras que podían llegar a contaminar el medio ambiente.

En el próximo apartado diremos algo más sobre el problema que se plantea frente a este tipo de situaciones.

Pero antes, le proponemos realizar la Actividad 4.

ACTIVIDAD 4

a. Le solicitamos que elabore una red conceptual en la que pueda visualizarse la relación que existe entre los conceptos que hemos estado trabajando hasta aquí, tales como:

- 1) Derecho
- 2) Ciencia del derecho
- 3) Función del derecho
- 4) Derecho como organizador social
- 5) Sociedad
- 6) Reglas

b. Formule en un párrafo el sentido de las relaciones que estableció en su diagrama.

.... El Derecho como instrumento de resolución de conflictos

Dijimos que frente a determinados problemas, el Derecho no logra cumplir una función que debería cumplir. Dijimos también, que nunca deja de cumplir la función de organizador de la sociedad. Es evidente, entonces, que tiene *otra función* y que no siempre puede cumplirla.

La segunda función del Derecho es la **resolución de conflictos**.

Al afirmar que tiene como función el *resolver conflictos*, estamos diciendo que se ocupa de **resolver conflictos particulares, en el marco de una sociedad ya organizada**.

Es para esta segunda función (que en cierto sentido es secundaria respecto de su función primordial), que se vale de un instrumento que usted conoce, nombra y escucha nombrar permanentemente. Nos referimos a las **Leyes**.

Llegado este punto, deberemos analizar cuidadosamente los términos que estamos utilizando. “**Conflicto**” y “**Ley**” son términos que conviene especificar.

CONFLICTO



Cualquier situación en la que dos partes chocan entre sí. Solemos usar esta palabra como sinónimo de “problema”, en un sentido amplio (por ejemplo, cuando decimos que dos personas tienen un “conflicto” de intereses, queremos decir que tienen un “problema” común y “respuestas” diferentes, que no pueden, a primera vista, convivir.

LEY



Damos, además, varios usos a la palabra “ley”. Decimos que existen “leyes” que **prohíben o penan tal o cual cosa** (robar, por ejemplo), “leyes” que **definen el funcionamiento de un organismo o institución determinados** (como la “ley” que determina que para cambiar la Constitución se requiere del voto de las dos terceras partes de la Cámara de Senadores), “leyes” de la naturaleza (como la “ley” de la gravedad). Usamos también la palabra “ley” para significar autoridad (cuando afirmamos, por ejemplo, que lo que alguien dice “es la ley”).

Para avanzar en nuestro estudio, lo que nos interesa es la **ley** en los primeros dos sentidos que acabamos de mencionar y, para no confundirnos reemplazaremos la palabra ley y hablaremos de **Normas jurídicas**.

Normas jurídicas

Las Normas Jurídicas son los instrumentos de los que se vale el derecho para resolver conflictos.

Veamos ahora a qué nos referimos con esta última palabra.

Acabamos de dar una definición amplia del término “conflicto”, tomada del sentido común. Pero a nuestros fines no nos alcanza, por lo cual deberemos hacerla más precisa. Es cierto que las Normas Jurídicas resuelven conflictos del mismo modo en que solemos entender que se resuelve un problema. Pero si nos quedamos con esto, corremos el riesgo de pensar que la Norma Jurídica “espera” que suceda el problema, para luego solucionarlo. En realidad hace mucho más que eso (trataremos ese tema en profundidad en la Unidad 4).

De un modo muy amplio, diremos que un “conflicto” es cualquier suceso que amenaza romper el equilibrio que se supone como existente en la sociedad. “Conflicto” será, en estos términos, casi sinónimo de “desequilibrio”.

Lo invitamos a volver al ejemplo que citamos al final del apartado anterior: el de los piquetes.



Los instrumentos con los cuales el Derecho cuenta para resolver el conflicto aparecen como ineficaces para dar una respuesta “equilibrada” al problema que se le plantea.

La ineficacia se debe, en este caso, a que existen dos leyes (dos instrumentos) con los que cuenta el Derecho para determinar quién debe ceder, y ambas se contradicen entre sí. Por un lado, la Constitución da a los ciudadanos el derecho a circular libremente por el Territorio Nacional (y, conforme a esto, los automovilistas tienen razón). Por otro, declara que todos los ciudadanos tienen

derecho a organizarse y manifestarse libremente (lo cual pone el derecho del lado de los piqueteros).

ACTIVIDAD 5

Le proponemos que busque información relevante sobre el fenómeno de los **piquetes en diarios, revistas o Internet**, e imagine que debe escribir una nota de opinión para un periódico de su barrio. Luego escriba la nota, en la cual tendrá que tomar una posición personal sobre el tema y fundamentarla.

Tenga en cuenta que la nota se puede referir al fenómeno de los piquetes en general, o bien a algún episodio concreto, presente o pasado, sobre el cual le interese expresar su opinión.

Una vez que resuelva la Actividad, le proponemos avanzar en la lectura del Módulo para seguir construyendo juntos estos conceptos.

Pues bien, es ante este tipo de situaciones, que la *función primordial* del Derecho de organizar la sociedad debe prevalecer por sobre su función secundaria: resolver conflictos.

Lo que importa del ejemplo que hemos analizado es que en él queda muy claro que **el Derecho es mucho más que la suma de las leyes de un código**.

Derecho

El Derecho es un sistema abierto, que se estructura a partir de relaciones sociales y requiere, por esto mismo, de **soluciones políticas que no son extrañas al Derecho, sino que forman parte de él**, puesto que refieren a la función más importante que el Derecho debe cumplir: la organización de la sociedad.

:::.. Los fines del Derecho

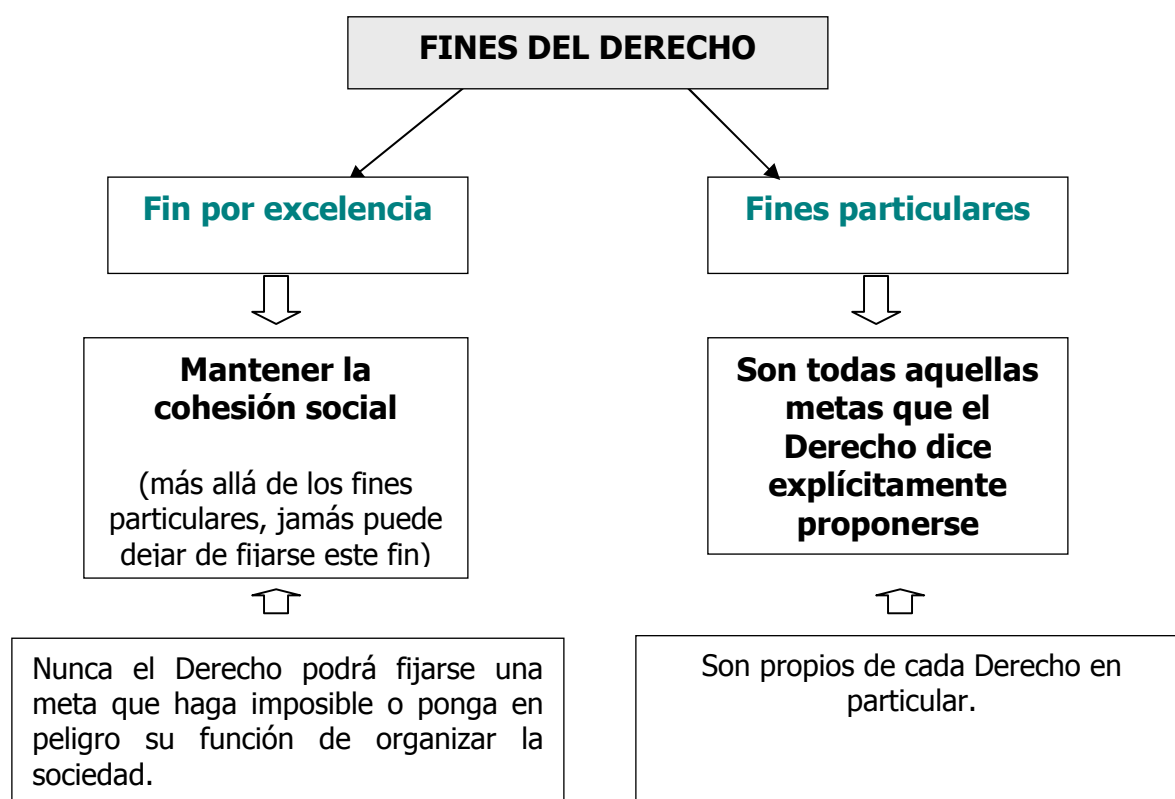
Ahora debemos referirnos a los *fines* del Derecho, para lo cual es necesario que sepamos de qué hablamos cuando decimos la palabra “fin”. Vamos a entender “fin” como sinónimo de “finalidad”. Esto quiere decir que el Derecho, además de cumplir funciones, tiene *metas*.

Cuando analizamos las *funciones* del Derecho, hablamos de *lo que el Derecho hace*. Al hablar de *fin*es, nos estaremos refiriendo a *por qué hace lo que hace*. En otras palabras, las preguntas que debemos responder son:

- ¿Por qué (o para qué) organiza el Derecho a la sociedad?
- ¿Qué es lo que desea preservar el Derecho cuando actúa para resolver un conflicto particular?

Debemos hacer una nueva restricción. Dijimos más arriba que el Derecho es el conjunto de las reglas sociales que una sociedad vive como obligatorias. Dijimos también que existe un tipo especial de estas reglas, a las cuales llamamos “Normas Jurídicas”, de las cuales el Derecho se vale como instrumentos para resolver conflictos particulares.

Cuando hablamos de los **fin**es del Derecho, podemos entonces encontrar dos tipos de fines:



Entonces, la diferencia fundamental entre estos *fin*es particulares y el *fin primordial* del Derecho radica en que mientras el fin de mantener la cohesión social es inherente a todo derecho, **los fines particulares son propios de cada derecho en particular**, y están, generalmente, expresamente señalados en la Constitución.

Puede ser, entonces, clarificador de la cuestión, el repasar la Constitución Nacional para ver allí, gráficamente, cuál es la naturaleza de los fines que hemos denominado “particulares”.



Dice el Preámbulo de nuestra Constitución: “Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la **unión nacional**, afianzar la **justicia**, consolidar la **paz interior**, proveer a la **defensa común**, promover el **bienestar general** y asegurar los beneficios de la **libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino**”.

Podemos identificar, en el texto, los siguientes **fines**:

La **unidad** nacional, como llamado a la creación de un sentido de pertenencia común de lo que aparece como diverso (entenderemos mucho mejor este punto cuando analicemos las circunstancias histórico políticas que enmarcaron la promulgación de la Constitución Nacional Argentina de 1853, en la Unidad 2).

La **justicia**, que podemos entender como la intención de consolidar un sentido de equidad en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y entre los ciudadanos entre sí. Este fin expresa el deseo de que toda conflictividad pueda ser tratada conforme a principios que resguarden el equilibrio necesario para mantener la cohesión social. Podemos interpretar este fin como una intención de asegurar la **igualdad** de los ciudadanos, entre sí y ante el Estado (abordaremos este tema de la *igualdad*, muy complejo, con mayor profundidad en la Unidad 3, cuando analicemos el concepto de “persona”).

La **paz interior** y la **defensa común** refieren, desde dos puntos de vista complementarios, al fin de la **seguridad** (los *puntos de vista* a los cuales hacemos referencia son, por un lado, el que pone el acento en la necesidad de establecer pautas de convivencia al interior de la sociedad y, por otro, de establecerlas con el exterior, es decir, entre la Nación Argentina y las otras naciones del mundo).

El **bienestar general** puede entenderse como la invocación del **bien común** como uno de los fines de la Constitución. Podemos entender esta meta de modo muy cercano a lo que nos dicta el sentido común cuando escuchamos o

leemos la frase “bien común”, como la aspiración de anteponer los intereses de la comunidad por sobre los intereses de grupo o individuales.

El llamado a la **libertad** es, en cierto sentido, un complemento de la invocación al bien común. Que uno de los fines de la Constitución Nacional sea el “bien común” no implica, de ningún modo, que los intereses individuales o de grupo deben ser desatendidos sólo por ser individuales o de grupo. Declarar la **libertad** como uno de los fines de la Constitución se puede interpretar como la invocación de un principio de autonomía que permita a los miembros de la sociedad autodeterminarse, en su capacidad y sus potencialidades.

Para finalizar esta primera unidad, lo invitamos a realizar la Actividad 6

ACTIVIDAD 6

Le presentamos a continuación el Preámbulo de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

“Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución”.

a. Lea atentamente el texto y marque en él todos los fines que pueda identificar.

b. Luego escriba, brevemente, las similitudes y diferencias que encuentra entre los fines que ha identificado y los que hemos señalado en la Constitución Nacional Argentina.

ANEXO UNIDAD 1

:::: Introducción

Un modo de empezar a comprender la complejidad del estudio del Derecho es hacer un repaso muy general por las corrientes de pensamiento más importantes que se ocuparon del tema.

Dividiremos nuestro repaso en cuatro secciones, cada una de ellas dedicada a describir brevemente los rasgos de cada una de las cuatro corrientes más relevantes:

- **El Derecho Natural (también llamado *iusnaturalismo*),**
- **el Derecho Positivo (o *iuspositivismo*) y**
- **la Orientación sociológica.**
- **Las nuevas orientaciones.**

Le sugerimos que a medida que avance en la lectura de los postulados de las distintas corrientes, trate de identificar aquellas cosas que le parezcan más características de cada una (en el sentido de descubrir qué es lo que hace, a cada corriente, distinta de las otras). Puede serle útil subrayarlas en el texto, hacer notas al margen o hacer cuadros sinópticos en su carpeta.

:::: Derecho natural

La tesis central del *iusnaturalismo* puede expresarse así:

Derecho natural

Los hombres tienen Derechos naturales por el sólo hecho de ser hombres, que son superiores a los Derechos que adquieren como integrantes de una sociedad determinada, y son independientes de éstos.

Los pensadores que adhieren a esta corriente no niegan que las sociedades se dan a sí mismas sus Derechos. Pero sostienen que hay una serie de Derechos de los cuales ninguna sociedad, tenga las leyes que tenga, puede prescindir tales como el derecho a la vida, el derecho a la autoconservación o el derecho a la propiedad, por citar sólo algunos de ellos. Queda claro, además, que ninguna de las leyes particulares de cada sociedad puede anular aquellos Derechos.

Dentro de esta corriente podemos distinguir dos grandes vertientes:

- Derecho Natural Clásico
- Derecho Natural Moderno

.... Derecho Natural Clásico

Se llama “Derecho Natural Clásico” a la tradición de la mayor parte de las sociedades antiguas y a su continuación por parte de los juristas cristianos de la Edad Media. Las dos figuras tal vez más importantes que encarnan esta tradición son **Cicerón** (Siglo I Antes de Cristo) y **Santo Tomás de Aquino** (Siglo XIII).



Cicerón.
Nació en el
año 106
a.C. Fue
abogado,
filósofo y
político.

Cicerón fue uno de los más importantes pensadores del Imperio Romano. Su carrera como abogado y político fue agitada y polémica, ya que durante la cruenta Guerra Civil que enfrentó durante cinco años a Julio César y Pompeyo (entre los años 49 y 44 a.C.), tomó partido por Pompeyo, quien fue derrotado. Esta toma de partido le valió ser asesinado por los soldados de Antonio (sucesor de Julio César) en el año 43 a.C.

Como filósofo, su influencia llega a nuestros días. En su obra más importante, llamada *Sobre la república*, puede leerse: “*La cosa pública (república) es lo que pertenece al pueblo; pero pueblo no es todo conjunto de hombres reunido de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho, que sirve a todos por igual*”.



Santo Tomás de Aquino (1225-1274)
Filósofo y teólogo italiano

El aporte fundamental de **Santo Tomás de Aquino** a la historia del pensamiento occidental fue la enorme tarea que realizó para conciliar la obra de los filósofos neoplatónicos (quienes habían tomado los textos del filósofo Platón y habían utilizado algunas de las ideas que allí se exponían como fundamentos del cristianismo) con la obra del filósofo griego Aristóteles.

Sus obras más importantes fueron la *Suma teológica*, la *Suma contra gentiles* y el *Compendio de teología*. En este último libro, podemos leer: “*Para llegar a la felicidad, hay un camino determinado, a saber, la virtud (...) El hombre ejerce rectamente las operaciones que le son propias cuando obra conforme a la virtud, porque la virtud de cada cosa es lo que hace bueno al que la posee (...) La recompensa de la virtud es la felicidad que la bondad divina concede al hombre; por consiguiente, propio es solamente de Dios privar de la felicidad a los que obran contra la virtud*”.

Esta rama del Derecho natural sostiene que **los hombres tienen una esencia y su misión es realizarla**. El estado natural del hombre, según quienes sostienen esta concepción, es la sociedad *pero no cualquier sociedad*, sino una sociedad que en cierto sentido ya está determinada de alguna manera, de modo tal que conduzca a la realización de la esencia de sus miembros.

En otras palabras: no sólo existe una esencia del hombre, sino que también existe una esencia de la sociedad. Es, por lo tanto, evidente que para los *iusnaturalistas* clásicos es absolutamente posible determinar si una sociedad es buena o mala. **Será una buena sociedad aquella en la cual los hombres puedan realizar su esencia.**

Dos últimas particularidades de esta escuela de pensamiento:

- a) Los deberes están siempre primero que los Derechos;
- b) Debe haber siempre alguna persona o algún grupo de personas cuya misión sea “guardar” el Derecho. Podemos llamar a estas personas de diversos modos: autoridades, sabios, letrados.

Lo central es tener claro que se sostiene que **lo primero es el deber, y que hay personas capaces de decirles a otras cuál es ese deber.**

:... Derecho Natural Moderno

Thomas Hobbes (retenga muy bien este nombre, puesto que volveremos a hablar de él en la próxima Unidad) inaugura lo que se suele llamar la “Filosofía Política Moderna”.

Su concepción del Derecho (que luego será sostenida por la inmensa mayoría de los *iusnaturalistas* posteriores) contradice punto por punto las características que acabamos de enumerar en el apartado anterior. Veamos cuáles son las particularidades que distinguen a este nuevo modelo.



Thomas Hobbes
Nació en
Inglaterra, el 5
de abril de 1588

Thomas Hobbes fue, tal vez, uno de los pensadores políticos más importantes de todos los tiempos. Vivió una época convulsionada, en la que las guerras civiles y religiosas azotaban su país, del que tuvo que escapar en varias oportunidades, perseguido por todos los bandos que se disputaban el poder.

Es considerado el padre de la filosofía política moderna, gracias a su libro *Leviatán*, en el cual expuso un modelo para entender el problema del poder que revolucionó no sólo su época, sino las posteriores (al punto que aún hoy genera polémicas).

Dice en el *Leviatán* (Capítulo XIII): *“El derecho natural, que los escritores llaman comúnmente ius naturale, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, de hacer toda cosa que su propio juicio y razón, conciba como el medio más apto para ello”.*

En primer lugar, **los hombres no se definen por su esencia**. Los Derechos que un hombre tiene no derivan de su esencia, sino de lo que puede hacer. En otras palabras: un hombre tiene Derecho a todo aquello que puede. Más claro aún: **todo lo que un hombre puede hacer, le está permitido, porque es su Derecho**.

Esto, que suena extremo (y lo es) choca de cabeza contra la idea que usualmente tenemos de la vida en sociedad. Y más aun choca (usted ya lo habrá notado) con la idea de una *buena sociedad*. Hobbes, entonces, cambia también el modo de concebir la relación entre el hombre y la sociedad. Dice: **el estado natural del hombre no es la sociedad, sino la guerra**; una guerra de todos contra todos en la que *el hombre es el lobo del hombre*.

Probablemente usted se esté preguntando ahora “¿Pero qué clase de sociedad puede pensarse si esto que dice Hobbes es verdad?” Es una buena pregunta.

Le sugerimos que retenga lo dicho hasta aquí y tenga algo de paciencia. En la próxima Unidad (haga de cuenta que esto es una de esas series que en lo mejor de la acción terminan con un letrero que dice “continuará”), trataremos este tema en detalle. Baste por ahora con advertir las diferencias entre esta concepción del Derecho y la concepción clásica.

La tercera diferencia es obvia, una vez que se recapitula todo lo dicho. Si todo lo que puedo hacer es mi Derecho, entonces **lo primero es el Derecho, y el deber sólo puede aparecer después, para limitarlo** (esto ya le puede dar una pista de cuál es la solución al problema que se nos presentó en el párrafo anterior).

Y de todas las diferencias que marcamos hasta aquí, podemos deducir una cuarta: **no es posible saber quién es el sabio que tiene de su lado el Derecho**. Un loco y el hombre más inteligente y razonable del mundo tienen el mismo Derecho. Los dos hacen lo que pueden y todo lo que pueden les está permitido ¿Quiere decir esto que el loco y el razonable son iguales? En un sentido lo son: tienen el mismo Derecho. En otro sentido, no lo son.

Pero para este último sentido habrá que esperar hasta la siguiente Unidad.

:::.. Derecho positivo

Cuando comparamos el Derecho Natural Moderno con el Clásico dijimos que había que imaginar que todo se ponía como de cabeza. Eso, dijimos, fue lo que hizo Hobbes: dar vuelta todo; decir “todo es al revés”.

Ahora hay que hacer algo parecido. Imagine que usted piensa: “¿Derechos naturales? ¿Cómo que “Derechos naturales”? No existe tal cosa. Todos los Derechos que un hombre tiene y todas sus obligaciones dependen del lugar y el tiempo en que vive. El Derecho está escrito por hombres y depende de un acto de voluntad humana. Si Dios, o un espíritu superior, tienen algo que decir, no lo hacen por medio del Derecho.”

Si usted piensa así, entonces usted es ***iuspositivista***.

:| Antes de seguir, es preciso que relea lo dicho en la Unidad sobre el uso de la palabra “positivo” en Derecho.

El positivismo jurídico (que es la escuela de Derecho actualmente predominante) tiene, de hecho, un muy buen argumento para rechazar la doctrina del Derecho natural. Podemos formularla del siguiente modo: Si fuera cierto que los Derechos son “naturales”, y esto significa que no dependen del arbitrio de los hombres, entonces todos los pensadores que adhieren al *iusnaturalismo* deben estar de acuerdo respecto de cuales son nuestros Derechos (por el hecho mismo de que son “naturales”). Pero ¡Oh, sorpresa! Cada vez que un *iusnaturalista* hace una lista de los Derechos “naturales”, su lista es distinta de la que hicieron otros *iusnaturalistas*.

El positivismo busca llegar a algo así como “la pureza” del Derecho, que no debe “contaminarse” con cuestiones morales, sociales o políticas. **Lo que el Derecho hace, para un positivista, es *prescribir***. Y aquello que el Derecho ha prescrito, debe ser acatado. Preguntarse si es bueno o malo obedecer una ley es contaminar el Derecho con cuestiones que no tienen nada que ver con él. Hay un Derecho que ha sido “puesto”. O bien se lo obedece, o bien se “pone” otro.

Podemos decir que el positivismo que defiende este modo de ver el Derecho es esencialmente **formalista**. Lo que el formalismo sostiene, diciéndolo brevemente, es que el contenido de la ley no es un problema del Derecho, sino de la moral. No importa qué dice una norma, sino cómo lo dice. Importa la *forma* de la ley. Y si la forma de la ley es “obedezca”, entonces tenemos que obedecer. Las normas, para un positivista, no se deben obedecer porque sean buenas, sino porque son *válidas*. Y ser *válida* quiere decir que se han respetado todos los mecanismos por los cuales una prescripción se vuelve Ley. En otras palabras: Si una Ley fue dictada por un organismo competente y no contradice una Ley superior, hay que hacer lo que ella dice. El exponente más destacado de esta corriente fue **Hans Kelsen**.



Hans Kelsen

Hans Kelsen es el autor que más ha influido en la concepción actual del Derecho. Es, de hecho, el *padre* de lo que se conoce como *positivismo formalista*, corriente a la cual ha dado sustento teórico la muy influyente obra *Teoría Pura del Derecho*, publicada por primera vez en 1934.

El que sigue es un fragmento de la *Teoría Pura del Derecho*: “*Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política (...) La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho en particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico*”.

Claro que este modo de ver el Derecho genera muchas inquietudes, de las cuales vamos a mencionar dos.

En primer lugar, surge casi instantáneamente una pregunta que no se ve cómo responder siendo formalista (esto es: sosteniendo que no importan los contenidos de las leyes o lo que las leyes dicen, sino cómo lo dicen, o simplemente *que lo dicen* y por lo tanto hay que obedecerlo):

¿Se puede realmente comprender el Derecho haciendo abstracción de aquello que constituye la materia de su práctica? En otras palabras: un juez, al dictar una sentencia, tiene en sus manos la vida de otra persona. La

“práctica” de un juez es, estrictamente hablando, tomar decisiones capitales sobre las vidas de otros. ¿Es concebible suponer que al tomar una decisión que puede cambiar la vida de otro hombre para siempre, ese juez no se pregunte si lo que hace *está bien* o *está mal*?

La segunda de las inquietudes es aun más difícil de contestar. Supongamos que aceptamos todo lo que el positivismo nos dice. Esto no nos responde la siguiente pregunta: **¿Quién escribió la ley que dice “obedezca”? ¿Cómo sabemos que quien escribió esa ley que dice “obedezca”, está autorizado para pedirnos obediencia?**

La respuesta que da el positivismo a estas preguntas es la siguiente: quien escribió esa ley es el legislador; y sabemos que está autorizado porque una ley lo autoriza. Claro que ahora tenemos que preguntar otra vez: “Y a esa ley que lo autoriza ¿Quién la ‘puso’?” Y el positivismo nos vuelve a contestar: “el legislador, autorizado por otra ley”.

Repase un par de veces el párrafo anterior: ¿Llega a ver el círculo vicioso? Pues bien, los mismos positivistas lo vieron y, para evitarlo, descubrieron la siguiente respuesta: “No hay un círculo vicioso, porque a medida que usted asciende con sus preguntas se acercará a una Norma muy especial, llamada Norma Fundamental, que es la que, en última instancia, autoriza al legislador”.

Pero imaginamos que usted es tan preguntón como nosotros, y preguntará: “Y a esa Norma Fundamental, ¿quién la puso y por qué estaba autorizado para ponerla?”

Pues bien; el positivismo no tiene buenas respuestas a esta pregunta. Precisamente por esta falta de respuesta a las inquietudes que mencionamos, algunos detractores del formalismo imaginaron que el Derecho debía ser otra cosa.

De ellos nos ocuparemos en el apartado siguiente.

:::: La Orientación Sociológica

Al igual que los iuspositivistas, los partidarios de la Escuela Sociológica no creen que existan Derechos naturales. Pero las similitudes no son muchas más.

Esta escuela ha sido fuertemente influida por la obra de pensadores como David Hume y Augusto Comte, pero fue sin duda el trabajo de Emile Durkheim el que abrió definitivamente el camino teórico que dio impulso a la nueva corriente.



Durkheim.
Francia,
1858-1917

En las obras más importantes de Emile Durkheim (*La división del trabajo social*, de 1893 y *Las reglas del método sociológico*, de 1895) están planteados los tres temas principales que tomará la Corriente Sociológica:

- 1) El *hecho social* debe ser tratado como una cosa y estudiado por los métodos de las ciencias naturales;
- 2) La *presión social* es la causa determinante de todos los fenómenos humanos (lenguaje, arte, moral, religión, derecho, etcétera);
- 3) Existe algo así como una *conciencia colectiva* que no es más que un pensamiento común acerca de todos estos fenómenos.

A diferencia de quienes se afilian al positivismo, los teóricos de la Orientación Sociológica piensan en **el Derecho como en un *hecho social* que depende de los caracteres de una sociedad determinada** (y estos caracteres incluyen la totalidad de las particularidades; desde costumbres y hábitos hasta características geográficas del territorio que las sociedades ocupan) y debe ser estudiado utilizando el método de las ciencias naturales.

Otra diferencia para estos pensadores consiste en que el Derecho no está “puesto” por actos de la voluntad arbitraria de nadie. En otras palabras: **el Derecho no es una invención deliberada y arbitraria, sino que nace por efecto de lo que denominan la *presión social***. El legislador o el juez, si bien “hacen” la ley (y, en cierto sentido, la “ponen”), la hacen *leyendo* los hechos sociales, *interpretando* las necesidades de la sociedad.

El primer fenómeno jurídico es, por ende, el hábito, la costumbre, y por lo tanto se forma, en cierta medida, espontáneamente.

Queda claro que **a esta corriente le importan, y mucho, los contenidos de las leyes**. Y al importar los contenidos (lo que las leyes dicen, lo que está prohibido y permitido, lo que se debe o no se debe hacer), no se puede ignorar que un contenido diferente a otro significará un Derecho diferente.

Podríamos caracterizar a esta escuela con la siguiente descripción: **todo Derecho es originado por una sociedad y toda sociedad origina su Derecho**.

... Las nuevas orientaciones

En los últimos años (probablemente desde mediados del siglo XX, pero bajo la influencia de las siempre polémicas ideas de Karl Marx (quien vivió en el siglo XIX), la teoría del Derecho ha recibido aportes muy significativos. Pensadores como Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Gilles Deleuze, Alain Badiou, Giorgio Agamben y Antonio Negri (entre otros), se han opuesto y han criticado con dureza a todas las corrientes de pensamiento existentes. Tomaremos a dos de ellos: Karl Marx y Michel Foucault.

Karl Marx fue un filósofo alemán que nació en la ciudad de Treveris y murió en Londres, en 1883. Su obra es aún hoy fuente de inmensas polémicas, puesto que es una terrible crítica del modelo capitalista de producción (que es el modelo predominante, hoy, en el mundo).

La tesis central de esta crítica (que se encuentra de modo más completo y acabado en sus obras *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, *La cuestión judía* y *El Capital*) es que el fundamento del sistema capitalista es la apropiación, por parte de un pequeño grupo de personas, del producto del trabajo de otros (la mayoría, a la que Marx denomina el *proletariado*). El trabajo es tomado en este sistema, para Marx, como una mercancía más que se puede intercambiar en el mercado.

Leamos un fragmento de *La cuestión judía* (libro en el que Marx aborda el problema de los derechos civiles): “La constitución del Estado *político* y la *descomposición de la sociedad civil* en individuos *independientes* cuya *relación es el derecho*, como era el privilegio la *relación de los hombres clasificados en clases y gremios*, se cumplen en un solo y el mismo acto (...) Sólo se reconoce aquí al hombre real bajo la figura del individuo egoísta; se reconoce al hombre verdadero por primera vez en la figura del ciudadano abstracto”.

Los múltiples trabajos de Michel Foucault tienen como tema recurrente la cuestión de **las relaciones de poder entre los hombres**. Foucault ha sido uno de los pensadores que más profundamente ha pensado acerca del por qué los hombres se dominan unos a otros y el modo en que lo hacen.

En uno de sus libros más célebres, llamado *Vigilar y castigar*, este filósofo analiza el modo en que se establecen los procedimientos de vigilancia y castigo en las sociedades europeas a partir del siglo XVI, momento en el cual, dice Foucault, se instaura el modelo al que llama “sociedad disciplinaria”, consistente en el control y el encauzamiento de los individuos, a fin de hacerlos dóciles y útiles para el sistema, por medio de diversas instituciones que adoptan un

método similar: la cárcel, la escuela, las fábricas. Tal método de control y vigilancia es llamado por él “panoptismo”.

El “panoptismo” es descrito por Foucault en los siguientes términos: *“Este espacio cerrado, recortado, vigilado en todos sus puntos, en el que los individuos están insertos en un lugar fijo, en el que los menores movimientos se hallan controlados, en el que todos los acontecimientos están registrados (...) en el que el poder se ejerce por entero de acuerdo con una figura jerárquica continua, en el que cada individuo está constantemente localizado, examinado, y distribuido (...) todo esto constituye un modelo compacto del dispositivo disciplinario”*.

Una breve frase puede darnos una idea del tenor de las críticas (que son muchas) que estos filósofos y juristas dirigen a las teorías que hemos expuesto hasta aquí: **no se puede entender el Derecho si no se entienden las relaciones de poder existentes en una sociedad**. En otras palabras: el Derecho es siempre resultado de una relación de fuerzas, de una lucha de poder, en la que alguien adquiere la capacidad de decirles a otros lo que deben hacer.

Tal vez lo más interesante de estas nuevas tendencias sea que cambian por completo el modo de entender a qué nos referimos cuando usamos la palabra “Derecho”:

Derecho = Relaciones sociales

“Derecho” no es, para quienes ven las cosas de este nuevo modo, sinónimo de “Sistema jurídico”, sino de “Relaciones sociales”. Este es el planteo central, y es bastante complicado, por lo que vale la pena detenerse un poco.

Cuando alguien dice que “Derecho” es sinónimo de “relaciones sociales”, está queriendo significar que la Ley es como es, no porque sea “buena” en sí misma, sino porque las relaciones entre las personas han determinado que fuera la Ley.

Una vez que se acepta esto se puede decir, entonces, que una ley es “buena”, pero sólo si con eso se quiere decir que ayuda a cumplir la **función** que el Derecho debe cumplir y ayuda a conseguir los **finés** que se espera que cumpla el Derecho.

En los próximos apartados nos detendremos a analizar qué quiere decir esto de que el Derecho tiene *funciones y finés*.

Podemos poner un ejemplo para ilustrar lo que queremos decir.

El día 19 de Diciembre de 2001, el Presidente de la República Argentina en ejercicio, Fernando de la Rúa, decretó el Estado de Sitio en todo el Territorio Nacional. Una de las cosas que, se supone, no puede hacerse durante un Estado de Sitio, es una manifestación pública. La gente, al oír el discurso por televisión en el cual el estado de sitio se decretaba, salió a la calle y organizó espontáneamente una manifestación pública. El resultado (casi inmediato, puesto que llevó dos días) de esta acción es conocido: 30 muertos a manos de la policía y la renuncia del Presidente.

Las preguntas entonces son:

¿Qué fue lo que sucedió?

¿Cómo explicarlo en términos del Derecho?

Si pensamos en el Derecho de un modo cercano al que nos indica el sentido común (que nos dice que “Derecho” es sinónimo de “Sistema jurídico”), hay demasiadas cosas que no tienen explicación. Si el Presidente hizo (como hizo) algo que formaba parte de sus atribuciones, y lo hizo (como también lo hizo) respetando las formas legales que se deben cumplir para que el estado de sitio entre en vigencia, entonces:

- 1) ¿Por qué la gente organizó la manifestación, si se le estaba diciendo, desde un lugar autorizado y legítimo, precisamente que se le prohibía organizar manifestaciones?
- 2) ¿Por qué el gobierno no pudo hacer nada para que la manifestación no se organizara?
- 3) ¿Por qué, cuando hizo algo para detenerla, fue “acusado” de “excederse”, si no hizo más que utilizar la fuerza pública para impedir la comisión de un delito?
- 4) ¿Por qué tanto el Presidente como algunos miembros de su gobierno fueron procesados por haber reprimido una protesta que, teniendo en cuenta lo que decía el Derecho, estaban facultados para reprimir?
- 5) ¿Por qué renunció el Presidente?

Vale la pena repetirlo: si “Derecho” y “Sistema jurídico” son lo mismo, entonces las preguntas no tienen respuesta. No es muy difícil entender por qué: si el Derecho es nada más que el conjunto de las leyes, entonces:

1. La gente no tenía derecho a manifestarse;
2. El gobierno tenía todos los instrumentos a su alcance para impedirlo;

3. Si los manifestantes persistían en su actitud (claramente delictiva, ya que la Ley así lo indicaba) no había posibilidad de “excesos”, hasta que esa persistencia acabara;
4. No había manera de encontrar un sólo motivo para acusar a ningún funcionario de gobierno por lo ocurrido (de haber algún acusado, éste debía salir del grupo de manifestantes, puesto que los manifestantes fueron los únicos que cometieron un delito);
5. Ni una sola de las atribuciones del presidente dejó de serlo por el hecho de que se manifestara en su contra (la Ley, de hecho, le seguía otorgando las atribuciones).

Pero si “Derecho” es sinónimo de “Relaciones sociales”, entonces no es nada complicado responder los interrogantes:

- 1) La gente se organizó porque simplemente no se sintió obligada a respetar lo que el presidente le decía. En otras palabras: la gente *no vivió* el decreto del Presidente como una *Ley válida*. Ante la sensación de que, además, el gobierno no tenía el poder suficiente para impedirle manifestarse, salió a la calle;
- 2) Se sigue de la respuesta anterior: efectivamente, el gobierno sólo tenía de su lado palabras escritas (leyes) pero ningún *poder* para hacer que esas palabras fueran respetadas por quienes debían respetarlas;
- 3 y 4) Tanto quienes ejecutaron el decreto como quienes lo escribieron, fueron encontrados responsables de haber ejecutado y escrito una orden absolutamente *ilegítima* por parte del resto de los actores sociales que, en esas circunstancias, tenían la fuerza suficiente como para imponer qué era legítimo y qué no lo era, cosa que el gobierno no podía hacer (ya veremos, en el último capítulo, más extensamente, cuál es la diferencia entre *legalidad* y *legitimidad*);
- 5) El Presidente renunció, simplemente, porque ya nadie creía que fuera efectivamente un hombre autorizado a comandar los asuntos del Estado.

Como puede verse, este modo de concebir el Derecho hace de éste (del Derecho), mucho más que un sistema fijo de leyes escritas en papeles. **Si hay algo que puede llamarse con justicia Derecho, no es otra cosa que lo que se puede hacer en una sociedad determinada, en un momento determinado.** Esto *que se puede hacer* depende de cómo sean las relaciones

sociales, lo cual quiere decir que depende, no de lo que un gobernante dice que se puede hacer, sino de *lo que la gente está dispuesta a aceptar que se puede hacer*.

Veamos las consecuencias de este planteo, en relación con las escuelas que ya hemos presentado.

En primer lugar, queda bastante claro que **no es posible pensar en Derechos naturales**. Habrá, en todo caso, Derechos “naturalizados” (le aconsejamos que vuelva a mirar lo dicho acerca de la “Falacia naturalista”). Una sociedad no tiene el Derecho que tiene porque “así deba ser”, sino porque las relaciones de fuerzas están configuradas de un modo determinado, que permite y explica el Derecho que esa sociedad tiene.

En segundo lugar, si el Derecho es relación de fuerzas, no alcanza con que alguien “ponga” el Derecho. **Es necesario que, además, alguien acepte (u obedezca) ese Derecho que se “pone”**. Una ley correctamente formulada pero cumplida por nadie, no es, para estos críticos, una ley válida, simplemente porque no es una ley. Un Derecho que nadie acata y en el que nadie cree, no merece llamarse Derecho, lo “ponga” quien lo ponga.

En tercer lugar, ya no tiene sentido mantener la diferencia entre la “forma” y el “contenido” de la ley. Para este grupo de teóricos, **la forma es el contenido de la ley**. Esto es difícil de entender, pero fundamental. Lo que se nos está diciendo es que el hecho de que una ley tenga la forma “obedezca” (aun si se nos dice que es secundario qué es lo que hay que obedecer), implica que el orden jurídico está estructurado de un modo tal que alguien “puede” decirle a otro “obedezca”. Y esto es un contenido, no una forma. Un contenido que puede expresarse así: “Las relaciones de fuerza entre usted y yo indican que yo puedo decirle a usted lo que tiene que hacer, y usted tiene que hacerlo”.

Por último, **ya no es importante si quien escribe o ejecuta la ley lo hace interpretando la sociedad en que vive. Lo hace porque puede hacerlo, y punto**.

UNIDAD 2: EL ESTADO

"Nuestro principal problema en la actualidad es saber cómo podemos determinar el poder del Estado. Esta es la tarea más difícil, porque el estado se presenta como algo considerable e indeterminado a la vez. Es una fuerza única e irresistible bajo el nombre de economía y es indeterminado porque no es inmediatamente represivo, como una medida policial o militar. La "democracia" quiere decir un carácter especialmente indeterminado del estado de las cosas. No podemos tener una representación clara del poder del Estado. Los gobiernos actuales son relativamente ridículos: el poder está en otro lado y no representado en los Estados en sentido estricto. Entonces, lo que nos tenemos que preguntar es qué acontecimientos pueden mostrar el poder del Estado actual y qué medida tiene este poder. Para esto, creo que tenemos, en primer lugar, que organizar proyectos comunes, movimientos sociales con objetivos nuevos, crear vínculos ahí donde los vínculos son imposibles".

Alain Badiou

∴... Introducción

A partir de aquí, y a lo largo de todo esta Unidad, trataremos de señalar la relación que existe entre el Derecho y las formas de organización política.

Comenzaremos haciendo un recorrido por las distintas formas en que la sociedad occidental se ha organizado, a lo largo de la historia, desde el siglo quinto antes de Cristo hasta nuestros días. Luego analizaremos el concepto de Estado, para poder entrar de lleno al análisis histórico de la formación de la Nación Argentina. Finalmente, hablaremos de la Constitución Nacional, centrándonos en el estudio de los derechos y garantías fundamentales y las disposiciones que regulan el funcionamiento de las instituciones.

Esperamos que al finalizar de trabajar con esta Unidad, usted sea capaz de:

- Diferenciar los conceptos de *Estado* y *Nación*, y describir sus características más generales.
- Comprender el concepto de *Estado* como un producto histórico y advertir los motivos que llevaron a su adopción como forma de organización de la sociedad.
- Comprender las razones que llevaron al establecimiento del modelo constitucional argentino.
- Identificar los derechos y garantías fundamentales de la Constitución Nacional y sus fundamentos teóricos.
- Relacionar las diferentes concepciones políticas subyacentes en las reformas constitucionales, con los procesos históricos en los cuales se implementaron.

Para comenzar, lea los siguientes extractos de artículos periodísticos; seguramente, hay términos o conceptos que le resultarán conocidos:

Principios de la ciudadanía fiscal

Una de las bases sobre la que se asienta el sistema republicano es la existencia de un pacto fiscal entre el **Estado** y los **ciudadanos**. Estos tienen la obligación de tributar al Fisco según su inserción en la estructura social, económica y productiva y el derecho de recibir a cambio la protección, las garantías y los servicios que brindan los poderes públicos (...).

© Clarín, *Principios de la ciudadanía fiscal*. 23 de julio de 2005.

Parque industrial para pymes: un nuevo modelo de negocios

En el predio que perteneció a La Cantábrica comparten gastos y proyectos. El caso es tomado como ejemplo de cooperación entre privados y el Estado (...).

© Clarín, *Parque industrial para pymes: un nuevo modelo de negocios*. 1 de agosto de 2005.

El largo camino de la independencia argentina

Qué pasó en Tucumán el 9 de Julio de 1816. Los primeros pasos para construir una **nación** libre. El germen del conflicto que más tarde se conocería como "unitarios y federales". Los deseos de un destino común para el continente americano y las dificultades para lograrlo.

© Clarín, *El largo camino de la independencia argentina*. 9 de julio de 2005.

Hay en estos párrafos términos que utilizamos en forma cotidiana y que aparecen en los medios de comunicación tales como **Nación, Estado, ciudadanía**.

Seguramente, estos conceptos le resultarán conocidos, al menos de nombre. Le proponemos, entonces, un trabajo activo sobre ellos. Cada vez que aparezca una noción conocida (generalmente las podrá encontrar en los títulos de los apartados), anote en su carpeta la palabra (por ejemplo "Nación") seguida de una definición propia. Recién después, avance con la lectura y compare su producción con lo que el texto le dice. Analice entonces tanto las diferencias y similitudes como los desacuerdos que tenga con lo que exponemos en este Módulo. Y, como siempre, será importante que resuelva

todas las Actividades de la Unidad pues ellas le posibilitarán afianzar su aprendizaje y corroborarlo continuamente.

::... Acerca del Estado

¿Cuántas veces escuchó (y dijo): “Estado argentino” o una frase parecida a “de esto se tiene que encargar el Estado, o la mera palabra “Estado”?

En este apartado intentaremos desarrollar **el concepto de Estado**, que es más complejo de lo que a simple vista parece.

En el lenguaje cotidiano a veces usamos como sinónimos palabras como “Estado”, “Nación”, “País”. Decimos, indistintamente, “la Nación Argentina” o “el Estado argentino” como si ambas expresiones fueran lo mismo que decir, “Nuestro país” o, simplemente, “Argentina”. Pero esto es un error. Iniciaremos entonces nuestro recorrido por la temática de la Unidad estableciendo la diferencia entre Estado, Nación y país.

En una primera aproximación, podemos manejarnos con las siguientes definiciones:

Nación

La Nación es el conjunto de habitantes de un país y el territorio que estos habitantes ocupan.

Estado

El Estado es el cuerpo político de una Nación o como se suele decir “la suma del poder público”, expresada en instituciones burocráticas encargadas de manejar los asuntos públicos.

Y para diferenciar Estado y Nación de “país”, podemos decir que:

Nación

Es el “país” considerado sólo como población o como territorio.

Estado

Es el “país” considerando sus mecanismos de gestión política y administrativa.

País

Puede entenderse como la consideración de Estado y Nación, como un todo.

:| Recuerde estas definiciones iniciales y siga avanzando.

:::.. Desarrollo histórico del concepto de Estado

Nos ocuparemos ahora de trazar un breve mapa histórico acerca de las formas de organización política. Si usted está interesado en profundizar sobre el tema, le sugerimos que lea el Anexo que se encuentra al final de la Unidad 2.

Para hacer un breve repaso histórico del concepto de Estado, nos serán de utilidad cuatro modelos de organización política.

- **La polis griega (particularmente Atenas)**
- **El Imperio Romano**
- **La organización feudal de la Edad Media**
- **El Estado burgués de fines del Siglo XVII**

:::.. La Polis

La **Polis** era la ciudad de los antiguos griegos, a quienes reconocemos, hoy, como los “padres de la democracia”. Dijimos más arriba que el Estado es el cuerpo político de una Nación. Para que haya **Estado**, tal como nosotros lo entendemos se necesitan, entonces, dos cosas: **una Nación** (esto es, una población y un territorio) y, **un cuerpo político expresado en instituciones burocráticas** (esto es: órganos de gobierno legislativos, de administración, de justicia, etcétera). Lo importante, en este punto, es que **estas instituciones burocráticas**, en nuestro modo de concebir el Estado, **no se confunden con la población**. En otras palabras: no es la población civil, la que maneja los asuntos públicos. Estos están en manos de los **funcionarios del Estado**.

En Atenas, sin embargo, esto no funcionaba así. Un ateniense, por el mero hecho de ser ciudadano, tenía la obligación de participar de los asuntos públicos; ser ciudadano era ya ser un funcionario del estado, al menos cada cierta cantidad de tiempo. Además, todo ciudadano participaba de la Asamblea, en la cual se decidía sobre las cuestiones más importantes que concernían a la ciudad.

¿Por qué podemos decir que la *Polis* griega es un antecedente de nuestro *Estado*? Porque fue el primer modo de organización política que conocemos en el cual los hombres se dieron a sí mismos su gobierno.

.... Roma

En la sociedad romana, la administración pública era ya manejada por un grupo *pequeño* de personas. La legislación, la justicia y los asuntos de gobierno no eran propiedad de órganos tan claramente diferenciados como en la actualidad, se puede decir que **ya funcionaba en Roma un aparato estatal con instituciones burocráticas establecidas y funcionarios públicos con poder de decisión, relativamente autónomos.**

De todos modos, aun no era clara la separación entre *Estado* y sociedad civil. El aparato burocrático romano actuaba por encima del conjunto de la población, no lo hacía respecto de toda la población, sino sólo de una parte de ella: la plebe (las clases más bajas, que eran la mayoría). Esto era así porque **no funcionaba en Roma** (como sí funcionaba en Atenas) **un concepto amplio de lo que nosotros entendemos como igualdad.**

Lo que importa señalar es que más allá de las diferencias en lo que hace a la concepción del manejo del poder, de los romanos recibimos algunas formas de organización que hoy nos son absolutamente familiares: un código jurídico escrito, una cámara de senadores, instituciones con cierto grado de autonomía que cumplen funciones gubernamentales y administrativas, etcétera.

.... Reinos y feudos

Al caer el Imperio Romano, en el siglo VI d. C., Europa quedó fragmentada. Cualquier referencia a cosas tales como naciones, Estados o países pierde sentido en esta época (que duró hasta los siglos XIII ó XIV).

Si bien no había un polo de poder político unitario, había aparecido un polo unificador que ningún señor podía desconocer: el papado (cuya sede estaba en Roma). La Iglesia Católica (y el Papa como su representante supremo, guardián e intérprete autorizado de la palabra de Dios) era la referencia a la cual debían remitirse todos los asuntos relacionados con el Derecho (derecho a las tierras, a las posesiones, herencias, etcétera). **El modo de resolver los conflictos era la apelación a la autoridad.** La palabra del Papa era verdadera y justa simplemente porque era la palabra del Papa. La **concepción del poder (y del derecho) era total y absolutamente jerárquica.**

De esta época, entonces, no recibimos el Estado. Tampoco debemos a la Edad Media (al menos a la etapa que se cuenta entre los siglos VI y XIII) nuestro actual concepto de Nación. Pero sin duda le debemos una concepción del

poder y del Derecho que aún hoy forma parte del más común de los sentidos comunes: **la ley debe ser respetada, porque es la ley.**

... El Estado moderno

Fue en el marco de la disolución del orden feudal, crecimiento de la burguesía y afianzamiento de la monarquía e incremento del papel de la Iglesia en relación con las cuestiones de poder, que nació lo que conocemos hoy como Estado.

El **Estado Patrimonial** se convirtió en **Estado Nacional**, cuando los **ciudadanos** reemplazaron a los **súbditos**, cuando **el territorio y la población** pasaron, de ser propiedad del rey, a ser **Nación**.

Tenemos entonces algunos elementos más para profundizar la breve definición de Nación que dimos al comienzo de la Unidad. Podemos decir que **en el Estado Nacional el ciudadano se sabe activo y responsable de su propio destino**. Recién aquí adquieren sentido nociones que seguramente usted escuchó o leyó muchas veces: “voluntad general”, “voluntad del pueblo”.

ACTIVIDAD 7

Lo invitamos a realizar una comparación entre los cuatro modelos que le hemos presentado. Para hacerlo, puede buscar información en algún libro de historia.

Escriba un texto argumentativo tomando posición por alguna (la que usted elija) de las formas de organización política. Esto significa que usted debe defender uno de los cuatro modelos, explicando por qué es “mejor” que los demás (lo cual quiere decir que debe mencionar a los demás, al menos para criticarlos).

Por poner sólo ejemplos, usted podría comenzar su relato con frases similares a las siguientes:

- “La mejor forma de manejar los asuntos públicos es una democracia como la ateniense. Las razones por las cuales...”
- “No ha habido en la historia ninguna forma de organización política que superara en eficacia y justicia a la romana, porque...”
- “Una verdadera y justa forma de gobierno debe estar siempre a cargo de la autoridad espiritual de la iglesia, como en la Edad media. Sostengo esto ya que...”

Lleve este trabajo al encuentro de tutoría.

::::... Acerca del concepto Estado de Derecho

Decimos que vivimos en un **Estado de Derecho** cuando todos los órganos y poderes de un Estado están subordinados a una Constitución.

Ahora bien, ¿qué es una Constitución?

Suele definirse a la Constitución como “Ley suprema”. Aunque esta definición no nos diga demasiado, podremos sacarle algún provecho si revisamos algunas de las cosas estudiadas respecto de las normas.

Las leyes son los instrumentos de los que se vale el Derecho para resolver ciertos conflictos, que llamamos particulares. Está claro que si mantenemos esta definición de la palabra “ley”, se hace difícil pensar en la **Constitución** como en una ley más, puesto que no se trata de una norma que resuelva un conflicto específico, sino de aquella cuya pretensión es **ser la voz última en la resolución de todo conflicto**.

Pero tampoco podemos decir que la Constitución no sea del todo una ley, ya que todos los conflictos que está llamada a resolver son, en sí mismos, particulares (más allá de que se pueda decir que actúa diciendo, en cada caso particular, qué es lo que deberá hacerse en general). Esta especie de **doble naturaleza de la Constitución** es un problema teórico muy complejo, que no profundizaremos. Nos alcanza, para entrar en el tema que nos importa, simplemente saber que existe.

Estado de Derecho

Al definir el Estado de derecho como la situación en la que **todos los órganos y poderes de un Estado están subordinados a una Constitución**, estamos haciendo una doble asignación al Estado:

- Por un lado, **el Estado es el depositario de la suma del poder y, como tal, se ofrece como garante del Derecho.**
- A la vez, al asumir esta posición, el Estado asume la carga de ser **el punto de referencia de toda reclamación.**

Es por esto que en temas tan delicados como los Derechos Humanos hay que tener siempre muy claro que es el Estado (y nunca los particulares) el responsable de velar por ellos y de responder ante cualquier violación de los mismos.

El concepto “Estado de Derecho” es particularmente importante, puesto que pone de manifiesto que el Estado no es solamente (o no debería ser) la suma del poder público en un sentido negativo; es decir, en el sentido de que es un aparato de coacción. **Lo que se pone de manifiesto con este concepto, es que el Estado sólo puede ser tal cosa, legítimamente, si como contrapartida asume la responsabilidad última de proteger los intereses de la ciudadanía.**

Esta característica aparentemente “contractual” puede resumirse así: el Estado recibe la capacidad de retener los mecanismos de coacción a cambio de dar a los ciudadanos una serie de garantías de bienestar, seguridad, etcétera.

.... El “Estado de naturaleza” y la “Sociedad civil”

Dijimos que sólo había Nación y Estado una vez que los hombres eran considerados “ciudadanos” responsables de su destino. Para la mayoría de los pensadores de los siglos XVI y XVII (época en que podemos decir que “nació” el Estado moderno), se era ciudadano sólo porque se había realizado un “contrato” de cada individuo con todos los demás, por medio del cual se renunciaba a ciertos derechos a cambio de seguridad y protección contra las injusticias (que quedaban a cargo del Estado).

Este modo de concebir el inicio de la sociedad se corresponde con una línea teórica conocida como **Contractualismo**. El término “contractualismo” deriva de la palabra “contrato” concepto que es central para entender el modo en que nuestra sociedad está hoy organizada.

Vamos a resumir aquí qué dice el contractualismo para terminar de comprender en qué consiste nuestro Estado.

El aparato teórico contractualista reposa sobre una suposición básica: **la sociedad no es el estado natural del hombre, sino el resultado de un pacto**, acuerdo o contrato entre individuos que, previamente a pactar, son absolutamente independientes, libres de toda restricción y autónomos. Lo que dice el contractualismo es que, en un estado previo a la sociedad (llamado **estado de naturaleza**) la absoluta libertad de los hombres plantea un grave problema: es imposible progresar.

En función de esto, y para poder llevar a cabo los planes de cada uno sin que los demás sean un peligro constante contra los propios intereses, los hombres firman una especie de “**pacto de no agresión**” mediante el cual se comprometen a **respetar ciertos puntos básicos de convivencia y una autoridad común**, a la cual todos deben obediencia (porque voluntariamente se sometieron a ella).

Podemos, ya, poner en palabras conocidas cada uno de los elementos mencionados.

Tras el pacto, **el estado de naturaleza** se transforma en **sociedad civil**. El hombre se transforma en **ciudadano**. El conjunto de hombres en **pueblo**. El pueblo y el territorio que éste habita en **Nación**. Los puntos básicos de convivencia en **Constitución**. La autoridad común en **Estado**.

De este modo, se resuelve un problema que la teoría política tenía desde la caída de la monarquía: **cómo restaurar un criterio de legitimidad** ¿Qué quiere decir esto? Si ponemos como ejemplo al rey, vemos que él es parte de una monarquía absoluta de origen divino. Esto significa que el rey es el representante político de Dios; y esto es un criterio de legitimidad: el rey es un gobernante legítimo porque Dios así lo quiere.

El criterio de legitimidad, en el momento de la aparición del Estado nación, es que **la legitimidad reside en el pueblo**. Esto plantea, sin embargo, un problema nada fácil de resolver. El problema es definir quiénes van a ser pueblo y quiénes no. En otros términos: hace falta, ahora, determinar **cómo se define qué es ser ciudadano**, lo cual es lo mismo que determinar **quién va a tener derechos políticos** (tales como votar, o educarse, o ser electo, por poner algunos ejemplos).

ACTIVIDAD 8

El 23 de septiembre de 1947, Eva Perón pronunció el siguiente discurso anunciando la Ley 13.010, en la cual se equiparaban los derechos de la mujer a los del hombre:

“Mujeres de mi Patria:

“Recibo en este instante, de manos del Gobierno de la Nación, la ley que consagra nuestros derechos cívicos. Y la recibo, ante vosotras, con la certeza de que lo hago, en nombre y representación de todas las mujeres argentinas. Sintiendo, jubilosamente, que me tiemblan las manos al contacto del laurel que proclama la victoria (...) “Mis queridas compañeras: ¡Inspirémonos en su ejemplo! Este triunfo nuestro encarna un deber, como lo es el alto deber hacia el pueblo y hacia la Patria. El sufragio, que nos da participación en el porvenir nacional, lanza sobre nuestros hombros una pesada responsabilidad. Es la responsabilidad de elegir (...) “El voto que hemos conquistado es una herramienta nueva en nuestras manos. Pero nuestras manos no son nuevas en las luchas, en el trabajo y en el milagro repetido de la creación (...) “¡Bordamos los colores de la Patria sobre las banderas libertadoras de medio continente! ¡Afilamos las puntas de las lanzas heroicas que impusieron a los invasores la soberanía nacional! (...) “Fecundamos la tierra con el sudor de nuestras frentes y dignificamos con nuestro trabajo la fábrica y el taller. Y votaremos con la

conciencia y la dignidad de nuestra condición de mujeres, llegadas a la mayoría de edad cívica (...) Con él y con el voto, contribuiremos a la perfección de la democracia argentina. Nada más”.

BUENOS AIRES, 23 de Setiembre de 1947.-

POR CUANTO:

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de

LEY:

Artículo 1º.- Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos.

Artículo 2º.- Las mujeres extranjeras residentes en el país tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o les imponen las leyes a los varones extranjeros, en caso de que éstos tuvieren tales derechos políticos.

Artículo 3º.- Para la mujer regirá la misma ley electoral que para el hombre, debiéndosele dar su libreta cívica correspondiente como un documento de identidad indispensable para todos los actos civiles y electorales.

Artículo 4º.- El Poder Ejecutivo dentro de los dieciocho meses de la promulgación de la presente ley, procederá a empadronar, confeccionar e imprimir el padrón electoral femenino de la Nación en la misma forma en que se ha hecho el padrón de varones. El Poder Ejecutivo podrá ampliar este plazo en seis meses más.

Artículo 5º.- No se aplicarán a las mujeres las disposiciones ni sanciones de carácter militar contenidas en la ley 11.386. La mujer que no cumpla con la obligación de enrolarse en los plazos establecidos, estará sujeta a una multa de cincuenta pesos moneda nacional o a la pena de quince días de arresto en su domicilio, sin perjuicio de su inscripción en el respectivo registro.

Artículo 6º.- El gasto que demande el cumplimiento de la presente ley, se hará de rentas generales, con imputación a la misma.

Artículo 7º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los nueve días del mes de setiembre del año mil novecientos cuarenta y siete.

J.Hortensio Quijano Ricardo C. Guardo

Alberto H: Reales Rafael González

POR TANTO:

Téngase por Ley de la Nación, cúmplase, comuníquese, publíquese, dese a la Dirección General del Registro Nacional y archívese.

PERON - Angel G. BORLENGHI

Le proponemos que:

a) Subraye en el primer texto los segmentos en los cuales se hace evidente la incorporación de la mujer argentina a la plena ciudadanía.

b) Lea atentamente la Ley 13.010 (segundo texto) y subraye los pasajes en los cuales se enumeran los derechos adquiridos por las mujeres.

c) Enumere las características que, a su juicio, Eva Perón resalta como evidencias de que las mujeres merecían la plena ciudadanía, en el primer texto.
Fin Actividad

Si prestamos atención podemos ver de qué modo los elementos que hemos ido señalando a lo largo de esta Unidad se conjugan para dar lugar a una forma nueva de entender lo social. De todas las conclusiones que se puedan sacar, nos interesa particularmente una:

De la suma del descubrimiento griego de la posibilidad de autogobernarse, más el descubrimiento romano de la burocracia institucional y la ley codificada, más el ordenamiento jerárquico medieval, surge un orden social de personas que se autodeterminan para conformar un aparato burocrático estatal que los gobierna jerárquicamente y desde arriba.

En otras palabras: **surge un conjunto de hombres (el pueblo, conformado por ciudadanos) que se dan a sí mismos un gobierno (representado por el Estado), que los gobierna prescindiendo de ellos mismos.**

El derecho funciona, en este marco, de la misma manera: supuestamente, por haber surgido de un contrato; se siguen leyes que los ciudadanos se dieron a sí mismos, pero que no pueden cambiar o discutir porque también se dieron un Estado, al que delegaron la tarea de cuidar las leyes sin consultarlos.

En este orden jurídico, tomado como resultado de un contrato entre iguales, que dio a ciertas personas (los legisladores y los jueces) la misión de velar por la legalidad, **se genera la ilusión de que cuando habla el juez, es la ley misma la que habla.** Sucede que esta es una concepción, en el fondo, heredera de la concepción jerárquica del papado, en la Edad Media.

En otras palabras, el juez es, en este modo de concebir el Derecho, sólo la voz de la ley, del mismo modo que las decisiones del Estado representan la voz del pueblo.

Para hacer un resumen muy sumario de lo que se entiende por **Nación y Estado** podemos enumerar algunos de los **atributos** (los más importantes) que se consideran **imprescindibles para que una nación exista como tal.**

Unidad territorial	Primera diferenciación con el régimen monárquico: no hay Nación cuyo territorio no esté precisamente delimitado.
Moneda única	<i>No solamente es importante la unificación de la moneda como elemento de transacción comercial, sino como elemento simbólico.</i>
Unidad económica y de mercado	Lo cual implica aduanas únicas y exteriores (no debe haber aduanas entre ciudades), vigencia y legalidad igual para los contratos.
Unidad legislativa	Las leyes deben ser las mismas en todo el territorio.

Como puede verse, el concepto que se repite es el de **unidad**. Hemos enumerado una serie de requisitos de unidad que hacen posible pensar en la Nación. Nos falta uno: la **unidad cultural**. Pero no es casual que no lo hayamos puesto, ya que no siempre es considerado un requisito imprescindible.

Podemos, a modo de cierre temático, decir que **hay dos tipos de nacionalismos** (o modos de concebir qué es una Nación y, por ende, qué se requiere para ser un ciudadano): **el nacionalismo constitucionalista y el culturalista**.

Nacionalismo

constitucionalista

Nacionalismo culturalista

↓

Establece que la unidad cultural es un accesorio que ni siquiera vale la pena mencionar. **De quien vive en un determinado territorio, ateniéndose a las leyes que regulan la vida civil, puede decirse que tiene con todo derecho su nacionalidad.**

↓

Afirma que **tener una nacionalidad requiere**, además de lo ya mencionado, **participar de ciertas costumbres y hábitos comunes (símbolos, expresiones artísticas, literarias, etc)**

La discusión entre ambos modos de concebir la nacionalidad fue muy importante en Argentina, a fines del siglo XIX y principios del XX. Sin entrar en detalles, podemos señalar que la posición culturalista se mostró como más eficaz que la nacionalista para imponer los criterios de definición de lo nacional, frente a lo extraño (o extranjero).

ACTIVIDAD 9

Le proponemos escribir un breve texto tratando de reflexionar sobre el siguiente interrogante:

¿Cree usted que el Estado debe estar *por encima* de los habitantes de la Nación?

Considere, al escribir, que sería deseable que usted dejara sentada su opinión acerca de problemas como los siguientes:

¿La ley debe ser custodiada por unos pocos y acatada por los demás?

¿Tiene sentido preguntarse si la ley “es buena”, o siempre hay que acatarla, porque “es la ley”? ¿Cuáles son las consecuencias negativas y positivas que se desprenden de asumir una u otra postura?

¿Puede el Estado representar fielmente los intereses de la ciudadanía o necesariamente habrá rasgos de arbitrariedad en el manejo del poder, una vez que este sea cedido a alguien?

¿Es posible pensar en una convivencia armónica sin Estado?

Tenga en cuenta que las preguntas son orientativas. Puede usted agregar todas las que desee, siempre y cuando en el texto que escriba se trate con profundidad la cuestión que se le ha planteado. Analice su texto en los encuentros tutoriales.

:::: El Estado Argentino

Hemos recorrido muy brevemente la historia del Estado como concepto. Vimos el concepto de Estado y, por ende, el Estado como modo de organización política es resultado de un proceso histórico.

Nos toca, ahora, ver **cómo este Estado se dio en el caso particular de Argentina.**

.... **Formación histórica del Estado Argentino**

Como ya se dijo, el proceso de construcción del Estado tal como lo conocemos se dio entre los siglos XVI y XVII. Argentina nació en el siglo XIX y, por lo tanto lo hizo cuando la forma Estado era, ya, la única concebida como buena en Europa.

Pero el **proceso de construcción de la Nación Argentina** fue largo y difícil. No se dio, en absoluto, de una vez y para siempre, en 1810, ni aún en 1816, con la declaración de la independencia. Puede decirse, incluso, que entre 1810 y 1835 Argentina es un país cuyo territorio y población no pueden precisarse todavía muy bien. La palabra “argentinos”, de hecho, no es útil para identificar a los habitantes de lo que hoy conocemos como Argentina, sino hasta bastante tiempo después (y en sus orígenes identificaba solamente a los porteños).

Es un momento de ruptura y confusión. Se acaba de romper con España y no hay todavía símbolos comunes lo suficientemente fuertes como para pensar que pueda existir algo así como una “identidad nacional”. Por otra parte, no hay tampoco posibilidad, aún, de acordar respecto de cuáles podrían ser los símbolos comunes a una población partida en dos y en estado de anarquía y guerra permanente: es la época de la guerra entre Unitarios y Federales.

Se puede resumir muy apretadamente este **primer período de la formación del Estado Argentino** diciendo que es la etapa en que **surge la necesidad de crear una Nación independiente**, sin que sea claro que efectivamente se logre aún el objetivo. Es un momento en el cual el problema que se plantea es el de la **legitimidad** y el de la definición de la **ciudadanía**.

Usted puede volver a leer lo dicho respecto a ambos puntos, en el apartado anterior.

.... **La Generación del 37**

El año 1835 es un año importante. Juan Manuel de Rosas es nombrado Gobernador por tiempo ilimitado y comienza en el país una de las etapas más polémicas de la historia. El régimen de Rosas genera controversias tan grandes, que toda una generación de intelectuales va a dar a luz un proyecto (más valdría decir “una suma de proyectos” o “una gran variedad de proyectos”) de Nación cuyo hilo conductor no será otro que el tratar de erradicar para siempre la posibilidad de que personas como Rosas puedan acceder al poder.

Pero, antes de avanzar, veamos quién era Juan Manuel de Rosas.



Juan Manuel de Rosas

Militar y político argentino, nacido en Buenos Aires en 1793, intervino en política por primera vez en 1820, en apoyo del gobernador de Buenos Aires, Martín Rodríguez. En la disputa entre unitarios y federales (bandos que se disputaban la hegemonía dentro del país) tomó partido por los segundos y, como su caudillo, ocupó entre 1829 y 1832 el cargo de gobernador de Buenos Aires.

Tras una exitosa campaña contra los indios, la Legislatura porteña lo nombró, en 1835, Gobernador con la suma del poder público, por tiempo ilimitado. Todo el tiempo que duró su mandato estuvo signado por luchas violentas que convulsionaron permanentemente al país.

Como toda figura política relevante sus acciones dividen fuertemente las opiniones de los historiadores (también las opiniones de sus contemporáneos). Para algunos fue simplemente un dictador cruel, que no dudó en usar cualquier medio para deshacerse de sus enemigos políticos y retener así su poder. Para otros, fue en este aspecto sólo un reflejo de una época, rescatan su obra a favor de la unidad nacional frente a la anarquía y su enérgica actitud nacionalista en todos los asuntos relacionados con las relaciones exteriores.

Su gobierno suscitó una oposición armada que, al mando del Gral. Urquiza, lo derrotó en Caseros en 1852. Derrotado y declarado “reo de lesa patria” por la Cámara de Representantes, se trasladó a Inglaterra, donde murió, en 1877.

Dijimos que entre 1810 y 1835 las cuestiones centrales a resolver eran el problema de la legitimidad y el de la definición de la ciudadanía.

A partir de 1835, lo que los intelectuales van a preguntarse será:

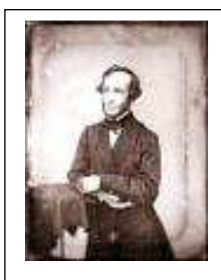
“¿Por qué la Revolución de Mayo derivó en anarquía? ¿Por qué la Revolución de Mayo derivó en Rosas? ¿Es que luego de la revolución sólo nos queda elegir entre la anarquía y el despotismo?”

Estas preguntas (que se formulaba un grupo de intelectuales que no veían nada peor que Rosas en el horizonte) instalaron un modo de concebir la realidad que marcó a fuego a las generaciones futuras. Rosas fue colocado por estos intelectuales en el lugar del arquetipo del “producto bárbaro” del “suelo inculto criollo”. La palabra “bárbaro” no es casual; Rosas fue ubicado en el lugar de la **barbarie**, a la que había que vencer con **civilización**. Para los exponentes de la generación del 37, Rosas, el bárbaro, el tirano, el criollo, debe ser

reemplazado (veremos muy pronto que, para algunos, debe ser literalmente reemplazado) por el hombre civilizado, republicano y europeo.

A este grupo de intelectuales, se los conoce hoy como la **Generación del 37**. Se trató del primer conjunto de políticos y pensadores que centraron sus esfuerzos en la necesidad de construir una identidad nacional, una definición de la argentinidad. Formaron parte de este grupo hombres tales como Esteban Echeverría, Vicente Fidel López, Juan María Gutiérrez y Bartolomé Mitre. Fueron parte de esta generación, también, dos hombres que nos deben interesar muy particularmente. Nos referimos a **Juan Bautista Alberdi** y a **Domingo Faustino Sarmiento**.

En los libros de historia, en los que ha estado trabajando, seguramente encontrará información relevante acerca de estos hombres de nuestra historia. Le sugerimos que la lea y compare con la que aquí le brindamos.



Alberdi

Alberdi fue un jurisconsulto argentino, nacido en Tucumán en 1810. Estudió en Buenos Aires y, por oposición a la política de Rosas, se exilió voluntariamente en Montevideo, donde se recibió de abogado en 1840. Depuesto Rosas, fue nombrado por Urquiza Ministro Plenipotenciario de la Confederación Argentina en París, Madrid, Washington y Londres.

Hombre brillante y culto, autor de numerosas obras, algunas de las cuales se destacan por su importancia en lo relativo a la organización definitiva del país. Un ejemplo de éstas es su libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, verdadero tratado de derecho público americano, antecedente innegable de la Constitución Nacional que se promulgaría en 1853.

En este libro puede leerse: *“Dios da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre. El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. Él recibe estas disposiciones al nacer (...) El Congreso Argentino Constituyente no será llamado a hacer la república Argentina ni a crear las reglas o leyes de su organismo normal; él no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geológica, ni anudar el curso de los grandes ríos, ni volver minerales los terrenos agrícolas. Él vendrá a estudiar y a escribir las leyes naturales en que todo eso propende a combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso a los destinos providenciales de la república Argentina”*.



**Domingo
Faustino
Sarmiento**

Sarmiento nació en San Juan, en 1811, y murió en Asunción en 1888. En la lucha entre unitarios y federales apoyó a los unitarios y, derrotados éstos, emigró a Chile donde ejerció diversos cargos públicos hasta su regreso a San Juan, en 1836, tras la muerte de Facundo Quiroga. Su regreso fue breve, ya que debió exiliarse nuevamente ante el disgusto del gobierno de San Juan por el tenor de los artículos publicados en el diario *El Zonda*, fundado por él mismo.

Nuevamente en Chile, trabajó en diversos periódicos y, en 1845, fue comisionado por el presidente Montt para estudiar los adelantos de la enseñanza primaria en EEUU y Europa. Después de la caída de Rosas, regresa a Argentina y se suma activamente a la fracción política dirigida por Mitre, a quien llega a suceder en la presidencia de la República, cargo que ocupa entre 1868 y 1874. Retirado de la política, dedica sus últimos años a la literatura.

Leamos un fragmento de *Facundo*, una de sus obras más importantes, escrita en 1845, en el que queda claro su sentimiento hacia Rosas: *“Hay un momento fatal en la historia de todos los pueblos y es aquel en que, cansados los partidos de luchar, piden antes de todo el reposo de que por largos años han carecido, aun a expensas de la libertad o de los fines que ambicionaban; este es el momento en que se alzan los tiranos (...) Rosas tuvo la habilidad de acelerar aquel cansancio, de crearlo a fuerza de hacer imposible el reposo. Dueño una vez del poder absoluto, ¿Quién se lo pediría más tarde?”*.

Alberdi y Sarmiento representan dos modos contrapuestos de imaginar la forma de construir una *Nación Argentina*. Si bien ambos parten de un supuesto común, las respuestas que imaginarán para resolver el problema que se les plantea serán opuestas.

Ese supuesto común puede resumirse así: Creen que no hay, en Argentina, moral de trabajo. El criollo es para ellos pendenciero, vago y contrario al progreso. Hay, entonces, que educar a la turba. **Hay que transformar al bárbaro en un hombre civilizado. Pero, ¿cómo?**

Sarmiento dirá que la educación debe hacerse en base a una democracia agraria. Los hombres deben ser propietarios de las tierras que trabajen y deben participar activamente en los asuntos comunes, luego de recibir una intensa educación de la cual se debe ocupar el Estado.

Alberdi será más pesimista que Sarmiento. Para él, los hombres realmente existentes no sirven. No son educables. Por lo tanto, hay que “importar” personas, abrir el país, ofrecer toda clase de libertades y garantías a los ciudadanos europeos, que son trabajadores y necesitan tierras para producir. Para Alberdi, la ecuación es obvia: en Europa hay hombres educados y

trabajadores, a los que les faltan tierras; en Argentina, hay tierras de sobra y no hay hombres capaces de sacarles provecho.

Mientras Sarmiento supone que se debe educar con libros, Alberdi sostiene que se debe educar por las cosas, por los hábitos. El sueño de Alberdi es poblar el territorio con extranjeros laboriosos que, con su práctica y su moral del trabajo, “contagien” a la población nativa.

Más allá de estas diferencias (importantes, desde ya), cabe reflexionar acerca de un punto en común: **tanto para Sarmiento como para Alberdi, Argentina, como Nación, sólo es concebible si se construye tomando como modelos a otras naciones (principalmente Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos).**

.... **La Generación del 80**

Puede situarse en la década de 1880 el momento en que por primera vez es posible decir que hay un **Estado Nacional Argentino**.

El proceso de construcción del Estado ya se vislumbra como cercano a su consolidación, en función de diversas manifestaciones, claras y visibles, de las cuales es central que el monopolio de la fuerza está, indudablemente y para todos, por primera vez en la historia, en manos del Gobierno Nacional, encabezado por Julio Argentino Roca.



Julio A. Roca

La campaña del desierto acabó (o “prácticamente” acabó) con el indio; y las disputas entre los porteños y las provincias se pueden dar por terminadas, derrotados, los primeros, por el mismo Roca. Es, además, un momento de la historia en que **Argentina experimenta un notable crecimiento económico** y el espíritu de la clase dirigente es optimista (y con razones).

Sin embargo, hay cuestiones problemáticas, que van a tener que resolverse antes de poder decir que la cuestión de la construcción del Estado Nacional es un asunto resuelto y terminado:

a) La **cuestión social** aparece como problema, en tanto crece el fenómeno del *trabajo urbano*. Este fenómeno genera dos grandes focos de conflicto: el

primero de ellos es el auge del movimiento anarquista. Se hablará de los obreros sindicalizados como de la “marea roja” que invade las buenas costumbres de los criollos, vinculando así la cuestión del mundo del trabajo con el tema de la subversión. El segundo foco de conflicto es el ascenso social veloz de algunos extranjeros que ocuparon posiciones estratégicas en el comercio o la banca, y tratan de incorporarse a los círculos de la clase alta porteña. Son los *nuevos ricos*.

b) La **inmigración** es otra cuestión más que importante, en función de la extraordinaria cantidad de extranjeros en Argentina que no son, ni mucho menos, el tipo de extranjeros que Alberdi soñaba poblando las pampas. Los europeos prósperos y nórdicos tomaron dos caminos: quedarse en sus países o emigrar a Estados Unidos. Los inmigrantes que llegan a nuestras costas son gente pobre, de los países del sur de Europa, cuya ambición inmediata es detener el hambre. Las clases altas verán, muy pronto, a estos inmigrantes como una amenaza.

c) En cuanto a la **cuestión política** Se hace necesario determinar un modo de designación de autoridades y definir quiénes tienen derecho a decidir y a ser designados como funcionarios. Lo que se debe definir en este caso es, en resumen, quién tiene derecho a gobernar el país y quién tiene derecho a votar.

d) La **cuestión nacional o identitaria**. Es urgente definir una identidad de un modo tal que se haga posible responder a la pregunta “¿Qué es ser argentino?”

Puede decirse que las cuatro cuestiones serán resueltas entre 1880 y 1920. Este es el momento en el cual podemos decir que **ya ha nacido el Estado Nacional Argentino**.

ACTIVIDAD 10

Le presentamos aquí varios fragmentos de escritos de Juan Bautista Alberdi y de Domingo F. Sarmiento. Le solicitamos que los lea con detenimiento e identifique aquellos párrafos que evidencian el modo contrapuesto que ambos pensadores políticos tuvieron en la forma de imaginar la construcción de la Nación Argentina.

“Pero nosotros, más fijos en la obra de la civilización que en la del patriotismo de cierta época, vemos venir sin pavor todo cuanto América puede producir en acontecimientos grandes. Penetrados de que su situación actual es de transición, de que sus destinos futuros son tan grandes como desconocidos, nada nos asusta y en todo fundamos sublimes esperanzas de mejora. Ella no está bien; está desierta, solitaria, pobre. Pide población, prosperidad.

“¿De dónde le vendrá esto en lo futuro? Del mismo origen de que vino antes de ahora: de Europa”.

Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, 2000, p.88.

“¿Cómo, en qué forma vendrá en lo futuro el espíritu vivificante de la civilización europea a nuestro suelo? Como vino en todas las épocas: Europa nos traerá su espíritu nuevo, sus hábitos de industria, sus prácticas de civilización, en las inmigraciones que nos envíe.

“Cada europeo que viene a nuestras playa nos trae más civilización en sus hábitos que luego comunica a nuestros habitantes, que muchos libros de filosofía. Se comprende mal la perfección que no se ve, toca ni palpa. Un hombre laborioso es el catecismo más edificante”.

Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, 2000, p.89.

“¿Cómo se forman las ideas? Yo creo que en el espíritu de los que estudian sucede como en las inundaciones de los ríos, que las aguas al pasar depositan poco a poco las partículas sólidas que traen en disolución y fertilizan el terreno”.

Sarmiento, D., *Recuerdos de provincia*, p.172.

“Una fuerte unidad nacional sin tradiciones, sin historia y entre individuos venidos de todos los puntos de la tierra, no puede formarse sino por una fuerte educación común que amalgame las razas, las tradiciones de esos pueblos en el sentimiento de los interesados, del porvenir y de la gloria de la nueva patria”.

SARMIENTO, D., *Estado de las repúblicas sudamericanas a mediados de siglo*, p.81.

“Pero en un gobierno como el nuestro, donde el pueblo es el poder soberano, donde la voluntad del pueblo es la ley de la tierra, cuya voluntad es abierta y directamente expresada, y donde cada acto de gobierno puede llamarse con propiedad un acto del pueblo, es esencial que el pueblo sea ilustrado. Debe poseer inteligencia y virtud; inteligencia para percibir lo que es justo; virtud para hacer lo que es justo”.

SARMIENTO, D., *Educación común*. memoria presentada al Consejo Universitario de Chile sobre estas cuestiones, 1856, p.231 y 272.

Consulte su respuesta con el profesor tutor.

:::: La Constitución Nacional

Será imprescindible que a partir de este momento usted tenga siempre a mano la Constitución de la Nación Argentina que se le ofrece como Anexo del Módulo. Muchas de las cosas que se van a decir son referencias directas a ella y gran parte de las actividades están pensadas para ser resueltas leyendo la Constitución.

Una Constitución Nacional es como una declaración de principios. Es en la Constitución donde los miembros de una Nación declaran cuáles son los puntos básicos y elementales sobre los que debe existir un acuerdo, más allá de los cuales no se puede ir. Es en la Constitución donde está dicho cómo se desea que sea una Nación, qué cosas no se van a permitir bajo ningún concepto, qué cosas se esperan, qué cosas se valoran.

Constitución Nacional

Nos referimos a la Constitución como “**Ley Suprema**” ya que ninguna Ley puede darse por válida si contradice lo expresado en la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución está dividida en dos grandes partes:

- **Primera parte (Art. 1 al 43)**
Consta de la declaración de las características generales del modo de organizar el gobierno de la Nación y de una enumeración de los derechos y garantías de los que gozarán los ciudadanos.
- **Segunda parte (Art. 44 hasta el final)**
Está destinada a estipular las funciones de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

:::: Derechos y garantías fundamentales

Nos ocuparemos en este apartado de los rasgos más importantes de la primera parte, enumerando los puntos más sobresalientes.

Artículo 1

Establece que el gobierno adopta “la forma representativa republicana federal”. Más adelante veremos qué significa esto.

Artículo 5

Establece los alcances de la autonomía de las provincias, de acuerdo con el sistema federal adoptado. Se otorga a las provincias la facultad de dictar una Constitución (que deberá ser representativa republicana), administrar justicia y formular un plan de educación primaria. Los Art. 6, 7 y 8 se relacionan con este, en tanto especifican las condiciones de intervención del Gobierno Nacional en las provincias (Art. 6) y del modo en que se considerarán válidos los actos judiciales y legislativos provinciales en el resto del territorio nacional (Art. 7 y 8).

Artículo 9

Establece una aduana única para todo el territorio de la Nación. Queda suprimida, de este modo, la existencia (y la posibilidad de que existan) aduanas provinciales. De este mismo tema (especificándolo) se ocupan también los Art. 10, 11 y 12.

**Artículo
14**

Enumera los derechos de los que gozan todos los ciudadanos. Estos son: a trabajar y ejercer industria, navegar y comerciar, peticionar a las autoridades, entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, publicar sus ideas sin censura previa, usar y disponer de su sociedad, asociarse, profesar su culto, enseñar y aprender.

**Artículo 14
bis**

Está dedicado a especificar la protección del trabajador, a quien se le aseguran condiciones dignas y equitativas de labor, vacaciones pagadas, salario mínimo y participación en las ganancias de la empresa, entre otras cosas.

Las prerrogativas de raza quedan suprimidas en el Art. 16.

**Artículo
17**

Establece la inviolabilidad de la propiedad privada, lo cual incluye tanto los bienes como la propiedad intelectual.

**Artículo
18**

Establece que ningún ciudadano puede ser penado sin juicio previo, ni obligado a declarar contra sí mismo. En ese mismo artículo queda abolida la pena de muerte y la tortura.

Para realizar la siguiente Actividad usted deberá trabajar con nuestra Constitución Nacional.

ACTIVIDAD 11

Lea detenidamente la Primera parte de nuestra Constitución Nacional. Enumere y explique con sus propias palabras todos los derechos y garantías que encuentre.

.... Poderes del Estado

Señalamos antes que la segunda parte de la Constitución está dedicada a establecer el **modo de funcionamiento y las funciones de los tres poderes** en que se divide el Gobierno Federal. Ellos son:

Poder Ejecutivo



Poder Legislativo



Poder Judicial



La división del Gobierno responde a la necesidad de contar con alguna clase de mecanismo que evite la excesiva acumulación de poder. Se supone que **los tres poderes son independientes y que deben controlarse uno a otro**, de modo tal que se reduzcan con ello las posibilidades de que cualquiera de los órganos o personas a cargo del ejercicio del poder, lo maneje en forma despótica o discrecional.

En los hechos, la independencia de los poderes suele no ser tal. Entonces tanto el poder judicial como el legislativo aparecen “acompañando” las decisiones del

poder ejecutivo, merced a un sistema presidencialista que deja en manos del Presidente de la Nación una infinidad de decisiones fundamentales, que en muchos casos no son estudiadas críticamente por los miembros de los otros poderes.

Examinaremos las tres secciones en las que se divide la Constitución, cada una de ellas dedicada a uno de los poderes, para saber qué dice la Carta Magna respecto del funcionamiento deseable del sistema republicano adoptado por la Nación.

.... Poder Legislativo

El Poder Legislativo es, en términos muy generales, el encargado de crear las leyes.

El Art. 75 de la Constitución le atribuye un total de treinta y dos funciones, que resumiremos a continuación:

- 1) Legislar en materia aduanera
- 2) Imponer contribuciones directas o indirectas (esto es, legislar en materia impositiva).
- 3) Establecer asignaciones de recursos coparticipables (a las provincias).
- 4) Contraer empréstitos.
- 5) Disponer del uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional.
- 6) Reglamentar un Banco Federal con facultad de emitir moneda.
- 7) Arreglar el pago de deudas de la Nación.
- 8) Fijar el presupuesto general de la Nación.
- 9) Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias.
- 10) Reglamentar la navegación de los ríos interiores.
- 11) Fijar el valor de la moneda.
- 12) Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y del Trabajo.
- 13) Reglar el comercio exterior.
- 14) Reglar el correo general de la Nación.
- 15) Arreglar los límites del territorio nacional y de las provincias.
- 16) Proveer a la seguridad de las fronteras.
- 17) Garantizar el respeto a la identidad y la educación bilingüe de los pueblos indígenas argentinos.
- 18) Dictar planes de instrucción general y universitaria y promover la industria.
- 19) Promover la justicia social, la generación de empleo, el respeto por las identidades y la defensa del patrimonio cultural.
- 20) Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia.
- 21) Admitir o rechazar la renuncia del Presidente de la Nación.
- 22) Aprobar o desechar tratados internacionales.
- 23) Legislar y promover medidas que garanticen la igualdad de

oportunidades y de trato.

24) Aprobar tratados de integración (por ejemplo, el Mercosur).

25) Autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra.

26) Autorizar al Poder Ejecutivo a tomar represalias.

27) Fijar y reglar el funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

28) Permitir el ingreso de tropas extranjeras en territorio nacional.

29) Declarar y suspender el Estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación.

30) Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación.

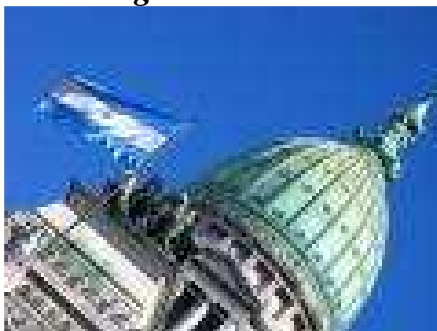
31) Disponer la intervención federal a una provincia.

32) Hacer todas las leyes que sean necesario para cumplir con las atribuciones enumeradas.

El Art. 44 establece el **sistema bicameral**. Los Art. 45 a 53 están dedicados al funcionamiento de la **Cámara de diputados** y los Art. 54 a 62, al de la **Cámara de Senadores**.

Veamos lo que dispone la Constitución en relación con ambas Cámaras.

Congreso Nacional



CAMARA DE DIPUTADOS

Se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo, en relación 1 / 30.000 (esto es, un diputado cada treinta mil habitantes) fijándose la representación después de cada censo nacional. Se ingresa en la Cámara por simple cantidad de votos, de acuerdo con una cuota asignada a cada provincia. (Art. 45 y 46).

Para ser diputado se requiere ser mayor de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía y ser natural de la provincia en la que se sea elegido (o acreditar dos años de residencia inmediata). (Art. 48)

La diputación dura cuatro años y puede ser renovable por medio de la reelección (Art. 50).

Es la que ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete, Ministros y miembros de la Corte Suprema de Justicia, por mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones (Art. 53).

CAMARA DE SENADORES

Se compone de tres senadores por provincia, dos del partido que obtenga más votos y uno del que le siga (Art. 54).

Para ser Senador se deben tener treinta años y haber sido seis años ciudadano. Se debe ser natural de la provincia en la que se es elegido o acreditar dos años de residencia inmediata (Art. 55).

Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente (Art. 56).

Su Presidente será el Vicepresidente de la Nación (Art. 57). En caso de acefalía del Gobierno Nacional, nombrará un Presidente provisorio (Art. 58).

Juzgará públicamente a los acusados por la Cámara de Diputados (Art. 59).

Autorizará al Presidente a declarar el Estado de Sitio.

.... Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo es el encargado de promulgar, reglamentar y ejecutar las leyes creadas por el Poder Legislativo.

La Actividad 12 tiene como finalidad que usted conozca cómo se eligen los integrantes de este poder del Estado.

ACTIVIDAD 12

Nuevamente, le proponemos trabajar con la Constitución Nacional. Esta vez deberá resumir lo que se establece en los Art. 87 a 98 en relación con la naturaleza, modo y tiempo de elección de los integrantes del poder ejecutivo. Escriba su resumen.

Las **atribuciones del Poder Ejecutivo** están establecidas en los Art. 99 a 107. Estas están divididas entre:

1. **Atribuciones del Presidente**
2. **Atribuciones del Jefe de Gabinete y Ministros.**

1. El **Presidente** tiene las siguientes atribuciones (según consta en el Art. 99):

- 1) Es el jefe supremo de la Nación.
- 2) Instruye y reglamenta la ejecución de las leyes.
- 3) Promulga y hace publicar las leyes. Puede dictar, cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, Decretos de Necesidad y Urgencia (que no pueden referir, en ningún caso, de normas que regulen en materia penal, tributaria, electoral o de régimen de partidos políticos).
- 4) Nombra a los magistrados de la Corte Suprema, con acuerdo del Senado.
- 5) Indulta y conmuta penas, excepto en casos de acusación de la Cámara de Diputados.
- 6) Concede jubilaciones, licencias, retiros y pensiones.
- 7) Nombra y remueve embajadores, con acuerdo del Senado y al Jefe de Gabinete y los ministros, por su cuenta.
- 8) Abre anualmente las sesiones del Congreso.
- 9) Prorroga las sesiones ordinarias o convoca a sesiones extraordinarias del Congreso.
- 10) Supervisa la recaudación e inversión de las rentas de la Nación.

- 11) Firma tratados con las naciones extranjeras y las organizaciones internacionales.
- 12) Es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.
- 13) Provee los empleos militares (si son superiores, necesita el acuerdo del Senado).
- 14) Dispone la organización de las Fuerzas Armadas.
- 15) Declara guerra y ordena represalias, con autorización del Congreso.
- 16) Declara Estado de sitio con acuerdo del Senado, en caso de ataque exterior. En caso de conmoción interior, sólo lo hace cuando el Congreso está en receso.
- 17) Exige informes al Jefe de Gabinete y los ministros.
- 18) Se ausenta del territorio nacional con autorización del Congreso.
- 19) Puede llenar vacantes de empleos, cuando el Senado esté en receso.
- 20) Decreta la intervención federal a una provincia, en caso de que el Congreso esté en receso.

2. El **Jefe de Gabinete** tiene las siguientes atribuciones (según el Art. 100):

- 1) Ejerce la administración general del país.
- 2) Reglamenta el ejercicio de sus facultades.
- 3) Nombra empleados de administración.
- 4) Ejerce funciones y atribuciones delegadas por el Presidente.
- 5) Coordina, prepara y convoca las reuniones de gabinete.
- 6) Envía al Congreso proyectos de ley y de Presupuesto.
- 7) Hace recaudar las rentas y ejecutar la ley de Presupuesto.
- 8) Refrenda los decretos que reglamentan las leyes.
- 9) Puede concurrir y participar de las sesiones del Congreso (pero no votar).
- 10) Presenta al Congreso una memoria detallada del estado de la Nación.
- 11) Produce informes y explicaciones que el Congreso solicite.
- 12) Refrenda decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso.
- 13) Refrenda los Decretos de Necesidad y Urgencia.

ACTIVIDAD 13

Nuevamente, le proponemos trabajar con la Constitución Nacional. Esta vez deberá leer los artículos 101 a 107 y transcribir las funciones del Jefe de Gabinete y los Ministros, que en ellos se detallan.

.... Poder Judicial

Veamos cuál es la función del Poder Judicial.

Poder Judicial

El Poder Judicial es el encargado de decidir en lo relativo a las leyes creadas por el Poder Legislativo y Promulgadas por el Poder Ejecutivo. **Es el Poder que aplica las leyes.**

El Poder Judicial, según consta en el Art. 108 de la Constitución, será ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por los tribunales inferiores, y en ningún caso (Art. 109) el Presidente podrá arrogarse sus funciones.

Mientras dure la buena conducta de los jueces, éstos permanecerán en sus cargos (Art. 110) y sólo serán removidos por el Congreso, una vez acusados por la Cámara de Diputados ante la Cámara de Senadores, que será la encargada de destituirlos (Art. 115).

Para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia se debe ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio y tener las cualidades requeridas para ser senador (Art. 111).

Son atribuciones de la Corte Suprema y los tribunales inferiores:

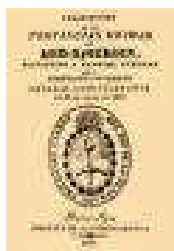
- Conocer y decidir en todas las causas: a) que versen sobre puntos regidos por la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados con las naciones extranjeras; b) que se susciten entre dos o más provincias, o entre una provincia y los vecinos de otra, o entre los vecinos de diferentes provincias, o entre una provincia y sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero; c) concernientes a embajadores y ministros públicos; d) concernientes al almirantazgo y la jurisdicción marítima.
- La Corte Suprema actuará por apelación, excepto en los asuntos concernientes a embajadores y ministros o a aquellos de los que alguna provincia fuese parte, que son de su exclusiva competencia.

ACTIVIDAD 14

El Artículo 114 de la Constitución establece un mecanismo para la selección y control de magistrados. Busque la información y escriba cómo se llama el órgano encargado de ello, cómo está integrado y cuáles son sus atribuciones.

.... La Constitución de 1853

Como toda creación social, la Constitución es histórica. Esto quiere decir que las declaraciones de principios pueden cambiar (y de hecho lo hacen), conforme cambia la sociedad sobre la cual esa Constitución debe imperar. Será bueno repasar (al menos en los aspectos fundamentales) de qué modo fue concebida nuestra Constitución Nacional y de qué modo cambió, cuando las circunstancias lo requirieron o lo permitieron.



La **primera Constitución nacional Argentina** fue establecida **en 1853**. Hasta ese momento, lo que entendemos como marco legal constaba de pactos entre territorios más o menos definidos, gobernados por caudillos con mayor o menor poder y con mayor o menor autonomía respecto de los otros.

Una de las primeras características de esta Constitución fue, precisamente, la de contemplar y subsumir esos pactos (lo cual es explícito ya en el preámbulo).

Hemos hablado más arriba de dos hombres clave para entender el proceso de construcción del Estado Nacional Argentino: Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento. Pues bien, la Constitución de 1853 responde al proyecto político e ideológico alberdiano, y sus fundamentos estaban ya expresados en el libro de Alberdi "*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*", escrito un año antes.

Los **objetivos centrales de la época** en que la Constitución fue redactada eran básicamente dos: **poblar**, por un lado, e **intentar el inicio de un camino de unificación nacional**, por otro. Es por el primero de estos objetivos que, en sus

rasgos generales, la Constitución adquirió un tinte claramente liberal en lo económico (lo cual tenía como objetivo hacer del país un destino interesante para los extranjeros y sus capitales).

En cuanto al segundo objetivo, se redactó la Carta Magna de modo tal que se contemplara la particularidad argentina en lo relativo al modo de **mantener una idea de unidad que, a su vez, fuera lo suficientemente laxa como para admitir cierto grado de autonomía a las provincias**. Esto se debió, fundamentalmente, a que, por una parte, se consideraba necesario contar con un poder centralizado relativamente fuerte, que impidiera (aunque durante largo tiempo no lo impidió) las convulsiones internas que habían signado la historia de la Nación hasta entonces; pero por otro lado, se comprendía que negar a las provincias toda clase de autonomía sólo podía reavivar las disputas.

Puede decirse, entonces, que más allá de la declaración del Art. 1 acerca del federalismo adoptado, **la constitución adoptó un sistema mixto, que contempló tanto el federalismo como el unitarismo**.

Hablemos del federalismo. En rigor, el Art. 1 de la Constitución dice que *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal”*. Veamos qué quiere decir esto.

- Adoptar una **forma representativa** implica que el pueblo no gobierna por sí, sino a través de representantes elegidos a tal efecto. Las consultas populares (plebiscitos) no están descartadas, pero quedan sometidas al arbitrio del gobierno de turno, que decide lo que debe hacerse legitimado por el voto popular.
- El **republicanismo**, además de suponer que el gobierno es representativo, es un modo de gobierno que se distingue de otros, fundamentalmente, por separar las competencias de gobierno en órganos relativamente independientes. Es lo que conocemos como **separación de poderes**.
- El **federalismo** es un modo de organización que permite a las provincias que forman parte de una Nación una cierta autonomía en materia de gobierno, legislación, justicia y administración. No hay un “modo correcto” de ser federalista, en el sentido que el grado de autonomía de las provincias puede ser muy variable, y siempre está estipulado en la misma constitución.

Enumeremos, ahora, algunas de las disposiciones de la Constitución en las que se refleja el carácter propio de la época y que ponen de manifiesto los objetivos que hemos expresado anteriormente.

- En el Art. 20 se establece igualdad de derechos civiles para los extranjeros, respecto de los ciudadanos argentinos. Esta igualdad incluye el derecho de comerciar y ejercer industria, comprar y vender bienes raíces, navegar por los ríos y costas del territorio nacional, ejercer su culto, hacer testamento y casarse.
- En el Art. 25 se declara expresamente la idea de fomentar la inmigración europea.
- En el Art. 26 se establece la libertad de navegación de los ríos interiores.
- En el Art. 23 se establecen las condiciones bajo las cuales el Gobierno Nacional está autorizado a declarar el Estado de Sitio, tanto en el territorio nacional como en las provincias en las que el orden se vea alterado.
- En el Art. 31 queda establecido que las constituciones provinciales no pueden contradecir lo estipulado en la Constitución nacional, lo establecido por las leyes dictadas por el Congreso Nacional y los Pactos firmados con el extranjero (que quedan elevados a un rango constitucional).

.... La Reforma de 1949

Casi no ha habido, en la historia política argentina, un proceso político más significativo, controversial y revolucionario (es algo bastante obvio que el peronismo *revolucionó* el orden social existente, de modo tal que el país nunca volvió a ser el mismo después de él) que el iniciado en la década de 1940, con la aparición de la figura de Juan Domingo Perón.

No vamos a detenernos aquí a analizar el impacto político e ideológico que tuvo la emergencia del movimiento peronista en la historia social del país, pero es imposible no hablar en detalle de algunos cambios que marcaron, desde entonces y hasta hoy, la historia política de la Nación.

Con el advenimiento del peronismo nació un nuevo sujeto político en Argentina. Por primera vez en la historia, los trabajadores históricamente olvidados, postergados y hasta despreciados por los sucesivos gobiernos vieron en el Estado a su representante.

Desde ya, **la clase obrera** no nació con el peronismo. Pero sí **“nació” como sujeto de derecho**. La reforma constitucional del año 1949 es un fiel de ella con la puntual **incorporación al derecho de las clases históricamente marginadas**.

No hubo una reforma constitucional tan profunda como la efectuada en 1949, ni tan preocupada por reflejar los efectivos cambios histórico- sociales de su época².

Mucho más importante que la cantidad de modificaciones, fue su tenor. Veremos, a continuación, tres grandes cambios significativos, con un breve comentario acerca de su relevancia.

1) En primer lugar, la **modificación del Preámbulo**, al que se la agregó el siguiente párrafo: *“ratificando la irrevocable decisión de constituir una Nación soberanamente justa, económicamente libre y políticamente soberana”*.

El párrafo importa por el lugar en el que se agrega. Si la Constitución toda es una declaración de principios, el Preámbulo es el lugar en el que se expresa cómo se desea que sean todas las declaraciones de principios que se establezcan en la Constitución. El agregado es, en este sentido, claramente programático y marca profundamente un cambio en el modo de concebir la constitucionalidad en sí misma.

2) De enorme relevancia es la consagración, en el artículo 38, de **la función social de la propiedad privada, el capital y la actividad económica del Estado**. En esta nueva Constitución, la propiedad privada pierde su carácter absoluto e incondicionado, lo cual implica un cambio ideológico innegable.

3) En tercer lugar, **se incorporaron en la Constitución**, en el extenso Art. 37, **un vasto conjunto de derechos sociales**, bajo la denominación **“derechos especiales”**. Dejamos para el final esta modificación por ser la que más claramente refleja el cambio de concepción al que estamos haciendo referencia desde el comienzo.

Estos “derechos especiales” incorporados en la Constitución, están divididos en cuatro grupos:

- **Derechos del trabajador**
 - **De la familia**
 - **De la ancianidad y**
 - **De la educación y la cultura**
-
- En cuanto a los **derechos del trabajador**, el Art. 37 estipulaba los siguientes: 1. Derecho de trabajar, incluyendo una cláusula en la que se conminaba a la provisión de trabajo para quien lo necesitara; 2. Derecho a una retribución justa; 3. Derecho a la capacitación; 4. Derecho a

² En términos generales y estadísticos, los meros datos ya dan idea de la proporción de la reforma: **en 1949 se modificaron cincuenta y dos artículos de la Constitución Nacional y el Preámbulo, se quitaron once artículos y se agregaron cinco nuevos y seis disposiciones transitorias**

condiciones dignas de trabajo; 5. Derecho a la preservación de la salud; 6. Derecho al bienestar, que incluía tanto la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, como la de poder disfrutar, con el producto del salario, de una adecuada satisfacción espiritual y material, libre de angustias económicas; 7. Derecho a la seguridad social; 8. Derecho a la protección de su familia; 9. Derecho al mejoramiento económico; 10. Derecho a la defensa de los intereses profesionales.

- Los **derechos de la familia** eran: 1. Protección del matrimonio; 2. Formación de la unidad económica familiar; 3. Garantía del bien de familia; 4. Atención y asistencia de la madre y el niño.
- Respecto de **la ancianidad**, la nueva Constitución estipulaba que: 1. *“Todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección”*; 2. Todo anciano tenía derecho a una vivienda higiénica y cómoda; 3 a 7. Todo anciano tenía derecho a una alimentación adecuada a su edad y estado físico, a un vestido decoroso, al cuidado de su salud física y moral y al esparcimiento; 8. Todo anciano tenía derecho al trabajo, si su estado y condiciones lo permitían; 9 y 10. Todo anciano tenía derecho a la tranquilidad y el respeto.
- Por último, los **derechos relativos a la educación y la cultura** (para los cuales el Estado se comprometía, en la Constitución, a la creación de escuelas, colegios, universidades y academias) eran los siguientes: 1. *La enseñanza tenderá al desarrollo del vigor físico de los jóvenes, al perfeccionamiento de sus facultades intelectuales y de sus potencias sociales, a su capacitación profesional, así como a la formación del carácter y el cultivo integral de todas las virtudes personales, familiares y cívicas*; 2. *La enseñanza primaria elemental es obligatoria y será gratuita en las escuelas del Estado. La enseñanza primaria en las escuelas rurales tenderá a inculcar en el niño el amor a la vida del campo (...) El Estado creará, con ese fin, los institutos necesarios para preparar un magisterio especializado*; 3. *La orientación profesional de los jóvenes, concebida como un complemento de la acción de instruir y educar, es una función social que el Estado ampara y fomenta*; 4. *Las universidades tienen el derecho de gobernarse con autonomía, dentro de los límites establecidos por una ley especial que reglamentará su organización y funcionamiento (...) Cada una de las universidades, además de organizar los conocimientos universales cuya enseñanza le incumbe, tenderá a profundizar el estudio de la literatura, historia y folklore de su zona de influencia cultural. Las universidades establecerán cursos obligatorios y comunes destinados a los estudiantes de todas las facultades para su formación política, con el propósito de que cada alumno conozca la esencia de lo argentino, la realidad espiritual, económica, social y política*

de su país, la evolución y la misión histórica de la República Argentina, y para que adquiriera conciencia de la responsabilidad que debe asumir en la empresa de lograr y afianzar los fines reconocidos y fijados en esta Constitución; 5. El Estado protege y fomenta el desarrollo de las ciencias y de las bellas artes, cuyo ejercicio es libre; aunque ello no excluye los deberes sociales de los artistas y hombres de ciencia; 6. Los alumnos capaces y meritorios tienen el derecho de alcanzar los más altos grados de instrucción. El Estado asegura el ejercicio de este derecho mediante becas, asignaciones a la familia y otras providencias; 7. Las riquezas artísticas e históricas, así como el paisaje natural cualquiera que sea su propietario, forman parte del patrimonio cultural de la Nación y estarán bajo la tutela del Estado, que puede decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de los tesoros artísticos.

4) Podemos mencionar, en último lugar, un cuarto cambio importante. En el Art. 29 de la nueva constitución, se expresaba que *“siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado (...) Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado”*. En ese mismo artículo, se incorporaron la figura de “hábeas corpus” (*“Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investiguen la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza”*) y la finalidad social y reeducativa del sistema penitenciario (*“Las cárceles serán sanas y limpias, y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas; y toda medida que, a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que la seguridad exija, hará responsable al juez o funcionario que la autorice”*).

Ampliando el tema del *Hábeas Corpus*, debemos decir que se trata de una *garantía constitucional*. La frase “hábeas corpus” es una expresión latina que significa “tienes tu cuerpo” y, como figura jurídica, tutela los derechos personales derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de una autoridad que los ponga en riesgo.

Es el recurso por excelencia que se debe utilizar para exigir información al Estado cuando una persona es detenida (arbitrariamente o no), a fin de que las autoridades hagan público su paradero y la sometan a la autoridad de un juez. Durante la dictadura militar de 1976, el recurso de “hábeas corpus” fue utilizado (desafortunadamente, en la mayoría de los casos, sin éxito) por los familiares de las víctimas de secuestro por parte del Estado, a los cuales muy tristemente

conocemos hoy con el nombre de “desaparecidos”. Como puede verse, este ejemplo grafica que la figura “tener el cuerpo” es mucho más que una metáfora.

El Habeas Corpus se originó en el derecho anglosajón, mediante los documentos de la *Carta Magna* (de 1215). En tales documentos, se prohibía la captura arbitraria de las personas y se obligaba a las autoridades a poner a los detenidos a disposición de los ministros de justicia. El objeto es reponer una situación al estado anterior a la amenaza o violación de los derechos a los que hicimos referencia en el primer párrafo.

La Constitución, así reformada, tuvo una vida muy breve. Tras el golpe de Estado de 1955, la llamada “Revolución libertadora” la dejó sin efecto, convocando a un Congreso Constituyente que se encargó de dejar la Constitución en el estado en que se encontraba antes de la reforma del 49.

De todos modos, y aunque no pueda servir de consuelo, el espíritu que animó las reformas tuvo su pequeño triunfo: la Constitución posterior a la reforma (en realidad, no fue una reforma sino la anulación de una verdadera reforma) de 1957 no pudo desentenderse de los “derechos especiales” y hubo que agregar un artículo (el 14bis) consagrando algunas de las conquistas de los trabajadores, que ya no podían ser ignoradas por el Estado.

.... La reforma de 1994

La última reforma constitucional se realizó en el año 1994, bajo la presidencia de Carlos Saúl Menem. Es una reforma relativamente reciente por lo cual, probablemente, tanto el momento histórico como el clima general de la época y las motivaciones de la reforma le resulten familiares; pero repasémoslas.

El 14 de noviembre de 1993, el Presidente de la nación y del Partido Justicialista, Carlos Saúl Menem y el Presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical, Raúl Alfonsín, firmaron un acuerdo (que pasó a la historia con el nombre de “Pacto de Olivos”) al cual le siguió un pacto complementario, firmado el 13 de diciembre de ese mismo año, en los cuales el radicalismo se comprometía a apoyar la iniciativa de llamado a reformar la Constitución.

El 10 de abril de 1994 se realizaron las elecciones de convencionales constituyentes, que se reunieron en las ciudades de Paraná y Santa Fe.

La reforma sirvió para incluir en la Carta Magna una serie de artículos e incisos importantes, los cuales fueron tratados como resultado, también, del acuerdo que permitió que la Constitución pudiera ser modificada.

De los **cambios que se introdujeron**, resaltaremos cinco:

- En primer lugar se incorporó en el texto de la Constitución Nacional la **posibilidad de reelección del Presidente de la Nación**, con la salvedad de que no se permite más que una reelección consecutiva (para poder presentarse por tercera vez al cargo de Presidente, el Presidente reelecto debe esperar al menos que se cumpla un mandato de otro Presidente).
- En segundo lugar, el **período de duración del ejercicio de la presidencia se acortó, de seis años a cuatro.**
- Una tercera modificación importante fue la incorporación, en el inciso 3 del Art. 99, de la **autorización al Presidente de la Nación para dictar Decretos de Necesidad y Urgencia, con fuerza de leyes.**
- La cuarta modificación importante fue la incorporación de la posibilidad de que toda persona pudiera *“interponer acción expedita y rápida de amparo (...) contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley”* (Art. 43).
- Por último, por medio del inciso 22 del Art.75, **se dio rango constitucional a todos los tratados concluidos por la Nación.**

ACTIVIDAD 15

Decíamos al comenzar este apartado, *“como toda creación social, la Constitución es histórica. Esto quiere decir que las declaraciones de principios pueden cambiar (y de hecho lo hacen), conforme cambia la sociedad sobre la cual esa Constitución debe imperar”*.

A partir de esta expresión, y considerando las modificaciones que se fueron realizando a la Constitución Nacional a lo largo de la historia, le pedimos en primer lugar que sintetice en un cuadro los cambios más importantes que se introdujeron en cada una de las reformas constitucionales que hemos estado analizando.

Luego, le solicitamos que realice un análisis del entorno en que cada una de las Reformas se fue gestando y que explique las relaciones entre las concepciones políticas subyacentes en las reformas y los momentos históricos en que se aplicaron. Para ello puede recurrir a libros de historia, artículos periodísticos y a los escritos de los principales representantes de cada época. Consulte su respuesta con el profesor tutor.

UNIDAD 3: EL CONCEPTO DE PERSONA

"La pregunta «¿Qué es lo que puede un cuerpo?» tiene un sentido en ella misma, porque implica una nueva concepción del individuo corporal, de la especie y del género. Su significación biológica, lo veremos, no debe ser descuidada. Pero, tomada como modelo, tiene primero una significación jurídica y ética. Todo lo que puede un cuerpo (su potencia) es también su «derecho natural». Si llegamos a plantear el problema del derecho al nivel de los cuerpos, transformamos toda la filosofía del derecho",

Giles Deleuze

:::.. Introducción

Vamos a hablar en esta Unidad de una de las nociones centrales del Derecho: **el concepto de persona**. Concepto importante puesto que sirve para definir quiénes tienen derechos y obligaciones, y qué derechos y obligaciones tienen.

En algún sentido, los problemas que se nos presentan al pensar esta noción son similares a los que tenía comprender la noción de ciudadano, es decir a las dificultades para determinar quiénes podían tener derechos políticos. Pero en el caso que nos ocupa los problemas son tal vez mayores debido a que la "artificialidad" de la persona a la cual se supone refiere el derecho choca con el hecho de que toda acción del derecho debe ser aplicada sobre una persona, que no es nada artificial.

Por ejemplo, si usted tiene una cuenta en un banco eso quiere decir, para el Derecho, que se ha establecido una relación entre dos **personas jurídicas**: por un lado, usted, que además de ser una persona jurídica es una **persona física**, o de existencia visible y, por otro lado, el banco, que es sólo una persona jurídica, o de **existencia ideal**. Lo importante de este ejemplo es que vea que las relaciones jurídicas, son entre *personas* pero esto no significa que sean siempre entre *seres humanos*.

Nuestra propuesta apunta a que al final del recorrido de esta unidad usted logre:

- Diferenciar entre las nociones de *hombre* y *persona* y entre las de *persona física* y *persona jurídica*.
- Comprender cómo se relaciona la noción de *capacidad* con los conceptos de *derecho subjetivo* y *deber jurídico*.
- Comprender qué quiere decir que una persona tiene derechos y obligaciones.
- Identificar los rasgos más generales de la legislación que regula el derecho de familia, y los derechos y obligaciones de las personas en relación con esta institución.

:::: Persona física y persona jurídica

Cuando se habla de la persona, en términos del Derecho no se habla de “personas” en el sentido en que solemos utilizar esta palabra. **Una persona (jurídicamente hablando) es un sujeto de derecho.**

Una persona, jurídicamente hablando, es una creación, una artificialidad, una personificación. Lo personificado no es otra cosa que un conjunto de normas (obligaciones y derechos).

Persona

El concepto jurídico de persona se define por el carácter de **sujeto potencial de derechos**. El rasgo esencial de la persona, aquello que lo caracteriza y determina su naturaleza, el hecho de que pueda ser sujeto activo o pasivo de derechos, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

El positivismo jurídico introdujo en la noción de persona lo que Hans Kelsen denominó “un desdoblamiento del objeto del conocimiento jurídico”. En palabras más sencillas, la persona sobre la cual actúa nuestro Derecho actual puede concebirse de dos modos: como **persona física** o como **persona jurídica**.

:::: Persona física

Recuerde el ejemplo que dimos en la Introducción. Pues bien, en esa relación hipotética que planteamos entre el banco y usted, la *persona* a la que nos referiremos ahora es la que ocuparía el lugar de usted.

Persona física

La persona física es todo ser humano o con signos característicos de humanidad.

Pero esto no quiere decir que la persona física sea el hombre. Es, en realidad, y para decirlo con los términos que el mismo Kelsen utiliza, “*el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el “soporte” de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de esas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas*”³.

³ Hans Kelsen es el autor que más ha influido en la concepción actual del Derecho. Es, de hecho, el padre de lo que se conoce como positivismo formalista, corriente a la cual ha dado sustento teórico la muy influyente obra “Teoría pura del Derecho”, publicada por primera vez en

En palabras más claras, el hombre para el Derecho actual es, jurídicamente hablando, meramente un “punto de referencia”, una “ubicación”, que permite identificar dónde debe aplicarse una norma.

Una vez que usted estableció su relación contractual con el banco, pasó a ser una de las partes de un contrato; a usted, como **persona**, puede serle exigido todo aquello a lo cual se haya comprometido con el banco. Su nombre, su número de documento y todos los datos suyos que el banco tiene, lo establecen como el centro de imputación de todos los deberes y los derechos que surgen del contrato que firmó.

De todos modos, este punto común que es la persona física (a pesar de que la llamada ciencia jurídica diga que “no es el hombre”) tiene una característica que todos conocemos: nace, empieza a existir en un momento determinado. Esta característica plantea al Derecho una cuestión nada fácil de decidir:

¿Cuándo se empieza a ser persona física?

Además de ser difícil de decidir, este problema es crucial. La respuesta que se dé a la pregunta condiciona la posición que se adopte en temas tan ásperos y delicados como el aborto, por ejemplo.

Repasemos las distintas respuestas que se pueden dar al interrogante:

Se es persona desde:	esta concepción establece que
<ul style="list-style-type: none"> • el momento de la concepción 	<p>se está en presencia de un individuo de la especie humana, y por ende <i>persona</i> (ya que no puede nacer un individuo de otra especie del embarazo de una mujer), desde el momento en que se ha fecundado el óvulo en el seno materno; y el nacimiento solo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • el momento del nacimiento 	<p>si bien se puede decir que hay vida humana antes del nacimiento, esto no es suficiente para establecer que hay <i>persona</i>, ya que para ser persona debe tener vida individual y autónoma.</p>

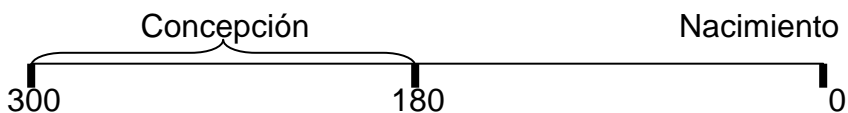
1934. Usted encontrará algunas consideraciones más precisas sobre los aportes de Kelsen a la teoría del Derecho en el ANEXO de la Unidad 1.

<ul style="list-style-type: none"> • el momento en que, habiendo nacido viable, se han vivido veinticuatro horas naturales. 	<p>para ser considerado persona, es necesario que el recién nacido haya sido separado del seno materno y con aptitud suficiente como para vivir por sí, estableciendo que lo debe hacer al menos por veinticuatro horas.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • que se ha nacido viable 	<p>para ser reputado persona es simplemente necesario haber nacido con vida y posibilidades de vivir fuera del seno materno.</p>

¿Cuál es la concepción sobre la existencia de las personas que receiptó nuestro ordenamiento jurídico?

La respuesta la encontramos en el Art. 70 del Código Civil (la ley general que compendia, reglamenta y regula las principales relaciones entre *personas*) que establece que “Desde la *concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.*”

Debido a que es imposible determinar el momento en que se produce la concepción, el ordenamiento jurídico establece pautas extraídas de la naturaleza para poder determinar el momento en que se produce la concepción; así prevé que ésta no puede haber sucedido ni después del día ciento ochenta, ni antes del día trescientos previos al nacimiento; es decir, la concepción tiene lugar dentro de los ciento veinte días comprendidos entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento.



A partir de este reconocimiento de personalidad, el derecho atribuye **capacidad a las personas** (lo especificaremos en el próximo apartado). En otras palabras, les reconoce la posibilidad de **ser sujetos de derecho**.

.... Persona jurídica

La **persona jurídica** tampoco es el ser humano. Tal como está definida la persona en nuestro Derecho, observamos que la norma se refiere a todo “*ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones*”. Teniendo esta definición a la vista, podemos interpretar que no sólo se refiere a los seres humanos.

¿A qué otra clase de personas se referirá?

Persona jurídica

El Código Civil distingue entre personas de existencia visible y **personas de existencia ideal**. Son estas últimas las personas a las que llamaremos **jurídicas** (las primeras son las que ya denominamos físicas).

Quizás usted pueda adelantarse e investigar a qué nos referimos cuando hablamos de "personas de existencia ideal". Escriba una definición en su carpeta y trate de pensar ejemplos concretos que representen este concepto.

Nuestro Código Civil clasifica a las **personas jurídicas** legislando sobre ellas, dando el concepto y denominación de cada especie. En el sistema del Código se distinguen dos categorías de **personas jurídicas**:

- De **carácter público**,
- De **carácter privado**,

.... **Personas jurídicas de carácter público**

Son aquellas que **están instituidas por normas del derecho público** y que la normativa de nuestro Código llama "**personas de existencia necesaria**". Su creación proviene de la ley o de un acto administrativo, para ser sujeto de funciones públicas; su constitución tiene como fin el interés público por disposición del derecho. A continuación, las describiremos brevemente.

El Estado nacional	El carácter del Estado como persona jurídica surge de la Constitución.
Las provincias y los municipios	Conforme al sistema federal de gobierno, establecido en el Art. 1 de la Constitución Nacional, se reconoce a las provincias personalidad jurídica, como integrantes de la Nación. Los municipios deben considerarse subsistentes, sin necesidad de ley especial. El Art.5 de la Constitución Nacional supedita la autonomía de las provincias, entre otros requisitos, a que la respectiva constitución asegure su régimen municipal.

<p style="text-align: center;">Entidades autárquicas</p>	<p>Están definidas como "toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos, genéricos o específicos".</p> <p>Son entes de la administración pública que se han descentralizado del Estado y que realizan funciones propias de aquél, es decir, servicios públicos. La personalidad jurídica deriva de la ley que las crea, organiza su régimen interno y su competencia. Por ejemplo, el Banco Central.</p> <p>Las entidades autárquicas tienen los siguientes caracteres:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) son entes del Estado; 2) se gobiernan a sí mismas; 3) tienen como finalidad el interés público; 4) tienen un patrimonio propio independiente del Estado.
<p style="text-align: center;">La Iglesia Católica</p>	<p>La Constitución nacional establece, en el Art.2, que el "gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano". Su personalidad de derecho público surge de la Constitución Nacional.</p> <p>La legislación ha reconocido la personalidad jurídica de la Iglesia, tal como ella está organizada; a su vez, ella reconoce los poderes temporales del Estado, que ejerce el derecho de patronato. El carácter de persona jurídica que se otorga a la Iglesia Católica alcanza también a sus diócesis y parroquias (Art. 2345 del Código Civil).</p>

En cambio, las congregaciones y órdenes religiosas tienen personalidad jurídica de carácter privado y para funcionar requieren autorización legislativa o gubernamental (Art. 45 del Código Civil).

En lo que se refiere a otras religiones, sus iglesias no son personas jurídicas de carácter público, pero si reúnen los requisitos legales necesarios pueden ser personas jurídicas de carácter privado y, si no los reunieran, simples asociaciones religiosas. La ley 21.745/78, reglamentada por el decreto 2037/79, creó el Registro de Cultos no Católicos.

.... **Personas jurídicas de carácter privado**

Son aquellas cuya institución o regulación **depende del derecho privado**. En el Código se las denominaba de "**existencia posible**".

Las personas jurídicas privadas pueden ser de dos clases: las que necesitan de la autorización del Estado para funcionar y las que no la requieren.

Las que necesitan autorización están contempladas en el Art. 33, apartado 2, inciso primero y son:

- a) **Asociaciones**, también llamadas corporaciones, que pueden tener fines científicos, artísticos, deportivos, culturales, etc., como clubes, mutuales, sociedades de fomento, etc.
- b) **Fundaciones**: son entidades cuyo patrimonio esta afectado a fines altruistas (que profesa el altruismo: sentimiento o tendencia de hacer el bien a los demás, aún a costa del propio provecho) que fueron tenidos en mira al tiempo de su creación. Su régimen legal se ha completado con la ley 19.836, de 1972.
- c) **Ciertas sociedades comerciales**: sociedades de economía mixta, cooperativas, compañías de seguros, entidades financieras, etc.
- d) **Otras entidades, por ej**: las universidades privadas, que requieren para su creación un decreto del Poder Ejecutivo que las autorice; asociaciones profesionales (colegios públicos de abogados, traductores, ingenieros, etc.) y academias nacionales (Academia Nacional de Medicina, de Derecho y Ciencias Sociales, etc.).

Las que no requieren la autorización estatal para funcionar están contempladas en el apartado 2, inciso 2, del Art. 33 y son:

- a) Sociedades civiles;
- b) Sociedades comerciales regularmente constituidas;
- c) Sociedades de hecho e irregulares con objeto comercial;
- d) Otras entidades (como los consorcios de propiedad horizontal).

.... **Simple asociaciones**

El Art. 46 del Código Civil legisla sobre las simples asociaciones civiles o religiosas formalmente constituidas. No son personas jurídicas, pero tienen el carácter de sujeto de derechos si reúnen las condiciones exigidas por la ley.

Aunque parezca que la corriente *iuspositivista* tiene razón respecto de que el derecho otorga personalidad a quien quiere, independientemente de que sea ser humano o no, es necesario establecer que no existen personas jurídicas que no estén formadas, en última instancia, por personas físicas. Con lo cual en realidad lo único que hace el derecho es dotar de autonomía, con fines prácticos y al servicio del hombre, a un conjunto de voluntades que se aglutinan

para un fin lícito y circunscribiendo su capacidad y los requisitos para su reconocimiento.

COOPERATIVISMO

En el actual contexto social de crisis, con elevados niveles de pobreza y desocupación, es posible y hasta deseable que se haga cada vez más importante un fenómeno que si bien no es nuevo, comienza a presentarse como una clara alternativa de desarrollo: el cooperativismo o asociativismo.

El Artículo 14 de la Constitución Nacional expresa que "Todos los habitantes de la Nación [gozan del derecho de] asociarse con fines útiles". Este derecho de asociación, en lo concerniente a las cooperativas de trabajo, están definidas en los Art. 2 y 42 (Inc.5b) del Decreto 20.337, como "entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios (...) así como de que en las cooperativas de producción o trabajo, los excedentes se repartirán en proporción del trabajo efectivamente prestado por cada uno".

El fenómeno cooperativo tiene, en Argentina, su expresión más conocida en el proceso de recuperación de fábricas por parte de los obreros y en la formación de asociaciones vecinales en barrios pobres del conurbano bonaerense, con muy buenos resultados, en ambos casos. Muchos factores convergentes hacen del cooperativismo un hecho social a tener en cuenta, y del cual el derecho deberá hacerse cargo ,más que discursivamente, mediante el fomento efectivo de la modalidad. Estos factores son, entre otros, participación económica igualitaria de los asociados, gestión democrática de las empresas, capacitación permanente y plural de los miembros y compromiso con los intereses comunitarios que se tejen alrededor de la cooperativa.

Es importante destacar que las asociaciones cooperativas pueden ser uno de los muchos posibles puntales sobre los cuales edificar un proyecto de recuperación económica, no sólo por el obvio hecho de que los asociados a la cooperativa dejan de ser desocupados, sino por la posibilidad que ofrece el fenómeno de quebrar la lógica única de que el trabajo es siempre "trabajo para otro". En una cooperativa, los trabajadores son a la vez empleadores-socios y empleados a un mismo tiempo, debido a que son ellos mismos quienes realizan y organizan o dirigen el trabajo.

ACTIVIDAD 16

Le proponemos clasificar distintos ejemplos para afianzar el concepto de persona que estuvimos analizando sobre la base del siguiente listado. Identifique a qué tipo de persona, sujeto de derecho, corresponde cada uno de los ejemplos.

Fundamente su decisión teniendo en cuenta lo estudiado en este apartado.

- a. Una Fundación creada por un banco, con el objeto de promover actividades culturales.
- b. Juan Pérez, DNI N°...
- c. Provincia de Corrientes.
- d. El Banco Central de la República Argentina.
- e. Consorcio de propietarios del edificio...
- f. Club Atlético... (Club de fútbol)
- g. El hijo aún no nacido de una embarazada de seis meses.
- h. Una congregación religiosa.
- i. Una Compañía financiera.
- j. El Estado nacional Argentino.

:::: Acerca de la noción de capacidad

Hace algunos años, se estrenó una película llamada "Mi pobre angelito", que fue un absoluto éxito. Tanto éxito como la película tuvo el actor principal, un niño de apenas diez años.. En realidad, no es la película sino este niño (que se llamaba Macaulay Culkin) quien nos importa.

Junto con el éxito, a Culkin le llegó mucho dinero. Mientras todavía era menor de edad, sus padres se divorciaron, lo que constituyó una noticia mundial porque fue disputa encarnizada entre su padre y su madre por la posibilidad de administrar el dinero ganado por el niño. Y esta "posibilidad de administrar el dinero" nos pone de lleno en el análisis de la noción de **capacidad**. Avancemos un poco para entender por qué el ejemplo es pertinente.

La capacidad es un elemento que nuestro Derecho considera esencial de la personalidad, por lo que no puede faltar sin que dejemos de reconocer a ese ente como persona.

Capacidad

La **capacidad** es una aptitud que tiene el sujeto que le permite **actuar por sí mismo** en la vida civil, o para ser titular de derechos y obligaciones.

El Código Civil, en los artículos 52 y 53, establece que *"Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no estén declarados incapaces"*.

La capacidad puede tenerse en mayor o menor grado, pero no se la puede dejar de tener. Es por esto que la regla general es la capacidad y las excepciones son las incapacidades, que siempre deben surgir de la ley (lo cual

quiere decir que es la ley el instrumento válido para declarar que una persona es incapaz).

En el caso de **las personas físicas, la capacidad absoluta es la regla**; y no se puede restringir sino cuando la ley específicamente lo prevé y con los procedimientos que ella establece. En el caso de **las personas jurídicas, una vez obtenida su capacidad, ésta se limita a la que la Ley le ha atribuido** y sólo puede restringirse cuando la ley lo prevé, y mediante los procedimientos que ella establece.

Una Asociación Civil sin fines de lucro, por ejemplo, se constituye como persona jurídica estipulando a qué actividad habrá de dedicarse y cuáles serán los destinos de los fondos que obtenga. En tal sentido, es *una persona jurídica cuyas capacidades están estipuladas claramente por la ley* y no puede, si la ley no la autoriza, realizar otras actividades o destinar los fondos de manera diferente a la que ya está estipulada, ya que su persona jurídica es *esencialmente* esas condiciones.

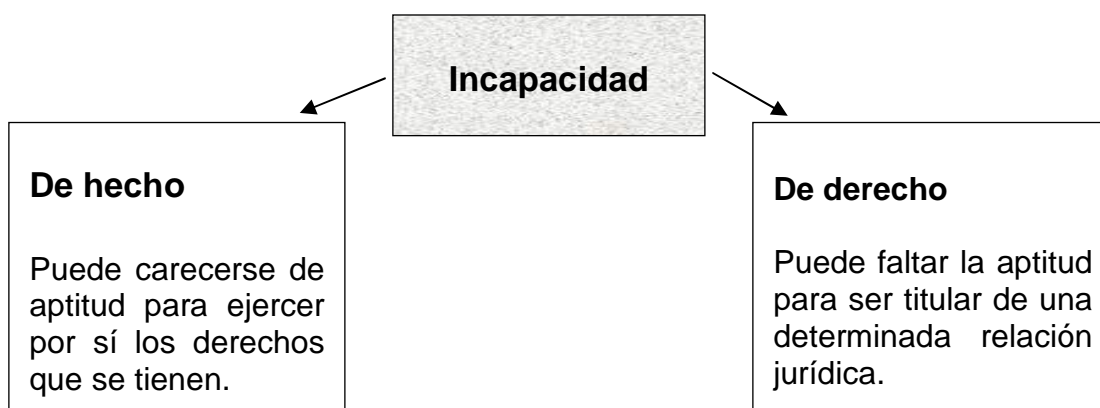
.... Incapacidad

Es la Ley la encargada de determinar quiénes son **incapaces**.

Incapacidad

Ser *incapaz*, como se desprende de lo dicho acerca de la capacidad, es la **imposibilidad de ser considerado sujeto de derecho**.

La noción de incapacidad contiene dos divisiones:



La incapacidad puede ser **absoluta o relativa**, como puede observar en el siguiente cuadro. Cuando se habla de *incapacidad absoluta*, ésta se refiere siempre a la *capacidad de hecho*, ya que ese incapaz puede adquirir derechos, a pesar de que para ejercerlos deba hacerlo mediante su representante. Hay, sin embargo, unos pocos casos en los cuales un incapaz absoluto es también *incapaz de derecho* (por ejemplo, un menor no puede hacer un testamento válido y tampoco su representante puede hacerlo por él), pero son excepciones puntuales y escasas.

Los casos de **incapacidad absoluta** están previstos en el Art. 54 del Código Civil y son: las personas por nacer (es decir, desde la concepción hasta su nacimiento), los menores, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

Incapaces	Absolutos	<ul style="list-style-type: none"> Las Personas por nacer. Los menores impúberes (menores de 14 años)
		<ul style="list-style-type: none"> Dementes
		<ul style="list-style-type: none"> Sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito.
	Relativos	<ul style="list-style-type: none"> menores adultos (entre 14 y 21 años)
Capaces	Mayores de 21 años que no acusen ninguna de las patologías anotadas para la incapacidad absoluta u otra dispuesta por la ley.	

Para concluir, es preciso aclarar que quienes están impedidos de ejercer por sí mismos sus derechos y contraer por sí mismos sus obligaciones, actúan jurídicamente por medio de sus **representantes legales**. Estos representantes legales pueden ser:

- a) Los padres respecto de las personas por nacer.
- b) Los padres en ejercicio de la patria potestad o tutores, respecto de los menores.
- c) Los curadores, para los incapaces mayores de edad.

Podemos ahora terminar de entender el por qué de la tremenda batalla legal para quedarse con la custodia de un niño millonario. Culkín (el niño millonario) era un incapaz absoluto, cuyos bienes debían ser administrados por su representante legal. Lo que se estaba discutiendo, entonces, en los tribunales, era quién sería el representante legal y administrador de la fortuna del niño.

:::: Derechos y obligaciones

Hemos hablado hasta aquí de las personas como sujetos de derecho. No hemos, sin embargo, especificado claramente qué queremos decir cuando decimos que alguien “tiene un derecho”. Sabemos, también, por nuestro uso común del lenguaje, que es difícil pensar en derechos y separarlos de lo que solemos llamar “obligaciones”.

Antes de seguir avanzando, le proponemos elaborar sus propias definiciones realizando la siguiente Actividad.

ACTIVIDAD 17

Las frases que habitualmente utilizamos para referirnos a este tema son parecidas a: “*todos tenemos derechos y obligaciones*”. Ser un sujeto de derecho, si la separación entre derechos y obligaciones es imposible, significa entonces, también, “tener obligaciones”.

En la tarea que usted habitualmente desempeña seguramente aplica este tipo de conceptos e incluso, muchas veces, habrá debatido con sus compañeros de trabajo sobre estas cuestiones. Por ello, le pedimos que realice una pequeña encuesta acerca de qué significan los conceptos “derechos” y “obligaciones” para la gente con la que usted habitualmente trabaja , incluya también su propia opinión.

Escriba toda la información que obtenga y compárela con los conceptos que se irán desarrollando a continuación (Es importante que realice esta actividad antes de seguir leyendo).

Tal como usted acaba de elaborar sus propios conceptos, nosotros trataremos de hacerlo ahora, y para ello hablaremos de **derechos** y de **obligaciones** pero dándoles un nombre más “técnico”, sólo para acercarnos un poco a lo que nuestra teoría jurídica dice respecto de ambos conceptos.

Lo que habitualmente entendemos como “derechos” (cuando decimos la frase “tener un derecho”) son, para la teoría actual del Derecho, “**derechos subjetivos**”. Las “obligaciones”, por su parte, se llaman “**deberes jurídicos**”. Tanto de unos como de otras hablaremos a continuación.

Seguramente, si compara la información que usted recabó a través de su encuesta, habrá visto que aparecen cuestiones relativas a derechos individuales, deberes, etc. similares a lo que aquí expresamos

.... Derechos subjetivos

¿Recuerda la definición que dimos de Derecho en la primer Unidad? Dijimos que “*El Derecho es el conjunto de las reglas sociales que son vividas como obligatorias por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado*”. Este concepto es conocido como **Derecho en sentido objetivo**, como conjunto de reglas de conducta, en cierto modo dirigidas a un grupo humano.

Hay otro sentido, en que el término derecho se refiere a la prerrogativa de la persona, entendida individualmente, para exigir de los demás un determinado comportamiento. Se hace referencia, en este caso, al **derecho en sentido subjetivo** (resulta vital destacar que las nociones de Derecho objetivo y Derecho subjetivo no son antagónicas, sino que se corresponden y complementan).

El estudio de los **derechos subjetivos** ha llevado a diferentes posiciones doctrinarias. A continuación y a manera de sinopsis se presentan las ideas que, al respecto, sustentan distintos autores:

- Para Jorge Jellinek, el derecho subjetivo es *un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual*.
- Para Bernardo Windcheid, el derecho subjetivo es *un poder de la voluntad, reconocido por el orden jurídico*.
- Para Rodolfo Ihering, el derecho subjetivo es *el interés jurídicamente protegido y lo sustancial reside en la utilidad que le brinda al ser humano*.
- Para Hans Kelsen, el derecho subjetivo es *el mismo Derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma*.

Para clarificar qué quieren decir estos autores, podemos hacer un pequeño resumen. Podemos hablar de una estructura doble del derecho subjetivo, en la que se pueden distinguir dos elementos:

- el **elemento interno**, por un lado, que no es otra cosa que la posibilidad de obrar y de querer (es, por ende, una **facultad** de las personas);
- un **elemento externo**, que es la posibilidad de exigir a los demás lo que nos corresponde de acuerdo al derecho (es, por ende, una **pretensión** de las personas).

Terminaremos de aclarar esto con un breve cuadro, en el que se presenta una clasificación de los derechos subjetivos:

CRITERIO	TIPO		EJEMPLO
Por el tipo de conducta	En relación a la conducta propia	facultad de hacer	Llevar adelante el casamiento
		facultad de sentir	Libertad de pertenecer a un determinado culto
	En relación a la conducta ajena	facultad de exigir	El cumplimiento de un contrato
Frente a quien se poseen	Relativos	el sujeto pasivo está determinado (valen frente a algunos)	Que el deudor X salde su deuda con el acreedor Y
	Absolutos	el sujeto pasivo es universal (valen frente a todos)	El derecho a usar y disponer de la propiedad
Por la calidad de sujeto pasivo	Públicos	Se tienen frente al Estado	Que no se avasallen los derechos individuales (detención injusta, integridad física, allanamiento sin orden judicial, etc.)
	Privados	Se tienen frente a todos	Posibilidad del acreedor de ejecutar los bienes del deudor

.... El deber jurídico

Como correlato de los derechos subjetivos, existe lo que se denomina **deber jurídico**, que consiste en **la obligación del respeto de los derechos subjetivos de los demás**.

Por ejemplo, como correlato del derecho subjetivo de las personas a no ser turbado en el uso y goce de un bien de su propiedad, existe el deber jurídico de todas las demás personas de no estorbarlo en ello, de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico prevé.

Como sobre los derechos subjetivos, se encuentran diferentes opiniones respecto de la cuestión del **deber jurídico**.

- En opinión de Immanuel Kant, *para que una norma sea obligatoria debe derivar de la voluntad del sujeto que la debe cumplir, respetando los valores universales*, ya que el deber jurídico se identifica con el deber moral.

- Para Gustavo Radbruch, *el deber moral difiere del jurídico en que el primero es inexigible, en tanto que el segundo se caracteriza por su exigibilidad* (no se le puede exigir a alguien que compre una propiedad, pero sí se le puede exigir que no robe la de otro).
- Para Hans Kelsen, *el deber jurídico no es una vinculación psíquica real, sino jurídica. No es en este dominio psicológico, sino en el ámbito normativo del derecho, donde ha de determinarse el concepto del deber como concepto jurídico.*

ACTIVIDAD 18

A continuación, le ofrecemos una lista de acciones hipotéticas para que usted trate de reconocer **qué derecho se ejerce** o **qué deber se incumple** en ellas. Le damos aquí dos ejemplos:

- A la siguiente acción hipotética: “Juan Gómez contrae matrimonio”, le corresponde la siguiente respuesta: “Juan Gómez ejercita su facultad de hacer (derecho subjetivo relacionado con la propia conducta)”.
- A la siguiente acción hipotética: “Juan Gómez roba la lapicera de José Pérez”, le corresponde la siguiente respuesta: “Juan Gómez impide a José Pérez el ejercicio de un derecho subjetivo absoluto y, por ende, incumple un deber jurídico”.

Continúe usted analizando estas otras situaciones:

- a. Juan Gómez paga en término la última cuota de un equipo de música.
- b. Juan Gómez envía una carta documento a la empresa que le vendió el equipo de música porque éste no le fue entregado en la fecha convenida.
- c. Juana Pérez presenta una queja al Estado porque un oficial de policía revisó su cartera.
- d. Juan Gómez ofrece su departamento en alquiler.
- e. Juan Gómez reza.
- f. Juana Pérez no paga el alquiler.
- g. Juana Pérez no permite que la policía entre a su casa sin orden judicial para desalojarla, por no haber pagado el alquiler.
- h. Juan Gómez compra un departamento.

:::: Familia

Nos queda examinar, en el final de esta Unidad, una institución social de gran importancia; nos referimos a **la familia**. La ley no da una definición precisa de familia, pero veamos cómo se la concibe.

Familia

Se considera familia a una institución social, consistente en un conjunto de personas unidas por ciertos vínculos (jurídicos), entre los cuales se encuentran el **parentesco** (esto es, el vínculo de consanguinidad), la **filiación** (matrimonio, relación paterno filial, etcétera) o la **convivencia** (la vida en común, bajo un mismo techo, bajo la dirección y los recursos de uno o unos de los miembros, considerados jefes del hogar).

La familia no es una persona jurídica; sin embargo, el Derecho garantiza mecanismos de control sobre ella, imponiendo derechos y deberes. Esto es así porque el Derecho asume que la familia es un dato con el que se encuentra, y no una creación propia, de cuya regulación y control dependen en cierta medida la regulación y el control de la sociedad.

Las diversas disposiciones del Derecho en relación con esta institución jurídica y social giran en torno a los dos vínculos más importantes y definitorios del lazo familiar:

- **el matrimonio y**
- **las relaciones paterno y materno filiales.**

A continuación, nos ocuparemos con mayor detalle de estos dos tipos de vínculos.

.... Matrimonio

El matrimonio es una relación jurídica que institucionaliza, mediante un acto también jurídico, una unión entre un hombre y una mujer, cuyo carácter más originario es considerado eminentemente sexual. En otras palabras: el matrimonio es la institucionalización de una relación cuya base es la unión intersexual.

Contrariamente a lo que muchas veces se cree, el matrimonio no es, jurídicamente hablando, un contrato.

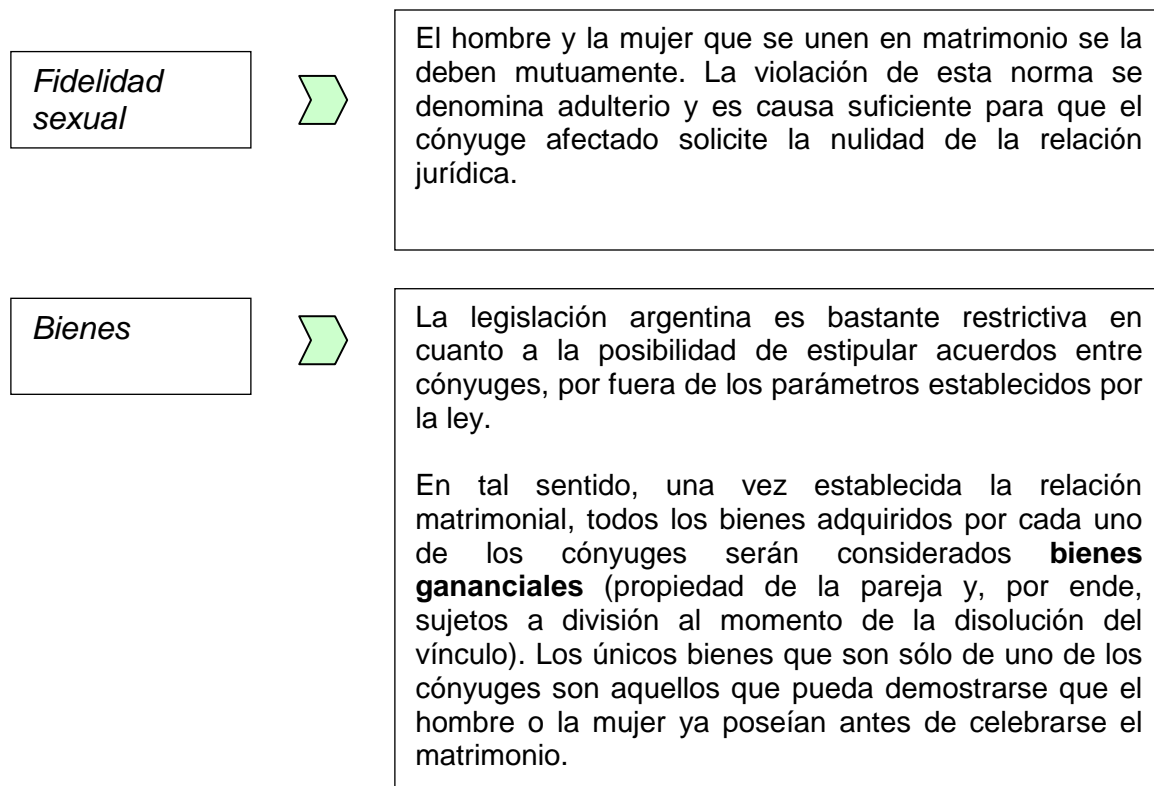
Matrimonio

Técnicamente, se lo considera un **acto jurídico bilateral mutuamente consentido**, del cual forma parte constitutiva una autoridad competente que lo celebra (en este caso, el oficial encargado del Registro Civil, sin el cual, a diferencia de lo que sucede en una gran variedad de contratos, el pacto matrimonial carece de valor).

En el acto del matrimonio, el hombre y la mujer se comprometen, el uno con el otro, a observar ciertas conductas que luego pueden serles exigibles. Estas conductas están relacionadas, principalmente, con la fidelidad sexual, los bienes comunes y el cuidado de los hijos comunes.

.... **Derechos y obligaciones**

Veamos cuáles son las conductas que deben observar el hombre y la mujer en el matrimonio.



La ley establece también que hay ciertos tipos de **actos jurídicos** que los cónyuges no pueden celebrar entre sí. Veamos los más relevantes:

- No tienen permitida ninguna clase de donación durante el matrimonio.
- No pueden alquilar nada el uno al otro.
- Tampoco pueden, los esposos, comprarse o venderse mutuamente nada.

Entre las relaciones que sí pueden entablar los cónyuges entre sí figuran la locación de servicios (esto es, ser empleado del esposo o la esposa) y las sociedades (aunque estas últimas, sólo si son sociedades de responsabilidad limitada o sociedades por acciones).

Un aspecto importante de la relación matrimonial (por ser uno de los que más cambios ha sufrido con el correr de los años) es el que establece **cómo deben administrarse los bienes en el matrimonio**.

Antiguamente, la administración y disposición de los bienes del matrimonio (bienes gananciales) estaba en manos del esposo. La mujer, merced a la ley 11.357, adquirió el derecho de administrar y disponer del dinero y los bienes que produjeran sus actividades; pero este derecho era en realidad sólo nominal, puesto que la misma ley establecía que si la mujer no declaraba explícitamente (por vía legal) su oposición a que sus bienes fueran administrados por su esposo, éste tenía derecho a administrarlos y disponer de ellos.

Todo cambió con la sanción de la ley 17711, en 1968, que estipuló un **régimen de administración separada de los bienes**. A partir de esta ley, cada cónyuge administra y dispone de sus bienes propios, o de los bienes gananciales que hayan sido adquiridos como fruto de su trabajo. A partir de esta ley, los cónyuges no están obligados a rendirse cuentas de cómo administran y disponen sus bienes.

Junto con la administración y disposición de los bienes, hay dos aspectos importantes. Nos referimos a las **cargas de la sociedad conyugal** y a la **responsabilidad de los cónyuges**.

Las **cargas de la sociedad conyugal** están enumeradas en el Art. 1275 del Código Civil, y son:

- a) Manutención de los hijos y de la familia;
- b) Alimentos que cada cónyuge debe a sus ascendientes (madre, padre, etc.);
- c) Reparación de los bienes particulares del otro cónyuge;
- d) Colocación de los hijos;
- e) Pérdidas por hechos fortuitos.

En cuanto a la **responsabilidad**, la ley claramente establece una separación. Un cónyuge no es responsable frente a terceros por deudas contraídas por el otro cónyuge, a menos que dichas deudas hayan sido contraídas para satisfacer necesidades del hogar o los hijos. Esta última salvedad existe, puesto que existen deudas que son comunes y están estrechamente relacionadas con la atención del hogar, la atención de los hijos y la conservación de los bienes gananciales.

.... **Disolución del matrimonio**

Resta una breve reseña de los modos en que esta unión llamada matrimonio puede disolverse. La sociedad conyugal se disuelve por cualquiera de los siguientes motivos:

- Separación judicial de los bienes.
- Separación personal.
- Divorcio vincular.
- Declaración de nulidad del matrimonio.
- Ausencia de uno de los cónyuges, con presunción de fallecimiento.
- Muerte de uno de los cónyuges.

Muchos son los motivos por los cuales uno de los cónyuges puede solicitar una **separación de bienes** o un **divorcio vincular**. Algunos de ellos son:

- Si bien la separación de hecho (esto es: la decisión de separarse, sin que medie una acción legal) no disuelve la sociedad conyugal, el **abandono de hecho** es una causa justificada por la cual uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes. Se entiende como abandono de hecho a la interrupción unilateral e injustificada de la convivencia, por parte de uno de los cónyuges.
- El **adulterio** (esto es, la unión sexual de uno de los cónyuges con una persona que no sea el cónyuge).
- Cualquier atentado contra la vida o la salud física y psíquica de uno de los cónyuges o los hijos del matrimonio.
- Las **injurias graves** (considerando injuria a cualquier ofensa o afrenta de un cónyuge hacia el otro).

.... **Lazos de sangre: paternidad y maternidad**

Al igual que el matrimonio, **la filiación es un vínculo jurídico**, pero no porque haya sido creado por el Derecho (antes de la existencia de cualquier sistema positivo de Derecho, los hombres y las mujeres ya tenían hijos). Sin embargo, y también al igual que en el matrimonio, el Derecho legisla sobre la filiación, pues entiende que debe imponer derechos y deberes que garanticen un marco de seguridad y control sobre una relación que sustenta gran parte de las expectativas que una sociedad funda.

.... **Vínculo jurídico y vínculo biológico**

Dijimos que la filiación es un vínculo jurídico, lo cual es cierto; pero es cierto también que este vínculo jurídico supone un vínculo biológico. En otras

palabras: antes de ser madre o padre porque la ley lo dice, se es madre o padre porque se ha procreado un hijo.

Es pertinente la aclaración, ya que no es lo mismo ser madre o padre porque se ha establecido una relación de filiación, que ser madre o padre porque se ha procreado un hijo.

El análisis del ejemplo presentado en la siguiente Actividad aclarará aún más estos nuevos conceptos.

ACTIVIDAD 19

Lea el siguiente ejemplo y responda luego las preguntas que se le formulan:

Un hombre mantiene una relación sexual con una mujer y la mujer queda embarazada; el hombre y la mujer no vuelven a verse y la mujer da a luz, y no avisa al hombre (podemos decir, incluso, que la mujer no sabe quién es el padre del niño). Esta mujer se enamora de otro hombre, estando embarazada; este otro hombre reconoce al niño como propio (y lo inscribe en el Registro Civil con su apellido).

- a. ¿Cuántos padres tendría este niño?
- b. ¿Quién es su padre biológico?
- c. Su padre biológico, ¿tiene con el niño una relación jurídica de filiación?
- d. ¿Quién sería “legalmente” su padre?
- e. ¿Puede decirse que filiación y paternidad son lo mismo?

.... Determinación de la filiación

Por lo tanto, es la filiación la que, llegado el caso, debe ser determinada. Para esto existen diversos mecanismos, los más importantes de los cuales son:

- Inscripción de nacimiento y libreta de matrimonio (en el caso de haber nacido el hijo o hija de dos personas unidas matrimonialmente).
- Reconocimiento del padre en el Registro Civil (en el caso de que el nacimiento sea fruto de una relación no matrimonial).
- Sentencia judicial (en caso de una paternidad o maternidad no reconocida, sobre la cual se hayan encontrado pruebas en lo relativo al nexo biológico).

Es importante hacer algunas aclaraciones:

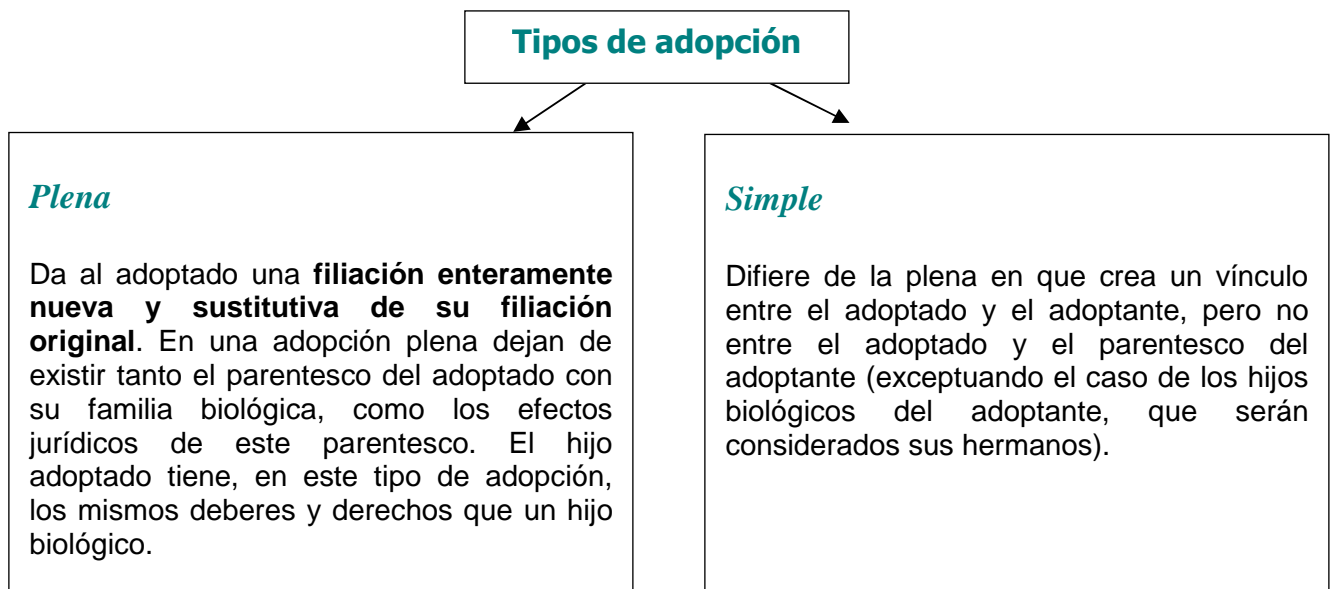
- Si un hijo nace de una mujer casada, la paternidad será siempre atribuida al marido. El vínculo de filiación así establecido sólo puede modificarse por una sentencia judicial.

- El reconocimiento de un hijo extra matrimonial sólo tiene validez si se realiza por escrito; sin embargo, para que el niño alcance el carácter legal de hijo, es necesario también que se practique ante un oficial del Registro Civil y se realice la inscripción correspondiente.
- Una vez reconocido un hijo, este acto es irrevocable (excepto por medio de una sentencia judicial de nulidad o impugnación).
- No se pueden reconocer hijos que estén reconocidos por otra persona sin mediar, previamente, una impugnación del vínculo anterior.

.... Adopción

La **adopción** es una **sustitución de la filiación**. Esto quiere decir que, al adoptar un hijo, la familia adoptante sustituye filiatoriamente a una familia anterior.

Existen dos tipos de adopción:



Para que un menor pueda ser adoptado por el régimen de **adopción plena**, éste debe encontrarse desamparado por su familia biológica, sólo pueden adoptarse por este régimen los menores que:

- a) Sean huérfanos de madre y padre.
- b) No tengan filiación acreditada.
- c) Se encuentren desatendidos por sus padres durante un año, en una institución asistencial.
- d) Cuyos padres hayan manifestado expresamente su voluntad de entregarlo en adopción.
- e) Cuyos padres hayan perdido la patria potestad.

La adopción sólo puede realizarse tras un proceso judicial, a partir del cual un juez debe establecer que la misma será beneficiosa para el adoptado. Según la actual ley de adopción, existe una figura llamada **guarda preadoptiva** por la cual, previamente a la realización del juicio de adopción, la familia o persona adoptante deberá tener bajo su guarda al adoptado durante un lapso de tiempo que no podrá ser menor a seis meses ni superior a un año.

.... **Patria potestad**

Originariamente, la **patria potestad** era el conjunto de **derechos** de los padres (varones) respecto de los bienes y la persona de sus hijos (menores). Posteriormente se reconoció el derecho de la madre, con lo cual la patria potestad pasó a ser **conjunta**. Actualmente, el concepto incluye también las **obligaciones** de los padres.

Como ve, volvemos aquí al tema planteado con anterioridad relativo a derechos y obligaciones: como dijimos, “es difícil pensar en derechos y separarlos de lo que solemos llamar obligaciones”.

Al respecto, ¿considera usted importante o un avance en la legislación que al concepto de patria potestad se hayan incorporado las obligaciones o deberes de los padres para con los hijos? Quizás sea un buen tema para reflexionar...

Evidentemente, se trata de un aspecto muy importante que se incorporó cuando comenzó a reconocerse que los hijos debían gozar también de derechos, respecto de sus padres. Al conferir derechos y deberes a los padres, se busca no sólo atender las necesidades de éstos, sino también las del menor.

La patria potestad puede asumir tres modos en la forma de ser ejercida:

- **Unipersonalmente:** esto es, por sólo uno de los padres.
- **Conjuntamente:** todas las decisiones respecto de la persona y bienes de los hijos deben ser tomadas por ambos padres.
- **Indistintamente:** cualquiera de los padres puede decidir.

¿Sabe usted cuál es la modalidad que rige actualmente, en Argentina?

Quizás pueda averiguarlo y anotarlo en su carpeta.

En nuestro país rige la modalidad conjunta, pero ,en cierto sentido, combinada con la modalidad indistinta, ya que se suele presumir que las decisiones de uno de los progenitores cuenta con la aprobación del otro (sobre todo en el caso en que ambos progenitores y sus hijos convivan bajo un mismo techo).

Cuando los progenitores no conviven es en quien convive con los hijos en quien se concentra la patria potestad. No obstante, se sigue presuponiendo, generalmente, consentimiento respecto de las decisiones sobre los hijos, exceptuando el caso en que alguno de los progenitores se pronuncie explícitamente en contra de las decisiones del otro.

Puede suceder que haya disputas entre los padres acerca de lo que debe hacerse con los hijos; cuando esto ocurre, un juez debe intervenir y decidir si otorga la patria potestad a uno de ellos (en el caso de que sea uno de ellos quien pueda ser identificado como el único causante de los desacuerdos) o se estipula claramente qué tipo de decisiones deberá tomar cada progenitor, considerando las posibilidades de éstos y sus capacidades (siempre cuidando que la decisión sea favorable a proteger los intereses del menor).

Existenciertas decisiones que, cuando deben ser tomadas respecto de un menor, siempre requieren que ambos padres den su consentimiento expreso. Estas son:

- Autorización para casarse.
- Emancipación (que requiere que el menor también dé su consentimiento).
- Autorización para ingresar en las Fuerzas Armadas o fuerzas de seguridad.
- Autorización para salir del país.
- Autorización para declarar en un juicio.
- Administración de bienes de los hijos.

Una de las obligaciones generadas por la patria potestad es la de **alimentación**. Esta obligación rige sobre ambos progenitores y comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en:

- Manutención.
- Educación.
- Esparcimiento.
- Vestimenta.
- Vivienda.
- Asistencia.
- Salud y atención médica.

Cuando los padres de un niño se separan, un juez dará la tenencia a uno de ellos. Esto de ningún modo implica que las responsabilidades del otro padre se vean menguadas (y mucho menos, que deje de tener responsabilidades). El padre que no tenga la guarda del niño estará obligado a pagar al otro **una cuota en concepto de alimentos**. Las disposiciones más importantes respecto de este punto señalan que:

- La cuota alimentaria es para el hijo y no para el progenitor; el hijo no debe, bajo ninguna circunstancia, demostrar que necesita la cuota. Pagar la cuota es una responsabilidad ineludible.
- La falta de trabajo no es una excusa válida para no pagar la cuota.
- La cuota es fijada por un juez y puede aumentar o disminuir (sólo si un juez lo determina) en función de las necesidades del menor.
- Si el progenitor que no convive con el niño no paga la cuota y ese incumplimiento tiende a perjudicar al menor, puede suspenderse su derecho a visita.
- Si el mayor que vive con el menor injuria al que debe pagar la cuota alimentaria, esto no da al segundo ninguna excusa para dejar de pagar esa cuota.
- Tampoco se puede dejar de pagar la cuota porque el padre que tiene la guarda conviva con una nueva pareja.

La patria potestad da derecho a los padres, a adoptar medidas correctivas, tendientes a fomentar en el menor una serie de conductas que consideren apropiadas. Estos actos de corrección, sin embargo, bajo ningún concepto pueden ser ejercidos de modo tal que impliquen malos tratos al niño (se consideran malos tratos a todos los actos ejercidos sobre el menor que impliquen lesión física o psíquica de éste).

También pueden, los padres, exigir a sus hijos colaboración en tareas acordes a su edad, sin estar obligados a pagarles por ello; no obstante, está prohibido por la ley que los padres obliguen a sus hijos menores a realizar actividades laborales para su propio beneficio.

Cuando la patria potestad termina, los hijos dejan de estar bajo la autoridad de sus padres. La **cesación de la patria potestad** se da cuando los padres o los hijos mueren, o ingresan en instituciones monásticas, cuando los niños son adoptados por un tercero, están legalmente emancipados o alcanzan la mayoría de edad.

ACTIVIDAD 20

Como última Actividad de esta unidad le pedimos que lea atentamente la siguiente noticia y responda luego las preguntas que se presentan.

EL CHICO DE 4 AÑOS DE LA PAMPA AL QUE CAMBIARÍAN DE FAMILIA Caso Gabriel: se abrió una puerta legal

El juez y los padres sustitutos se reunirán hoy. "Hay que darle identidad al niño", dijo. El camino sería que pasen de ser familia sustituta a recibir la adopción plena.

Un equipo interdisciplinario visitó ayer a la familia sustituta de Gabriel, el chico de 4 años que un juez resolvió darlo en adopción y sacarlo del hogar en que se crió desde los tres meses. La medida podría ser el primer paso para revertir la entrega en adopción resuelta por el magistrado. El juez y los padres sustitutos se reunirán hoy.

La historia de Gabriel movilizó a un pueblo pampeano entero, Parera. Allí viven los Biocca, la familia sustituta del pequeño desde que tenía tres meses. Los padres biológicos, por los maltratos que le causaron fracturas en tres costillas y daños en un pulmón, perdieron la patria potestad.

Dos psicólogos y una abogada viajaron ayer a Parera para mantener entrevistas con Gabriel y los padres sustitutos Juan (52) y Nelly Becerra de Biocca (42). El padre, por lo ocurrido en la última semana, sufrió una descompensación aunque su estado de salud es bueno.

Un allegado a la familia dijo que los Biocca vieron con "esperanza" lo sucedido. "Ahora creen que se abrió una puerta", aseguró la misma fuente. Los profesionales les dijeron que los siguientes pasos para tener chance para la adopción de Gabriel es renunciar a ser la familia sustituta del pequeño y pedir la guarda.

Al igual que Parera, cuyos habitantes juntaron unas 800 firmas, los Biocca no quieren que Gabriel se vaya con otra familia. El juez de Menores de General Pico, Luis García, quien tomó la polémica medida, dijo en diálogo con Clarín que "si los informes dicen que el daño que se le causaría (al sacarlo del actual hogar) son irreversibles, tendríamos que tomar otras medidas". El magistrado, que no fue tajante a la hora de definir si revertirá la medida, dejó ahora la puerta abierta. Admitió que puede haber caminos alternativos para que los Biocca pasen de familia sustituta a recibir la adopción plena.

De todos modos, defendió la decisión tomada. "Hay que definir la adopción, darle una identidad y un apellido al niño. Esto es lo que intento hacer en el marco legal", dijo García.

La directora de Niñez y Adolescencia de La Pampa, Alicia Etcheveste, también se metió en la polémica. Dijo que el equipo interdisciplinario brindará la información necesaria "para que el juez analice su decisión, actúe con la mayor justicia y evite el dolor al niño". Ese organismo es el que tiene actualmente la guarda de Gabriel.

El juez confirmó que hoy tendrá una entrevista con los Biocca. Y dijo que tomará la decisión con un solo informe. "Hay que hacer un seguimiento. Confío en los informes, que sean fidedignos y que apunten al interés del niño", remarcó García.

El matrimonio que recibió la guarda con fines de adopción también se hizo escuchar. En declaraciones al diario La Arena y con reserva de identidad, el padre adoptivo dijo que "pedimos que también se pongan en la piel de nosotros". Los dos tienen 47 años y son de un pueblo del noreste de La Pampa. "No pudimos tener hijos", dijo él, citado por el diario.

© Clarín, *El chico de 4 años de La Pampa al que cambiarían de familia. Caso Gabriel: se abrió una puerta legal*. 17 de mayo de 2005.

- a. ¿Por qué, a pesar de que el niño vivía con la familia Biocca desde los tres meses de vida, no podía decirse que éstos lo hubieran adoptado?
- b. ¿Estaba justificada la pérdida de la patria potestad de los padres biológicos del niño?
- c. ¿Es posible legalmente que la familia sustituta adopte al niño, teniendo en cuenta que los padres biológicos están vivos?
- d. Si el matrimonio Biocca consiguiera la adopción plena del niño, y el vínculo marital se disolviera en un futuro, ¿se generaría una obligación de cuota alimentaria, no siendo el menor hijo biológico de ninguno de los dos?
- e. Si los Biocca consiguieran la adopción plena, ¿cuál de los cónyuges tendría la patria potestad del niño?

En todos los ítems justifique su respuesta y analícelas con su profesor tutor.

UNIDAD 4: EL CONCEPTO DE NORMA

"Es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre las personas. No se trata de una empresa posible aunque objetable, sino de un emprendimiento tan imposible como hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos (...) Cuando se pretende construir el Derecho Penal sin tener en cuenta el comportamiento real de las personas, sus motivaciones, sus relaciones de poder, etc., como ello es imposible, el resultado no es un derecho penal privado de datos sociales, sino construido sobre datos sociales falsos".

Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar

... Introducción

En esta Unidad hablaremos de lo que probablemente sea el meollo de la problemática del Derecho: **las normas**. No es casual que veamos este tema al final, cuando algunos conceptos ya son familiares para usted. El recorrido hecho hasta aquí debería permitirle abordar este último tramo del camino con posibilidades de adoptar una posición más crítica que al comienzo (crítica frente a sus ideas previas, frente a lo que el texto le dice, frente a lo que usted piensa que dicta el "sentido común").

Recuerde ser siempre un crítico activo de lo que se le presenta. Marque el texto, haga resúmenes, discuta y elabore sus propias respuestas a las preguntas que se plantean.

Esperamos que al finalizar la Unidad usted logre:

- Comprender de qué modo las normas permiten la *integración* social y el concepto de *horizonte normativo*, y cómo se relacionan entre sí.
- Analizar críticamente la distinción entre normas de conducta y normas jurídicas, y conocer la forma en que se relacionan.
- Comprender que la norma jurídica está fundada en las normas de conducta, a la vez que las funda.
- Aplicar con facilidad el concepto de orden jurídico.
- Distinguir los conceptos de legalidad y legitimidad.

... Fuentes del Derecho

Si aceptamos que el Derecho es social (recuerde nuestra definición del Derecho) debemos suponer que cambia conforme cambia la realidad social que le da sentido. Esta necesaria adecuación del Derecho supone que debe haber

algún tipo (o algunos tipos) de elementos que le permitan explicar los cambios que se producen en él. Llamaremos a esos elementos “ Fuentes del Derecho”.

Nos ocuparemos, en este apartado, sólo de las fuentes que el Derecho actual reconoce explícitamente como suyas. Cuando abordemos el **concepto de Norma** nos podremos cuestionar hasta qué punto, este conjunto de fuentes “que el Derecho reconoce como suyas”, es suficiente para explicarlo.

El Derecho actual reconoce dos tipos generales de fuentes:

1. Las **fuentes formales** que se dividen en tres tipos:
 - Ley
 - Costumbre
 - Jurisprudencia
2. Las **fuentes materiales**, por su parte, que se dividen en otros dos:
 - Jurisprudencia
 - Doctrina

Analizaremos cada caso por separado.

1. Fuentes Formales

Son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades “externas” al intérprete del Derecho, con fuerza suficiente como para regir su decisión. Como anticipamos, entre las fuentes formales se encuentran:

- **La Ley**

Se suele decir que es la **expresión conciente y reflexiva del Derecho**. Durante el siglo XIX llegó a sostenerse que la única fuente del Derecho era la Ley y sólo ante situaciones no contempladas por éstas se llegó a aceptar acudir a otras fuentes como la Costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina.

Esta es la posición adoptada por nuestro codificador Vélez Sarsfield al establecer en el Código Civil que *“Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente”* (Art.17 C.C.).

En los ordenamientos jurídicos primitivos la Ley cedía en importancia a la Costumbre, cosa que ha desaparecido, al menos formalmente.

Profundizaremos sobre este tema cuando hablemos de las Normas.

Sin embargo, como veremos, la Costumbre mantiene significativa importancia en la regulación de las relaciones sociales.

- **La Costumbre**

Se la llama **la expresión espontánea del Derecho**. Consiste en la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por parte de los miembros de una comunidad, con la convicción de su obligatoriedad.

Cabe aclarar que no toda conducta adoptada mayoritariamente es considerada “Costumbre” en el alcance de fuente formal del Derecho. Una moda, por ejemplo, no sería nunca aceptada como fuente legítima del Derecho.

La ley siempre parece llegar tarde, aparece cuando las circunstancias lo exigen y cuando las costumbres lo imponen. En este sentido, se sostiene que **la Ley le da reconocimiento obligatorio a la Costumbre**. En algunas ocasiones, esa costumbre no está socialmente instalada y la autoridad pretende alentar cierta conducta favoreciendo su realización. Por ejemplo, la autoridad cree que es beneficiosa la donación de órganos, por lo que dicta una ley que facilita la donación, simplificando los trámites (en el año 2005 se creó la figura del “donante presunto”, que implica el consentimiento a donar sus órganos de todo ciudadano que no haya declarado expresamente su oposición).

Sucede que, en ciertos casos, la Costumbre está tan arraigada en la sociedad que genera que los sujetos no se sientan obligados al cumplimiento de una ley que la contradice o establece algo diferente de ésta. Esta situación arrastra a la autoridad a un sinceramiento con la realidad, ya que la falta de coactividad conduce a caducidad de la vigencia de la ley (jurídicamente, se denomina “desuado” al desuso generalizado de la ley). Es decir, la supremacía de la ley por sobre la costumbre sería un hecho estrictamente nominal, ya que los individuos a quienes está dirigida no se sienten obligados en conciencia a acatarla, resultando desconocida para la vida del Derecho.

Un ejemplo de esta supremacía real de la costumbre por sobre la ley, es relativamente actual. Hace no mucho tiempo, una fuerte campaña en pos de mejorar la recaudación impositiva estableció multas a los clientes que salieran de los negocios y no pudieran exhibir el ticket de su compra. El objetivo era, desde ya, crear el hábito de exigir el ticket. La medida tuvo un impacto tan bajo que los controles se suspendieron y, aunque es obligación tanto dar como pedir tickets en los negocios, a nadie se le ocurre, actualmente, controlar a los clientes.

- **La Jurisprudencia**

Es la creación intelectual de los jueces al interpretar, (en forma concordante el Derecho) en la aplicación a un caso concreto, distintos expedientes que tienen similares elementos y donde se discuten cuestiones jurídicamente asimilables.

En palabras más sencillas, para fundamentar su decisión al fallar en un caso, los jueces pueden hacer uso de sentencias dictadas por otros jueces en casos similares.

Podríamos decir también que **la jurisprudencia** constituye **costumbre desarrollada por los órganos judiciales**, al fallar en determinado sentido y con igual fundamento las cuestiones sometidas a su resolución.

Es necesario comprender que la jurisprudencia reúne la doble característica de ser fuente formal y fuente material del Derecho ya que, en algunos casos, la ley la hace de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores.

Hasta aquí estamos estudiando las fuentes formales reconocidas legalmente, es decir, recogidas mediante la ley aunque más no sea en forma parcial, tal el caso de la costumbre. Veamos ahora el otro tipo de fuentes.

2. Fuentes Materiales

Se denominan así porque las provee el propio objeto material de la Ciencia del Derecho. Proviene de la investigación científica del intérprete del Derecho, quien, agotadas las fuentes formales y permaneciendo la necesidad de regular las conductas de la comunidad, consulta a la razón y a su conciencia para descubrir las bases de la justicia, y observa los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren.

Entre estas fuentes se encuentran, como dijimos, la Jurisprudencia y la Doctrina.

- **La Jurisprudencia**

Es fuente material en la medida en que no es obligatoria legalmente, tal como son los fallos de primera instancia que son concordantes en la interpretación del derecho en casos similares.

- **La Doctrina**

Es la opinión de los autores, estudiosos del derecho, respecto de distintas cuestiones, que fijan posiciones, análisis e interpretaciones de las normas jurídicas y de su aplicación.

En el Derecho argentino la doctrina no es reconocida como fuente formal, pero además está decir que tiene una incidencia trascendental al momento de decidir cuestiones dudosas, pues a partir de su análisis provee, a quienes deben tomar las decisiones, de distintas posibilidades de interpretación. Podemos decir que es la fuente material más importante.

Como corolario de esta clasificación de las fuentes del Derecho, se puede agregar que **las fuentes formales deben su aplicación a la autoridad y tienen obligatoriedad legal**, mientras que **las materiales se valen de la persuasión y de lo razonable de sus conclusiones**.

ACTIVIDAD 21

Complete el siguiente cuadro sintetizando las principales características de los dos tipos de fuentes del derecho que hemos estado analizando. Piense, además, ejemplos concretos para cada uno de los casos mencionados.

	Fuentes formales	Fuentes materiales
Principales características		
Formas de aplicación		
Tipos		

... Normas de conducta

En la Unidad 1 dijimos que el Derecho se ocupa de reglas sociales a las que llamamos **normas**. Toda conducta sometida a una norma implica alguna clase de obligación. Esta obligación no tiene por qué ser externa; esto quiere decir que no es necesario que se nos obligue a observar una conducta para que podamos decir que estamos obligados a actuar de alguna manera.

Vamos a entender la obligación en un sentido mucho más amplio. Diremos que **una conducta está sometida a una norma, ya porque se nos impone, ya porque nos sentimos obligados a observarla.**

Esta ampliación del sentido de la obligación tiene un alcance preciso: existen infinidad de conductas que observamos cotidianamente, que aún no siendo pasibles de sanción (en caso de no ser observadas) se nos presentan como obligatorias, porque las sentimos como tales.

Normas de conducta

Es a las **normas que no se nos pueden exigir externamente en forma coercitiva**, a las que llamamos **normas de conducta** y que vamos a diferenciar, en principio, de las normas jurídicas.

Le proponemos que piense usted en un día cualquiera de su vida, en una mañana cualquiera. Se despierta porque suena el despertador y lo apaga. Se queda un rato en la cama, pero se levanta porque se da cuenta de que se va a quedar dormido o dormida. Se sienta en la cama, se pone pantuflas, va al baño, prende la luz y cierra la puerta para no despertar a su esposa o a su esposo, que sigue durmiendo. Se baña. Cuando sale de la ducha, se seca y abre la canilla del lavamanos; se lava los dientes, se peina. Apaga la luz del baño y se viste lo más silenciosamente posible. No se pone cualquier ropa porque tiene que ir a trabajar. Sale del cuarto y va a la cocina. Se prepara el desayuno y lo toma. Saluda a su mujer (o a su esposo) que acaba de despertarse y le ofrece un té. Conversan un rato, mientras usted termina de prepararse. Se saludan y usted sale de su casa.

Es suficiente. Repase la situación y verá que ha hecho, en una hora, una enorme cantidad de cosas aparentemente elegidas con absoluta libertad (en mayor o menor medida, pero libertad al fin). Podemos enumerarlas (en realidad, sólo podemos enumerar algunas): poner el despertador a la hora que lo puso (podría haberlo puesto veinte

minutos después, y no haberse bañado); cerrar la puerta del baño; bañarse; lavarse los dientes (acá podríamos incluir: con una pasta dental específica) y peinarse; vestirse con cierto grado de decoro y hacerlo silenciosamente; desayunar (para lo cual debió tener café, o té, o yerba, cada uno de una marca y no de otra); saludar, ofrecer un té, conversar con la persona que entraba en la cocina. Irse de su casa en el preciso momento en el que se fue.

Elijamos una cualquiera ¿Por qué se bañó? Nadie puede sancionarlo si no lo hace. De hecho, bañarse le quitó tiempo de sueño ¡Y usted tenía sueño! Sin embargo, se bañó ¿Por qué le ofreció un té a su esposa (o a su esposo)? ¿Por qué le importa? Usted no será sancionado por nadie si se queda soltero. Pero vayamos más lejos ¿Por qué hizo todo esto, si tenía sueño? ¿Para ir a trabajar? ¿Quién va a sancionarlo si no va? En última instancia, usted está tomando la decisión de que colaborar para mantener a su familia es más importante que dormir más todas las mañanas. Usted elige todo el tiempo. Es libre.

Vuelva a pensar en todo esto, y descubrirá que lo que acabamos de decir puede parecerle absurdo.

Ya sabemos que nadie lo sanciona. Sin embargo, eso no explica nada, no alcanza. Usted se baña porque **debe** bañarse, porque sabe que las personas **deben** cuidar un mínimo de decoro en su aspecto. Es cortés con su cónyuge porque la (o lo) quiere; y sabe que cuando dos personas se quieren **deben** respetarse y cuidarse. Por último, está claro que **debe** ir a trabajar, porque nadie decide libremente sufrir hambre.

Pues bien, si vuelve sobre el último párrafo descubrirá que una palabra clave se repite varias veces: nos referimos al **deber**. El concepto de norma está estrechamente relacionado con esta palabra.

Si no hay deber, no hay norma.
Pero, ¿cuándo no hay deber?

Trataremos de abordar este problema en el siguiente apartado.

.... El concepto de socialización

Somos seres sociales. Esto quiere decir que lo que nos define como personas depende de lo que define a nuestra sociedad como sociedad.

Toda sociedad es humana. La sociedad en la que vivimos es, además de humana, nuestra sociedad. Por lo tanto, lo que define a nuestra sociedad como sociedad depende de lo que nos define como personas, a cada uno de nosotros.

Repase las dos afirmaciones que acabamos de hacer. Tienen un problema: no se pueden pensar por separado. Y esa es la trampa. Una trampa en la cual han caído infinidad de pensadores. En términos más concretos: lo social y lo individual no se pueden pensar como dos fenómenos separados. Lo que somos en tanto individuos no puede ser nunca independiente del ámbito en el que nacemos (con sus costumbres, sus normas, sus criterios estéticos, etcétera), que inevitablemente nos marca y condiciona; pero a la vez nosotros “marcamos” (aunque sea en forma muy poco sensible) una diferencia en ese conjunto social, con la impronta única que imponemos a lo que en tanto individuos hacemos, queremos, etcétera.

Entonces, llamamos **socialización** al proceso por el cual un individuo se integra a una sociedad determinada. Como ve, es muy importante aquí el concepto de integración.

Pero antes de avanzar, vamos a trabajar en la siguiente Actividad con un ejemplo.

ACTIVIDAD 22

A lo largo de la historia, en diversos países y en diferentes épocas, se ha observado un fenómeno tan curioso como asombroso e inquietante: el hallazgo de niños criados por animales, que se comportaban como tales y a los cuales era muy difícil (a veces imposible) integrar a la sociedad humana. Le proponemos las siguientes tareas:

:| Busque información sobre el tema (los casos son conocidos y la información no es difícil de encontrar).

a. ¿Cuáles son los rasgos comunes que encuentra en el modo en que se intentó integrar a los “niños – lobo” en la sociedad y el modo en que se integran a ella los niños criados por sus padres?

b. ¿Cuáles cree que son los motivos que hacen imposible integrar a los “niños – lobo” en la sociedad, en aquellos casos en los cuales la integración no se logra? ¿Cuáles son los motivos del éxito en la integración, en los casos contrarios?

c. ¿Diría usted que, al adoptar las conductas de los animales, esos “niños – lobo” estaban “socializados”?

Converse sus respuestas con su profesor tutor.

Avancemos un poco más definiendo en forma muy sintética el concepto de socialización que comenzamos a bosquejar anteriormente.

Podrá leer con más profundidad el concepto de socialización en el Módulo de Sociología.

Socialización

Es el proceso de interiorización de normas, valores y tabúes de la sociedad. Por medio de ella los hábitos y deseos son “modelados” de modo tal que, sin borrar el carácter singular de los actos del individuo, éste adquiera un carácter tal que “quiera” obrar tal y como lo *deben hacer* los miembros de la sociedad en la cual se integra.

Y son precisamente **las normas de conducta** las que **permiten esa integración**, ya que son las que forjan la noción de deber sin generar, a la vez, sometimiento mecánico. En el ejemplo del despertar, que pusimos al comienzo, no hay sometimiento mecánico porque existe toda una gama de variaciones con las cuales se puede cumplir con lo que sentimos como deber.

En mayor o menor medida, siempre hay deber. Y esto no se debe a que nunca haya libertad; todo lo contrario: sólo somos libres de elegir en tanto tenemos entre qué elegir. Sólo la vida en sociedad nos da una escala que nos sirva para esto.

.... Acerca del concepto de horizonte normativo

Hemos dicho cosas importantes. Afirmamos que nuestra vida transcurre en medio de un desfile de normas. Afirmamos que estas normas son las que permiten que podamos integrarnos a una sociedad sin perder nuestra capacidad de autonomía. Afirmamos también que tenemos esta capacidad de autonomía sólo en tanto reconocemos que no alcanza sólo la autonomía para explicar por qué hacemos lo que hacemos.

Entenderemos **horizonte normativo** como un concepto general en el cual todos estos elementos se integran.

¿Qué es el horizonte normativo?

Es el territorio que define lo posible, en materia de Derecho. En otras palabras: el Derecho no es una creación caprichosa, porque **es la práctica social misma la que crea el Derecho**. El Derecho no es una creación teórica que se aplica, sino una práctica social creadora. ¿Recuerda lo visto en la Unidad 1? ¿Recuerda la definición del concepto de Derecho y las fuentes a las que hicimos referencia en apartados anteriores?

Esta práctica social está siempre enmarcada dentro de límites que nadie en particular pone, porque todos los ponen, todo el tiempo, en su actuar cotidiano. Pero a la vez, este actuar cotidiano modifica ese límite. Esta es la característica de lo que llamamos horizonte normativo. Es un límite que se respeta aún cruzándose.

Vamos a poner un ejemplo que grafique **cómo es posible cumplir y a la vez cambiar una norma** (lo cual nos sería útil para entender de qué modo el horizonte normativo cambia con las prácticas de las personas y sigue, a pesar de eso, siendo un horizonte normativo que sirve como referencia).

Saludar es una regla de cortesía. Todos la usamos y todas las personas que conocemos la usan. Podríamos decir que el saludo es una norma de conducta que se puede expresar así: es de buena educación saludar. O así: se debe saludar a los demás (recuerde lo que ya dijimos en esta unidad respecto de la noción de deber). También es cierto que no cualquier cosa es saludar. Podemos decir, entonces, que todos sabemos muy bien cómo se saluda. Ahora bien, ¿cómo se saluda?

Probablemente usted crea que es muy fácil contestar esta pregunta. Inténtelo. Trate de dar una descripción exacta de cómo se saluda (o de cómo se debe saludar). Es bastante asombroso comprobar que una respuesta completa es prácticamente imposible. Hay infinitos modos de saludar. Más aún: no hay una forma correcta de saludar. Y sin embargo, sigue siendo cierto que no cualquier cosa es saludar ¿Cómo sabemos que estamos cumpliendo bien la norma que dice que se debe saludar?

La respuesta es: sencillamente lo hacemos, es una práctica. Y como es una práctica cambia (los hombres, hace cincuenta años, no se besaban y hoy sí, y sin embargo ambas son formas correctas de saludar) sin dejar de ser una norma que se puede cumplir bien. Además, esta

conducta regulada socialmente no sólo cambia con el tiempo, sino de un grupo a otro: es distinto el modo en que se saludan los jóvenes que el modo en que lo hacen personas mayores, o entre miembros de una banda de música y entre compañeros de un equipo de fútbol. Cada grupo puede crear su propia forma de saludar, sus propias normas.

Sobre la base de lo expresado hasta aquí, podemos llegar a la siguiente definición.

*Horizonte
normativo*

Es el conjunto de prácticas sociales que definen el marco de lo que se puede, legítimamente, esperar que los demás se sientan obligados a hacer.

ACTIVIDAD 23

a. Enuncie otros ejemplos de normas de conducta que delimitan el terreno de lo que es posible o no hacer.

b. Luego, trate de pensar cuáles de ellas se han ido modificando a lo largo del tiempo, a partir de cambios en las prácticas sociales, pero que siguen formando parte de nuestro horizonte normativo y escríbalas a continuación.

Consulte sus respuestas con su profesor tutor.

:::: Normas jurídicas

Dijimos en la Unidad 1 que las Normas Jurídicas son los instrumentos de los cuales se vale el Derecho para resolver conflictos. En esta Unidad, hemos hablado de las normas como reglas sociales, asociadas con la noción de deber. Hablamos también de normas de conducta, como de un tipo de normas que no se nos imponen coercitivamente.

El tipo de norma que conocemos con el nombre de **norma jurídica** difiere de las normas de conducta en este último aspecto.

Norma jurídica

Es una regla social ante la cual nos sentimos obligados, pero que, a diferencia de las normas de conducta, aparece ante nosotros como emanada de una autoridad y, por ende, como radicalmente externa e impuesta. Es, y esto es central, el único tipo de normas que pueden ser exigidas por un órgano específico, encargado de sancionar a los infractores.

Es en función de esta característica, que asocia a la norma jurídica con la coerción, que aparece también siempre asociada a la noción de norma jurídica la idea de **sanción**.

Precisamente por aparecer como una obligación externa, la norma jurídica necesita de un mecanismo que asegure su eficacia como norma (mecanismo que no parece ser necesario en el caso de una norma como las de conducta, que obliga internamente) y este mecanismo es la estipulación, incluida en la formulación misma de la norma, de **una penalización por su incumplimiento**.

Esta cuestión de la sanción es muy compleja, por lo cual nos detendremos un poco a analizar algunas de sus características.

1) En primer lugar, es importante señalar que **la sanción es condición necesaria pero no suficiente para garantizar la eficacia de la norma**. Esto quiere decir que la norma jurídica necesita de la sanción, pero que (a) la mera amenaza de sanción (y aun, la efectividad de la sanción) (b) no hace que sea eficaz ni explica su eficacia (en el caso de que lo sea).

- a) El hecho de que la mera existencia de la sanción no es condición suficiente para que una norma sea eficaz se hace bastante evidente en el absoluto fracaso de todas las políticas que intentan combatir el delito aumentando las penas. En Estados Unidos, país con penas durísimas para todos los delitos relacionados con drogas, se cometen más delitos de este tipo que en cualquier otro país (y los aumentos de penas jamás tuvieron como resultado un descenso del delito).
- b) Que la existencia de sanción no explica que una norma sea eficaz se puede saber analizando la propia conducta ¿Usted no mata a los demás porque si lo hiciera lo meterían preso o porque cree que no es bueno matar a los demás?

2) De la respuesta a la pregunta que acabamos de hacer, podemos inferir otra de las características de la noción de sanción. Podemos enunciarla del siguiente modo: **la sanción jurídica no pretende ser una sanción moral**. El

Derecho que actualmente tenemos no se pronuncia (al menos, dice que no se pronuncia) acerca del carácter moral del acto que sanciona. La norma jurídica estipula una consecuencia (una pena) para cada conducta y, simplemente, la imputa.

Existe una tercera característica, de la cual nos ocuparemos en el siguiente apartado, pero antes realice la próxima Actividad.

ACTIVIDAD 24

Establezca semejanzas y diferencias entre los conceptos de **normas de conducta** y **normas jurídicas**.Tenga en cuenta para realizar la comparación aspectos fundamentales tales como:

- su forma de aplicación,
- tipo de obligación que implican,
- modo en el que rigen,
- modificaciones que sufren,
- autoridad de la que emanan,
- sanciones que podrían incluir, entre otros aspectos.

Consulte su respuesta con el profesor tutor.

.... La norma jurídica y la estatalidad

La existencia de una sanción supone necesariamente, para que la norma jurídica tenga sentido, la posibilidad de su aplicación. Pero para que la aplicación de la norma sea posible, debe existir alguien (o algo) con la capacidad de hacer efectiva esa posibilidad. Ese alguien (o algo) es **el Estado**.

En la Unidad 2 dimos una definición del Estado en la que lo concebíamos como la suma del poder público, con el monopolio de la fuerza. Tener el monopolio de la fuerza es, precisamente, ser capaz de exigir en forma legítima el cumplimiento de las normas jurídicas existentes, y de obrar para lograr que las normas sean observadas y castigar a todos aquellos que no las observen.

En esta relación entre la norma y el Estado, este último aparece siempre como “ante” la sociedad, como una instancia separada que lo dirige todo desde arriba, pero bajo la apariencia de realizar cada uno de sus actos con el consentimiento de la población sobre la cual actúa. En otras palabras, aparece como un mero cristizador de normas jurídicas que la sociedad genera y, por lo tanto, como un legítimo árbitro ante las demandas que, precisamente por ser demandas,

pueden ser desestimadas, en el caso de los regímenes no democráticos, como ilegítimas (ya que los demandantes estarían rompiendo el contrato del ciudadano con el Estado, al desconocer aquél una ley que él mismo se ha dado). Esto se ve con claridad cada vez que, ante una demanda cualquiera de un sector, o de un grupo, o de la sociedad toda, se responde haciendo exclusiva referencia al hecho de que el gobierno que toma las medidas que se critican “ha sido votado por el pueblo”.

Al mismo tiempo, el Estado no puede eludir (y en los casos en los cuales los mecanismos de gobernabilidad son democráticos eso se nota claramente) su tarea de operar como garante de la legalidad misma. En tal sentido, por ejemplo, los avances en la búsqueda de esclarecimiento del destino de los ciudadanos asesinados por la dictadura militar, ponen de relieve lo importante que puede llegar a ser que se respete el grado de compromiso que un Estado debe asumir para reparar los daños que ocasiona a los ciudadanos el que la estructura estatal (ante la cual el ciudadano está siempre indefenso, cuando sucede) sea utilizada con fines contrarios a los que le dieron origen y sentido.

Por otra parte, se debe tener presente que nunca un gobierno dictatorial asume el poder en nombre de sus malas intenciones. Jamás escucharemos a un usurpador del poder decir “asumo el poder porque me gusta”. En todo caso, dirá que lo hace en defensa del “ser nacional”, o de “la moral y las buenas costumbres”, o del “derecho”. Es necesario no perder esto de vista, en tanto el Estado puede funcionar, cuando los principios democráticos son clausurados, como una gigante maquinaria auto legitimadora, capaz de crear normas contrarias a la voluntad popular, diciendo sin embargo que es la misma voluntad popular la que las crea.

.... La norma jurídica como fundada y como fundante

Este doble carácter del Estado (el Estado como cristalizador o como creador de normas arbitrarias) puede trasladarse a las normas creadas por él.

En tanto emanadas de la voluntad popular, las leyes aparecen siempre como **fundadas en la necesidad social**. En otras palabras: las normas jurídicas son exigibles por el Estado, porque **emanan (indirectamente) de la voluntad del pueblo**. En este sentido, toda norma jurídica tiene un fundamento moral inconvencible.

Sin embargo, este carácter fundado de la ley es en realidad sólo aparente. Una vez que sabemos que el Estado es capaz de crear las normas, podemos ubicar también el fundamento de la ley en la ley misma. Esto quiere decir que una vez que Estado y Sociedad Civil se separan (y esto es lo que sucede cuando no se siguen principios democráticos: el Estado se divorcia de su fundamento y su

sentido) y la normatividad es asumida con pleno derecho sólo por el Estado, las prácticas sociales dejan de fundar la norma, porque **es la norma jurídica la que empieza a fundar las relaciones sociales**. Es por esto que, una vez que Estado y sociedad civil se separan, ya carece de sentido buscar el fundamento legitimador de la ley en las prácticas sociales. La ley se legitima a sí misma por una simple invocación de poder. En otras palabras: las leyes del Estado se fundamentan simplemente en el poder que el Estado tiene para hacerlas acatar.

Cabe aclarar que si no hubiera separación entre Estado y Sociedad Civil, el carácter fundante de la norma jurídica no sería un problema, sino una condición de posibilidad de la vida social misma. Pero cuando el sistema que pone “fuera” de las prácticas sociales el origen de la norma jurídica y dice que este origen está, sin embargo, fundado por las prácticas sociales (lo cual es absurdo), no existe otra posibilidad que aceptar, bajo amenaza de ser reprimido, una ley impuesta.

.... La norma jurídica como norma de conducta

Cuando el Derecho se piensa basando el análisis en la separación del Estado y la Sociedad Civil (eso es lo que hacen de hecho los regímenes antidemocráticos), esto establece los límites y las condiciones bajo las cuales habrán de hacerse inteligibles las relaciones sociales mismas. Como vivimos en un sistema en el cual la norma jurídica funda, al menos aparentemente, lo social en sí mismo, las relaciones entre personas pasan a ser entendidas como relaciones jurídicas, contractuales.

Seguramente, usted usó alguna vez expresiones tales como “mi derecho termina donde empieza el derecho del otro”, o “mi libertad termina donde empieza la de los demás”. Leámoslas ahora a la luz de lo que acabamos de decir y notaremos que “los otros” son concebidos como obstáculos, como piedras en un camino que debemos recorrer. Y como debemos recorrer el camino, debemos aceptar (tolerar) esas piedras. Reducir el Derecho a esa frase y suponer que efectivamente sólo nos relacionamos con los demás suponiendo que los otros nos “limitan”, lo cual es falso, es agotar la riqueza misma del Derecho como conjunto de prácticas de cooperación. Piense también en lo que ya dijimos, en las Unidades 1 y 2, acerca de cierta concepción del derecho natural, que suponía que la vida en sociedad era como un contrato.

Ahora puede quedar claro a qué nos referimos cuando decimos que **cierto modo de concebir el Derecho culmina en la juridización de lo social**. Creemos que nuestras relaciones con los demás son contractuales, jurídicas. Terminamos transformando lo que no debería ser sino una norma formal y burocrática en el pilar de nuestras relaciones (aún las afectivas) con los demás. Un ejemplo claro de esto es el hecho de que muchas veces se haga alusión al matrimonio como a un “contrato” entre un hombre y una mujer. Todos sabemos

que el matrimonio es mucho más que eso y, sin embargo, aceptamos muchas veces esa formulación. Que dentro de las situaciones que normalmente suponemos que suceden entre dos personas que se casan (amor, atracción, etcétera) se pueda contar el hecho de que el hombre y la mujer *firman* un compromiso ante el Estado, no quiere decir que esa firma sea el matrimonio. Y lo que queremos decir cuando afirmamos que la riqueza del Derecho se pierde cuando se lo reduce a las meras disposiciones legales, es que ese amor, esa atracción mutua, ese deseo de compartir la vida con otro *son también parte del Derecho*, en tanto son la condición que posibilita que, en algún momento, dos personas asuman un compromiso formal.

Es por desconocer esto que cuando escuchamos la palabra “Derecho” sólo podemos pensar en leyes escritas, normas jurídicas, abogados, jueces y gobernantes: porque al suponer que el Derecho es una construcción que nada tiene que ver con nuestras conductas cotidianas, hemos transformado nuestra existencia social misma en un proceso que sólo tiene sentido si se lee a través de leyes escritas y normas jurídicas, impuestas siempre por alguien desconocido, respetable, omnipresente, lejano y poderoso (y que sin embargo “nos representa”).

:::: La norma de conducta como norma jurídica

Pero hay otro modo de pensar la cuestión y es invirtiéndola. Seguramente, recuerda que definimos el concepto de horizonte normativo como “el territorio que define lo posible, en materia de Derecho”. Le pedimos entonces que revea un poco lo que dijimos al respecto sobre el tema, antes de seguir leyendo.

Si tomamos en profundidad la idea de horizonte normativo salta a la vista que, por más alejado de las prácticas sociales que el Estado pueda aparecer (o parecer), hay un límite que no puede cruzar. En otras palabras: el Estado no puede hacer cualquier cosa, porque aunque suponga (como nuestro Derecho supone) que lo que ordena es independiente de los deseos, las necesidades, los humores o las preferencias de la sociedad, actúa efectivamente sobre hombres (que son mucho más que personas jurídicas) que quieren, necesitan, gustan y prefieren.

Volvamos aquí al ejemplo de los avances en materia de Derechos Humanos y de recomposición de la memoria que supone la investigación y esclarecimiento de los crímenes cometidos durante la última dictadura militar: No se trata de que el Estado “quiera” esclarecer los crímenes y otorgue ese *don* como un *beneficio* a la sociedad. El Estado, en todo caso, respondió a una demanda social efectiva y concreta que, a pesar de los intentos de algunos gobiernos en tal sentido, *no pudo* desconocer.

En este sentido, lo realmente determinante, en lo que hace a la conformación del lazo social, son siempre las normas de conducta, que no son otra cosa que normas jurídicas en un estado originario. Un Derecho que no acepte que está, en última (y en primera) instancia, atado al juego de relaciones de fuerza realmente existentes en una sociedad determinada, legisla sobre nadie y a nadie obliga. En otras palabras: un Estado es verdaderamente democrático cuando reconoce que su legitimidad no se puede basar en el mero uso de la fuerza pública; un Estado democrático debe reconocer que para que una ley sea realmente obligatoria, debe poder ser vivida como tal (como obligatoria) por los integrantes de la sociedad a la cual está dirigida.

Si existe un Derecho que se puede presentar, entonces, como desligado de las relaciones sociales, no es porque el Derecho sea “puro” o no esté “contaminado” por la política; muy por el contrario: si un Derecho pudiera presentarse de ese modo sería por estar inserto en un sistema en el cual las relaciones sociales lo permitieran. En otras palabras:

El Derecho es un discurso político e ideológico, en tanto es a partir de la misma forma que asume el Derecho que se hacen comprensibles las relaciones de fuerza imperantes en una sociedad.

El Derecho es siempre un discurso que tiene el poder suficiente como para instalar ese discurso como el Derecho de todos. La tarea de una Ciencia del Derecho que se pretenda explicativa debe, entonces, no reducirse al estudio de códigos y disposiciones; debe, por el contrario, tratar de indagar en las relaciones sociales, en las motivaciones, en los intereses comunes y particulares y en las relaciones de poder.

ACTIVIDAD 25

Lea atentamente las siguientes notas, publicadas en Internet, y luego responda los interrogantes que se plantean.

“Diputados votó derogar las jubilaciones de privilegio”

“La derogación rige hacia el futuro. Además, la iniciativa fija un tope máximo de 3.100 pesos a las jubilaciones que se pagan en la actualidad. El proyecto había sido votado en general la semana pasada. Y este miércoles se votó en particular. Ahora debe aprobarlo el Senado”.

”La Cámara de Diputados concluyó este miércoles la votación del proyecto que elimina a futuro las jubilaciones de privilegio, un beneficio que gozaban, entre

otros, jueces, funcionarios, obispos y embajadores. Además, la iniciativa fija un tope máximo de 3.100 pesos a las que se pagan en la actualidad”.

“Los diputados evitaron eliminar las jubilaciones ya otorgadas, con el argumento de que el Estado iba a verse derrotado judicialmente a raíz de la imposición del principio jurídico de derechos adquiridos. La derogación debe ser ratificada ahora por el Senado para entrar en vigencia”.

© www.terra.com.ar, 21 de agosto de 2002.

“Los principios jurídicos”

“...En esto de los derechos adquiridos es conveniente detenerse para diferenciarlos de los llamados en expectativa. Un derecho se adquiere legítimamente, cuando se han cumplido todos los requisitos establecidos por la ley. Entretanto se trata de un derecho en expectativa. Así, por ejemplo, en materia de jubilaciones, se trata de un derecho adquirido cuando se reúnen las condiciones legales de años de trabajo, años de aportes y edad (60 ó 65 años). Por esta razón, en Argentina, las llamadas jubilaciones de privilegio no son derechos adquiridos, ya que por lo general sus beneficiarios carecían de los años de trabajo y de aportes; e inclusive de la edad. A los 30 años de edad, con tres meses en un cargo (o con solo prestar juramento) y con igual cantidad de aportes cobran haberes jubilatorios enormemente superiores al de cualquier otro habitante que trabajó y aportó toda su vida”.

© Nespral, Bernardo, www.infocomercial.com , 16 de marzo de 2005.

a) ¿Cree usted que las jubilaciones de privilegio son un problema meramente jurídico?

b) Las notas muestran dos posturas diferentes respecto de la entidad jurídica de las jubilaciones de privilegio, ¿Puede usted enunciar identificar esas diferencias?

c) ¿En qué sentido cree que de la lectura de las notas surge como evidente el choque entre lo que hemos denominado “normas de conducta” y las “normas jurídicas”? ¿Llega a verlo? ¿En qué pasajes de las notas se hace evidente esto?

Consulte sus respuestas con el profesor tutor.

:::: **Formación de la norma jurídica en el Derecho actual**

Ahora que hemos hecho casi todo el recorrido, podemos volver a hablar de **leyes**. Ya sabemos que cuando decimos leyes, jurídicamente hablando, nos referimos a normas jurídicas.

Nos queda sólo un paso, descriptivo pero importante. Más allá del análisis crítico que hemos hecho respecto de la naturaleza de las leyes, debemos conocer algunos mecanismos básicos que hacen a la vigencia, validez y eficacia de ellas.

En Argentina, el **procedimiento para la sanción de leyes** se encuentra previsto en la Constitución Nacional (donde, a su vez, está determinado sobre qué materias es posible legislar).

Si bien encontraremos normas jurídicas emanadas del poder ejecutivo, del poder judicial y del poder legislativo (por ejemplo, un decreto dictado por el poder ejecutivo, una resolución del poder judicial, una ley emanada del poder legislativo) **sólo llamaremos “leyes” a las emanadas del poder legislativo** (y, dentro del poder legislativo, nos circunscribiremos al Congreso Nacional).

Las leyes se pueden diferenciar claramente en dos grupos:

- Las **Leyes formales**, que son todas las disposiciones emanadas del congreso, sean de alcance individual o de alcance general.
- Las **leyes en sentido material**, que son todas aquellas disposiciones emanadas del congreso cuyo objeto es ser aplicadas a un número indeterminado de personas.

Las leyes (normas jurídicas de alcance general), para ser válidas, deben ser dictadas de acuerdo con un procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico y persiguiendo los fines que el mismo ordenamiento establece. De esta forma una Ley dictada por el Congreso de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución Nacional, pero que contradiga los principios establecidos en ésta, puede ser excluida en sus efectos.

:::: **Jerarquía normativa**

Esto que acabamos de ver nos indica que hay una jerarquía dentro de las normas jurídicas. Debemos, entonces, esclarecer cuál es esa jerarquía.

Hans Kelsen -recuerde la Unidad 1- cuya obra tuvo y tiene gran influencia en el modo de concebir el ordenamiento jurídico occidental), plantea una **estructura piramidal del ordenamiento jurídico**, el cual sirve para verificar la validez de las normas.

Validez de las normas

Podemos definir lo que en nuestro Derecho se entiende por **validez** (que no es otra cosa que lo que Hans Kelsen dice que es): *“una norma es válida cuando ha sido dictada por la autoridad designada por el sistema jurídico, sobre algún tema sobre el cual el sistema jurídico le permita pronunciarse y en la forma en que el sistema jurídico establece, siempre y cuando no haya sido derogada por otra norma (válida) del sistema jurídico”*.

Una ordenanza municipal, por ejemplo, será integrante del ordenamiento jurídico si existe otra norma, dentro de ese ordenamiento (por ejemplo, en la constitución provincial) que la autoriza. Pero una norma de una constitución provincial será válida si existe una norma de la Constitución Nacional que la autoriza.

El problema con que se enfrenta Kelsen es el de poder establecer qué norma se encuentra en la cúspide de esta pirámide (puesto que debe haber una, sí o sí, para que todas las demás puedan ser validadas).

La respuesta que obtiene es una *construcción lógica*, a la cual denomina **Norma Fundamental**, que establecería algo así como que “las normas de la Constitución Nacional deben ser respetadas.” La jerarquía normativa estaría, entonces, para el caso que hemos puesto de ejemplo, organizada del siguiente modo:



En nuestro ordenamiento jurídico es la propia Constitución, en su Art. 31, la que establece el orden jerárquico de las leyes. Allí se expresa: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella”*.

.... El concepto de orden jurídico

Hemos hecho referencia en varias oportunidades al concepto de ordenamiento jurídico.

Ahora bien, ¿qué entendemos por orden jurídico?

Orden jurídico

Es el conjunto de normas jurídicas que configuran el ordenamiento propio de un Estado, dotado de unidad, coherencia y plenitud, en un momento histórico determinado.

El Derecho, entonces, se sistematiza dando origen a una unidad armónica que llamamos orden jurídico. Todas y cada una de las normas jurídicas que lo componen se identifican como parte de un todo y extraen su validez de las normas de grado superior, no existiendo (al menos en teoría) la posibilidad de contradicción entre ellas y tendiendo a la regulación de todas las situaciones posibles.

.... Acerca del modo en que se dictan las Leyes

Como acabamos de ver, las leyes (para ser parte del ordenamiento jurídico) deben ser válidas; y para ser válidas deben ser dictadas de acuerdo con el procedimiento que el ordenamiento prevé, y no contradecir los principios fundamentales por éste establecido.

Los **principios fundamentales** a los cuales nos referimos son:

- a) **Principio de legalidad**, que dice que cuando exista contradicción entre dos normas de distinta jerarquía, la norma superior prima sobre la inferior.
- b) **Principio de derogación**, que dice que cuando exista contradicción entre dos normas de la misma jerarquía, provenientes del mismo órgano, la norma posterior en el tiempo deroga a la anterior.
- c) **Principio de competencia**, que dice que cuando exista contradicción entre dos normas de igual jerarquía, emanadas de distintos órganos, prima la norma dictada por el órgano competente.

Trabajemos nuevamente con la Constitución Nacional

ACTIVIDAD 26

- a. Lea los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional y, luego, describa con sus palabras cuál es el mecanismo que debe realizarse para el dictado de las leyes.
- b. En medio de todo el procedimiento pueden darse un sinnúmero de circunstancias que hagan variar el sistema como, por ejemplo, que la Cámara revisora no apruebe el proyecto que le llegó de la Cámara de origen ¿Qué sucede en casos así?
- c. ¿Cuál es el elemento fundamental para que una ley sancionada sea aplicable?

ACTIVIDAD 27

Le presentamos aquí una serie de titulares periodísticos que, seguramente, alguna vez leyó o escuchó:

- :| La Cámara de origen no aprueba el proyecto.
- :| La Cámara revisora aprueba el proyecto pero le incorpora modificaciones
- :| La Cámara revisora rechaza totalmente el proyecto
- :| El Poder Ejecutivo no promulga la Ley que recibió del Congreso
- :| El Poder Ejecutivo modifica o rechaza la Ley que recibió del Congreso

En cada caso, ¿Cuáles serían los pasos siguientes para el dictado de las leyes, de acuerdo con lo que dispone la Constitución Nacional?

::::.. Legalidad y legitimidad

Daremos ahora el último paso de este recorrido por el Derecho, ya que contamos con todas las herramientas necesarias para profundizar acerca de una de las distinciones más complejas que se suelen hacer en torno al problema de la normatividad.

Nos referimos a la distinción entre **legalidad y legitimidad**, que se pone claramente de manifiesto en frases muy usuales, tales como “es cierto que lo que fulano hizo no es legal, pero cualquiera de nosotros hubiera hecho lo mismo” o “nadie tiene derecho a hacer lo que hizo mengano, y no importa que

la ley diga que sí". ¿No le resultan frases familiares? Probablemente sí; probablemente, también, usted haya dicho cosas parecidas a éstas alguna vez.

Demos dos definiciones, como para ponernos de acuerdo respecto de lo que estamos diciendo.

Llamaremos **legítima** a toda conducta socialmente aceptada como buena. Llamaremos **legal** a toda conducta para la cual no existe ninguna norma jurídica que estipule una sanción.

Una primera observación, que se desprende de las definiciones que hemos dado, es que **no necesariamente lo legítimo es legal, y viceversa**. La observación podría formularse con mayor precisión del siguiente modo: una conducta legal puede ser legítima, pero no lo es necesariamente; del mismo modo, una conducta legítima es, habitualmente, legal a la vez, pero existen conductas legítimas que no lo son.

Tenemos un ejemplo de esto que estamos diciendo que ya hemos presentado en apartados anteriores: los sucesos ocurridos en nuestro país los días 19 y 20 de diciembre de 2001. Pensemos en esos sucesos en términos de conductas, ciñéndonos a dos de los actores: el Presidente en ejercicio, Fernando de la Rúa, por un lado, y la multitud en la calle, por el otro.

Habiéndose decretado un Estado de sitio, la gente no tenía derecho a manifestarse en la calle; la manifestación pública que se organizó era, en términos legales, un delito, y por ende no era legal. Cualquier acción represiva, por parte del Estado, era una conducta absolutamente conforme a derecho, y por lo tanto legal. Sin embargo, nadie entendió como legítimo el Estado de Sitio decretado por el Presidente de la Nación, que debió ceder ante la legitimidad de la protesta popular.

Otro ejemplo gráfico del juego entre legitimidad y legalidad es lo que sucede cuando el partido político de un Presidente en ejercicio es derrotado en una elección que se realiza en la mitad de su mandato. Cuando esto sucede, los años que restan de gobierno al partido oficialista suelen ser mucho más arduos que los anteriores; esto se debe a que se lee el voto popular como una deslegitimación de las acciones de gobierno, sin que esa deslegitimación transforme a tales acciones en ilegales.

La segunda observación que debemos hacer, respecto de la diferencia entre legitimidad y legalidad, es que **si bien la una no implica la otra, no debería existir un abismo entre ambas**. Podemos, en este punto, pensar este problema en analogía con la relación entre normas de conducta y normas jurídicas: del mismo modo que no es concebible una sociedad en la que sea ilegal todo lo que la gente considera bueno, o en la que sea considerado malo todo lo que es legal, por el mero hecho de ser legal, no es concebible tampoco una sociedad en la cual lo legal sea siempre ilegítimo y lo legítimo sea siempre ilegal.

Si hubiera que imaginar una sociedad ideal, probablemente en ella la separación entre *legalidad* y *legitimidad* debería ser absurda. Idealmente, lo legítimo debería ser legal, y viceversa.

Podemos decir, sin embargo, que más allá de la idealidad, la relación entre legitimidad y legalidad debe ser al menos equilibrada y, en situaciones normales, suele serlo. Cuando el equilibrio se rompe, suele decirse que se enfrenta una situación de quiebre institucional: ya sea porque exista un Estado ciego a las demandas populares o porque exista un pueblo que se niegue a obedecer a un Estado cuya legalidad no asume como propia, **es la relación misma entre el Estado y la sociedad la que el desequilibrio entre lo legal y lo legítimo pone en juego**.

Sin embargo, la contraposición aquí presentada entre legalidad y legitimidad no puede ser concebida como una contraposición entre dos categorías contrapuestas. **Legalidad y legitimidad solo pueden ser concebidas como polaridades de un espectro**.

Nunca hay un Dios que señale a alguien como legislador, al menos en las legislaciones modernas. Entonces, **la legalidad es siempre el resultado de una legitimidad**, al menos en cuanto a reconocer al sujeto de enunciación como competente para enunciar la palabra que ha de ser tenida como legal.

Legitimidad

Lo legítimo está entonces vinculado a la creencia que alguien tiene sobre lo que los otros creen. Y esta legitimidad es el fundamento de toda legalidad.

Algo es legítimo porque quienes lo toman como legítimo creen que no está socialmente sancionado por la creencia de los otros. No se trata de que la autoridad sea querida o deseada, sino de que la autoridad sea creída por los otros.

A su vez, lo legal, que se tiende a vincular con la textualidad de una ley o una orden, se encuentra siempre determinado por las creencias vigentes en la sociedad sobre lo bueno o lo justo (o, si se quiere, legítimo en otro sentido).

Legalidad

Entonces, la legalidad es tal porque es legítima, en el sentido de que es una creencia modalizada por los significados sociales sobre lo legítimo.

ACTIVIDAD 28

Le ofrecemos a continuación algunos párrafos del discurso del gobernador de Chubut, Mario Das Neves, referido a modificar la constitucion provincial, publicado en Internet, en el año 2005. Léalos con atención y luego responda los interrogantes que se formulan.

“El indulto está vinculado a una concepción monárquica del poder y no a los valores del modelo republicano. No es otra cosa que la cabal demostración de la intrusión del poder político en el terreno judicial. No es más ni menos que un evidente principio de abuso de poder, librado a su caprichoso albedrío.

“Los gobiernos que concedieron indultos y los defendieron como una atribución discrecional propiciaron que exista una suerte de supremacía del Poder Ejecutivo sobre los otros Poderes y eso se contrapone con el principio republicano de la división de poderes.

“Para este Gobierno es imperioso no perder de vista lo que es más útil para la sociedad y para el imperio de la ley y no echar mano de una falsa piedad. ¿Acaso los malhechores tienen piedad con las víctimas?.

“La figura de indulto constituye un perdón a quien ha cometido un crimen y fue condenado por un tribunal, con todas las garantías del debido proceso.

“Los indultos desbaratan un principio republicano, cual es una sentencia de Poder Judicial luego de haber acusación, defensa, prueba y sentencia, además de dos instancias como mínimo”.

“Todos los argentinos sabemos bien de qué hablo. Acaso este como ningún otro sea el ejemplo paradigmático de cuándo lo legal se divorcia de lo legítimo. Una cosa es la legalidad de la decisión y otra su admisibilidad ética y política.

“La abrogación constitucional del indulto compone un valioso resultado en nuestro cometido para lograr que se ponga fin a la impunidad de los crímenes que se perpetran”.

Gobierno del Chubut, *Discurso del Gobernador Das Neves referido a modificar la Constitucion Provincial.*

En el análisis del indulto que se hace en el discurso, se pueden identificar dos actitudes (que pueden o no ser vistas como contradictorias) del Estado, en lo que hace a su rol de guardián de la legalidad, por un lado, y de la legitimidad, por el otro; entonces:

- Repasando lo que dijimos acerca de la legitimidad y la legalidad, ¿en qué sentido se puede decir que ambas actitudes del Estado son contradictorias? ¿En qué sentido se puede decir que son complementarias?
- Repase lo que dijimos en apartados anteriores acerca de la Norma como fundada y como fundante. ¿De qué manera ambas formas de entender la norma juegan un rol en los conceptos de “legitimidad”, “legalidad” y “fin de la impunidad” a los que hace referencia el discurso?

Converse sus respuestas con su profesor tutor.

Hemos llegado al final de nuestro recorrido. A partir de una definición muy vaga del Derecho fuimos precisando sus elementos y se evidenció lo complejo del tema y lo inseparable que resulta el fenómeno jurídico de los procesos históricos.

Desarrollamos esos procesos históricos hasta que se hizo claro que es imposible pensar en toda su complejidad y cientificidad el Derecho sin remitir su análisis a las diversas formas en que la relación entre las normas y las estructuras sociopolíticas apareció en diferentes momentos de la historia.

Fuimos más allá del sentido común que nos dice que el Derecho es una mera colección de leyes escritas, para finalmente abordar el problema de la normatividad en general, donde se nos presentaron las normas de conducta como inseparables de las normas jurídicas.

En resumen: si bien con las limitaciones propias de un abordaje muy abarcador, profundizamos lo suficiente en el fenómeno jurídico como para trascender los puros prejuicios que nos dicen que el Derecho es una materia de expertos, ajena a nuestras prácticas cotidianas.

Esperamos que haya disfrutado del Módulo y que su estudio le haya aportado un punto de vista nuevo. Aun si su propia postura respecto de lo que el Módulo le ha ofrecido es discordante con lo que en éste se dice, creemos que valió la pena si este encuentro sirvió para estimularlo para profundizar sobre un tema tan importante como la normatividad. Le agradecemos la atención y dedicación y esperamos que nuestro trabajo haya sido tan útil para usted como placentero para nosotros.