

Picardi, Nicola. *Lesame di coscienza del vecchio maestro*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XLI(1986):536-543.

_____. *Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI(1987):101-118.

Pimenta Bueno, José, *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*, 3. ed., corrigida e aumentada por João de Sá e Albuquerque, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1911.

Rosenberg, Leo. *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 49(1925):38-73.

Storme, Marcel. Relatório sobre o ativismo judicial, oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em

Coimbra-Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991.

Trocker, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, presentazione di Gian Antonio Micheli, Milano, Giuffrè, 1974.

Wach, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ejea, 1958.

Wenger, Leopold. *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925.

Zavascki, Teori Albino. *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, in *Ajuris*, 64(jul./95):395-417.

Zeiss, Walter. *Zivilprozessrecht*, 7. ed., Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1989.

Posmodernidad Jurídica

El Análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica.*

Carlos Alberto Ghersi

Abogado – Doctor en jurisprudencia – Profesor titular de Derecho Civil I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador – Profesor adjunto ordinario de Derecho civil I, II y III de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – Conferencista – Autor de varias obras y otras publicaciones de Derecho Civil y Comercial – Presidente de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires

1. Introducción

 a posmodernidad es la contradicción¹ entre el reconocimiento formal de los derechos individuales del hombre y la negación de los derechos fundamentales del Ser humano. Esta compleja dialéctica entre poder y saber, parece actuar como si las reglas básicas del capitalismo globalizado no existieran o las relaciones de estamentos económicos no cuentan².

Las humillantes condiciones en que miles de seres humanos sobreviven, sin la perspectiva de un futuro generacional, son la expresión que el posmodernismo oculta tras un muro de contención (como el viejo muro de Berlín) silencioso, representado por las Constituciones, Códigos, Normas, que exaltan la **construcción del subjetivismo jurídico**.

SUMARIO

- 1 – Introducción.
- 2 – El derecho como fenómeno social.
- 3 – El derecho y el contexto.
- 4 – Las herramientas contextuales.
- 5 – Nuestras conclusiones a modo de aproximación al estudio, reflexión y transmisión del derecho epistemológicamente.

1. Consul. Ghersi, Carlos A. Posmodernidad jurídica. Ed. Gowa. Bs. As. 1995; Ramos Nuñez, Carlos. Codificación, tecnología y posmodernidad. La muerte de un paradigma. Ed. ARA. Editores Lima 1996; Trazegnies Granado, Fernando. Posmodernidad y derecho. Ed. ARA. Editores Lima 1996.
2. Fitousci, J. Paul. El debate prohibido. Moneda, Europa, pobreza Pág. 39 "Modelos económicos se hallan en permanente mutación, en restructuración continua, bajo los efectos del progreso técnico y de la evolución del comercio internacional" Ed. Paidós. Barcelona. 1996.

El individuo es reconocido, se predican sobre él cientos de derechos y se intenta mostrarlo como el arquitecto de su destino, liberado de las interferencias del Estado, la supremacía formal del "yo"³.

Como señala a nuestro modo de ver con acierto- Gastón Bachelard hay una diferencia esencial entre la **epistemología** y la **metodología abstracta**, para la lógica de la investigación, pues aquella consustancia el saber con la reflexión, nacida de las verdades próximas de todas las ciencias y la última en cambio **sincretiza** el saber, presentándolo como unidireccional y autosuficiente.

Si bien no pensamos que exclusivamente el **método** -entendido éste como sistema de constumbres intelectuales- pueda estar por sobre el **contenido** de lo investigado, sin duda ayuda a realizarlo y mostrarlo de allí que la elección de aquel implique optar por una **forma** de investigar y presentar las conclusiones, por quienes tenemos la obligación de transmitir una disciplina. Entonces hay sin duda una estrecha relación entre lo investigado, la metodología lógica del cómo se reflexionó y el discurso de su presentación y transmisión.

La posmodernidad, utiliza la **lógica de la abstracción** como proceso y resultado

investigativo -fenómeno cíclico recursivo, que ya se dio en los inicios de la modernidad⁴ presentando al derecho desde ese **discurso**. El liberal y el neoliberal, sin duda en este sentido poseen un hilo común en el discurso: la abstracción.

El **derecho** aparece así, como una cuestión de fin en sí mismo y los **derechos** son regados por la faz de la tierra como devolviéndole al hombre algo que durante el final de la modernidad se le había arrebatado por el Estado: la exaltación de la individualidad, entonces reemplaza la socialización de los derechos.

Se evita la reflexión epistemológica tratando de exparcir conceptos separados discontinuos diría Foucault⁵ aislados del **contexto**, es más, diríamos nosotros, **arrancados** de sus incidencias y condicionamientos, para ello baste un ejemplo: se presenta el derecho al trabajo como inalienable para el ser humano, así se exalta en las Constituciones y tratados internacionales sin embargo no se alfabetiza, o culturiza tecnológicamente a los niños y jóvenes, cuando sabemos que el mercado laboral distribuye en función al **saber**⁶. Volveremos sobre estos aspectos.

Sartre⁷ nos enseñaba que el fenómeno es lo que se manifiesta y la ontología será la descripción del fenómeno, sin embargo, sigue diciendo el maestro, ese fenómeno es, el **no fenómeno**, pues en realidad, es el conjunto de observaciones o sensibilidades de aquel, pero en manera alguna aparece ante nuestros sentidos el **fundamento trasfenoménico**, el **ser del fenómeno**.

En el análisis abstracto del derecho pasa algo similar, la ontología jurídica nos muestra la **superficie del derecho**, pero como decía Husserl: "hay que ir mas allá del fenómeno, hay que llegar a su esencia" o como en otro sentido lo señalaba Heidegger "la realidad humana siempre trasciende al fenómeno".

Foucault, en la Verdad y las formas jurídicas, precisa que el constructivismo jurídico **presenta la verdad**, pero nunca la **historia interna de la verdad**; la **construcción histórica de la verdad** oculta la **historia de las ideas, los tiempos y los contextos**.

Quisimos de alguna manera traer estos tres ejemplos para mostrar que el **discurso formal y abstracto** del constructivismo jurídico posmoderno⁸, oculta las **prácticas sociales** como dirían

los alemanes de control, vigilancia, dominio del sujeto y precisamente es nuestra intención **correr el velo**, para mostrar que la enseñanza del derecho y el derecho mismo, debe partir y debatirse desde un conocimiento **contextual**, donde la historia, ideología, sociología, economía, el discurso, la lingüística, etc, permitan reelaborar una teoría del **sujeto y del derecho** como núcleos centrales en la búsqueda de la justicia y de la historia de las ideas.

Entonces presentar el **derecho** en la **estructura sistemática del contexto**⁹ y analizarlo desde una base epistoemológica que comprende **niveles superpuestos**, permite inscribir al derecho y a la enseñanza del mismo, en un dispositivo teórico y pragmático de **conceptos esenciales**, que Althusser¹⁰ denominó **índice de eficacia**, es decir representar al derecho como un fenómeno de la **sociedad** y hacerlo desde **espacios del saber distintos**, como referentes reflexivos.

En suma, comprender que el derecho está **dentro** y no fuera del **fenómeno social**¹¹ y éste como tal, no sólo es complejo, sino contradictorio, es sólo una parte de nuestra propuesta, la otra, es evitar que la **dogmática de la abstracción** de esta posmodernidad, lo presente o pretenda mostrarlo - como dice Habermas - a

3. Lipovetsky, Gilles. La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Pág. 7 "El ideal moderno de la subordinación de lo individual a las reglas colectivas ha sido pulverizado, el proceso de personalización ha sido promovido y encarado un valor fundamental la realización personal, el respeto a la singularidad subjetiva, a la personalidad incomparable". Ed. Anagrama. Barcelona 1993.
4. Soboul, Albet. La Francia de Napoleón. Pág. 13 "El Código Civil constituía finalmente la dominación de la burguesía, el hombre tiene ciertamente todos los derechos, pero sólo puede realizar algunos, en función de los medios que dispone". Ed. Crítica. Barcelona 1992.
5. Teran, Oscar. Michel Foucault. Discurso, poder y subjetivismo. Pág. 117. Ed. El cielo por Asalto. Bs. As. 1995.
6. Gentili, Pablo y otros. Cultura, política y currículo. Ensayos sobre la crisis de la escuela pública. Pág. 43 "La educación constituye un proceso que se configura como tal en un núcleo de relaciones de poder que actúan dentro de una lógica reproductiva de carácter diferencial donde son impuestas y resistidas determinadas formas teóricas de dominación".

7. Sartre, Jean Paul. El ser y la nada. Pág. 18. Ed. Altaya. Barcelona 1997.

8. Consult. Martínez García, Jesús Ignacio. La imaginación jurídica. Ed. Debate. Madrid 1992; Novoa Montreal, Eduardo. Elementos para una crítica y demistificación del derecho. Ed. Edías. Bs. As. 1985 y Tarello, Giovanni, Cultura Jurídica y política del derecho. Ed. F.C.E. México 1995.

9. Reconocernos como antecedente del análisis hegeliano-maxista de la estructura y la superestructura, pero nos apartamos de ella, al ampliar la base de estudio al conjunto de ciencias y el entrecruzamiento de discursos.

10. Consult. Althusser, Louis. Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan. Nueva Visión. Teoría e investigación en las ciencias del hombre. Ed. Nueva Visión. S.A. Bs. As. 1992.

11. Consult. Hicks, Y. R. La estructura Social. Ed. F.C.E. Madrid 1975.

espaldas al hombre, como erudita ilustración, que podríamos compararlo con la "magistra vitae" de la historia narrativa. (Koselleck)¹².

2. El derecho como fenómeno social

La razón por la cual se analiza el derecho exclusivamente a través de la normativa, es una **lógica** que evita explicar el **origen** como situación de la historeografía; sus **términos** como hijos de la lingüística y el discurso; al **poder emanado de la norma** como producto de la ideología o economía o economicidad de su eficacia, etc. e incluso omite explicitar el **conflicto social**¹³, al cual previene o aplica su solución.

La noción de **condicionantes estructurales y sistemáticos**, es de suma trascendencia, pues son las **propiedades esenciales** de cualquier hecho social, el derecho como expresión de **poder** (en la medida que previene y soluciona el conflicto) implica la manifestación de **roles** en la comunidad organizada y esto es, nada menos, pero nada más, que un **hecho social**.

Definir la frontera de una ciencia, es limitar la investigación, es no permitir la consutanciación o entrecruzamiento de los saberes, lo **social** es un todo inescindible, pues apunta a la humanidad en comunidad,

aún parcializada en Estados o globalizada en un mundo y esto último a estos efectos es sólo circunstancial, aún cuando determinante en muchos otros aspectos.

Lo **social** es la conjunción de las distintas disciplinas, son más bien los distintos aspectos de un **hombre** y su **otro**, que se encuentran **dentro** de la estructura y del sistema.

Presentar al derecho como un aspecto de lo social, es establecerla estrecha conexión del hombre en su rol jurídico y su contexto, es comprometerlo con el **otro** solidariamente y no aislarlo como expresión máxima de su derecho individual, como se pretende en esta posmodernidad.

Es por ello que debemos presentar a todas esas disciplinas como las **ciencias de la sociedad**, como afirmaba Hicks¹⁴, para permitir estudiar científicamente al hecho social como conducta humana de roles, son **zonas analíticas del conocimiento humano**, pero finalmente es un todo enescindible, es la sociedad humana misma.

Entonces vemos que la caracterización que pretendemos apunta a penetrar a las **formas** y desordenar el conocimiento, para recobrarla capacidad de analizar **las condiciones necesarias y suficientes**, la **dimensión trasfenoménica de los sujetos** (Sartre) o lo que está **debajo de la superficie** (Foucault) o el posicionamiento de él o de los sujetos frente

al derecho, que pretendemos mostrarlo como herramienta para el acceso a la justicia y la dignidad humana y no como fin en sí mismo, abstracto e inalcanzable.

La **igualdad** y la **libertad** no pueden estar en las normas, como monumentos pétreos, deben estar en las **prácticas cotidianas del derecho**; en un sistema económico que todo lo comercializa, el **trabajo** no es parte de un estatuto, es una condición necesaria de supervivencia, entonces, el jurista no puede explicar el plexo normativo, debe denunciar su inaplicabilidad social y ello es porque el derecho es un **hecho social** y no una abstracción de intelectuales en una facultad.

3. El derecho y el contexto

Dícese por **contexto** que es aquello "entorno lingüístico del cual depende el **sentido y valor** de una palabra, frase o fragmento considerado, lo **político, histórico, cultural o de cualquier otra índole**, en el cual se considera un hecho" (el subrayado es nuestro).¹⁵

Tomemos un ejemplo para empezar a transitar por la idea: hay una palabra que está en todos los textos constitucionales y códigos del mundo: **igualdad**, que en la dogmática posmoderna es la exaltación de posibilidad de concurrencia en un mercado, donde el Estado no debe intervenir para no interferir y lograr así la distribución perfecta.

Igualdad es, o pareciera ser, que declamar que el derecho desde la norma no hace distinciones, ni diferencias, es tal vez, la **clonación** más antigua del universo.

Igualdad, se dice, es someterse al rigor de la ley, es hacernos asumir la vida en disciplinamiento o pretender ser semejante al otro.

El dogmático abstrae el concepto y lo eleva, lo jerarquiza, lo atribuye a cada individuo, **sin coeficiente de adversidad** – como decía Althusser – como insertando esa igualdad en un determinismo sin límites.

Pero puede **construirse** la igualdad desde una norma?

Ello es imposible no podemos negar que existe la raza, la herencia, las circunstancias individuales y sociales, la historeografía, los discursos?

Heidegger al referirse a estas circunstancias los mencionaba como los **existentes brutos**, que pueden limitar nuestra igualdad, pues ella está inmersa en un marco donde aparecen **realidades y relatividades sociales**¹⁶.

Allí está la diferencia: la **abstracción**, es la lógica del concepto y la atribución individualista del derecho como **fin**.

Nosotros pretendemos al derecho como **herramienta** y dado en un contexto, para presentarlo como resultado de condicionantes, de cambios profundos que acaecen en el seno de la sociedad y que alteran los contenidos en el equilibrio de los que detentan poder y el no poder¹⁷.

Presentar a la **igualdad** desde la historeografía, ideología, política, lingüística,

12. Consult. Koselleck, Reinhart. Historia magistra Vitae. Ed. Zukunft. Frankfurt. 1979.

13. Consult. Mack, R. y Sxyder, R. El análisis del Conflicto Social. Pág. 37. "Las tensiones interinstitucionales, en el caso de instituciones políticas, religiosas y jurídicas de un Estado, pueden crear conflictos intrapersonales y/o conflictos intergrupales". Ed. Nueva Visión S.A. Bs. As. 1974.

14. Hicks, J.R. La estructura Social. Pág. 11. "Las decisiones de las ciencias en ciencias es nada más que un asunto de conveniencia, pues no puede definirse la frontera de una ciencia.

15. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid 1992.

16. Consult. Fitoussi, Jean P. y Rosanvallon, Pierre. La nueva era de las desigualdades. Ed. Manantial. Bs. As. 1997.

17. Consult. Galbrath, Jhon K. La anatomía del poder. Ed. Plaza James. S. A. Madrid. 1985.

el discurso, la sociología, economía, es recrear su esencia y delimitar su praxis, es en definitiva establecer su **campo relacional**¹⁸.

La posmodernidad pretende abstraerse de todo campo relacional la posmodernidad pretende exaltar al individuo, el mercado y/o saber y allí la igualdad resulta ficticia, meramente declarativa, nosotros diríamos aberrante, que injuria la dignidad humana.

El Estado como creación social, pierde su legitimidad, pues el Estado existe **solo en sus efectos**¹⁹ (Heller) y éstos, son la omisión posmodernista que permite la omnipotencia del mercado, saber e individualismo, exactamente la pérdida de lo **relacional / social**.

Precisamente **posicionar** la igualdad como **"derecho"** a y contextualizarla para mostrar sus límites, es posibilitar una rectificación en el campo de lo relacional o lo que Hartmann denominó **trasformar las tendencias sociales en formas jurídicas**.

El derecho no sólo **debe ser**, sino también **revertir** cuando las realidades importen una ordenación tipificante de corrimientos **hacia afuera**²⁰, pues la pérdida de inclusión, es un significativo trascendente para el ser humano.

4. Las herramientas contextuales.

Pensamos que a partir de **involucrar** el derecho con los saberes que están en lo social, mostramos aspectos de las normas que las sumergen en un mundo de contradicciones y de causalismos²¹; la contextualización enfrenta así a la abstracción individualista posmoderna, es la corriente de reacción o su contratendencia.

Esa contextualización se logra a nuestro modo de pensar, reconstruyendo en los **entornos** del derecho, así por ejemplo su historeografía y en este sentido podemos señalar la contradicción dialéctica entre el final de la modernidad y el principio de la posmodernidad²².

El Estado de Bienestar²³ fundamentalmente operó sobre el derecho

18. Foucault, Michel, Historia de la Sexualidad. Tomo I. Pág. 41. "Es una relación mutua en la que el poder genera producciones o exclusiones, pero los socialmente excluidos también generan legitimidad, organización, valores, pero su accionar incluyente y transformador". Ed. Siglo XXI. México 1990.

19. Heller, Hernán. Teoría del Estado. Pág. 217 y sgtes. Ed. F.C.E México 1992.

20. Villarreal, Juan. La exclusión social. Pág. 44. "Se trata de un cambio radical en la concepción de las luchas sociales, del conflicto básicamente socioeconómico al de base sociocultural. De la lucha de los de abajo a la de los de afuera, del objetivo del ascenso social al de la inclusión sociocultural". Ed. Norma Bs. As. 1996.

21. Bordieu, Pierre y otros. El oficio de sociólogo. Pág. 20. "Más precisamente interesarse en las relaciones intertemporales, entre los enunciados abstractos y los procesos por los cuales cada proposición fue establecido, supone la colaboración de las diversas ciencias con quienes están inmersos en las peripecias inseguras del trabajo científico desplazando así el desarrollo de la entrega entre bastidores para llevarla a escena". Ed. Siglo XXI. México 1995.

22. Consult. Haberman, Jürgen. Más allá del Estado Nacional. Ed. Trotta. Valladolid. 1997; Jameson, Fredric, Ensayos sobre el posmodernismo. Ed. Imago Mundi. Bs. As. 1991; Giddens, Anthony. Consecuencias de la Modernidad. Ed. Alianza. Madrid 1993; Benedicto J. y Reñares F. y otros. Las transformaciones en la política. Ed. Alianza. Madrid. 1992; Morgues Filho, Agostinho y otros. Directo e neoliberalismo. Elementos para una lectura interdisciplinaria. Ed. EDIBEJ. Curitiba 1996.

23. Offe, Claus. Contradicciones del Estado de Bienestar. Pág. 16. El Estado como garante de la prosperidad y los derechos de la ciudadanía en el marco de una sociedad más justa e igualitaria". Ed. Alianza. México 1991.

para **socializar su contenido**, logró que la educación, la salud, el trabajo – entre otros – constituyeran un **campo relacional** entre Estado, empresas, sindicatos y trabajadores, posibilitando así una **redistribución** de riqueza y saber, que sin duda operó sobre el derecho real al progreso y la calidad de vida.

El constitucionalismo social, la doctrina social de la Iglesia y el socialismo utópico, generaron corrientes de pensamiento o historia de las ideas, que fueron determinantes en la conformación estructural y sistemática del derecho, como **herramienta** de acceso a la justicia y la equidad.

Hoy la historeografía nos muestra la globalización, el retiro del Estado, la pérdida de la soberanía frente a los organismos del capital internacional y la exaltación del individualismo como consecuencia de aquello resulta que el saber domina privilegiando a unos pocos y la marginando a miles.

La educación y la salud son propuestas diferenciadas que comienzan a marcar desigualdades y transferirlas generacionalmente.

Hoy la historia de las ideas pasan por Druckes, Tolffer y Fucuyama y su pensamiento común se puede resumir en una frase del primero de los autores citados: "hoy un hombre nuevo vuelve a verse como existencial mas que como meta social. El final de la fe en la salvación de la sociedad

sin duda señala un giro hacia lo íntimo. Hace hincapié de nuevo en el individuo, la persona; puede inclusive llevar, por lo menos esperémoslo, aún retorno de la responsabilidad individual".²⁴

Se puede prescindir de la historeografía o de la historia de las ideas para explicar el cambio modernidad-posmodernidad?

Incursionemos en otro aspecto del contexto: la ideología, pero no como fin en sí mismo, sino precisamente como herramienta de análisis.

Dice Althusser "la ideología es una representación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia"²⁵, es una ilusión/alusión.

Como podemos explicar la **libertad** sino es desde la ideología; ser libres es sin duda imaginar un futuro presente y generacional, es vislumbrar la educación de nuestros hijos y la de los otros; es imaginar la hermandad latinoamericana; la libre circulación de personas y riquezas en nuestro MERCOSUR; es como deca ese loco de John Lennon "imagine ...o como "ess" negro de Luther King "Tengo un sueño..."

Sin embargo la ideología también es aludir a las condiciones reales de existencia, donde vive y convive esa ilusión. Es mostrar el fraccionamiento social de la posmodernidad; es decir con fuerza y convicción que se ha instaurado la sociedad

24. Drucker, Pete. F. La sociedad poscapitalista. Ed. Sudamericana. Bs. As. 1992.

25. Althusser, Louis. Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Freud y Lacan. Pág. 43. Ed. Nueva Visión. Bs. As. 1992.

global para que el capital circule libremente; es mostrar que se ha instalado la sociedad de dos velocidades, los incluidos y los excluidos²⁶ y esto sin duda es polémico, molesto y obliga a pensar, eso no le gusta a los dogmáticos, pero eso es precisamente la ideología: contradicción y reflexión.

Se puede explicar el derecho sin acudir a la ideología?

Pierre Bourdieu, alude al campo de la sociología y dice "la investigación empírica no compromete el conocimiento de otras disciplinas, por el contrario, le reconstruye el contexto o diversos aspectos de él, asocia el instrumento intelectual con la práctica real"²⁷.

Es una ciencia que permite la verificación de los preceptos teóricos de la ciencia jurídica, es casi como la **lógica de la prueba** para los tribunales, es establecer la coherencia, la correspondencia entre la norma y los precisos actos concretos del individuo o de los grupos, en la comunidad.

Como decía Feyerabend es interesarse en las relaciones intemporales de los enunciados abstractos, mostrar los procesos por los cuales cada precepto fue establecido y sumergirlos en las peripecias diarias.

Conocer, es evolucionar con lo conocido, lo que equivale a decir que es indagar sobre la lógica anterior y exterior

de la norma, para captar por la observación la **práctica real** o dicho en otras palabras, la posibilidad real y concreta de cada individuo o clase social o estamento económico, de poder aplicar cada norma y el conjunto de su derecho.

En suma, es mediante datos empíricos consolidar la **vigilancia crítica** y evitar así la declamación ciega del derecho.

Se puede explicar el derecho desde la coyuntura intelectual, sólo como sistema de conceptos?

No nos conforma esta lógica preferimos casi como una obsesión, pensar las partes y el todo²⁸, tenemos la obligación científica de vigilar mediante la prueba experimental.

Volviendo a Bachelard, que lo resume todo con magistral claridad "**el hecho científico se conquista, se construye y se comprueba, para enfrentar así a la tradición especulativa de la cual debe liberarse..**"

Qué menos se puede hacer desde la economía.

El final de siglo se presenta únicamente como **economicista**, donde la maximización de los ventajas sólo se miden en tasa de beneficio y acumulación de capital donde el hombre es un recurso humano que opera como variable de ajuste, el costo

salarial y la flexibilidad, son las vedettes de la década de los noventa²⁹.

No importan los derechos de los trabajadores, sólo interesa la **continuidad del sistema y en términos que el mismo impone**, el pobre descalificado es expulsado de la **zona del trabajo**, su fuerza de trabajo es imposible de vender, el mercado sólo acepta al trabajo calificado; entonces el trabajador pierde la **pertenencia al trabajo** y al **derecho laboral**.

De que sirve intelectualizar el derecho laboral en las universidades, si la economía presiona de tal forma que el ser humano acepta por supervivencia convivir con el trabajo sin pretender derechos.

Someterse en un lugar y espacio concreto, sin que la **mano invisible** del Estado -de Adam Smith- lo alcance para aliviar su dolor y su desesperanza, es situarnos otra vez en el esclavismo.

Su marginación del derecho es un hecho económico-social y jurídico de hoy, real y observable.

El capital ficticio y especulativo, destruye la trama social de solidaridad, convoca al lobo del hombre en su individualidad, la desigualdad económica, es una desigualdad posicional frente al derecho y un condicionante generacional discriminatorio, el niño de la villa miseria o la fabela será un adolescente de la calle o un joven de la cárcel y el derecho habrá cumplido su misión: la represión, para legitimar el sistema y por sobremanera la seguridad jurídica, tan ansiada por el que ejerce el poder dominante.

Es posible escindir el derecho de la contaminación económica?

Sin duda la economía es parte del contexto que condiciona el derecho y su ejercicio, como herramientas de acceso a la redistribución equitativa de la riqueza.

Otro tanto ocurre con la lingüística y el discurso.

El lenguaje jurídico o discurso jurídico es de poder y de oscuridad, lo primero porque es la **legalidad y legitimidad** de todo sistema y lo segundo, porque el hombre común pierde contacto con la realidad ante tanta abstracción.

Señala la lingüista María Laura Pardo³⁰ que el jurista con el lenguaje estructura un tipo de información, que establece frente al profano una forma de **control**, de tal manera que consolida en la comunidad una grupo dominante y otro dominado, en este sentido, el segundo pierde así la faceta de su libertad.

En obras anteriores y en otro sentido, hemos señalado que de esta manera se consolida una situación **asimétrica persistente y férrea**, con lo cual, se rompe otro de los mitos de las premisas abstractas, el de la igualdad.

Acabamos de señalar dos de los principales derechos del hombre: la libertad y la igualdad, los que vimos se relativizan por el simple hecho de la lingüística o el discurso jurídico.

Sin embargo, a poco que investiguemos, no a la lingüística como fin en sí mismo, sino como herramienta de

26. Consult. Bernbaum, N. La crisis de la sociedad industrial. Ad. Amorrotu. Bs. As. 1990; Minujin, A y otros. Desigualdad y exclusión. Desafíos para la política social en la Argentina de fin de Siglo. Ed. Unicef. Bs. As. 1993; Rosenvallon, Pierre. La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia. Ed. Manantial. Bs. As. 1995.

27. Bourdieu, Pierre y otros. El oficio de Sociólogo. Pág. 15. Ed. Siglo XXI. México 1995.

28. Abraham, Tomás y otros. Batallas éticas. Pág. 43. "El derecho social se sumerge en la teoría de los conjuntos determinado por la endoreferencia y la exoreferencia de los subconjuntos". Ed. Nueva Visión. Bs. As. 1992.

29. Beccarra, Luis y otros. Sin trabajo. Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina. Ed. Unicef. Bs. As. 1996.

30. Pardo, María Laura. Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras. Pág. 30 y sgtes. Ed. Nueva Visión. Bs. As. 1992.

análisis, nos daremos cuenta que el lenguaje y discurso jurídico, son de la misma estructuragramatical que los de la política o religión, para colocar dos ciencias antitéticas, al menos para nosotros.

El común denominador es la **comunicación**, que en si misma es una **estrategia** de como asumir la relación entre lo hablado y el valor que en realidad se desea transmitir.

Es decir, el **recurso** que maneja el jurista no es distinto del sacerdote o el político, hay de esta forma una **similitud textual** y una diferencia extralinguística, en los valores que desea transmitir.

El político transmite sólo el **valor poder**, el religioso, el valor de la **confraternidad universal** en paz y dignidad.

Pero aludamos como comprobación, a uno de los conceptos más trascendentes del derecho moderno: la propiedad.

Acaso sea el ejemplo más típico, derecho de dominio, que ha sido definido en el Código Civil Argentino de Vélez Sarfield en 1869 a través del artículo 2513 con términos como: "Es inherente al derecho de propiedad disponer de ella...servirse de ella....usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla, o destruirla...".

Hay sin duda una frase que en esa época liberal sonaba con una fuerza inusitada y denota poder: "según la **voluntad** del propietario" y luego términos como: "desnaturalizarla, degradarla o destruirla", son lingüísticamente transmisores del valor individual del derecho, signo de una época de afianzamiento del **patrimonio** burgués.

Este texto y su discurso contrastan con el de la reforma de 1968, en la reformulación de la citada norma se dice: "Es inherente al derecho de propiedad ejercicio regular". El valor transmitido es sin duda el concepto de propiedad social, propio de la mitad del siglo XX del Estado de Bienestar.

El discurso de uno y otro texto son, sin dudar, una muestra clara y terminante del **uso lingüístico**.

El discurso jurídico, al igual que otros discursos, es una construcción asimétrica de **control** y sólo al mostrarlo en ese aspecto con ese fin, evitamos que la posmodernidad lo use para consolidar el dominio desde lo formal y abstracto.

Es necesario entonces, un pensamiento reflexivo y riguroso, para evitar que la simbolización lingüística en el discurso desborde lo real y escape al auto y exoreferencial del **conjunto social**.

Tampoco es ajeno a este análisis que pretendemos, el **espacio del poder** que se pretende obtener desde la **posesión del herramenatal normativo del derecho** mismo.

La lucha por la imposición de normativas y dentro de ellas de un mejor posicionamiento entre los sectores de poder, es sin duda un signo de todos los tiempos.

En la posmodernidad el juego desde y por el poder de la norma es doble, se intenta desde la omisión de regulación, hasta la legislación casi circunstancial y a medida para cada situación, verbigracia: subsidios especiales, leyes laborales para cada empresa, regulaciones impositivas casi

individuales, etc. El Estado ha perdido la capacidad de **arbitrar** entre las empresas y los trabajadores/consumidores, sumiendo al ser humano en una situación de indefensión.

Se podría seguir enumerando numerosas herramientas de análisis, como la psicología individual y de masas; el uso de las democracias restringidas, etc., pero creemos que la muestra realizada y la inteligencia del lector, nos posibilita hacer nuestra reflexión final, para de alguna manera delinear nuestra idea central.

5. Nuestra conclusión a modo de aproximación al estudio, reflexión y transmisión del derecho epistemológicamente.

Señalamos precedentemente que la posmodernidad intenta una vez más, mostrar al **derecho** como un **fin en si mismo** y lo hace desde la **abstracción y exaltación del individualismo**, instalando la sociedad de dos velocidades.

Esto no es nuevo, el comienzo del Estado burgués con la Revolución Francesa³¹, intentó lo mismo, mostrando a los derechos de libertad e igualdad como logros de la humanidad, cuando en realidad no era más que la exaltación y consolidación del derecho de propiedad de una clase o estamento social: la burguesía.

Hoy la pretensión es la misma, pero el **dueño** del modelo es otro: el capitalismo financiero que ha globalizado la economía

y el derecho, con la excusa de la tecnologización para consolidar un bienestar general mundial.

La realidad nos muestra una sociedad mundializada, con cada vez mas profundas diferencias entre los incluidos y excluidos del modelo, pero ya no, dividiendo al mundo en países centrales o periféricos, sino que dentro de cada Estado, pues el asentamiento territorial, ha dejado de ser una razón de soberanía y los organismos internacionales financieros imponen condicionamientos de ajuste económico que tornan cada vez más débiles las Naciones y entonces dentro de ellas se produce el acontecimiento mas importante de fin de siglo: los que acceden a la herramienta del derecho para consolidar su poder y los excluidos, los marginados de poder acceder a la justicia y la equidad, pues el derecho para ellos se lo hace aparecer como un fin, pero abstracto.

Debemos entonces andar el camino de la contracorriente, desanudar las intenciones, mostrar las contradicciones y ello entendemos que sólo puede hacerse a partir del debate y la reflexión epistemológica.

La posmodernidad pretende hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico, donde la desregulación y la no ingerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y el saber, que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios, sin embargo, realizar esta transformación con la **postergación del derecho** como herramienta para alcanzar la equidad,

31. Consult. Soboul, Albert. La revolución Francesa. Ed. Tecnos. Madrid 1983; Carpenter, J. y Lebrun, F. Breve historia de Europa. Ed. Alianza. Madrid. 1995.

justicia y convivencia en paz, significa valorar el modelo "por sobre" el ser humano, colocar la economía al servicio de la economía misma, como algo cíclico y centrípeto.

Consideramos que establecer, como lo hacemos, al derecho como herramienta, equivale a correr el velo entre el uso que los incluidos hacen de él y la **abstracción** que pretenden desde el poder para los otros, vebigracia consolidar derechos individuales o personalísimos y exaltarlos, conlleva a que sus portadores -personas jurídicas- distintos diferentes en la forma de **producción del derecho**, convaliden el poder, acentuando mas aún en lo relacional la dominación que hoy sufre el ser humano -trabajador y consumidor- frente al sistema.

Pretender un derecho -herramienta, donde el Estado no sólo afiance su rol de árbitro, sin que reequilibre en lo relacional el vacío de poder de los de abajo para evitar la **dispersión** y consolidar la **composición jurídica en red** como alternativa causal y teleológica. Esto pensamos entonces que se logra **contextuando** el derecho a partir de las herramientas de los **otros saberes**, mostrar la desestructuración que se produce en esta posmodernidad y hacerlo desde lo pensable como una dialéctica contradictoria del ser, que enfrenta lo real y que se resiste, pues el hombre tiene fundamentalmente voluntad de vivir con dignidad y no de perdurar en la oscuridad siendo usado como mero **recurso** -en la producción de

acontecimientos económicos o instrumento de títere estratégico en un consumismo, por el consumismo mismo, sin valor de cualificación de la vida social.

No podemos desperdiciar entonces las enseñanzas de la **historeografía** para mostrar que este proceso tiene similitudes con el comienzo de la historia de la modernidad y el asentamiento burgués; o la ideología, para mostrar al derecho como una ilusión, pero dentro de una realidad aludida, concreta, que merece ser revertida, etc.

En todo conjunto, hay un vacío y multiplicidades, el pensamiento epistemológico es una situación donde circulan todos los saberes, es una invitación a **pensar el derecho** en inercia y movimiento, porque el hombre está determinado por la utopía, pero también por la finitud del sistema y la estructura.

Este **montaje de ideas**, tensa el conocimiento jurídico, evita los mecanismos de ocultación, muestra la causa ausente, maneja como decía Heidegger la **identidad y la diferencia**, provoca un universo donde el hombre y el derecho son lo relacional.

Hemos querido mostrar muy brevemente otro punto de esta posmodernidad y reflexionar sobre sus caminos históricos, con la humilde pretensión de contribuir y generar el pensamiento de contracorriente.

Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos - Primeiras Reflexões¹

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre pela Universidade de Tübingen, Alemanha e Presidente do BRASILCON - 1998-2000

Introdução

 a análise da nova realidade contratual massificada, denominamos um fenômeno que já se observa no mercado brasileiro atual, de contratos cativos de longa duração. Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas, múltiplas e de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de "catividade" ou "dependência" dos clientes, consumidores.

Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de "catividade", só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde

determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família "status", "segurança", "crédito renovado", "escola ou formação universitária certa e qualificada", "moradia assegurada" ou mesmo "saúde" no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro.²

Um dos exemplos principais destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente e sobre estas quero agora concentrar minha análise, apresentando alguns aspectos novos, que podem ser encontrados também nas relações e contratos de uso de cartão de crédito, nos seguros em geral, nos serviços de organização e aproximação de interessados (como os

1. Trabalho realizado com extratos da terceira edição do livro da autora "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", RT, 1998, apresentado no Congresso sobre Direito Bancário- IBDB, 6 de março 1998, São Paulo.

2. Assim nossa obra, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", 2ª Edição, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 57.