

## LOS NECESITADOS FRENTE AL DERECHO

1. Los nuevos pobres .....	127
2. La respuesta de la Iglesia .....	131
3. La respuesta del derecho solidarista .....	132
4. El bien común .....	136

# LOS NECESITADOS FRENTE AL DERECHO

## HOMENAJE A LA DOCTORA MARIA ANTONIA LEONFANTI

SUMARIO: 1. Los nuevos pobres: los que carecen de los medios indispensables para un nivel de vida digno. 2. La Iglesia de hoy responde: favorecerás al pobre. *Pacem in terris. Mater et magistra.* El Concilio Vaticano II. 3. El Derecho solidarista responde: favorecerás al "débil". Son débiles los necesitados, inexpertos y ligeros. 4. La prudencia, virtud del jurista, lleva a considerar las diferencias en orden al poder de negociación y de contralor, hoy y aquí. El bien común.

## 1. LOS NUEVOS POBRES

Con posterioridad al fallecimiento de nuestra homenajeadada apareció *Derecho de necesidad* <sup>(1)</sup>, obra que resume, por su visión cristiana del orden jurídico, el pensamiento de la doctora Leonfanti.

En la primera parte del Capítulo II, denominado *Efectos e indemnización*, se ocupa de los “necesitados”. Comienza afirmando que “el área de actuación del derecho de necesidad es vastísima... los efectos están siempre vinculados al “nivel de vida”, definido como “un conjunto de bienes y servicios que una familia o grupo de personas consume en determinados períodos”. “El nivel de vida refleja la forma como se vive”. Recuerda que la *Declaración universal de los Derechos del hombre*, de 1948, reza: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado...” y que esa inquietud motivó la reforma de numerosas Constituciones, demostrando la preocupación de los Estados por el bienestar social, entre ellas la de Santa Fe, en 1962, que estampó en su artículo 8º: “Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida económica y social de la comunidad”.

(1) LEONFANTI, María Antonia, *Derecho de necesidad*, edit. Astrea, Bs. As., 1980.

Cabe preguntarse si el Derecho puede estar ajeno a esa tarea de remoción de los obstáculos; tanto a través de la obra del legislador, hacedor de las leyes, como de la obra de los jueces, hacedores de la justicia del caso.

¿Puede sostenerse que el Derecho no debe favorecer al necesitado, al débil, al pobre?

Para que el interrogante quede bien concretado, es oportuno recordar que el hombre busca la satisfacción de sus necesidades de bienes y servicios a través del contrato, que es, precisamente, el instrumento jurídico creado a ese fin. De donde el tema de la protección de los débiles se traslada básicamente al campo contractual y es allí donde se muestra con luces propias la cuestión de la remoción de los obstáculos, nacidos de las fallas en la libertad y la igualdad y, así mismo, de la fraternidad (2).

El tema es, entonces, el de si el Derecho debe o no favorecer al necesitado, al débil, al pobre, en la contratación; frente al otro contratante, cuando se trata del empresario de bienes y servicios. En un negocio que, apuntando a la satisfacción de las necesidades recordadas, enfrenta al empresario y al consumidor.

En las primeras páginas de *Justicia contractual* nos ocupamos de este asunto y afirmamos: "que la concepción solidarista del Derecho es aquella que en el específico ámbito contractual no se desentiende de las 'desigualdades' que median entre los contratantes, producto, las más de las veces, de su diferente poder de negociación o fuerza económica; sin perjuicio

(2) Es la antigua y muchas veces olvidada historia de las "tres banderas"; levantadas por la Revolución Francesa, quedaron, a poco andar, reducidas a dos; pese a la desaparición de los vicios del *ancien régime*, la fraternidad fue arriada.

de originarse otras veces en necesidades apremiantes, padecidas por una de ellas o en su falta de habilidad o destreza para la contratación o en su estado de debilidad mental, que no llega a ser demencia. De ahí que esta concepción solidarista distinga entre ‘débiles’ y ‘fuertes’ y dirija sus afanes a la protección o ‘tonificación’ de los económicamente débiles o de aquellos que son tales por sus carencias o limitaciones” (3).

En los últimos tiempos el tema está de gran actualidad, aquí y en el mundo entero, y seguirá estándolo, sin lugar a dudas, como consecuencia de la denominada “protección del consumidor”, que los Estados modernos hacen suya, convencidos que el consumidor no es un “profesional” (4); y en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades de bienes y servicios, a través del contrato, es, en muchos casos, víctima del aprovechamiento del prestatario; sujeto pasivo de un quehacer usurario frente al cual el Estado no puede permanecer indiferente.

Sin embargo, no faltan voces que afirman lo contrario. Se comienza por señalar que el tráfico de esos bienes y servicios, entre ellos el dinero, “es una necesi-

(3) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia contractual*, edit. Ediar, Bs. As., 1978, p. 7.

(4) El consumidor puede ser definido, nos dice GUESTIN (*Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, t. II, edic. L.G.D.J., París, 1980, p. 36), “como la persona que, por su necesidad personal, no profesional, se vuelve parte en un contrato de provisión de bienes y servicios. Es un profano ubicado al final de la cadena de la distribución comercial, ajeno a la producción, a los secretos de fabricación, a las condiciones de la venta y la presentación”. Y concluye el profesor de la Universidad de París, señalando que “la inferioridad del consumidor en las relaciones contractuales y la necesidad de protegerlo de manera particular, son admitidas tanto en Francia como en la mayoría de los países extranjeros. La Resolución del Consejo de la Comunidad Europea, del 14 de abril de 1975, define un «Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección de la información de los consumidores.»”.

dad y trae apareado un resultado útil, socialmente en nuestra comunidad mientras se configure dentro de las pautas y criterios consagrados legalmente. De modo que no caeremos en el error de señalar partes ‘fuertes’ y ‘débiles’ en el contrato, pues, además, los presuntamente débiles de hoy pueden ser los fuertes de mañana”. Se continúa, advirtiendo que “ningún preconcepción es habitualmente amigo de las soluciones justas”. Y se concluye recordando que Michel Villey ha dicho que “es el abogado quien tiene la carga de defender los intereses particulares, no la tiene el juez ni es función del derecho. Los intereses son, por esencia, intereses particulares. ¿Qué interés particular debería tomar a su cargo el Derecho? ¿Se podría decir, siguiendo a Marx, que el arte jurídico debería ponerse al servicio de los proletarios, o de los ‘pobres’ como quisieran ciertas sectas cristianas en nombre de algunos textos del Antiguo Testamento interpretados fuera de su propósito? El *Exodo* responde justamente: ‘No favorecerás al pobre’ (*Ex.*, 23 y *Lev.*, 19). ¿O diríamos, con Bentham, que el derecho deberá buscar el bienestar del ‘más grande número’ de hombres?” Concluye: “Es más de lo que está a nuestro alcance” (*Los fundadores de la Escuela del Derecho Natural*, p. 76, edic. Ghersi, 1978) <sup>(5)</sup>.

Como el cuestionamiento involucra a la religión cristiana y al Derecho, lo contestaremos por separado.

(5) YOUNG, Federico A., *El comercio del dinero. Las cláusulas de estabilización y los intereses compensatorios excesivos*, en *La Ley*, 15 de abril de 1982. Nuestra opinión sobre el tema del mutuo oneroso financiero puede consultarse en *Indexación, abuso y desindexación*, edic. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1982, obra escrita en colaboración con Víctor Jortack.

## 2. LA RESPUESTA DE LA IGLESIA

Nada más expresivo que el título que el Padre Pedro Arrupe colocara a una de sus últimas obras: *El empeño cristiano por la justicia* (6). El Capítulo tereero, denominado: *Actitud preferencial para el pobre*, trata “la lucha contra la discriminación racial y la miseria”, la “educación para vencer la pobreza” y la “pobreza evangélica y la promoción de los pobres”. Empero, no se trata de una tendencia extrema dentro de la Iglesia, al estilo de las sectas aludidas por Villey; son los propios documentos eclesiásticos los que refirman la necesidad de esta búsqueda. El Concilio Vaticano Segundo enfatizó: “Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene al uso de todos los pueblos, de modo que los bienes creados, en una forma equitativa, deben alcanzar a todos bajo la guía de la justicia y el acompañamiento de la caridad”.

La misma Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual *Gaudium et spes*, declara que “todos los hombres tienen estricto derecho a poseer una parte suficiente de bienes para sí mismos y para sus familias”. Y agrega: “En este sentido han enseñado los Padres y Doctores de la Iglesia que los hombres están obligados a ayudar a los pobres, y, por cierto, no solamente con los bienes superfluos”. Para destacar, más adelante, que “quien se encuentra en extrema necesidad tiene derecho a procurarse lo necesario tomándolo de las riquezas de otros”. Y concluir: “En la creación de

(6) ARRUPE, Pedro, *Impegno cristiano per la giustizia*, edic. Aggiornamenti Sociali, Milano, 1981. En la “presentación” del libro se lee: “El hacer por la justicia y la participación en la transformación del mundo, aparecen claramente como dimensiones constitutivas de la predicación del Evangelio, como así mismo de la misión de la Iglesia para la redención del género humano y para su liberación de todo estado de cosas opresivo”.

estas instituciones —alude a la previsión y a la seguridad social— debe cuidarse que los ciudadanos no caigan en una actitud de pasividad con respecto a la sociedad, o de irresponsabilidad y de repulsa del servicio” (7).

Los últimos Papas han insistido una y otra vez sobre el particular. Pablo VI, en la “Carta Apostólica en el 80º aniversario de la *Rerum novarum*” (14-V-71) afirmaba: “La atención de la Iglesia se dirige hacia estos nuevos ‘pobres’ —los minusvalidos, los inadaptados, ancianos, marginados de diverso origen— para conocerlos, ayudarlos, defender su puesto y su dignidad en una sociedad endurecida por la competencia y el atractivo del éxito” (Nº 15).

### 3. LA RESPUESTA DEL DERECHO SOLIDARISTA

El solidarismo no es un rótulo ni tampoco un precepto; es una verdadera filosofía del derecho que busca armonizar las ideas fuerza de personalidad y comunidad; oponiéndose al sometimiento de la primera, en aras de la pretensión totalitarista o comunista, o al desprecio de la de comunidad, al estilo del individualismo liberal.

Nació bajo la influencia de las doctrinas socialistas y social cristianas en las últimas décadas del siglo pasado y provocó la intervención del Estado, el denominado dirigismo contractual, para la protección de las categorías particularmente desfavorecidas: los asalariados en los primeros tiempos y, sin perjuicio de otras intermedias, los usuarios y consumidores en los tiempos actuales.

(7) CONCILIO VATICANO II, *Constitución Pastoral Gaudium et Spes*, Nº 69, en *Documentos completos del Vaticano II*, 9ª ed., Ed. Mensajero, Bilbao, 1980, p. 202 y ss.



Empero, es indudable que la conceptualización acerca de quiénes son los débiles, en la hora presente, encuentra su raíz en “la organización de las formas económicas”<sup>(8)</sup>. Es un problema de poder, de fuerza, de contralor, de capacidad de tomar decisiones o facultad de decisión propia.

La noción de contratante débil —los nuevos pobres— no puede ser referida a una situación patrimonial subjetiva, ni siquiera —subraya García Amigo— a una determinada categoría social; resulta ligada, más bien, a otros factores, bien diversos, que tienen que ver con ese poder y esa fuerza aludidas<sup>(9)</sup>.

Nosotros hemos insistido en que el artículo 954, con motivo de la lesión subjetiva-objetiva, alude a los débiles del mundo actual, mostrando tres rostros de esa debilidad, sin perjuicio de otros: la necesidad, la inexperiencia y la ligereza.

La negación del solidarismo es hija directa del racionalismo jusnaturalista, del nominalismo y voluntarismo. Se concibe una sociedad ideal, donde todos son iguales, sin ricos ni pobres. Una sociedad de hombres fuertes y libres, impulsada por el “egoísmo”, motor fundamental; una comunidad que desprecia la caridad y el espíritu de beneficencia, por juzgarlas innecesarias entre semejantes hombres poderosos. Es, sin lugar a dudas, una sociedad irreal y ahistórica, imaginada y no vivida.

Principalli recuerda que durante todo el período revolucionario, posterior a la toma de la Bastilla, se

(8) GARCÍA AMIGO, M., *Utilización del contrato y disciplina de los negocios*, en *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, por LIPARI, Nicolás, edic. Pub. del Real Colegio de España, Bo'lonia, 1980, p. 344.

(9) GARCÍA AMIGO, M., *ob. cit.* “Por tanto, ‘fuerza’ en el sentido que aquí interesa, sostiene el profesor de Madrid, no equivale a ‘dimensión’,”

fue elaborando un sistema de Derecho Privado (*Droit intermédiaire*) caracterizado por principios democráticos y tendiente a defender a las clases más pobres; pero, agrega, más tarde, al redactarse el *Code Napoleon*, estos principios fueron abandonados <sup>(10)</sup>.

Cambacères sintetizaba así las esperanzas de los franceses: “tres cosas son necesarias y suficientes al hombre en soledad: el ser dueño de su persona, el tener bienes para satisfacer sus necesidades y el poder disponer, para su mayor beneficio, de su persona y bienes” <sup>(11)</sup>.

Empero, la organización burguesa impuesta por el *Code Napoleon* sólo tendía a tutelar los intereses de la clase recién llegada al poder, revolucionaria primero pero inclinada enseguida a la conservación del orden establecido.

La pobreza y los que la padecen, los pobres, son considerados unos subversivos del nuevo orden social, unos inadaptados a él. Se les imputa no saber luchar por el logro de la riqueza, carecer del egoísmo necesario, padecer, a la postre, de una especie de “torpeza” que no los hace merecedores de tutela. Se sintetiza en la expresión: “son pobres porque quieren”.

Por lo demás, la tutela debería venir por la vía del intervencionismo estatal y, recordémoslo, el Código

sino más bien a ‘poder’, y ni siquiera se presenta como carácter típico o natural de algunos sujetos, sino que aparece como un dato que de vez en cuando emerge de la dinámica y del enfrentamiento de los intereses en juego en una realidad concreta, donde combinan, además de un determinado sujeto, la peculiar categoría de objetos y de relaciones en un tipo particular de mercado, habida cuenta de que las relaciones entre contratantes preexisten al contrato y que, en consecuencia, solamente son influenciadas por éste”.

<sup>(10)</sup> PRINCIGALLI, A. M., *Las vicisitudes de la codificación, en Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, de LIPARI, Nicolás, y colaboradores, edic. Pub. Real Colegio de España, Bolonia, 1980, p. 50.

<sup>(11)</sup> PRINCIGALLI, *ob. cit.*, p. 51 y ss.

Civil, verdadero estatuto de los particulares, apuntaba a defenderlos precisamente de la intromisión del Estado y de las corporaciones (12).

¿Cómo pensar que un código de la libertad y la igualdad, que hacía de la autonomía de la voluntad un culto, recurriera al dirigismo estatal para la protección de los débiles? Evidentemente hubiera sido una contradicción.

Empero, debemos distinguir al solidarismo, como postura humanizadora del Derecho, tuitiva de los débiles en sus relaciones con los fuertes, de la tesis denominada “del uso alternativo del derecho”, preconizada por el eurocomunismo.

Vallet de Goytisolo la caracteriza como “postura propiamente marxista en cuanto sus propugnadores: excluyen todo moralismo jurídico, que rechazan como burgués; niegan la objetividad y neutralidad del derecho, como un instrumento de la clase dominante utilizado para proteger determinadas relaciones de producción; aplican el método dialéctico, para que el Estado, el Derecho y la ciencia jurídica imperantes asuman de lleno sus contradicciones esenciales, dinamizándolas y, en el caso de la ciencia, para que estallen dialécticamente en el entramado lógico de sus axiomas

(12) No es casual, afirma la profesora italiana, que en el *Code Napoléon* la propiedad ocupe un lugar preponderante y que todos los demás institutos, desde el contrato hasta las sucesiones, pasando por el Derecho de Familia, giren en torno a ella. Ocurre que la fisiocracia, inspiradora de la codificación, apoyaba a los “grandes propietarios”, que no eran, salvo excepciones, señores feudales, sino que eran, muchas veces, ricos arrendatarios, dispuestos a invertir sus “capitales” en el cultivo de los fundos. “El derecho que surgía del sistema codificado se presentaba así de manera conforme a las necesidades de una sociedad que se desarrollaba, en un sentido liberal y capitalista, pues privilegiaba a los intereses pecuniarios y a las fortunas adquiridas por las clases medias ampliamente beneficiadas por la Revolución”.

y teorías de base; y en cuanto se comprometen en la empresa de transformar radicalmente las estructuras vigentes”.

“En cambio, agrega el jurista español, se aparta del marxismo - leninismo en tanto esta nueva tendencia desdeña la revolución violenta, considerándola innecesaria para la transformación de una sociedad ya caduca y llena de contradicciones, y en cuanto no comparte la ‘hipóstasis economista’ de los primeros teóricos marxistas, sino que centra la revolución en el plano de la cultura y en la praxis jurídica” (13).

#### 4. EL BIEN COMUN

El bien común, como bien de todos, no puede prescindir del bien de los más necesitados, de los económicamente débiles. El Derecho no puede dejarlos librados a su iniciativa y a sus propias fuerzas, puesto que las carencias se traducen, como vimos, en ligerezas e inexperiencias. La justicia, como virtud de dar a cada uno lo suyo, no puede dejar de considerar a los que nada tienen y, por tanto, han menester de mucho más que otros, para lograr lo suyo del reparto. Los pobres se benefician con una justicia que reparte en atención a las necesidades de cada uno.

Ello no significa, empero, bregar por una justicia de clase, que, como advierten los jusfilósofos, es una justicia de parte.

Importa complementar la justicia con la equidad, advirtiendo las circunstancias de cada caso, las par-

(13) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Los juristas ante las fuentes y los fines del Derecho*, en el *Libro de Homenaje a Luis Moisset de Espanés. Estudios de Derecho Civil*, edit. Universidad, Bs. As., 1980, p. 651.

ticularidades de los justiciables. Y, más aun, prevenir los conflictos sociales o jurídicos, dando participación a los distintos sectores de la comunidad. Trabajar por una conciliación de los intereses en pugna, en paz y armonía.

Frente a la contratación supuestamente justa —con base en la ficción de la igualdad y la libertad— se alerta a legisladores y jueces acerca de la probabilidad de un aprovechamiento de una parte sobre otra. Pensamos que esto no encierra una postura política - partidista, aunque sí una política como concepción del hombre y de la vida. Y el descreimiento acerca del “juez como intérprete neutral de las normas generales y abstractas” y su sustitución por un tipo de juez efectivamente comprometido con el bien común y la justicia social, nos parece una concepción progresista y no un “nihilismo irresponsable”.

Y también es verdad que esta actitud se concreta especialmente en la tarea interpretativa y se traduce fundamentalmente, en palabras de Barcellona, “en privilegiar a determinados sectores normativos o conceptos integrantes del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico” (14). Son ellas, a nuestro juicio, las denominadas normas válvulas, que dan pie a opciones o concretizaciones juzgadas “inteligentes” y “valiosas”: buena fe, ejercicio finalista de las prerrogativas y facultades, equilibrio negocial, aprovechamiento genético o funcional, etc., etc. (15).

(14) BARCELLONA, P., HART, D. y MÜCKENBERGER, U., *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, edic. Cuadernos Civitas Madrid, 1977. Del mismo autor, BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia private nella disciplina dei rapporti economici*, Milán, 1969.

(15) Arts. 954, 1071, 1198 y concordantes del Cód. Civil. Lo mismo ocurre en el ámbito de la responsabilidad por daños; también allí los económicamente débiles son tenidos en cuenta, sea como víctimas de un

El bien común, de todos, pobres y ricos, impone al Derecho una opción política y social, que no apunta a destruir el orden vigente, sino a una transformación radical de las estructuras sociales y económicas de acuerdo con aquella óptica, la del bien común.

daño o como victimarios del mismo; son claros ejemplos los arts. 522, en materia de daño moral; 907, en tema de daños involuntarios y 1169 en orden a los ilícitos culposos y riesgosos. En todos estos casos, incorporados por la Reforma de 1968, se otorga a los jueces una facultad moderadora, que conduce a una reparación de equidad, en consideración a las circunstancias particulares del caso a fallar y, en particular, a la situación económica de quien ha sufrido el daño o bien de quien lo ha causado.