

Dabove, María Isolina (2004). Fines, fronteras y funciones del derecho ante el espejo del quijote cervantino. En: Cartapacio, 7, 1-25.

Fines, fronteras y funciones del Derecho ante el espejo del Quijote cervantino.

(Reflexiones en torno a un caso paradigmático del Derecho de la Ancianidad)¹

María Isolina Dabove²

- ¡Válame Dios! -dijo la sobrina- que sepa vuestra merced tanto, señor tío, que, si fuese menester en una necesidad, podría subir en un púlpito e irse a predicar por esas calles, y que, con todo esto, dé en una ceguera tan grande y en una sandez tan conocida, que se dé a entender que es valiente, siendo viejo, que tiene fuerzas, estando enfermo, y que endereza entuertos, estando por la edad agobiado, y sobre todo, que es caballero, no lo siendo, porque aunque lo puedan ser los hidalgos, no lo son los pobres... (Don Quijote de la Mancha)³

INTRODUCCIÓN:

Muy buen día para todos. En esta conferencia les propongo “jugar, barrocamente, al juego de los espejos”; teniendo como base

¹ *A Bernardo, mi hijo, por su luminosa curiosidad, por su alegría ante la vida.*

En agradecimiento a la prof. **Laura Milano**, por sus consejos atinados, oportunos, sabios. Y a mis **amigos**, por su fructífera y constante compañía.

² Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Profesora de Filosofía del Derecho - Facultad de Derecho - UNR y UNICEN. Profesora de Epistemología y Metodología de la Investigación Científica - Maestría en Derecho Privado - Maestría en Derecho Procesal - Doctorado en Derecho - Facultad de Derecho de la UNR . E.mail: mdabove@fderec.unr.edu.ar

³ V. **CERVANTES, Miguel de**; *Don Quijote de la Mancha*, 14º ed., editor John Jay Allen, Madrid, Cátedra, 1991, Tomo II, Capítulo VI, pág. 70.

metodológica los postulados de la teoría jurídica trialista⁴. De manera que, en este trabajo lúdico, tres serán los **espejos** y los **objetos** que participarán de nuestra observación: el **Quijote cervantino**, la Teoría General del **Derecho** –respecto de sus *finés* axiológicos, sus *fronteras* –o campo de lo real- y sus *funciones* normativas, integradoras de los elementos anteriores- y un **caso judicial paradigmático** referido al Derecho de la Ancianidad, que hará las veces de indicador o soporte empírico-jurídico de estas reflexiones.

Agradezco muy profundamente a los organizadores de las actuales Jornadas, la amable invitación para disertar. Y, dado que tengo el privilegio de ser la única mujer convocada a este foro, en nombre de las damas, hechiceras, o –como dice Maitena- de las “superadas”, espero que disfruten la propuesta y los predisponga hacia un diálogo fructífero, tanto como me sucedió al pensar y escribir este texto.

Desde hace algunas décadas, filósofos de diferentes extracciones ideológicas se han venido ocupando de la

⁴ ... si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse "lo jurídico", nos encontramos en primer lugar, con una congerie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados, etc., y por cualquier habitante del país..., en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en tercer lugar, conductas y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, se que su injusticia nos indigne o subleve. V. **GOLDSCHMIDT, Werner**; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6º ed., 5º reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987., págs. 8 y ss.; **CIURO CALDANI; Miguel Angel**; *Panorama trialista de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N°

enigmática y rica relación existente entre Literatura y Derecho. Quizás motivados por sus semejanzas narrativas, tal vez, porque no siempre los relatos jurídicos resultan totalmente creíbles y/o ajustados a la realidad, como ocurre en el campo de las letras; lo cierto es que autores de la talla de **Richard POSNER**⁵, **Jerome BRUNER**⁶, **Ronald DWORKIN**⁷, **Enrique MARI**⁸, **Ricardo GUIBOURG**⁹, o el mismo **Werner GOLDSCHMIDT**¹⁰, se han visto movidos a brindarnos sus reflexiones en torno a esta cuestión. Y ello me ha animado también a transitar aquellos caminos; amparada, incluso, en el contagioso interés que se ha gestado en Rosario -ciudad de la cual provengo-, con motivo de la próxima realización del *Congreso Internacional de la Lengua*.

En nuestra Facultad, una muestra viva de ello lo constituyó el interesantísimo seminario sobre “Derecho y Lengua” que el **Dr. M. A. Ciuro Caldani** ha organizado, en el marco de las cátedras

20, 1997; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, FIJ, 2000.

⁵ V. **POSNER, R.**; *Law and Literature*, 2º ed., Cambridge, Harvard University Press, 1998.

⁶ V. **BRUNER, Jerome**; *La fábrica de Historias. Derecho, Literatura, vida*, trad. Luciano Padilla López, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, especialmente págs. 59 y ss.

⁷ V. **DWORKIN, Ronald**; *El imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992.

⁸ V. **MARI, Ricardo**; *Venturas y desventuras de la interdisciplinariedad hoy: Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja*, material de trabajo presentado el curso que desarrolló el prof. Marí, en las Universidades de Barcelona, Madrid y Azul – UNICEN-, Carrera de especialización en Derecho Penal, 2001.

⁹ V. **GUIBOURG, R.**; *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Bs. As., Colihue, 2004.

¹⁰ V. **GOLDSCHIMDT, W.**; *Justicia y Verdad (Derecho y Filosofía)*, Buenos Aires, La Ley, 1978.

de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Rosario¹¹. Las palabras que siguen son fruto de aquel espacio de estudio preliminar.

I - EL QUIJOTE CERVANTINO DE 1604:

La elección del libro ***El ingeniosos hidalgo Don Quijote de la Mancha***, escrito por **Miguel de CERVANTES SAAVEDRA**, como texto de referencia, responde a muy variadas y diversas razones de forma y fondo.

Como todos recordamos, este año se conmemoran los **cuatrocientos años del envío a edición, del primer tomo** de esta obra. Sin duda, una las más importantes de la lengua hispana por su impacto cultural y jurídico. En este proceso, fue el licenciado *Juan Gallo de Andrada* -escribano de Cámara del Rey- quien, en Valladolid, el **20 de diciembre de 1604** certificó haber visto los pliegos originales. Los tasó y les otorgó la última de las tres autorizaciones necesarias en la época, para que el libro salga a la luz y circule. La primera, del Rey (el 26 de septiembre de 1604) y la segunda, de los Teólogos de la Universidad de Alcalá (el 1 de diciembre)¹².

Adviértase entonces que ya, en este marco histórico editorial, podían observarse signos de letargo en la cultura española, de

¹¹ V. CIURO CALDANI, M. A.; *Filosofía, Literatura y Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

fuerte **anacronismo**, en comparación con situaciones y derechos similares, dados en otros países europeos. Sabemos que en *Francia*, por ejemplo, luego de cruentas luchas se había logrado conquistar el *reconocimiento del derecho a la libertad de expresión, de prensa y a la tolerancia*, a través del Edicto de Nantes de 1598¹³. Es decir, apenas seis años antes del fenómeno de imprenta que comentamos.

Así, pues, este **anacronismo** cultural español, este desfazaje generado por las contradicciones implícitas en la convivencia con un imperio tambaleante y los requerimientos de la nueva era, burguesa y estatista. Entre los valores de una sociedad aún teocéntrica e hipotecada en su pasado y las aspiraciones de racionalidad de una comunidad en ciernes, como veremos. Todo este entramado, digo, fustigarán la mente de nuestro autor, llevándolo a crear la genial novela tragicómica que hoy nos motiva.

Por ello, junto al prof. **CIURO CALDANI**, parece acertado afirmar que El **Quijote** constituye, sin duda, una **metáfora profunda de la complejidad española. Cronológicamente**

¹² V. **CERVANTES, M. de**; *Don Quijote... cit.*, págs. 73 a 76; y también,. El estudio preliminar realizado por **ALLEN, John Jay**; *Introducción*, págs. 9 y ss.

¹³ En este sentido, recordemos que en **1598**, el Rey francés Enrique IV, promulga finalmente, el famoso *Edicto de Nantes*. Uno de los primeros textos jurídicos en el cual se reconoce expresamente a la libertad de expresión y a la tolerancia, en calidad de derechos innatos del ser humano –en el marco de un iusnaturalismo objetivista floreciente. Al respecto puede verse, entre otros: **PECES BARBA, Gregorio**; *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, págs. 119 y ss.

moderna pero, filosóficamente medieval. Fuera de época, sí. Autista, frente a los reclamos de un presente arrollador. Dividida en dos perspectivas contrapuestas, que todavía hoy resuenan. Una, idealista, imaginativa, quijotesca. La otra, realista, por momentos vasta, simple, del mundo de Sancho Panza¹⁴. Y será esta misma problemática no resuelta, la que veremos reflejada en las características propias de nuestro Derecho: hispánico – tradicional, popular, de un lado; mas también anglo-afrancesado y elitista, de otro¹⁵.

Curiosamente -o, quizás mejor, en virtud de su talento-; fue Cervantes quien supo retratar con suma justeza, finura y sentido del humor, esta crisis de identidad cuyos ecos persisten en la tradición jurídica que heredamos. A tal fin, don Miguel no tiene mayor ocurrencia que acudir a dos elementos fantásticos y poderosos para su narrativa:

- La **figura de nuestro hidalgo**, don Quijote de La Mancha. Un **viejo** ya, para los cánones de la época¹⁶; contradictorio, apasionado y patético a la vez. Héroe y bufón. En síntesis: un anciano, que pretendía encarnar valores juveniles y se esforzaba en ser lo que no era.

¹⁴ V. CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote*, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 9, Rosario, FIJ – Facultad de Derecho, UNR, 1987, págs 19 y ss.,

¹⁵ Idem.

En este escenario, no suena extraño que su sobrina exclame:
 - ¡Válame Dios!, **que sepa vuestra merced tanto**, señor tío, **que, si fuese menester en una necesidad, podría subir en un púlpito e irse a predicar por esas calles, y que, con todo esto, dé en una ceguera tan grande y en una sandez tan conocida, que se dé a entender que es valiente, siendo viejo, que tiene fuerzas, estando enfermo, y que endereza entuertos, estando por la edad agobiado, y sobre todo, que es caballero, no lo siendo, porque aunque lo puedan ser los hidalgos, no lo son los pobres...**¹⁷

El segundo elemento, por su parte, está asociado al deseo ¿absurdo? de imponer en el siglo XVII, un **conjunto de reglas** (obsoletas para todos, menos para el protagonista)¹⁸, **referidas a la andante caballería medioeval**. Y es precisamente en este punto donde la obra adquiere significado de **texto literario** que, sin embargo, parece **escrito en códigos jurídicos**. En efecto, reitero, el drama del Quijote no es otro que un típico conflicto de validez y eficacia de un **ordenamiento normativo**: determinado temáticamente, con principios, leyes, costumbres y fines específicos, pero **no vigente**, para la mayoría e la población¹⁹.

¹⁶ *Frisaba los 50 años*, nos recuerda con total sinceridad **M. de UNAMUNO**; en *Vida de Don Quijote y Sancho*, 18° ed., Madrid, Espasa Calpe, colección Austral, 1985, págs. 20 y ss. Y también ver: **CERVANTES, M. de**; *op. cit.*, Tomo II, Capítulo I, págs 42 y 43; 67 y ss.

¹⁷ **V. CERVANTES, M. de**; *op. cit.*, Tomo II, Capítulo VI, pág. 70.

¹⁸ Con lo cual, en esta obra también se plantea de manera colateral del problema del lugar que le corresponde a las minorías en el sistema de decisiones políticas democráticas.

¹⁹ Respecto a los conceptos de validez y eficacia ver: **KELSEN, Hans**, *Teoría Pura del Derecho*, 27° ed., trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1991; *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, 2° ed., 4° reimp., México, UNAM, 1988; **GOLDSCMIDT, W.**, *op. cit.*:

Ahora bien, desde este contexto interpretativo no es difícil preguntarse, además, si es posible detectar hechos o actos que respondan a tipos jurídicos admitidos por nuestro sistema positivo y que sean importantes para la trama literaria, a un tiempo. Indagamos al respecto y encontramos **más de 40 situaciones** que hoy podrían calificarse como **pertenecientes a Derecho**. Entre ellas,

- . Problemáticas relativas a *la idea de Justicia*
- . Referencias sobre *la protección de los desamparados, pobres e indigentes*.
- . Cuestiones atinentes a los *derechos del niño* y a la *patria potestad*²⁰
- . A la *racionalidad del Derecho* y al valor de las palabras (pluma), respecto del *uso de la fuerza* (espada) para hacer justicia, alcanzar la verdad, realizar el bien²¹.
- . Reflexiones vinculadas al *ejercicio del poder, el Derecho y la Política*²².
- . Quejas dirigidas al sistema regio de control sobre la *libertad de expresión* y el derecho de autor²³.
- . Litigios propios del *Derecho Privado*: incumplimientos en compra-venta, locación de servicios o abuso de derecho²⁴.

²⁰ El caso del niño Andrés.

²¹ Éste será un tema especialmente abordado en la obra, a través de los discursos del Quijote sobre el valor de las “armas y de las letras

²² Algunas, han sido claramente planteadas en los párrafos que el Quijote destina para dar consejos a Sancho, sobre el Gobierno de su ínsula Barataria.

²³ Evidenciados en el proceso de edición, la censura y la quema de libros, el Quijote apócrifo de Avellaneda y la venganza de Cervantes.

. El alcance del *derecho a la intimidad*, del amor y el pudor debidos a los demás y al propio cuerpo²⁵.

. La tensa relación entre el *respeto por el elemento extranjero* y la hospitalidad que se le debe a todo invitado²⁶.

. *Confrontaciones laborales*, en torno a la remuneración por los trabajos realizados; a la relación asimétrica dada en este marco y los límites de los deberes impuestos²⁷.

. Conflictos encuadrables en el *Derecho penal*: robos, secuestros, estafas, plagio y violación de los derechos de autor, trato dado a los detenidos y/o presos, libertad condicional²⁸.

Pero, más allá de las temáticas jurídicas contabilizadas, sobre tres de ellas no reseñadas aún, centraremos la atención:

1) El tema de la **cordura-locura / locura-cordura de don Quijote**, directamente vinculado a la **capacidad jurídica de las personas**. Elemento básico de construcción para el Derecho²⁹.

²⁴ Que el ya gobernador Sancho Panza se ve obligado a resolver en su isla.

²⁵ Sobre ello don Quijote se interroga durante su estancia en el castillo de los Duques Rodríguez de Grijalba y ante el juego seductor de la doncella Altisidora.

²⁶ Puesta de manifiesto en las ventas a las cuales don Quijote y Sancho acudían en busca de alojamiento y en el castillo de los duques Rodríguez de Grijalba.

²⁷ La relación laboral más importante se desarrolla entre don Quijote- (superior jerárquico, caballero andante, formalmente investido, contratante de servicios laborales) y Sancho (inferior, dependiente y subalterno), su escudero.

²⁸ Toda la obra hace referencia a hechos de esta naturaleza.

²⁹ Al respecto, podemos traer a colación las interesantes reflexiones que, en torno a la locura desarrolló **Michel FOUCAULT**, en *Historia de la Locura en la época clásica*, 1º ed., 3º reimp., trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de cultura Económica, 1992; Tomo I; págs. 28 y ss. *...Es que la barca simboliza toda una inquietud surgida repentinamente en el horizonte de la cultura europea a fines de la Edad Media. La locura y el loco llegan a ser personajes importantes, en su ambigüedad: amenaza y cosa ridícula, vertiginosa sinrazón del mundo y ridiculez menuda de los hombres... ...es una especie de gran sinrazón de la cual nadie es precisamente culpable, pero que arrastra a todos los hombres, secretamente complacientes...*

- 2) El **concepto de ancianidad y su condición jurídica**, representada en un Quijote anacrónico, retrato figurado de la España cervantina, que podemos aplicar a nuestro sistema³⁰.
- 3) El derecho subjetivo a la **libertad de expresión** y a la **construcción de la identidad**. Ambos, simbolizados en la persona de: Alonso Quijano, el Quijote, el caballero de la triste figura, el caballero de los leones, el de los espejos, el de la blanca luna, Alonso Quijano: el “bueno”. Y, en las **cuestiones de género** y el lugar de la mujer, como corolarios³¹.

Para cerrar esta contextualización se impone, creo, el repaso final de algunos **datos biográficos del autor** y de las **circunstancias históricas** que lo acompañaron.

En la literatura sabia la locura también actúa en el centro mismo de la razón y de la verdad Ella embarca a todos los hombres en su navío insensato y los resuelve a lanzarse en una odisea común. ...Desde el siglo XV, el rostro de la locura ha perseguido la imaginación del hombre occidental. Antes, reina el tema de la muerte. El fin del hombre y el fin de los tiempos aparecen bajo los rasgos de la peste y de las guerras...

Pero en los últimos años del siglo XV, esta gran inquietud gira sobre sí misma: burlarse de la locura, en vez de ocuparse de la muerte seria.

...El horror delante de los límites absolutos de la muerte, se interioriza en una ironía continua: se le desarma por adelantado, se le vuelve risible; dándole una forma cotidiana y domesticada, renovándolo a cada instante en el espectáculo de la vida, diseminándolo en los vicios, en los defectos y en los aspectos ridículos de cada uno. ... El aniquilamiento de la muerte nos es nada... En la locura se encuentra ya la muerte.

³⁰ Desde los aportes de la Gerontología actual, la ancianidad es definida como **última etapa de la vida**, como **complejidad biológica, histórica y cultural**. Se es viejo en virtud de la consolidación de cuertos rasgos físicos declinantes, más también lo somos debido a la manera en que cada sociedad percibe el tiempo.espacio y los valores que le atribuye a los mismos. V. **DABOVE M. I.**, *Los derechos de los ancianos*, Bs. As, Ciudad Argentina, 2002, págs. 79 y ss.

³¹ V. **MARINI, María del Carmen**; *Serpientes y palomas*, Rosario, Laborde, 2003; **LAGARDE y de los RÍOS, Marcela**; *Claves feministas*, Madrid, Las horas, 2000; **VV.AA.**; *Del silencio al grito: la violencia nuestra de cada día*, Rosario, Psique, 2003.

Miguel de Cervantes Saavedra nació en **1547** y fue bautizado el 9 de octubre, en Alcalá de Henares. El 22 de abril de **1616** muere en Valladolid, un año después de haber enviado a editar el segundo tomo de la obra que analizamos.

En el Quijote, es posible encontrar datos significativos sobre la vida de Cervantes. Sentimientos asociados a la angustia por el **engaño-desengaño** español. La **euforia de la lucha y los estragos de la derrota**, que Cervantes padeció en su cuerpo³². El fuerte impacto contra la “Armada Invencible”, en manos de los ingleses (1588). La **desilusión**, el anunciado **anacronismo** y el **pesimismo**, harán sin dudas que, hacia 1580, Cervantes retorne a su tierra absolutamente “pobre y manco”³³.

Sin embargo y, pese a este marco adverso, don Miguel se las ingenia para captar con precisión, no sólo sus percepciones sino también las de sus coetáneos. Quizás por ello, El Quijote logra ser, en definitiva, parte constitutiva de la llamada “**edad de oro**” de las letras españolas, barrocas.

Por otra parte, es importante recordar asimismo, que Cervantes vive durante los **reinados de Felipe II** (1527-1598) y **Felipe III** (1598 – 1624). Su país natal, será uno de los últimos en

³² Recordemos que, al participar en la batalla de Lepanto contra Argel, nuestro escritor resulta mutilado (1569-1570) y España, perdidosa.

abandonar la Inquisición. Enarbolará la bandera de la **contra-reforma**, en cabeza de Ignacio de Loyola –Fundador de la Compañía de Jesús- y de los teólogos de la Escuela de Salamanca: Vittoria, Soto, Suárez, entre otros. Al tiempo que, poco a poco, la economía española comenzaba a sufrir los estragos del vencido, empobreciéndose con desolación, perdiendo presencia mundial y ubicándose, por tanto, en la retaguardia cultural europea (esto es: política y jurídica)³⁴.

II- EL DERECHO ANTE EL ESPEJO DEL QUIJOTE.

Frente a este Quijote cervantino, signado por la cordura-locura/locura-cordura, por una vejez anacrónica y en plena crisis de identidad personal y social, el primer interrogante iusfilosófico que surge se vincula al **concepto del Derecho** que podemos reconstruir desde aquí. Al respecto, creo oportuno mencionar que dos perspectivas se necesitan para despejarla: una teórica y otra, práctica.

³³ V. ALLEN, J.J.; *Introducción... cit.*, págs. 19 y ss.

³⁴ Felipe II respalda el accionar del “Santo Tribunal”. En 1553, verbigracia, muere el médico Miguel de Servet en manos del fuego, por haberse “atrevido” a desarrollar una teoría explicativa del proceso circulatorio, en términos estrictamente científicos. Tampoco acusan recibo estos reyes, del fuerte impacto que provocó el Edicto de Nantes de Enrique IV, antes aludido, ni de los nefastos efectos de la guerra que le sucedió: la de los Treinta años (1618-1645). Ver: CIURO CALDANI, M.A.; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, Tomo II, págs. 83 y ss.; *Estudios de Historia del Derecho*, Rosario – Azul, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de Azul, 2000; *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

En concordancia con el **marco teórico** trialista de referencia, se evidencia que **el Derecho es una “complejidad”**³⁵, un producto humano, temporal y espacialmente condicionado³⁶. Por ello creo que el tema central de la obra nos permite afirmar, que el mundo jurídico parece construirse en **dos campos**: uno **consciente**, reconocido en forma corriente por el ordenamiento y sus operadores³⁷. Y otro, **inconsciente**. Área que en modo alguno debiera soslayarse; máxime, si estamos analizando cuestiones tan humanas como la problemática citada. Aún cuando también vale sostener que, técnicamente, la vigencia de las normas no está condicionada por los componentes de este plano. Pero, reitero, sí su eficacia.

Dentro, pues, de este campo inconsciente nos encontramos con el ámbito de los *deseos*; de las intenciones profundas, de los móviles más recónditos que estructuran los *perfiles psicológicos* de los operadores jurídicos³⁸. Y es justo en este terreno donde podemos hallar conductas claramente vinculados con aquellos perfiles y deseos. Por ejemplo, acciones propias de la *simulación*, respecto de la cual se hace eco el Código Civil. De *huida*, representadas en los actos jurídicos de incumplimiento de las obligaciones contraídas. O bien, en las conductas construidas

³⁵ V. **GOLDSCHMIDT, W.**; *op. cit.*, págs. 8 y ss.

³⁶ V. **PLATON**, *La República*, 23^o ed., trad. Patricio de Azcárate, introd. y rev. Miguel Candel, Madrid, Espasa-Calpe, 1993.

³⁷ Ello ocurre, por ejemplo, a través del concepto de **acto jurídico**.

³⁸ En relación al papel de los **móviles**, en la esfera de los repartos puede verse: **GOLDSCHMIDT, W.**, *op. cit.*, págs. 57 y ss.

sobre la base de la absoluta adhesión. Todas las cuales -diría **Erich FROMM**-, nos colocan ante el riesgo de vernos sometidos a situaciones de totalitarismo jurídico, por la falta de libertad dialógica, de consenso y disenso³⁹.

Ahora bien, en la **perspectiva práctica** que es dable sostener, me parece oportuno escuchar una vez más las palabras de **Rudolf von IHERING**, para quien: *el Derecho es una idea práctica, que indica un fin. Y que, como toda idea de tendencia, es esencialmente doble, porque encierra en sí una antítesis: el fin y el medio...* Por ello, a su juicio, la iusfilosofía no debe investigar sólo las metas pretendidas. Tiene que mostrar, *además, el camino que conduzca a él*⁴⁰.

He aquí, pues, las bases iusfilosóficas de este estudio, que nos llevan sin más a abordar el tema de los **fines** (metas o valores), las **fronteras** (medios y campos de acción) y **funciones** (dinámica normativa), constitutivas de una teoría general del mundo jurídico. No sin antes presentar el caso sintomático, de Derecho de la Ancianidad.

³⁹ V. **FROMM, Erich**; *El miedo a la libertad*, 1º ed., 16º reimp., trad. Gino Germani, Barcelona, Paidós, 1993.

⁴⁰ V. **IHERING, R. von**; *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo González Posada, Bs. As., Heliasta, 1974, pág. 8.

III- UN CASO REFERIDO AL DERECHO DE LA ANCIANIDAD

El caso que consideraremos⁴¹, es uno entre muchos otros del mismo tenor y fue trabado ante los Tribunales Colegiados de Familia, de Rosario. Se trata de un pedido de aplicación de una **medida cautelar de persona**, basado en el **art. 482 del CC**.⁴² En torno a esta medida, la determinación de la cordura-locura/locura-cordura de los sujetos a “cuidar o custodiar”, constituye el tema de discusión principal⁴³. Así como también recordemos que,

⁴¹ Caso “Correa, A. y Alcaráz, M.A.; s/ medidas de protección de persona”

⁴² En el **Título 13: De la Curatela, Capítulo 1: Curatela a los incapaces mayores de edad**; puede encontrarse el **Art. 482 del CC**: *El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.*

Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o taxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales, aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y taxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos.

Art. 144 del CC: *Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1) El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente. 2) los parientes del demente. 3) El Ministerio de Menores. 4) El respectivo cónsul, si el demente fuera extranjero. 5) Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos.*

El **derecho de alimentos** está contemplado en los **artículos 265 a 272**. En síntesis deben alimentos: los padres, para con sus hijos menores de edad y/o incapacitados y/o inhabilitados (arts. 265; 267; 268; 270; 271; 272; los hijos emancipados y/o mayores de edad, hacia sus padres y demás ascendientes, vgr. abuelos, bisabuelos, etc. (art. 266).

⁴³ *La protección de personas no es una medida cautelar en sentido estricto, ya que éstas están destinadas a salvaguardar los derechos patrimoniales, en tanto se busca proteger la integridad física y moral de determinadas personas, a ñas que la ley les otorga preferente atención. No obstante ello, les son aplicables los principios que rigen respecto a las específicas medidas cautelares en lo tocante a su acogimiento, esto es que deben ser decretadas inaudita parte cuando el peligro aparezca verosímil.* **CNCiv., Sala F**, 16-11-89, A. F.E; LL 1990 – D-435. Además puede consultarse, entre otros: **SALAS**,

esta acción judicial se interpone *in audita parte*, con carácter *urgente, provisional* y, sustentada por *razones tuitivas*. En nuestro expediente, la hija adoptiva del matrimonio, objeto del proceso, es quien incoa la acción⁴⁴. De manera que, los argumentos y las pruebas ofrecidas sólo por ella dieron lugar sin más a la demanda, que concluyó en una orden de internación de sus padres, en un hospital psiquiátrico local.

Por otra parte, urge destacar además que, en esta decisión, no se estableció plazo por el cual la medida regiría –transitoria, por definición del propio Código-. Y tampoco se hizo referencia al carácter cautelar –es decir, de aseguramiento de prueba, o prólogo jurídico-, respecto de un proceso principal: el juicio de insania consecuente, que rige como regla en nuestro Derecho⁴⁵.

Acdeel Ernesto; *Código Civil y leyes complementarias anotados*, arts. 1 a 1136; 2º ed., Bs. AS. Depalma, 1972; págs. 234 y 235; **VV.AA.**; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, director: Jorge W. Peyrano, coord. Roberto A. Vázquez Ferreyra, Rosario, Juris, 2000, págs. 864 y ss.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, 5º ed., Bs. AS., Rubinzal Culzoni, 2001, págs. 176 y ss.; **TERRASA, Eduardo**; *Medidas cautelares*, Rosario, Juris, 1997, págs. 3 y ss.; 338 y ss.; 376 y ss.;

⁴⁴ Quien, dicho sea de paso, era también la apoderada previsional de sus padres – propietarios y en espera del cobro de una indemnización por la caja jubilatoria a la que pertenecían

⁴⁵ Por ello, a mi entender, en el caso no están dadas las condiciones para considerar al art. 482 como habilitante de una medida autosatisfactiva o anticipatoria. Opiniones contrarias a esta perspectiva del art. 482 del CC las encontraremos la obra de **PEYRANO, Jorge W.**; *Procedimiento civil y comercial I. Conflictos procesales*, Rosario, Juris, 2002, págs. 279 y ss.; 291 y ss.; y, en particular, págs. 308 y 309. Allí el prof. Peyrano se muestra favorable a la interpretación de este tipo de medidas sobre personas, en calidad de “urgentes y no cautelares”. El caso se refería a una mujer, viuda, mayor de edad que, durante 15 años vivió internada en una institución psiquiátrica. La entidad, consideró que, ya era tiempo de externar a la paciente pero, como sus tres hijos no podían hacerse cargo de ella por razones de indigencia, solicitan al juez que se mantenga el statu quo de la misma. El Tribunal, entonces, ordenó el mantenimiento de la mujer en el hospital, sin considerar nada más. En este mismo sentido puede verse: **BERIZONCE, Roberto Omar**; *La tutela anticipatoria en Argentina*, en “Medidas cautelares”, coord. Jaime Greif, Bs. AS., Rubinzal Culzoni, 2002, págs. 143 y ss.;

En el marco del espejo del Quijote cervantino, este litigio resulta interesante por varias razones, que iremos develando en el transcurso de esta exposición. Aunque la justificación principal, aparece al considerarlo un neto indicador del anacronismo jurídico actual, respecto de los aportes que la gerontología, las ciencias de la psiquis y la filosofía vienen sosteniendo (desde sXX) sobre los conceptos de ancianidad, cordura y locura, respectivamente⁴⁶. Veamos ahora, cómo se vincula la temática del Quijote con los fines, fronteras y funciones del Derecho y del caso enunciado.

IV- LOS FINES DEL QUIJOTE, DEL DERECHO Y DEL CASO.

Los **fines**, en términos trialistas, abarcan todas aquellas aspiraciones, metas y/o valores considerados válidos por una comunidad⁴⁷. De manera que en este apartado, compararemos los propios de El Quijote, el Derecho y el caso.

Los fines sostenidos por **El Quijote** están plasmados, a mi entender, en las **Reglas de la Caballería Andantes**. Normas, cuyo

En cambio, opiniones opuestas a las medidas autosatisfactivas y/o de tutela anticipatoria, puede verse en la obra del prof. **ALVARADO VELLOSO, Adolfo**; *Código Civil... cit.*; *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998; *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2003.

⁴⁶ Siguiendo a **Carlos S. NINO** en *Un país al margen de la ley*, Bs.As., Emecé editores, 1995, tal vez podamos decir que este caso es una muestra más de las arraigadas costumbres argentinas de vivir en la anomia o en situaciones que ponen en riesgo las normas básicas que, en teoría decimos aceptar.

origen se remonta a la decisión del Rey Arturo de crear la Orden de los Caballeros de la Mesa Redonda, en el s. XI, según nos informa nuestro protagonista. Pero ya hemos visto, que este ordenamiento había caído **en desuso** en vida de El Quijote (s. XVII). De modo tal que, por carácter transitivo, cabe inferir también la **invalidez de sus metas**.

Ahora bien, no obstante este nuevo síntoma de anacronismo, don Quijote es muy lúcido en la identificación de los fines caballerescos. Correspondientes, todos, con los valores propios de una filosofía estoica, cristiana y medieval. Así, pues, entre ellos se destacan los referidos a la virtud de la justicia, beneficencia, honestidad, entereza espiritual y física, templanza, capacidad de lucha y búsqueda de armonía⁴⁸.

Por otra parte, también es posible observar que estas metas no son neutras, ya que algunas de ellas son definidas por una visión marcadamente masculina de la vida (cuestión de género). En este sentido, recordemos que la caballería medieval resultaba interesante, porque establecía la posibilidad de lograr un accesis o perfeccionamiento personal. Pero ello sólo era factible entre los varones, sus únicos beneficiarios. Como contrapartida, la **mujer** se tornaba, entonces, una **entelequia**, una idea, incentivo o

⁴⁷ V. GOLDSCHMIDT; W.; *op. cit.*, págs. 369 y ss.; CIURO CALDANI, M. A.; *La conjetura... cit.*; págs. 32 y ss. y 77 y ss.

⁴⁸ Al respecto puede verse: V. CERVANTES, M. de; *op. cit.*, Tomo II, Capítulo XVIII, págs. 158 y ss.

abstracción. La misma Dulcinea, vgr., ni siquiera existe en la “vida real castellana” de esta historia. Sólo aparece en la imaginación febril de nuestro hidalgo bajo el título de “Dama” o señora de sus pensamientos. Palabra que, por cierto, encierra un mandato; develado cuando la vemos ante algún espejo: **dama - amad**. En tanto que este juego de reflejos no nos lleva al mismo resultado, si intentamos descifrar qué se esconde bajo el término: **caballero - orellabac**.

La proyección jurídica de esta cuestión se rebela con nitidez, si observamos el tratamiento jurisdiccional otorgado a la mujer anciana, en el caso Correa - Alcaráz. En efecto, de los documentos expuestos en el expediente, sólo cabe inferir la falta de respeto por su lugar de persona -sana- y de esposa del hombre cuyo estado de salud motiva la acción. Se decide, como vimos, *in audita parte*, remitiendo a la mujer al sitial de objeto, de apéndice o, más gráficamente, de “estampilla o sello”, del actor principal.

No obstante y, volviendo sobre las reflexiones anteriores, para el Quijote era claro que **caballero no se nace, SE HACE**. Es un título -varonil- que se conquista paso a paso, sobre la base de etapas probadas. Esto es: deshaciendo agravios, enderezando entuertos, salvando a pobres, huérfanos o mujeres desvalidas. Por ello, desde la perspectiva de la teoría general del Derecho puede decirse a tono con **IHERING** que, nuestro hidalgo también nos advierte sobre la **necesidad de contar con una**

normatividad bien definida, que instituya el camino y proporcione metas o fines a seguir, de manera regular⁴⁹.

Por otra parte, es oportuno además recordar que, todos estas aspiraciones humanas se desenvuelven sobre la base de **sentimientos o deseos** significativos para la vida jurídica. Propios, quizás, del **campo inconsciente** del Derecho y que influyen en la determinación de los valores formalizados. En este sentido, interesante resulta advertir que El Quijote se refiere al problema de la cordura-locura / locura-cordura, a través del contrapunto de dos tríadas de sentimientos subyacentes. El **miedo**, la **desesperación** y la **agresividad** consecuente. La **confianza**, el **diálogo** y la **cooperación**. Sentimientos todos, sobre los cuales nuestro hidalgo pretende vivir las normas de la caballería que profesa.

En el caso Alcaráz-Correa, se ve bien reflejada la primer tríada. Puesto que, bajo el manto de protección cautelar, parece esconderse una urgente necesidad de reprimir el miedo, la desolación y la ira que toda situación no querida, genera en el corazón del ser humano. La misma violencia que provoca la impotencia jurídica y la inercia, observadas frente a la locura y la vejez. La segunda tríada, en cambio, sólo prospera cada vez que el Derecho desarrolla sus fuentes, sobre el deseo de integrar lo

⁴⁹ V. IHERING; R. von; *op. cit.*, págs. 7 y ss.

disímil con lo igual. En síntesis, se muestra bajo la necesidad de aplicar alguna *teoría de la justicia*.

V- SUS FRONTERAS

Bajo el rótulo de “fronteras del Derecho”, me referiré a la dimensión sociológica que constituye su universo. Así, pues, en este plano, es posible reconocer **dos tipos de fronteras** que demarcan los límites de lo real jurídico: lo **real concreto**, que transcurre bajo el despliegue del tiempo y el espacio conscientemente considerados; y lo **real deseado o proyectado**, pertinente al campo de lo conjetural o ficcional, de la vida humana.

En *El Quijote*, el campo de lo real concreto se muestra con amplitud, a través de la crítica de Cervantes hacia el anacronismo cultural español, problema típico de temporalidad. Mas también trata con soltura la temática de la **inespacialidad o NO LUGAR**, propio de la caballería. En efecto, como hidalgo que se precia de serlo, el Quijote se lanza a la aventura marchándose de su ciudad. De esta forma, crea un mundo a su medida. Sale al “irrealis”, para inventar un ordenamiento normativo singular, idealista y unidimensional.

Es en este punto donde quizás, en la obra, se plantea con más fuerza la problemática de la cordura-locura/ locura-cordura.

Toda vez que surge espontánea, la pregunta en torno a la definición de lo real. La postura de Cervantes sobre el tema, parece jugar con dos hipótesis interpretativas. 1) Habrá locura, si no es posible reconocer coincidencia alguna entre la perspectiva social del universo y la de cada sujeto (locura: aislamiento). 2) Mas, observaremos un proceso de adaptación, normalidad y cordura, cuando ambos enfoques se integren entre sí.

Desde el punto de vista trialista, las ideas de tiempo y espacio se concretan *en cada adjudicación jurídica*, sobre la base los elementos que la componen, a saber. Los *sujetos* interactuantes; repartidores o beneficiarios. Los cuales se distinguen, a su vez, en función de su edad, género, función y condición. El *objeto* de cada situación (es decir, la *potencia e impotencia* que la constituye). Los caminos utilizados para establecerla (*formas* tales como: la *mera imposición* física o psicológica, el *proceso*, la *negociación* y la *adhesión*). Las *razones*: alegadas, los móviles y las razones sociales. Las *clases* de adjudicaciones (repartos o distribuciones) y de repartos (autónomo o autoritario). Y sus *límites*. Ya sean éstos: *necesarios* –provenientes de la naturaleza de las cosas- o *voluntarios* –originados en las decisiones de los sujetos de la adjudicación-. O bien, incluso agregaría, **imaginarios**. Es decir, establecidos al hilo de todas aquellas fantasías o mitos que encauzan nuestro actuar y contribuyen a la elaboración de lo real jurídico.

En efecto, en la obra analizada los límites necesarios casi desaparecen, frente a la fuerza con se plantean los voluntarios y los imaginarios. Los límites de la naturaleza misma llegan a ser expresamente despreciados por el Quijote. De manera tal que, en la mente de nuestro protagonista; cualquiera de las reglas vigentes en el campo de lo real concreto, compite con los deberes que pretende imponer la contundencia normativa de su pensamiento mágico. Sobre ello nos abocaremos seguidamente.

Decíamos al principio de este apartado que, en la **frontera de lo real concreto** también cabía hablar de lo **deseado**, como parte constitutiva de la esfera de lo jurídico-social. Así, pues, en este entorno, podemos incluir todos los aspectos vinculados con las *conjeturas, especulaciones y proyecciones* que cualquier persona realiza en el campo del Derecho, de acuerdo con sus aspiraciones vitales. Este tipo de reflexiones probabilísticas aparecen en el texto de El Quijote, tanto como en los temas desarrollados por la Teoría General del Derecho y en el caso seleccionado. Los aspectos más salientes de lo **real deseado** se manifiestan, principalmente, en dos áreas. En el ámbito de los límites imaginarios ya anunciados y, a la hora de evaluar la problemática del *funcionamiento de las normas* correspondiente a cada supuesto.

En la **obra** que estudiamos, los **límites imaginarios** se expresan a través del recurso a la idea de encantamiento. La cual,

si se analiza con más detenimiento, no hace referencia más que a juegos de seducción y manipulación psicológica. Por su parte, la teoría general del **Derecho** también nos advierte sobre la existencia de límites imaginarios, que rayan con aquella idea de “encantamiento”. Ello sucede, toda vez que se toman decisiones, se producen objetos y se actúa, acorde con especulaciones no contrastables con una base empírica, directamente vinculada con nuestras abstracciones iniciales.

Sobre esta cuestión mucho ha sido lo dicho desde la escuela del realismo jurídico escandinavo. En particular, dentro del círculo de Upsala. Para **Hagerström y Lundstedt** la categoría jurídica de “derecho subjetivo”, por ejemplo, no era otra cosa que el resultado de una creencia de origen mágico. Superstición, cuyo propósito final tendía a generar plena confianza en la sociedad, respecto de las facultades o poderes míticos que la categoría “derecho subjetivo”, otorga⁵⁰.

En el **caso Correa y Alcaráz** la idea de “*urgencia*”, típica de estas medidas cautelares, también parece encender la imaginación de los operadores jurídicos. Ya que, el término les hace creer que, por el “arte de birlibirloque”, toda resolución o sentencia que se emita en tiempo record, resolverá la compleja problemática que le da origen. Vale decir, pondrá remedio a la vulnerabilidad de una persona, cuyo juicio es sospechoso de

afectar su vida, su integridad física y moral; o bien, su patrimonio. Quizás debido a ello, es decir, por la misma ansiedad y temor que impone el mero atisbo de padecer alguna especie de locura o enfermedad insalvable; esta acción judicial de excepción –calificada por el legislador del 482 CC como *provisoria, transitoria y previa* a todo proceso de insania-, suele convertirse en regla.

Así, pues, frecuente será observar en la práctica jurisdiccional que una medida de estas características, en teoría precaria e instruccional, termina convirtiéndose en una enérgica herramienta de calificación permanente, de la incapacidad por demencia. Con toda la carga de arbitrariedad, ilegalidad e injusticia de las cuales son víctimas frecuentes, los ancianos⁵¹.

En relación al funcionamiento de las normas, muy ricas resultan las inferencias que realiza nuestro **Hidalgo**. Evidenciadas, en especial, a través de las tareas de *reconocimiento*

⁵⁰ V. GOLDSCHMIDT, W.; op. cit., págs. 310 y ss.

⁵¹ Respecto de la demencia, recordemos que el artículo 140 del CC. dispone: *Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente*. El art. 141 señala: *Se declaran **incapaces por demencia**, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud par dirigir su persona o administrar sus bienes. Art. 142: La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos*. Ver también arts. 143 a 152, en los que se regula el juicio de insania.

El art. 152 bis, por su parte, establece: *Podrá **inhabilitarse** judicialmente: ... 2) A los **disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio**... Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las disposiciones relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso*.

de las normas caballerescas aplicables y a la delimitación de los elementos centrales de los casos que requerían solución. Respecto de la labor de *interpretación, determinación y elaboración*, tanto como sobre la tarea de *aplicación* y construcción de la solución respectiva⁵².

Dentro del marco del **Derecho** en general, la situación es similar a la que ocurre en el texto analizado. Todo el funcionamiento de la norma, como señala **CIURO CALDANI**, se vuelve conjetural y especulativo⁵³. Sobre todo, si lo contrastamos con la imposibilidad de realizar juicios de ponderación y/o valoraciones que resulten absolutamente “objetivos”. Por ello, del abanico de “ofertas” de fuentes formales vigentes, tan sólo reconocemos y seleccionamos aquellas que estamos en condiciones de ver. Lo cual implica afirmar que existe una estrecha conexión entre lo que deseamos y lo que observamos, en consecuencia.

Algo semejante se produce a la hora de interpretar. En esta operación, dos son los tipos de razonamiento que parecen utilizarse. Por un lado, el pensamiento racional, lógico; cuya expresión más conservadora la encontramos en la Escuela de la Exégesis. Mas de otro, implícitamente cada intérprete acudirá a

⁵² En relación a la concepción trialista del funcionamiento de las normas y sus etapas puede verse: **GOLDSCHMIDT, W.**; *op. cit.*, págs.251 y ss.; **CIURO CALDANI, M.A.**; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pags. 21 y ss..

algún esquema de pensamiento mágico. En particular, cuando al decir de **Karl POPPER** este operador se vea ante la titánica tarea de definir el camino a seguir, de acuerdo con una decisión metodológica, siempre provisoria, aproximada; es decir, en algún punto inconsistente y, por ello, conjetural⁵⁴. Claro que no parece haber otro remedio al respecto.

Asimismo, desde esta perspectiva imaginaria lo deseado se proyectará con nitidez, en el momento de *elaboración de normas* – de cualquier tipo que sean-; tanto como a la hora de *aplicarlas*. Quizás **Hagerstrom**, no sin razón expresaría que es precisamente éste, el punto en el cual cada operador se enfrenta con un abanico de respuestas jurídicas, que lo colocan ante la posibilidad de manipular las conciencias de los sujetos implicados con su decisión⁵⁵.

⁵³ V. **CIURO CALDANI, M.A.**; *La conjetura... cit.*, págs. 9 y ss

⁵⁴ V. **POPPIER, Karl**; *La lógica de la investigación científica*, 1º ed., 11º reimp., trad. Victor Sanchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1999; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del pensamiento científico*, trad. Néstor Míguez y Rafael Grasa, Buenos aires - Barcelona, Paidós, 2001 **BUNGE, Mario**; *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., Siglo XX, 1985; *Las ciencias sociales en discusión*, trad. Horacio Pons, Bs. As., Editorial Sudamericana, 1999; **KLIMOVSKY, Gregorio**; *Las desventuras del conocimiento científico. Una Introducción a la epistemología*, 5º ed., Bs. As., A-Z Editoria, 2001

⁵⁵ Recordemos, en este sentido, que, toda argumentación es presa de una lógica cuya textura siempre es abierta, pese a todos los esfuerzos por evitar esta consecuencia. Al respecto puede verse: **PERELMAN, Ch. Y OLBRECHTS TYTECA, L.**; *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989; **ALEXY, Robert**; *Teoría de la argumentación jurídica*, 1º ed., 1º reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; **GHIRARDI, Olsen**; *El razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998; **GHIRARDI, O.**; **ANDRUET, A.S.**; **RUEDA, L.R. y FERNÁNDEZ, R. E.**; *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999; **VIGO, Rodolfo L.**; *Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999; **MARMOR, Andrei**; *Interpretación y Teoría del Derecho*; trad. M. Mendoza Hurtado, Barcelona, Gedisa, 2000; **RABBI BALDI, Renato**; *Las razones del derecho natural*, Bs. As., Ábaco, 2000.

Por su parte, el **caso Correa - Alcaráz** es un indicador cabal de la influencia que lo real deseado puede ejercer en la dinámica jurídica concreta. Así por ejemplo, esta influencia nos revela su poder de provocar inestabilidad, tanto como nos descubre la necesidad de revisar el significado de expresiones relevantes: igualdad ante la ley, debida defensa en juicio, consentimiento informado, el concepto de ancianidad y de locura. La idea de tiempo (urgencia) y espacio que nuestro codificador utilizó; la de los caminos positivamente previstos para sustanciar las medidas cautelares de personas. Y, en particular, respecto de la labor del Ministerio Público⁵⁶. Términos, sin duda, cronológicamente contemporáneos; pero requeridos de adecuación a la cultura de la postmodernidad.

VI – SUS FUNCIONES

Siguiendo con el marco teórico de referencia, la teoría trialista, puede sostenerse que las normas y su ordenamiento realizan dos funciones -o actividades- que le son propias. A saber: una **descriptiva** y otra, **integradora**⁵⁷. La primera, permite que las normas capten lógicamente las adjudicaciones proyectadas o ejecutadas, según el caso. Es decir, las faculta para relatar, narrar o señalar sistemáticamente, los hechos que se

⁵⁶ En relación a la función del Ministerio Público ver, entre otros: **BALDARENAS; Jorge A.**; *¿Son los “menores”, ... incapaces?*, en “La reforma constitucional y el Derecho de Familia”, págs. 79 y ss.

⁵⁷ V. **GOLDSCHMIDT, W.**; *op. cit.*; págs. 197 y ss.; **CIURO CALDANI, M.A.**; *La conejura... cit.*; págs. 18 y ss.; *Metodología... cit.*, págs. 65 y ss.

considerarán pertenecientes al universo jurídico. Mediante la segunda, en cambio, las normas muestran su habilidad para generar productos específicos: conceptos (vgr., abuso de derecho, curador, buena fe) o bien, sus materializaciones (caso Correa Alcaraz, jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, etc.). De esta forma, el cumplimiento de ambas funciones nos habilita para conocer el grado de *coherencia interna* del Derecho que constituyen. Por ello, quizás sea factible afirmar que, a través de su análisis podremos encontrar significativos indicadores de “razonabilidad o sanidad” del fenómeno jurídico estudiado.

En **El Quijote**, por ejemplo, la descripción e integración del mundo jurídico por parte de las normas de la caballería andante, se resuelve de manera “disfuncional”. La falta de conexión entre los datos de la realidad –las fronteras ius-sociológicas concretas– que a cada paso se le ofrecen al protagonista de esta historia, respecto de su imaginario y de los fines a los cuales aspira, es patente⁵⁸. Incluso el lenguaje, las costumbres y los relatos de vida sobre los cuales el Quijote se basa para actuar, devienen obsoletos, al pertenecer a la medievalidad (su ámbito de validez), en un mundo plenamente moderno.

El **caso Correo-Alcaráz** tampoco nos muestra un Derecho Argentino plenamente funcional; en particular, respecto de la problemática de la locura y la vejez. Las medidas cautelares

dirigidas hacia personas de edad también parecen convertirse en anacrónicas e inespaciales. Sobre todo, al notar la falta de correspondencia entre el concepto de ancianidad sustentado por la gerontología actual; y la antigua costumbre de asociar a la vejez con la demencia o debilidad mental.

Al respecto, basta recordar el interesante artículo que escribió la **Dra. M. Josefa MENDEZ COSTA**, en los años '80. Allí, la jurista santafesina, amparándose en los conocimientos de este tiempo, alzaba su voz a fin de requerir que nuestros Tribunales tengan a bien diferenciar el proceso normal de envejecimiento, del que es patológico o senil; en todas las acciones destinadas a establecer inhabilitaciones o insania⁵⁹. O bien, revisemos si no, el contenido de los **artículos 7⁶⁰ y 10⁶¹** del **Código Penal**, y del **artículo 33** de la **Ley 24.660**, de Ejecución de Penas Privativas de Libertad⁶²; al tratar lo atinente al cumplimiento de estas sanciones, en cabeza de las personas de 60; 70 o más años de edad. En estos textos, se vincula directamente y sin ningún reparo, a las personas que sufren algún tipo de demencia, con las

⁵⁸ Recordemos el famoso episodio de la lucha de El Quijote contra los molinos de viento.

⁵⁹ V. **MENDEZ COSTA, María Josefa**; *Los ancianos en la legislación civil*, en "La Ley", t. 1983-A, págs. 318 y ss.

⁶⁰ Art. 7 CP: *Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieran reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.*

⁶¹ Art. 10 CP: *Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias.*

⁶² El art.33 de la Ley 24660 permite expresamente que *el condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un*

“mujeres honestas” y los ancianos, a fin de hacerlos “¿merecedores?” de penas menores; o bien, de la polémica reclusión domiciliaria⁶³.

VII - HERRAMIENTAS PARA UNA INTEGRACIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO

Para finalizar, no quiero dejar pasar la oportunidad para llamar la atención respecto de las herramientas que bien podrían utilizarse para lograr una integración jurídica más funcional a los tiempos que corren. En este sentido urge subrayar la importancia que podemos atribuirle al *recurso a todos los tipos de saberes y a sus contextos de aplicación* por parte del Derecho. Así, por ejemplo, bien podría acudirse, según los casos, al **conocimiento popular**, como lo hizo *Sancho Panza* y con mucho éxito cuando resultó ser gobernador de la ínsula Barataria. Al **saber científico**, simbolizado en la obra por la figura del *bachiller Sansón Carrasco*. Al **saber técnico**, representado por el *barbero* o bien, al **conocimiento filosófico** que parecía ostentar el *cura*, del lugar de origen de nuestro caballero⁶⁴.

familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado previo informes médico, psicológico y social que lo justifique. Si lo estimare conveniente, el juez podrá disponer una supervisión adecuada.

⁶³ Al respecto puede verse: **DABOVE, M.I.; IACUB, Ricardo**; *¿Qué significa tener más de setenta años?*, en prensa, Diario “Clarín”, septiembre de 2004.

⁶⁴ V. **CIURO CALDANI, M. A.**; *El derecho universal. (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; **DABOVE, M. I.**; *El Derecho como complejidad de saberes diversos*, Bs. As., “Ideas y Derecho”, Año III, N° 3, 2003, págs., 95 y ss.

Con todos estos instrumentos, creo en verdad posible llegar a generar productos jurídicos (conceptos y materializaciones) que funcionen de manera más ajustada a la realidad (fronteras) y a las aspiraciones de las personas implicadas en la misma (fines). Sólo entonces será posible desarrollar un Derecho que cuente con el valor agregado de la justificación ínsita en la tarea de argumentación y contra-argumentación, del diálogo fructífero. En suma, que impida cristalizar, “anacronizar”, “in-espaciar” el mundo jurídico y que ponga coto a los efectos dañinos del pensamiento mágico y la “loca” manipulación de la vida de todos los seres humanos, a los cuales el Derecho pertenece de manera libre e igualitaria.

CONCLUSIONES

Como nos habíamos propuesto al comenzar, hemos analizado la concepción general del Derecho y su proyección en torno a un caso vinculado con la Ancianidad, frente al espejo del Quijote cervantino. En este estudio, tres fueron los ejes temáticos tratados: los fines, las fronteras y las funciones propias del mundo jurídico. Al tiempo que, los mismos fueron abordados en relación a la problemática de la cordura-locura/locura-cordura, del Quijote, al tema de la capacidad jurídica, a la ancianidad, al género y a la consecuente construcción de la identidad que estas cuestiones requieren.

Señores –dijo don Quijote-, vámonos poco a poco, pues ya en los nidos de antaño no hay pájaros hogaño. Yo fui loco y ya soy cuerdo: fui don Quijote de la Mancha, y soy agora, como he dicho, Alonso Quijano el Bueno. Pueda vuestras mercedes mi arrepentimiento y mi verdad volverme a la estimación que de mi se tenía, y prosiga adelante el señor escribano⁶⁵...

Sea ello como fuere, lo cierto es que en la disfuncionalidad normativa observada en el pasado y en el presente, podemos hacernos eco también de las hermosas palabras que Cervantes nos enuncia como el **“Epitafio de Don Quijote de la Mancha”**

*Yace aquí, el Hidalgo fuerte
que a tanto extremo llegó
de valiente, que se advierte
que la muerte no triunfó
de su vida con su muerte.
Tuvo a todo el mundo en poco;
fue el espantajo y el coco
del mundo, en tal coyuntura,
que acreditó su ventura
morir cuerdo y vivir loco⁶⁶.*

⁶⁵ V. CERVANTES, S.; *Don Quijote... cit.*; T. II., págs. 575 y 576

⁶⁶ V. CERVANTES, S.; *Don Quijote... cit.*; T. II., págs. 577 y 578.

Y, así, llegamos al final. Muchas gracias a todos por su atención y sus preguntas.

**XVIII JORNADAS ARGENTINAS Y PRIMERAS JORNADAS ARGENTINO-
CHILENAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL**

Ciudad de Buenos Aires, 30 de septiembre y 1° y 2 de octubre de 2004

Fines, fronteras y funciones del Derecho ante el espejo del Quijote cervantino.

(Reflexiones en torno a un caso paradigmático del Derecho de la Ancianidad)⁶⁷

María Isolina Dabove⁶⁸

- ¡Válame Dios! -dijo la sobrina- que sepa vuestra merced tanto, señor tío, que, si fuese menester en una necesidad, podría subir en un púlpito e irse a predicar por esas calles, y que, con todo esto, dé en una ceguera tan grande y en una sandez tan conocida, que se dé a entender que es valiente, siendo viejo, que tiene fuerzas, estando enfermo, y que endereza entuertos, estando por la edad agobiado, y sobre todo, que es caballero, no lo siendo, porque aunque lo puedan ser los hidalgos, no lo son los pobres... (Don Quijote de la Mancha)⁶⁹

SUMARIO:

Introducción

- I- El Quijote cervantino de 1604
 - II- El Derecho ante el espejo del Quijote
 - III- Un caso referido al Derecho de la Ancianidad
 - IV- Los fines del Quijote, del Derecho y del caso
 - V- Sus fronteras
 - VI- Sus funciones
 - VII- Herramientas para una integración funcional del Derecho
- Conclusiones

⁶⁷ *A Bernardo, mi hijo, por su luminosa curiosidad, por su alegría ante la vida.*

En agradecimiento a la prof. **Laura Milano**, por sus consejos atinados, oportunos, sabios. Y a mis **amigos**, por su fructífera y constante compañía.

⁶⁸ Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (**CIUNR**). Profesora de Filosofía del Derecho - Facultad de Derecho - UNR y UNICEN. Profesora de Epistemología y Metodología de la Investigación Científica - Maestría en Derecho Privado - Maestría en Derecho Procesal - Doctorado en Derecho - Facultad de Derecho de la UNR . E.mail: **mdabove@fderec.unr.edu.ar**

⁶⁹ V. **CERVANTES, Miguel de**; *Don Quijote de la Mancha*, 14^o ed., editor John Jay Allen, Madrid, Cátedra, 1991, Tomo II, Capítulo VI, pág. 70.