

ASPECTOS JUSFILOSOFICOS DE LA PROCREACION ASISTIDA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Ideas fundamentales

1. Aunque hay importantes discusiones al respecto, quizás las posibilidades abiertas por la ingeniería genética en general, sobre todo respecto de la genética humana y su vertiente de la procreación asistida, constituyen el más grande **desafío** que el Derecho y el hombre debieron enfrentar jamás. Tal vez por primera vez el hombre estará en condiciones de decidir cómo serán los hombres y las especies que vendrán. Las posibilidades generales de la ingeniería genética son una de las características que contribuyen a identificar la **nueva edad** de la historia que ya vivimos en la actualidad.

2. Entre los desafíos que significa la ingeniería genética respecto de la vida humana para las teorías jurídicas, se encuentra el que provoca a las doctrinas jusfilosóficas. Muy poco es, a nuestro entender, lo que pueden decir acerca de las cuestiones de la ingeniería genética las posiciones que consideran que el Derecho es sólo normas, únicamente realidad social o solamente una problemática abstracta de justicia, pero mucho es lo que puede esclarecerse desde las **concepciones tridimensionales**, que consideran que el Derecho es realidad social, normas y valores, sobre todo cuando toman el camino de la **teoría trialista del mundo jurídico**, según la cual éste se compone con repartos de potencia e impotencia, captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (1).

(*) Bases de la exposición del autor en las Jornadas Nacionales de Bioética sobre Proyectos Legislativos acerca de la Procreación Asistida organizadas por la Fundación Fraternitas de Rosario.

(**) Coordinador de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas y profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Pueden v., en relación con las dimensiones jurídicas y la teoría trialista del mundo jurídico, por ejemplo GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

II. La procreación asistida en el mundo jurídico

a) Dimensión sociológica

3. En la dimensión sociológica del mundo jurídico la teoría trialista distingue adjudicaciones de lo que favorece o perjudica al ser, y en los seres vivos a la vida, o sea adjudicaciones de potencia e impotencia. Esas adjudicaciones pueden ser **repartos**, cuando provienen de la conducta de seres humanos determinables, realizando el valor **conducción**, o **distribuciones**, originadas en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y satisfactorias del valor **espontaneidad**. En cuanto a las posibilidades de la procreación asistida, vale resolver conscientemente cuánto se puede y se debe conducir a través de repartos y cuánto hay que dejar juego a la espontaneidad de la naturaleza, las influencias humanas difusas (por ejemplo del juego espontáneo de la economía, la ciencia, etc.) o el azar.

En el marco de los **repartos**, provenientes de nuestra conducta, hay que diferenciar quiénes son repartidores, o sea conducen; quiénes reciben, es decir, son recipientes; qué se reparte; por qué sendero o forma se decide lo repartido y cuáles son los móviles de los repartidores, las razones alegadas por éstos para fundamentar sus repartos y las razones que atribuye la sociedad a los repartos cuando los considera valiosos. Vale tener en cuenta que los repartidores no son siempre los que aparecen en las formalizaciones, y conducciones ocultas, por ejemplo, de grandes empresarios de laboratorios, pueden intervenir en las decisiones de la procreación asistida. También es relevante advertir, por ejemplo, que estas adjudicaciones se extienden mucho más allá de los embriones, sus padres, etc., para adjudicar al fin potencia e impotencia de manera significativa a toda la vida y al universo en su conjunto.

4. Los repartos pueden ordenarse al hilo del **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto y realiza el valor previsibilidad -formalizándose v.gr. a través de constituciones y leyes- y de la **ejemplaridad**, desenvuelta según el modelo y el seguimiento y satisfactoria del valor solidaridad. También en cuanto a la procreación asistida hay que resolver cuánto se planificará desde los gobiernos y cuánto se dejará a la marcha de la razonabilidad social de la ejemplaridad, sin desconocer que con frecuencia bajo la apariencia de ésta hay una planificación empresaria (por ej. de los laboratorios).

Los repartos suelen tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, que pueden considerarse mejor desde el punto de vista de los individuos, sean los obstáculos físicos, psíquicos, lógicos o axiológicos, o desde la perspectiva de la sociedad, sean los límites socio-políticos o socio-económicos. En cuanto a la procreación asistida se

han de tomar en consideración, por ejemplo, que las consecuencias en gran medida imprevisibles pueden resultar contrarias a los objetivos procurados y que las tendencias psíquicas de los hombres a tener hijos o a temer a lo desconocido pueden vencer las limitaciones puestas en las leyes o imponer restricciones ilegítimas.

b) Dimensión normológica

5. Las normatividades describen y al propio tiempo integran la realidad de los repartos. Si describen con acierto la voluntad de los autores son **fieles**; si describen correctamente su cumplimiento son **exactas** y si integran la realidad utilizando conceptos y produciendo “materializaciones” (2) que sirven a los fines de los autores son **adecuadas**. En caso de legislar sobre procreación asistida hay que tener muy en cuenta que las normas respectivas sean fieles, exactas y adecuadas. En mucho hay que cuidar que se cumplan, superando las tendencias de la realidad que pueden ser incontenibles y hay que procurar que sean adecuadas de modo que, por ejemplo, si se desea jerarquizar el fenómeno habrá que hablar de “procreación asistida” y no de fecundación asistida, ingeniería genética, etc.

Las posibilidades de la procreación asistida colocan ante grandes **carencias normológicas** (lagunas del ordenamiento normativo) por novedades históricas científico-técnicas que abarcan múltiples aspectos del ordenamiento normativo. Es muy difícil que esas carencias, que se refieren a cuestiones como el comienzo de la existencia de las personas, las relaciones filiatorias, matrimoniales, sucesorias, etc., puedan resolverse de manera amplia por “autointegración”, con elementos tomados de los propios ordenamientos normativos elaborados para realidades del pasado, y suele ser necesaria la “**heterointegración**”, que recurre directamente a las exigencias de justicia.

Las normatividades pueden tener mayores cargas **institucionales** (o sea de ideas -y valores- que se realizan en el tiempo) o **negociales** (con más participación libre de los protagonistas). Así, en el caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto se dará espacio a la institucionalidad tradicional del matrimonio y cuánto se abrirán otros cauces para la generación de la vida.

6. El ordenamiento normativo se constituye **vertical** y **horizontalmente** según relaciones respectivas de **producción** y de **contenido**. Las vinculaciones verticales de producción satisfacen el valor subordinación; las relaciones verticales de contenido realizan el valor ilación; las vinculaciones verticales de producción cumplen con el valor infalibilidad y las relaciones verticales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. En nuestro caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto a través de **controles** y **sanciones** se procurará que las normas resulten infalibles.

(2) Las materializaciones son personas, cosas u organismos con sentidos especiales incorporados por las normas.

c) Dimensión dikelógica

7. La procreación asistida pone en cuestión las relaciones entre los valores particulares, como la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, la santidad, etc. y el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), cuya satisfacción mínima es característica de todo hombre. Hay que lograr que los valores contribuyan entre sí y evitar que unos secuestren el espacio correspondiente a los otros. A nuestro entender, más allá de la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, etc., el embrión siempre realiza por lo menos en alguna medida el valor **humanidad**. Todas las soluciones de procreación asistida se iluminan en este sentido.

La justicia puede descubrirse por diversas vías, por ejemplo, de carácter **consensual** o **extraconsensual**; **simétrica** (con fácil comparabilidad de las potencias e impotencias, v. gr. a través de la moneda) o **asimétrica**; **particular** o **general** (tendiente al bien común). En nuestro tiempo predominan exageradamente la justicia consensual, simétrica y particular, pero en materias como la procreación asistida es importante enriquecer esas perspectivas con la justicia extraconsensual, asimétrica y general. Importa tener en cuenta, por ejemplo, que la justicia consensual y simétrica no suele alcanzar para legitimar la locación de vientres. Además del bien particular hay que tomar en profunda consideración el bien común.

Las posibilidades de la procreación asistida ponen en **crisis** los criterios generales orientadores tradicionales, requiriendo que se realicen **valoraciones completas**. Los criterios descubiertos en el pasado no orientan de manera satisfactoria. El material estimativo de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, y requiere tener en cuenta todo el **complejo** temporal, personal y real. Por eso la justicia es una categoría “**pantónoma**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), pero como no somos ni omniscientes ni omnipotentes hay que fraccionarla cuando no se puede saber o hacer más, con cortes que producen seguridad. La procreación asistida pone en cuestión todo el pasado, el presente y el porvenir y cuestiona asimismo el complejo temporal, v. gr. para saber cuándo comienza la existencia de la persona, el complejo personal de la familia, y el complejo real de los despliegues del ser humano. Ese desafío mueve a algunos a fraccionar apresuradamente, en tanto que otros tienden a no cortar cuando es debido. Es cierto que en parte nuestra ignorancia nos lleva a depender de actitudes básicas **optimistas** o **pesimistas** (3), pero debemos esforzarnos en no fraccionar apresuradamente, con el imperio avasallante de la preocupación por la seguridad, o desfraccionar de modo exagerado, corriendo riesgos ilegítimos.

8. El principio supremo de justicia exige que cada individuo tenga la esfera de libertad necesaria para convertirse en **persona**, mas la procreación asistida nos obliga a

(3) La preservación de la vida que ha prevalecido frente a las incalculables posibilidades destructoras de las armas atómicas es un título para esperar que los hombres sabremos controlar el poder de la ingeniería genética

preguntarnos con especial intensidad qué es ser persona y a interrogarnos incluso acerca de la justicia de otras posibles especies futuras.

El reparto justo ha de serlo en todos los aspectos que señalamos precedentemente. Importa, v. gr., que haya legitimidad en cuanto a los repartidores, sea **aristocrática**, por superioridad moral, científica o técnica, o **autónoma**, por acuerdo de los interesados. La problemática de la procreación asistida obliga a tener en cuenta que la aristocracia es muy débil, porque poco podemos decidir sobre la moral y las consecuencias de la ciencia y la técnica al respecto. También exige considerar que la autonomía es casi imposible, porque muy poco puede saberse de la voluntad de los embriones, de los hombres puramente futuros, etc.

En cuanto a la legitimidad respecto de los recipientes hay que tener en consideración que los méritos superiores corresponden a los hombres y no a los otros seres. Hombres no son sólo los que viven plenamente en la actualidad, sino también los embriones y los puramente futuros.

Respecto a los objetos a repartir, hay que considerar que además del derecho a tener hijos y al conocimiento científico son legítimos los **derechos a nacer** y a la **vida en plenitud**, y que ésta es en mucho diversidad, creación, etc.

La forma justa del reparto ha de ser más **procesal** que de mera imposición y más **negocial** que de mera adhesión. El proceso y la negociación se caracterizan por la audiencia de los interesados. Sin embargo, las posibilidades de la procreación asistida en cuanto a la vida humana nos colocan ante sujetos que no pueden ser escuchados, respecto de los cuales no puede hablarse no sólo de autonomía sino de un verdadero proceso. Nuestra crisis de legitimidad hace así muy cuestionables las posibilidades de decidir impotencias respecto de los embriones.

9. El régimen justo ha de ser **humanista**, tomando a cada hombre como fin y no como medio. Ha de rechazar el totalitarismo, que considera a los seres humanos como medios, sea en sentido estricto respecto del conjunto social o en sentido amplio en relación con otros hombres (4). El humanismo requiere a nuestro entender que cada embrión, como ser humano, sea tomado como un fin y no como un medio, por ejemplo, rechazando su empleo para fines terapéuticos, estéticos, etc. o de mera satisfacción de otros seres humanos. Una cuestión sumamente compleja es la legitimidad de aumentar el número de embriones a producir para que se incrementen las posibilidades de lograr embarazos, ya que hay que saber si resulta un avance humanista de las propias posibilidades de cada embrión o un despliegue totalitario del interés del conjunto en cuanto a producción de la procreación buscada.

Para que el régimen sea humanista ha de proteger al individuo contra los demás

(4) Pese al humanismo básico, hay que tener en cuenta que éste puede entenderse con más lealtades específicas antropocéntricas, teocéntricas, cosmocéntricas, etc.

individuos como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Las posibilidades de la procreación asistida permiten amparar, por ejemplo, **contra “lo demás”** de la nada del no ser, la enfermedad y la soledad, pero requieren, de manera muy significativa, la protección **contra los demás individuos**.

III. La procreación asistida en el horizonte de política general

10. En el horizonte de la política general, las posibilidades de la procreación asistida requieren que junto a las consideraciones de política jurídica (o Derecho) y a las inevitables perspectivas de política científica y política económica se desenvuelvan las de política sanitaria, política religiosa, política erológica (referida al valor amor), etc., poniendo además en juego, por ejemplo, la política de seguridad, la política educacional y, al fin, toda la política cultural para que sea realidad la plena **convivencia humanista** (5).

(5) En cuanto a la bibliografía reciente acerca de la Bioética pueden v. por ej. GRODIN, Michael A. (ed.), "Meta Medical Ethics: The Philosophical Foundations of Bioethics", Dordrecht, Kluwer, 1995; DWORKIN, Ronald, "Il dominio della vita", trad. Carla Bagnoli, Milán, Comunità, 1994.
Es posible c. asimismo nuestro artículo "Panorama de los fundamentos de la Bioética", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 18, págs. 33 y ss.

BASES PARA EL BIODERECHO DE LA TRANSMISION GENETICA DE DEFICIENCIAS Y ENFERMEDADES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I) Ideas fundamentales

1. El planteo biojurídico de la transmisión genética de deficiencias y enfermedades está relacionado en nuestro tiempo con dos perspectivas que lo iluminan desde distintos puntos de vista. Por una parte, el creciente despliegue del régimen de la responsabilidad, que incluso penetra con el llamado “derecho de daños” (1) en los marcos de la familia, y por otra los desarrollos científicos que han evidenciado con especial claridad que diversas deficiencias y enfermedades, a veces incluso de carácter mortal, se transmiten en diferentes grados por vía genética. Si bien desde hace largo tiempo se sabe que esta transmisión se produce respecto de ciertas deficiencias y enfermedades de alcance sectorial, hoy se ha revelado, por ejemplo, que el cáncer, enfermedad de difusión masiva y que posee además particular influencia en la psicología colectiva, tiene importantes referencias de transmisión genética (2). Si por un lado puede encontrar más apoyo el reproche, por el otro la comprensión de que se trata de una cuestión que llevaría la responsabilidad al infinito produce cierto “estallido” del mismo (3).

Nuestra cuestión adquiere caracteres especiales, por ejemplo, cuando se trata de intervenciones de fecundación asistida o de excepcionales actuaciones dolosas, pero el propósito de este estudio es referirnos sólo al proceso básico de transmisión de la vida con deficiencias y enfermedades, en la comprensión de que esto sirve incluso como punto de partida para las posibles soluciones diversas de las situaciones excepcionales.

(*) Notas para una disertación del autor en el Área de Bioética y Bioderecho del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

Homenaje a la memoria de Lucía Caldani de Ciuro.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Es posible c. v. gr. TRIGO REPRESAS, Félix A. - STIGLITZ, Rubén S. (directores), “Derecho de daños”, Bs. As., La Rocca, 1989.

(2) Puede v. por ej. WYNGAARDEN, James B., “Current Status of Science of Human Genetics”, en “Journal International de Bioéthique - International Journal of Bioethics”, Nº 2, Vol. 4, págs. 105/106.

(3) Es posible v. por ej. la reciente ponencia de SAUX, Edgardo Ignacio - GUERIN, María Eugenia, sobre “El daño genético”, en CONGRESO INTERNACIONAL LA PERSONA Y EL DERECHO EN EL FIN DE SIGLO, “Libro de

2. A la luz de la **teoría trialista del mundo jurídico** (4) pueden iluminarse diversas perspectivas de la problemática que nos ocupa y de las soluciones respectivas y entre ellas elegimos tener en cuenta la comprensión de los alcances reales y axiológicos de las adjudicaciones y de su orden, de los valores en juego y de la “**pantomomía**” y el fraccionamiento de la justicia.

II) Bioderecho de la transmisión genética de deficiencias y enfermedades

a) La transmisión como reparto o distribución y sus elementos

3. Para apreciar los alcances sociológicos de las adjudicaciones de transmisión genética de deficiencias y enfermedades vale tener en cuenta que las adjudicaciones en general pueden provenir de la conducta de seres humanos determinables, constituyendo entonces **repartos**, o de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, produciéndose en estos casos **distribuciones**.

La comprensión de nuestro tema exige aclarar en qué medida la transmisión se produce por reparto de los “pro-genitores” o por distribución de la naturaleza, de las influencias de hombres indeterminables (v. gr. de las generaciones anteriores) o del azar. Aquí se presenta con gran tensión la difícil problemática de la causalidad, que tantas discusiones todavía abiertas ha suscitado. Pese a ciertas apariencias de conducción directa de los padres e incluso pese al sentido de “pro-creación”, hay que tener en cuenta que a menudo es mucho lo que ya está en el acervo mismo de la condición humana.

También es relevante tomar en consideración quiénes son recipientes de la transmisión y nuevamente se advierte que no son sólo los hijos, sino de diversas maneras todos quienes deriven sus condiciones de ellos, en especial su descendencia. Cada transmisión de la vida es un eslabón de una cadena que hace a la marcha y a la evolución toda de la especie y de la vida.

La transmisión de deficiencias y enfermedades significa en principio la adjudicación de **impotencia** (o sea de lo que perjudica a la vida), aunque ésta ha de ser comprendida en el contexto de la posibilidad de su conversión en **potencia**, con cierto sentido de “sublimación”, y de la común condición “**deficiente**” y **mortal** de los seres humanos.

Los aspectos repartidores de la transmisión de deficiencias y enfermedades se producen en condiciones de imposibilidad de “audiencia” de los hijos receptores, de modo que en lugar de un proceso se trata de cierta “**imposición**” atenuable, sin embargo, por la conjectura de su voluntad al tiempo de la procreación.

Las razones de los repartos que se produzcan pueden abarcar, por ejemplo, móviles de propia afirmación de los padres, de generosidad hacia los hijos, etc. pero, como es frecuente, es muy difícil reconocerlos y al fin hacen más a las perspectivas éticas que a las jurídicas.

ponencias”. Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, págs. 130 y ss. Surge de allí un panorama de la discusión en la doctrina civilista.

(4) Pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a ed., 5a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976. “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

Obviamente las razones que se invocan para procrear suelen ser generosas y parece que, por lo menos hasta ahora, la conciencia social evidencia una fuerte razonabilidad aprobatoria de la transmisión de la vida, aunque sea afectada por deficiencias y enfermedades.

Para apreciar acabadamente el significado de lo que se trata en este tema vale tener en cuenta que en la realidad social las nociones de deficiencia y de enfermedad son, en mucho, resultados de **construcciones sociales** y también importa considerar que en nuestro tiempo todos los patrones sociales suelen ser dominados por las exigencias de la vida económica y del **mercado**. Es relevante saber con qué criterios se decide quién es deficiente o es enfermo y hoy esto se relaciona con frecuencia y quizás de modo creciente con el proceso de producción, distribución y consumo. Una equilibrada consideración del problema debe reconocer, no obstante, que las deficiencias y las enfermedades no dejan de funcionar como tales porque sean construcciones sociales.

b) El orden de la transmisión

4. En la medida que sean repartos la transmisión genética de deficiencias y enfermedades y las soluciones respectivas pueden resultar ordenados por la **ejemplaridad**, que se desenvuelve según la marcha del seguimiento de modelos considerados razonables, o por el **plan de gobierno en marcha**, que indica, quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto.

La ordenación de la transmisión de la vida, con sus posibles ingredientes de deficiencias y enfermedades, se desenvuelve hasta ahora por la vía de una ejemplaridad aprobatoria. La asignación de responsabilidad legal al respecto significaría en principio una mayor penetración del plan de gobierno en marcha, que impondría los criterios con los que puede o no transmitirse la vida y también cierto cambio en los criterios respectivos de razonabilidad social. En un tiempo en que la economía y en particular el mercado poseen fuerza decisiva, la adjudicación de responsabilidad significaría una mayor posibilidad de que el orden respectivo sea impuesto por ellos.

5. La construcción de las nociones de deficiencia y de enfermedad se produce en gran medida en base a contrastes entre la **finalidad subjetiva** de quienes evalúan y la **finalidad objetiva** de los acontecimientos, pero la finalidad subjetiva no es en todos los hombres la misma y la finalidad objetiva es una categoría “**pantónoma**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) que abarcamos mediante fraccionamientos.

En realidad no conocemos acabadamente el sentido de la vida y consecuentemente tampoco de las deficiencias y las enfermedades. En todo caso, éstas se producen en contraste con la también construida idea de “normalidad” (5).

c) Los valores de la transmisión

(5) Puede v. nuestro estudio “Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho”, en “Investigación y Docencia” N° 19, págs. 5 y ss

(6) Es posible v. nuestro artículo “El humanismo de la naturaleza”, en “Investigación ...” cit., N° 16, págs. 11 y ss.

6. Es altamente significativo saber cuáles son los valores con los que deben apreciarse la deficiencia y la enfermedad. Se puede ser deficiente o enfermo con miras a la salud, la verdad, la belleza, la utilidad, la justicia, el amor, etc. y en nuestro tiempo resulta relevante recomendar que las dos condiciones se estimen más en relación con la **salud** que con la a menudo arrogante y subversiva **utilidad**. Además vale tener en cuenta que en definitiva nadie puede ser totalmente deficiente ni siquiera enfermo desde el punto de vista del valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser) y que la vida humana siempre es de alguna manera **valiosa**.

Los eventuales reproches por transmisión de deficiencias o enfermedades pueden ser medios para poner la utilidad al servicio de otros valores, pero en todo caso hay que tomar conciencia de que se desenvuelven en contraste con la estima que siempre merece la condición humana y afectan incluso la realización del valor **amor** en un marco donde éste es particularmente significativo, como el de la familia. La paternidad es una de las mayores expresiones del amor y en principio no es admisible mezclarla con la idea de “daño” (6).

d) La “pantomomía” y el fraccionamiento de la justicia en la transmisión

7. Es evidente que las deficiencias y las enfermedades, en tanto sean verdaderamente tales, son injustas y que si pudiera satisfacerse la “**pantomomía**” de la justicia serían totalmente eliminadas. La pantomomía de la justicia exige realizarla en relación con la totalidad del pasado, el presente y el porvenir y en el complejo personal, temporal y real y para ello hay que ser **omnisciente** y **omnipotente**, pero ninguna de las dos condiciones están al alcance de los seres humanos. La justicia perfecta sólo estaría al alcance de un Dios y por eso es que ha tenido difusión el paradigma del “Juicio Final”.

Las deficiencias y las enfermedades son construidas como tales en base a fraccionamientos y desfraccionamientos de la justicia y también son construidas las posibilidades de su superación, incluso por vía de la responsabilidad de los progenitores, pero urge que los fraccionamientos y los desfraccionamientos se realicen donde son debidos.

Uno de los mayores interrogantes en cuanto a la transmisión genética de deficiencias o enfermedades es el grado en que debemos desfraccionar sus **consecuencias** adjudicando responsabilidad a los padres y alejando los perjuicios de los hijos y fraccionando, en cambio, las posibles influencias correctoras del **futuro**, el **complejo personal** de la humanidad y en particular de la familia, el **complejo real**, etc. Se trata de que las consecuencias perjudiciales no recaigan en los hijos “perjudicados” sino en quienes las habrían provocado, pero es mucho el costo de fraccionamiento de justicia que debe pagarse para lograr ese desfraccionamiento.

Siempre existe, sobre todo, la posibilidad de que influencias del futuro varíen, en la

vida de los hijos y en la de los descendientes que lleguen a generar, los ingredientes de injusticia que puedan tener una deficiencia o una enfermedad. La vida con sus grandes y limitaciones es un fenómeno en común y a todos los integrantes de la especie nos es justamente relevante que los padres apuesten a la transmisión de la vida. La deficiencia y la enfermedad son sólo partes de un complejo real que puede tener otros sentidos valiosos y que, por lo demás, siempre incluye -por ahora inexorablemente- nuestra condición de seres "mortales" y limitados. Transmitir vida es -por lo menos por todo el tiempo previsible- también transmitir muerte y limitación y resulta imposible responsabilizar por ello.

En todo caso habría que "fraccionar el desfraccionamiento" teniendo en cuenta sólo las deficiencias y las enfermedades más "anormales", pero la confusión a este respecto puede ser abrumadora. ¿Cuáles son los criterios para distinguir entre la responsabilidad por la transmisión de diversos grados de atraso mental, de predisposiciones al cáncer en sus diferentes manifestaciones, etc.? Incluso, aunque no sea decisivo, es asimismo relevante considerar que la conciencia del "daño" puede ser nula o muy limitada.

A nuestro parecer, adjudicar responsabilidad por la transmisión genética de deficiencias y enfermedades es un desfraccionamiento que resulta para el hombre básicamente injusto porque escapa a las posibilidades de hacerlo sin provocar más injusticia, aunque admitimos que circunstancias excepcionales pueden cambiar este sentido y que en general la conciencia de que al rechazar la responsabilidad se produce un fraccionamiento de las consecuencias puede llevar a mitigarlo legítimamente mediante la llamada "paternidad responsable", el especial cuidado de los padres y de los demás integrantes de la familia y de la sociedad respecto de los "perjudicados", el replanteo de la distribución sucesoria, etc.

Creemos que la exigencia de solidaridad entre los integrantes del complejo personal puede conducir, en ciertos casos extremos, a una responsabilidad en sentido amplio, pero vale tener en cuenta que básicamente ésta no puede considerarse fundada en un "daño" sino en un deber de **redistribución** de bienes, en la familia y también en la sociedad. Debe ser una responsabilidad de sentido "positivo", no "negativo".

Si los padres deben responder por daño a los hijos que procrean con deficiencias y enfermedades ¿no se llegaría a que los discapacitados y los enfermos, sobre todo si lo son por su culpa, deban responder ante la sociedad por los "perjuicios" que le ocasionan? La ruptura del complejo personal de la humanidad a la que hoy se suele tender puede tener consecuencias terribles.

e) La justicia de los repartos de la transmisión

8. Aunque se reconozca que en la transmisión genética de deficiencias y enfermedades es en mucho producida por distribuciones, vale considerar los despliegues valiosos o

“desvaliosos” de los repartos respectivos y de la adjudicación de responsabilidad.

No cabe duda de que, como señalamos, la deficiencia y la enfermedad son en principio injustas, pero vale saber si alguien está legitimado para resolver al respecto de manera aristocrática, con superioridad moral, científica o técnica, o hay que atenerse a la “**criptoautonomía**” del ser que nace y respecto del cual es en cierto grado legítimo conjeturar su voluntad de nacer. Sobre esta base parece sostenible que debe aceptar las condiciones en que su nacimiento era posible, aunque corresponda atenuarlas, no por vía de responsabilidad por “daño” sino por la senda de la solidaridad.

Dar vida es, en principio, uno de los **derechos-deberes** que en general, salvo circunstancias excepcionales, tenemos todos los hombres, en mucho porque todos los hombres, por deficientes y enfermos que sean, merecen vivir. Las deficiencias y las enfermedades son “desvaliosas” y deben ser superadas, pero no afectando el derecho-deber de dar vida. En todo caso, la mejor vía de limitación del exceso es el debido ejercicio de la libertad en la llamada “paternidad responsable”.

La transmisión de la vida en general debe realizarse en términos de un “**paraproceso**” conjetal de la voluntad de los seres que serán llamados a la vida, pero en principio cabe conjeturar que desean vivir.

f) La justicia del régimen y la transmisión

9. La adjudicación de responsabilidad puede parecer un medio humanista para que los hijos no sean mediatisados por los padres, pero a nuestro parecer en general parte de ignorar el reconocimiento humanista último de que cada hombre, como es, es un fin en sí.

Un ser humano “es” y debe ser, con todas sus limitaciones; otros aspectos son el grado de solidaridad que merece para realizarse más plenamente y las vías más justas para concretarlo.

CUESTIONES AXIOLOGICAS CRITICAS EN EL DESARROLLO DEL BIODERECHO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) La carencia histórica de normas jurídicas por los avances en el dominio de la genética humana

1. El proceso de avance en el dominio de la genética humana que viene desarrollándose en nuestro tiempo genera la **carencia histórica de normas** más importante que se ha producido en toda la evolución de la humanidad. Se trata de una carencia de normas no sólo en lo moral, sino en lo jurídico (1).

Las posibilidades actuales ponen en crisis los papeles familiares más fundamentales de nuestra organización, como son los de padre y madre, y quizás en el futuro por primera vez una especie, nuestra especie, pueda decidir no sólo sus características futuras sino la aparición de nuevas especies.

Ante esa carencia histórica de normas jurídicas por novedad científico técnica se puede responder mediante la **autointegración** o la **heterointegración** del ordenamiento normativo y la discusión al respecto es una de las perspectivas esclarecedoras para comprender el desafío del **Bioderecho**.

Para algunos se ha de responder ignorando en la mayor medida posible la carencia y aplicando lisa y llanamente las normas existentes, de modo de rechazar todas las posibilidades que excedan de ellas. Para otros, en el extremo opuesto, se ha de responder rechazando las bases normativas existentes, de manera que se resuelve todo por la vía de la heterointegración. En medio de estas posiciones extremas caben múltiples otras opiniones.

La “escisión” axiológica así evidenciada es grande, al punto de poner en crisis al **positivismo**, que a menudo nada quiere ni puede responder al respecto quedando, con frecuencia, sometido a los meros hechos, y también a las formulaciones clásicas de las **concepciones religiosas**, que se ven desafiadas en su “re-ligamiento” del mundo.

(*) Notas básicas de la comunicación presentada al respecto por el autor a las Primeras Jornadas Argentinas de Bioética - Primeras Jornadas Latinoamericanas de Bioética realizadas en Mar del Plata.

(**) Coordinador de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas. Investigador del CONICET.

(1) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en la que se basa la comunicación, y en especial de la noción de carencia de normas pueden c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

A fin de contribuir a reconocer y resolver la carencia, que pese a las posiciones negativas nos parece evidente, vale apreciar cuáles son las perspectivas en que puede comprenderse la **crisis axiológica** (2) provocada por las posibilidades de la genética humana. Más que brindar respuestas, en este caso nos interesa presentar los grandes **interrogantes** a solucionar.

b) La crisis axiológica provocada por los avances en el dominio de la genética humana

2. La existencia del hombre genera un deber ser desenvuelto en un **complejo axiológico** que culmina en el valor **humanidad**, el deber ser cabal de nuestro ser. Para una mejor realización de la humanidad es necesario satisfacer otros infinitos valores, entre los que se destacan la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, la justicia, el amor, la santidad, etc. Sin embargo, una cuestión relevante es saber si la humanidad y los otros valores poseen valor por sí mismos, no dependiente del ser del hombre, o sólo en función de su ser, es decir, sujetos a la condición de que el hombre deba existir. Si la existencia humana es un dato del ser casi inmodificable, el problema tiene menos alcance, pero hoy, cuando incluso se evidencia la posibilidad de desaparición de nuestra especie como consecuencia de nuestro obrar, es urgente resolver en qué medida el hombre ha de ser.

La tensión entre el **ser** y el **deber ser**, que hasta ahora ha encontrado un punto de coincidencia relativamente claro, porque para que la sólida realidad del hombre fuera era necesaria toda una “cascada” de requerimientos valorativos, en el tiempo presente, en que el hombre es una realidad relativamente “débil” y se acerca incluso la posibilidad mayor de nuevas especies, se muestra con caracteres más graves. En principio el complejo axiológico coronado por el valor **humanidad** vale, pero ¿vale que el hombre sea?

3. En estrecha relación con la cuestión precedente se plantea otro núcleo problemático relevante, pero de origen más “clásico”, el que se refiere a las **características valiosas** de lo humano.

Hay que decidir en qué consisten el ser **hombre** y el deber ser del hombre. También para resolver si el hombre debe ser hay que solucionar los interrogantes acerca de ¿qué valores debemos realizar como hombres y qué contenidos de exigencia poseen?

4. Los complejos axiológicos que realizamos los hombres deben desenvolverse en términos de **coadyuvancia** entre valores o de legítima **sustitución** de unos valores por otros, pero no de ilegítimo secuestro del lugar de unos valores por la falsa presencia de otros valores ilegítimamente fabricados o la falsificación de valores naturales diversos. En estos

(2) En relación con el tema pueden v. por ej., además de nuestros “Estudios ...” cits -en especial t. II, 1984, págs. 63 y ss.. nuestro artículo “Crisis del naturalismo ético”, en “Investigación y Docencia”, Nº 14, págs. 19 y ss.

marcos han de situarse los **valores jurídicos** y en especial el valor en que culminan, que es la **justicia**.

La inmensa crisis que se nos plantea con el avance de la genética humana oculta cuáles son esas relaciones de coadyuvancia y sustitución y parece ponernos a merced de desbordes de falsificaciones de valores como el orden o la santidad, que quieren prohibir todas las posibilidades del dominio de la genética humana, o de la utilidad, que todo lo mediatiza sin reconocer los valores a los que debe tender. Mucho se habla de "ingeniería genética" pero, como lo señalamos en otra comunicación presentada a las mismas Jornadas, urge comprender si se trata sólo del sentido de la utilidad que caracteriza a las concepciones habituales de la ingeniería.

¿Como lograr que en la solución de nuestra carencia de normas los valores coadyuven o se sustituyan, pero no se vinculen ilegitimamente en relaciones de secuestro?

5. Las exigencias de justicia se descubren por vías diversas, que deben confluir en la única justicia debida en cada situación y dan lugar a las llamadas **clases de justicia**.

Entre esas clases de justicia se encuentran, por ejemplo, la justicia consensual o extraconsensual. Nuestro tiempo se remite casi con exclusividad a la justicia consensual, descubierta en relación con el acuerdo, pero hoy se ve amenazado por la desorientación respecto del valor profundo de nuestra posición en el universo, que no se esclarece consensualmente, y suele llegar así a importantes estallidos de violencia, más o menos referida a contenidos ideológicos. Ante los avances en el dominio de la genética humana se ponen en crisis las posibilidades del consensualismo, porque no sabemos quiénes han de ser los sujetos a tener en cuenta como partes del acuerdo, y las del extraconsensualismo, porque no tenemos en claro cuál ha de ser la realidad del universo.

La justicia puede descubrirse también, v.gr., por sendas de justicia con o sin acepción (consideración) de personas, simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparación de lo adjudicado), monologal o dialogal y conmutativa o espontánea. Ante las posibilidades de la genética humana se hace especialmente difícil determinar cuáles son los alcances de las personas, que es lo que se compara y cuáles son los alcances del aislamiento y de la participación y ajustar el diálogo de las diversas razones, que se refieren incluso a posibles nuevas especies.

Diversas clases de justicia se vinculan en diferentes grados con la perspectiva del conjunto social: "partial" y gubernamental (que proviene del todo), sectorial e integral (que se refiere a todos), de aislamiento o de participación, absoluta o relativa y particular o general (dirigida al bien común). Ante la crisis en que nos encontramos no tenemos en claro cuáles son los alcances del todo de referencia, a quiénes se refieren el aislamiento y la participación y qué corresponde absolutamente a cada caso y qué relación tiene con los otros casos.

Si ahora se piensa nuevamente en los derechos de los animales, quizás haya que

pensar también en los derechos de las especies posibles que surgirían del dominio genético, de modo que el todo de la referencia de justicia puede variar decisivamente.

6. Las valoraciones en general y sobre todo las de justicia suelen llevarse a cabo mediante **sentimientos racionales** pero, ante las enormes novedades que se plantean, los sentimientos y la razón pueden resultar prisioneros de “pre-sentimientos” y “pre-juicios” o disolverse en una cabal desorientación. Al fin, vale reconocerlo, el dominio de la genética nos coloca ante un no saber tan intenso que debemos resolver en mucho según una posición básica ante el mundo -más o menos realista o idealista, más o menos optimista o pesimista-, que no puede fundamentarse acabadamente.

Las valoraciones de justicia se refieren a la **totalidad** de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (“pantomomía” de la justicia; pan=todo; nomos=ley que gobierna). Sin embargo, no podemos abordar íntegramente esa totalidad porque no somos omniscientes ni omnipotentes, de modo que nos hallamos en la necesidad de producir fraccionamientos que generan **seguridad**. En nuestro tiempo de la genética humana es especialmente poco lo que sabemos de los alcances de la totalidad de las adjudicaciones, en mucho porque se desdibuja el perfil de sus integrantes. A diferencia de la relativa determinación de los hombres **futuros** a través del curso de la naturaleza, ahora nos encontramos con la posibilidad de seres cuya determinación tal vez exista en mucho en los fenómenos psicológicos, sociológicos, económicos, etc., pero en gran medida no nos es cognoscible.

Otras de las líneas de influencias de justicia que requiere tener en cuenta la pantomomía de la justicia son las del **complejo personal**, el **complejo real** y las **consecuencias**. Ante las posibilidades genéticas actuales se pone en crisis el sentido de la común realización vital del complejo personal, no sólo porque se fracturan los vínculos entre el saber científico y tecnológico y el saber vulgar, sino porque no sabemos cuánto tendremos un porvenir común. Las enormes posibilidades genéticas llevan a una realidad “virtual” que pone en crisis al complejo real. Es más, se lleva al infinito la posibilidad de que unos recipientes reciban lo beneficioso o perjudicial que en realidad corresponde a otros, por ejemplo, que la vida se enriquezca o desaparezca por la mera decisión valiosa o “desvaliosa” de los laboratoristas y los empresarios.

Frente a las posibilidades de abrirnos a seres futuros, en mucho para nuestro saber indeterminados, y la crisis del complejo personal, del complejo real y de las consecuencias, nos hallamos en una situación de fuerte **inseguridad**. Por eso que las tendencias aseguradoras de bloquear el cultivo de la genética son grandes.

Las valoraciones de justicia se orientan a menudo por **criterios generales** que facilitan la tarea, pero a veces no son adecuados para los casos o son lisa y llanamente falsos. Ante las enormes innovaciones de los avances en el dominio genético, que ponen en crisis incluso a la valencia de la justicia y las valoraciones completas, los criterios generales orientadores de justicia tradicionales están también en profunda crisis. Incluso cabe preguntarse

si es legítimo resolver con criterios generales humanos la hipotética existencia de otras especies.

7. El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada **individuo** la esfera de libertad necesaria para **desarrollarse plenamente**, es decir, para convertirse en persona. La crisis generada por los avances de la genética humana hace que sea muy difícil determinar en qué consisten el individuo y su pleno desarrollo. qué es convertirse en persona.

8. A la luz de ese principio supremo de justicia han de decidirse la justicia de los repartos aislados y del régimen en su conjunto.

La legitimidad de los **repartos aislados** depende de la legitimidad de los repartidores, los recipientes, los objetos, la forma y las razones con que se los decide. La legitimidad de los **repartidores** puede provenir de su **aristocracia**, es decir, de su superioridad moral, científica o técnica, o de su **autonomía**, que se concreta con el acuerdo de los interesados. Ante la crisis producida por el dominio de la genética es necesario preguntarse con especial intensidad en qué consiste la superioridad moral, científica o técnica y quiénes son los interesados. Podemos reconocer a quiénes tienen mayores destrezas científicas y técnicas, pero no sabemos qué valor poseen esas destrezas y además corremos el riesgo de quedar ante la sola aristocracia técnica.

En general en nuestro tiempo la tecnocracia, con todas las limitaciones propias de la visión “técnica”, que responde a fines preestablecidos, tiende a sustituir a la apertura de la sofocracia, a la que conducen, en cambio, la ciencia y sobre todo la filosofía. Esta sustitución puede ser especialmente intensa en la genética por el gran condicionamiento de la necesidad de recursos para la genética.

Aunque las fronteras entre saber científico en general y saber técnico no son del todo rígidas, porque quizás el saber no sea jamás plenamente “desinteresado” o “interesado”, la distinción entre ambos saberes es valiosa y parece que el poder de las grandes empresas comerciales tiende a poner decisivamente a la genética en el marco de la técnica. Optar por perspectivas más sofocráticas o tecnocráticas o más autónomas es uno de los grandes desafíos del Bioderecho.

La autonomía no siempre es plenamente posible, porque no es dado contar con el acuerdo de todos los interesados y a menudo no es siquiera factible individualizarlos. De aquí que aparecen legitimaciones de los repartidores de alcance menor, según ocurre con los repartidores **paraautónomos, infraautónomos y criptoautónomos**.

Los repartidores paraautónomos, cuyo modelo más común son los árbitros, cuentan con el consenso de todos los interesados sólo en cuanto a su intervención, pero no acerca de lo que resuelven. Los repartidores infraautónomos se apoyan en una mayoría, como ocurre en la democracia. A su vez, los repartidores criptoautónomos no poseen el consentimiento

real de los interesados, pero puede suponerse que si éstos se hallaran en condiciones de decidir brindarían ese acuerdo, como sucede con los gestores de negocios ajenos sin mandato. Es notorio que en el caso de las posibilidades del obrar genético muchos interesados no están presentes y no se hallan en condiciones de decidir, de modo que es mucho lo que debe conjeturarse en términos de legitimación criptoautonoma. Ante la crisis de la aristocracia avanza la autonomía, mas ante la crisis de la autonomía ganan legitimidad la infraautonomía y sobre todo la criptoautonomía.

La legitimidad de los recipientes depende de sus **merecimientos**, mas el dominio de la genética obliga a cuestionarse en qué consisten esos merecimientos, en mucho porque dependen del valor del ser y ante la inmensidad de posibilidades este valor se hace relativamente confuso. La justicia del objeto del reparto lleva a reconocer que la **vida**, la **libertad**, la **creación**, la **propiedad**, etc. merecen ser repartidas, pero ante las posibilidades genéticas se hace necesario redefinirlas y revalorarlas.

La forma justa de los repartos es la que se decide **escuchando** a los interesados, sea a través del proceso (no de la mera imposición) o de la negociación (no de la mera adhesión). Sin embargo, ante los avances del dominio de la genética se hace necesario y dificultoso saber quiénes son los interesados a escuchar. La fundamentación justa de los repartos es la que les brinda más **razonabilidad** para sus repartidores y para la sociedad. Las posibilidades de la genética dificultan en gran medida los cauces de la razonabilidad.

9. El régimen es justo cuando es **humanista** y no individualista ni totalitario, es decir, cuando toma al hombre como fin y no como medio, advirtiéndose en este caso que no lo sea respecto de otros hombres o del conjunto social. Sin embargo, las nuevas condiciones planteadas por la genética obligan a resolver si el hombre ha de ser siempre fin o debe ser medio para la aparición de otras especies.

10. Quizás, más que al principio de la Filosofía, estamos en condiciones muy intensas de **saber que no sabemos**. Pero en ellas ya hay un comienzo del saber (3). Las posibilidades del dominio de la genética humana requieren una nueva hora estelar de la **Filosofía** y en ella debe ocupar un lugar destacado la **Bioética** (4). Es a la luz de estos estudios que ha de integrarse la enorme carencia normativa que enfrenta el Derecho de la actualidad (5).

(3) Es posible v. nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

(4) Pueden v. nuestros artículos "Panorama de los fundamentos de la Bioética", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N°18, pags. 33 y ss., "Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética", en "Boletín ..." cit., N°20, págs. 113 y ss.; también v. gr., "Bioética, el saber de nuestro tiempo", en "La Capital", 1/10/1995.

(5) En cuanto a la abundante bibliografía acerca del tema pueden v. por ej. DEPONTI, F. y otros, "Algunas consideraciones sobre las técnicas biogenéticas y el Derecho", en "Rev. Notarial", 58 (2), págs. 19 y ss.; HALLEBONE, Erica L. "Reproductive technology, repressive culture, and nongenetic mothers", en "Issues Reprod. Gen. Engineer", 5 (3), págs. 231 y ss.; LANGFELDER, Elinor J. - JUENGST, Eric T., "Ethical, legal and social implications (ELSI) program", en "Pol. Life Sci.", Agosto de 1993, págs. 273 y ss.; SZAWARSKI, Zbigniew, "Dignity and Technology", en "J. Med. Phil.", 14, págs. 243 y ss., HONECKER, Martin "Genetische Eingriffe und Reproduktionsmedizin aus der Sicht Theologischer Anthropologie", en "A. Theol. Kirche", 84 (1), págs. 118 y ss.; LEFEVRE, Charles, "Ethique Fondamentale et procréation assistée", en Ref. Phil. Louvain, 85(65), págs. 80 y ss.

INTERROGANTES BIOETICOS BASICOS RESPECTO DE LA “REPRODUCCION” ASISTIDA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La Bioética enfrenta al hombre al más grande **desafío** que, según lo que es posible conocer, ha debido soportar especie alguna. Por primera vez una especie está en condiciones de decidir cómo será el porvenir, incluso si se han de generar nuevas especies, si ella misma ha de sobrevivir, etc. Este gran desafío consiste en parte en un **interrogante ético** para el que estamos muy lejos de tener una respuesta categórica, para el cual sirven poco nuestras soluciones tradicionales (1).

La Bioética muestra un terreno con múltiples vacíos, diversas “**lagunas**” en las que carecemos de soluciones y con miras a las cuales es obviamente muy difícil llegar a conclusiones definitivas o generalmente compartidas, pero para no discutir ociosamente y lograr una aproximación mejor a las respuestas **integradoras** vale tener en claro el **camino a recorrer**.

Hay que saber, por ejemplo, si las posiciones éticas tienen una referencia más **subjetivista**, al punto que la ética derivaría de la creación de los hombres, individual o colectivamente considerados, o una perspectiva más **objetivista**, de modo que se trataría de descubrir exigencias que están en la misma realidad con independencia de nuestras opiniones (2).

(*) Ideas básicas de la disertación del autor en el Seminario de Actualización Fertilización Asistida y Clonación a Nivel Humano. Aspectos médicos, éticos y legales, organizado por el Rotary Club Córdoba Catedral, la Sociedad de Biología de Córdoba y el Departamento de Química Biológica de la Facultad de Ciencias Químicas de la Universidad Nacional de Córdoba y llevado a cabo en Córdoba el 30 de abril de 1996.

Homenaje del autor a la memoria de sus padres, Lucía Caldani de Ciuro y Miguel Ciuro.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas.

(1) En relación con el tema pueden v. por ej. nuestros artículos “Panorama de los fundamentos de la Bioética”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Nº 18, págs. 33 y ss. y “Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética”, en “Boletín ...” cit. Nº 20, págs. 113 y ss. En cuanto a la bibliografía más reciente es posible c. v. gr. BURG, Wibren van der, “Legislation on Human Embryos: From Status Theories to Value Theories”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, vol. 82, 1996, 1, págs. 73 y ss.

También puede v. nuestro artículo “Bioética, el saber de nuestro tiempo”, en “La Capital”, 2/10/1995.

(2) Cabe tener en cuenta, por ejemplo, HESSEN, Johannes, “Tratado de Filosofía”, “Teoría de los valores”, trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Sudamericana. 1970, págs. 511 y ss

Otro tema a aclarar es la medida en que las respuestas surgirán en definitiva de nuestras **decisiones éticas** o de la fuerza incontenible de los **hechos** que **limitan** nuestro poder y nuestro saber. Es posible que discusiones como las que se plantean en este Seminario y que los cuestionamientos éticos en general sean inútiles, en el sentido que los hechos se desarrollarán con independencia de lo que se tenga por valioso. Hay que saber si debemos ceñir el marco de lo posible a lo **legítimo** o si se hará inevitablemente todo lo **possible**.

También vale considerar que toda decisión que se adopte en relación con la ética debe partir del reconocimiento de los orígenes y el desarrollo, más o menos apoyados en la **razón** o en el **sentimiento**, que tienen nuestros pronunciamientos al respecto. Cualquier discusión como la que se plantea en este Seminario ha de tener en cuenta en qué medida nos remitimos a una o al otro.

Aunque los ámbitos de la Etica y la Moral son muy difíciles de delimitar, puede lograrse una aproximación diciendo que la Etica se ocupa de las obligaciones del hombre y la Moral nos indica las reglas que deben seguirse para hacer el bien y evitar el mal, pero para decidir respecto de la conducta que hemos de adoptar importa saber cuál es el punto de apoyo, sea en una cosmovisión más o menos **teocéntrica, antropocéntrica o cosmocéntrica**.

Una ética y una bioética teocéntricas remitirán las decisiones a la divinidad; una ética y una bioética antropocéntricas las referirán a los hombres y una ética y una bioética cosmocéntricas las orientarán al cosmos en general. Esto explica las diferencias que hemos observado, en la parte transcurrida del Seminario, entre las respuestas de quienes han sostenido posturas más antropocéntricas y las posiciones diversamente teocéntricas del rabino y del sacerdote católico.

El hombre es un ser con ética y esto significa una fuerte tensión entre el **ser** y el **deber ser**. Para comprender las posiciones éticas vale tener en cuenta si están más remitidas a uno o a otro. Por ejemplo: hay éticas que se remiten más al **ser**, como las que se apoyan en un ser real o supuestamente iluminado por la divinidad o en las fuerzas y las relaciones de producción, como infraestructura en última instancia determinante de la superestructura ética, según ocurre respectivamente con el tomismo y el marxismo. En el otro extremo hay, v. gr., éticas que se refieren más al **deber ser**, como la que propone el kantismo.

El punto de referencia de las posiciones éticas, que asimismo importa aclarar, varía según lo muestran el **egoísmo**, el **hedonismo** y el **eudemonismo**, el **utilitarismo**, el **naturalismo**, el **consensualismo**, el **personalismo**, etc.

2. El tema común de este Seminario es la bioética de lo que provisoriamente llamaremos “**reproducción**”. Pese a ciertos condicionamientos “naturales”, que en la actualidad van cediendo de modo que motiva en mucho nuestro interrogante, cada **cultura** reproduce y concibe a la reproducción según su propio estilo.

Nuestros problemas acerca de la reproducción están estrechamente vinculados al

estilo general de la cultura de **Occidente**, a su vez con diversas vertientes originarias, y en particular a la llamada “**postmodernidad**”.

En las raíces de la cultura occidental están el sentido **prometeico** del origen del hombre en que creyeron los griegos, referido al pecado triunfante y el nacimiento a veces atribuido a **Atenea**, diosa de la sabiduría, de las ciencias, de las artes y de la industria, patrona de la verdad y de Atenas, surgiendo de la cabeza de Zeus y sin intervención materna, de modo que subraya a la reflexión como su rasgo principal, así como su resistencia a tener relaciones amorosas que la hizo matar al titán Palas.

En esas raíces están **Apolo**, dios de la “pureza” en el sentido más amplio y del propio conocimiento, de los oráculos, de la Medicina, de las artes, de los rebaños, del día y del sol y **Artemisa**, virgen y madre, diosa de la naturaleza salvaje, de la fecundidad y de la maternidad.

Además se hallan, en lugar notoriamente destacado, las creencias bíblicas en la creación de Adán y Eva y en el nacimiento de **Jesús**, de María virgen, pero también del mismo Dios (3).

En esas creencias, más o menos vinculadas a la reproducción, están expresadas las bases de la cultura que originó a la Filosofía, el inagotable deseo de saber con vocación de universalidad, y que ha dado al individuo una sed de grandeza claramente incomparable.

A diferencia de la idea cristiana y claramente católica de la reproducción con todo el ser, con elementos físicos y psíquicos, la problemática que plantean a la Etica las actuales posibilidades técnicas, tendientes incluso a la descomposición de los **papeles progenitores** y orientadas a la realización última de la **utilidad**, es afín a las características que en estos sentidos tiene la postmodernidad (4).

3. Al reconocer la problemática bioética de la reproducción hay que tener en cuenta en el seno de qué **valores** se reproduce. Así se advierte que en otros tiempos se ha reproducido más en términos de **santidad**, al punto que se ha hablado hasta de hijos sacrílegos; que luego se ha reproducido en el seno del **amor** como apertura a la personalidad del otro; que asimismo se puede reproducir en términos de otros valores como la **salud**, según lo mostró superlativamente la experiencia espartana, dirigida a la reproducción de y por los más aptos, en sentidos de **belleza**, de **conocimiento**, etc., y que hoy, en el tiempo del paso del predominio de la ciencia al de la técnica, se va reproduciendo cada vez más con sentidos de **utilidad**. Al fin vale tener en cuenta asimismo cuánto se reproduce en términos de **humanidad**, el más alto y comprensivo de los valores a nuestro alcance.

4. Importa considerar cuáles son los sentidos de la **plenitud** de la vida (“pantomomía”)

(3) Puede v. por ej. KÖNIG, Franz (Dr.) (dir.), “Cristo y las Religiones de la Tierra”, trad. Ramón Valdés del Toro, eds. vs.. Madrid, La Editorial Católica, 1970; también v. gr. OTTO, Walter, “Los dioses de Grecia”, trad. Rodolfo Berge y Adolfo Murguía Zuriarrain, 2a. ed., Bs. As., Eudeba, 1976, págs. 33 y ss.; DURANT, Will, “La vida de Grecia”, trad. Luis Tobío, 2a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1952, t. I, págs. 267 y ss.

(4) Pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín...” cit., N°19, págs. 9 y ss.; “Jusphilosophical Understanding of Postmodernity”, en “European Journal of Law, Philosophy and Computer Science”, 17th IVR World Congress, III, págs. 215 y ss.; también, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia” cit., N° 21, págs. 67 y ss.

de sus alcances) que entran en juego en la reproducción. Es relevante considerar las vinculaciones que la reproducción establece entre los momentos de la **temporalidad**: la medida en que se ha de atender al **complejo personal** en el que se encuentran los protagonistas del proceso y sus hijos; cuánto se han de desplegar los sentidos del **complejo de la realidad**; si los hijos han de recibir las **consecuencias** de lo obrado por sus progenitores o a la inversa, etc.

La complejidad de sentidos de la vida y del fenómeno reproductor requiere siempre su fraccionamiento y, sobre todo ante las nuevas posibilidades de la biociencia y la biotecnología, conduce a los cortes sostenidos por quienes quieren lograr **seguridad** prohibiendo todo o permitiendo todo.

5. Para discutir más legítimamente y para lograr soluciones valiosas en cuanto a la problemática bioética de la reproducción hay que reconocer quiénes son los **interesados**. Mucho han de variar los resultados según se considere a cada progenitor, a ambos, a sus hijos, a la comunidad en general, etc. Hay que reconocer si lo son en sentidos más particulares y privatistas o más generales y publicistas.

Importa atender a quiénes resultan **repartidores** legitimados por su aristocracia (superioridad moral, científica o técnica) o por la autonomía (acuerdo de los interesados). En este sentido se ha de tener en cuenta la situación de los **hijos** reproducidos, interesados que no están en condiciones de pronunciarse directamente y sólo pueden hacerlo en términos de "criptoautonomía", es decir, de la presunción del acuerdo que hubiesen brindado en caso de poder hacerlo. Asimismo merece particular atención la situación de los laboratoristas, nuevos protagonistas del proceso de reproducción, y vale que al fin los **médicos** no resulten reemplazados por meros técnicos al servicio utilitario de intereses poderosos y que por el contrario amplíen su perspectiva comprendiendo mejor el sentido también general y futurizo de su actuar.

Es esclarecedor considerar si la reproducción significa **donación**, **lealtad**, la **generosidad** tradicional de la paternidad (5), etc. Hay que tomar en cuenta cuánto están en juego la **identidad**, la **salud**, la **belleza**, la **utilidad**, etc. de los progenitores y los hijos. Difícilísimas decisiones corresponden a los marcos abiertos por la llamada "ingeniería genética" (6) en cuanto sea posible modificar el patrimonio genético de la persona, quizás alterando su identidad, mejorando su salud, su belleza, su utilidad, etc.

Para resolver la bioética de la reproducción hay que apreciar cuánto se "será" padre o hijo o se "tendrán" padres o hijos (7). Asimismo se ha de apreciar cómo se modifica el "complejo" reflejado en los **pronombres personales**. Cuánto la ruptura de la relación "yo-tú" (8), que tiene una de sus expresiones más significativas en el amor de pareja, será

(5) Es posible v. nuestro artículo "El humanismo de la paternidad", en "Investigación ..." cit., N° 16, págs. 11 y ss.

(6) Puede v. nuestro artículo "¿Ingeniería genética humana?", en "Boletín ..." cit., N° 21, págs. 49 y ss

(7) Al respecto vale tener en cuenta por ejemplo los aportes de Marcel y Fromm. C. v. gr. FROMM, Erich. "¿Tener o ser?", trad. Carlos Valdés, 3a. reimp., México-Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1981, esp. págs. 57 y ss.

También c. por ej. LEVINAS, Emmanuel, "El Tiempo y el Otro", trad. José Luis Pardo Torio, Barcelona, Paidós, 1995, en especial págs. 127 y ss.

(8) V. por ej. BUBER, Martin, "Yo y tú", trad. Horacio Crespo, Bs. As., Nueva Visión, 1974

debilitada conduciendo también al debilitamiento del “nosotros” y a la radicalización del “yo”, el “él” y el “ellos” (9).

Vale atender a cuál será la forma, con más o menos **audiencia** de los interesados, legítimamente procesal o negocial o de mera imposición o mera adhesión, que ha de llevar a las decisiones reproductivas.

6. Al adoptar decisiones de bioética respecto de la reproducción se ha de atender al legítimo sentido **humanista**, de consideración del hombre como fin y no como medio, que tan brillantemente destacó Kant, o al desvío genéricamente totalitario, de mediatización, que pueden producirse. Se ha de resolver también cuánto se optará por un humanismo más abstencionista o intervencionista, con sus respectivos riesgos mayores de individualismo o totalitarismo en sentido estricto.

La ciencia y la técnica van haciendo que el poder en el proceso reproductor sea mucho mayor y **concentrado** y ante él hay que amparar especialmente a todos los protagonistas, pero de modo particular a los hijos, v. gr., mediante la intervención gubernamental que, no obstante, puede resultar impotente en la reserva de los laboratorios o incluso desbordada por el debilitamiento del poder paterno.

7. En gran medida el hombre es un ser que se enfrenta al **misterio**. Siempre es relevante vencerlo, pero no incurriendo en simplificaciones que lo mutilen sino llegando a **complejidades puras** que lo esclarezcan. Una de las manifestaciones de este evitar la simplificación alcanzando la complejidad es impedir que el médico sea sustituido por el técnico y el enriquecimiento de su perspectiva para que vuelva a tener cada vez más despliegues filosóficos.

Al principio fue el hipocrático **médico filósofo** y ante la crisis bioética actual resulta imprescindible. Sin desconocer la importancia de las leyes, creemos que la **conciencia** de los protagonistas, y de los médicos en especial, es en mucho el terreno desde donde han de hacerse realidad las decisiones bioéticas.

Platón fue pasando desde una confianza quizás excesiva en la filosofía a una mayor confianza relativa en las leyes. La discusión al respecto está abierta, aunque no podemos dejar de reconocer la importancia de la conciencia de los seres humanos.

8. Quizás al hablar de “reproducción” nos estemos acercando en demasía a una terminología económica utilitaria. Creemos que incluso para quienes somos agnósticos, porque no nos sentimos en posición de poder afirmar o negar la existencia de Dios, vale

(9) Es posible v. nuestro artículo “Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales”, en “Boletín ...” cit., Nº 14, págs. 13 y ss.

hablar de “**procreación**”, atendiendo a la profunda dignidad, en modo alguno rutinaria, que debe reconocerse a las tareas de generar vida humana (10).

(10) En relación con la clonación humana ver por ej. la nota que le dedicó el diario “Clarín” en su edición del 8/IV/1996 (“Opinión”).

Sin abrir juicio definitivo al respecto, vale señalar que la **clonación humana**, por ahora pensada sobre todo en sentido sincrónico, pero también posible con proyección diacrónica, que impone la **homogeneidad** vital desde la reproducción y desafía a la diversidad y la heterogeneidad en mucho características de la vida misma, significa acentuar los riesgos de **incesto** biológico y cultural, con el respectivo peligro para la renovación, ampliar las posibilidades de la **inmortalidad material**, aunque desligada de la inmortalidad espiritual, debilitar las oportunidades del **perdón** y del **olvido** e incrementar el peligro **maniqueo** de ruptura del complejo de la humanidad.

En relación con el tema pueden v. nuestras “Notas de Filosofía de la Tecnología”, en “Boletín ...” cit., Nº 20, págs. 95 y ss.

NOTAS PARA UNA COMPRENSION DIKELOGICA DE LA DISCRIMINACION (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La persona humana se constituye siempre en una integridad con sentido **social** que requiere excluir la discriminación. En principio la discriminación puede ser entendida como tratar de manera **desigual** a quienes deberían ser tratados por igual lo que, en una manera de la desigualdad por igualdad, puede producirse también por tratar de manera igual a quienes deberían ser tratados de modo desigual. No obstante, ese deber ser es una referencia a la **justicia**, de modo que en sentido más amplio consiste en privar a una persona de lo que le corresponde según dicho valor, al fin con una consideración **diversa** aunque aparentemente igual a la de otra, y ésta es la perspectiva en que se aborda el tema en esta comunicación.

La igualdad legítima no consiste en tratar de manera igual, sino en tratar con una **igualdad justa**. La igualdad relevante es la igualdad en relación con la justicia. La discriminación no es considerar de manera meramente desigual, sino en una desigualdad injusta. El origen de la expresión “discriminar” proviene de “cerner” (separar, distinguir, mirar, comprender), pero el sentido no es cualquier separación, distinción, miramiento o comprensión, sino el que es indebido (1).

Mucho es lo que puede discutirse acerca del valor justicia y, consecuentemente, de nuestra perspectiva de la discriminación. Sin embargo, creemos que hay diversos enfoques en los que la **dikelogía** (ciencia o teoría de la justicia) de la **teoría trialista del mundo jurídico** (2) puede contribuir a aclararlos y éste es el objetivo de la presente ponencia.

2. Aunque la manera más fácil de reconocer la discriminación es remitirla a la desigualdad de trato respecto de **un mismo valor específico**, por ejemplo, ante iguales realizaciones de la justicia, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc., vale también

(*) Bases de la comunicación presentada por el autor al Congreso Internacional “La persona y el Derecho en el fin de siglo” (Comisión I “Filosofía del Derecho”, tema b) realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

(**) Investigador del CONICET. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) V. COROMINAS, Joan - PASCUAL, José A., “Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 48/49.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada básicamente por Werner Goldschmidt dentro de la concepción tridimensional del Derecho, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al

tener en cuenta sus manifestaciones en la desigualdad de consideración ante el **valor general de la humanidad** (el deber ser cabal del hombre, que por sí mismo siempre le asigna algún valor) y la desigualdad por la desviación en la consideración de los **distintos valores**, que para resolverse ha de superar su difícil comparabilidad.

A la luz de estas perspectivas de la discriminación, se advierte cómo en nuestro tiempo, de la “postmodernidad” y la “globalización” (3), cuando la sociedad mundial tiende a fracturarse en **estratos** de quienes pertenecen al sistema económico y tecnológico y quienes son marginales, se discrimina al menos la **condición humana** de estos últimos. Respecto de muchos millones de seres humanos se rompe la igualdad de trato que exigiría por lo menos la realización igual del valor humanidad inherente a cada hombre. Por muchos motivos, entre otros por la gran dificultad que al fin opone la realidad del sistema económico para revertirla y por sus graves consecuencias, una de las más significativas causas de discriminación es la pobreza.

Al respecto vale tener en cuenta que la visión de la “**microdiscriminación**” no debe ocultar la perspectiva de la “**macrodiscriminación**” que se produce incluso a nivel planetario. En este último sentido importa considerar que en tiempos de la “globalización” también hay una “globalización” en la discriminación.

En nuestro tiempo se sobrevaloran y falsifican las realizaciones de la **utilidad** marginando el valor de las realizaciones de todos los otros valores, por ejemplo, la justicia, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. e incluso la propia humanidad. Juristas, científicos, artistas, filántropos, etc. son a menudo discriminados en aras de la preferencia de quienes satisfacen los requerimientos utilitarios del proceso de producción, distribución y consumo.

Una expresión de discriminación que muchas veces combina el desconocimiento del valor humanidad con la sobrevaloración del valor utilidad falsificado e incluso a veces con la sobrevaloración y la falsificación del valor salud es la que se produce con frecuencia contra los “discapacitados”.

3. La justicia es, como hemos señalado, un valor de descubrimiento muy complejo, con miras al cual es posible reconocer diversas **clases**, que son “caminos” al respecto. La discriminación es, sobre todo, un desconocimiento de la justicia **relativa**. La atención desviada a algunas clases de justicia lleva a la discriminación de quienes son reconocidos por otras.

Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. Asimismo cabe tener en cuenta GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogia)”, 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986. En cuanto al tratamiento de la discriminación desde el punto de vista trialista puede v. por ej. el valioso artículo de DABOVE, María Isolina - SOTO, Alfredo Mario, “Algunas ideas en torno a la igualdad en relación a la discriminación y la especificidad”, en “Investigación y Docencia”, Nº 20, págs. 111 y ss.

(3) Pueden c. por ej. nuestros artículos “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 19, págs. 9 y ss.; “La Facultad de Derecho en tiempos de la “postmodernidad”, en “La Facultad de Derecho de la UNR”, Colección Temas y Opiniones, UNR Editora, 1995, págs. 15 y ss. y “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., Nº 27, págs. 9 y ss.

En nuestra época a menudo se tienen en cuenta sólo las vías consensual, sin acepción (consideración) de personas, simétrica (de fácil comparación de las potencias e impotencias). conmutativa (con contraprestación), “partial”, sectorial, de aislamiento, relativa y particular, en detrimentos respectivos de las sendas extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea (sin contraprestación), gubernamental, integral, de participación, absoluta y general (referida al bien común). Esto significa el riesgo de que sean discriminados, como con frecuencia sucede, quienes tienen títulos apoyados en dichas clases de justicia marginadas.

Una de las expresiones a veces desapercibidas de la discriminación suele ser la que se produce cuando se pretende resolver la problemática de familia, que a menudo requiere justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea y de participación en términos de justicia meramente consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa y de aislamiento. Un hijo menor privado de lo que su especial condición requiere es un ser discriminado.

Entre las líneas de mayor tensión en cuanto a discriminación se encuentra la de la diferenciación entre justicia sin y con acepción (consideración) de personas. Si bien la primera, que se limita a roles recortados, aparenta ser menos discriminatoria, a menudo la lucha profunda contra la discriminación exige atender a la segunda, que aprecia la plenitud de las personas.

Como la discriminación es una marginación de la justicia relativa y esta goza hoy de tanto reconocimiento no causa extrañeza que sea actualmente tan considerada.

La discriminación puede resultar de una indebida referencia a la equidad.

4. La justicia es una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y orientada a la consideración del complejo personal, temporal y real que, como no nos es dado ser omniscientes ni omnipotentes, no puede ser descubierta y satisfecha sino mediante **fraccionamientos** productores de seguridad, pero el fraccionamiento indebido, teniendo en cuenta a unos y descartando a otros que debían ser considerados, o también incluyendo a quienes no debían ser abarcados, significa discriminación.

Es relevante comprender que la igualdad y su ilegítima marginación en la discriminación resultan de fraccionamientos y desfraccionamientos de la justicia. En la realidad, que se nos presenta infinitamente compleja, nada es perfectamente igual sino a través de fraccionamientos. La igualdad en la realidad es de cierto modo una igualdad “**construida**”. La igualdad perfecta sólo existe en los entes ideales.

Según hemos señalado, es discriminatorio no atender de manera debida al pasado, al presente o el porvenir y no considerar legítimamente el complejo personal, temporal y real. Una de las manifestaciones más impactantes de la discriminación en la postmodernidad, tiempo de permanente presente, que llega a hablar del “fin de la historia”, es la marginación

de las consideraciones del pasado y el porvenir. Es así como, por ejemplo, suelen ser discriminados los ancianos y los niños, sobre todo si además son "inútiles". La discriminación respecto del porvenir suele concretarse con intensidad en el marco de las posibilidades educativas.

Tal vez una de las expresiones crecientes de discriminación en nuestros días sea, en algunos países, la marginación de los trabajadores en cuanto pertenecen al complejo personal de la producción pero son marginados de la distribución (4).

Otros de los casos de discriminación, en la fractura del complejo real, surgen de la indebida diferenciación en razón de la raza, del sexo y del idioma, en la medida que según ellos con frecuencia se otorga valor a aspectos irrelevantes.

La **seguridad** brindada por los fraccionamientos discriminatorios es una de las aspiraciones del temor a la complejidad cósmica y una expresión de cobardía, pero es contraria a la plenitud de la vida y del universo.

Entre los medios para luchar en contra de la discriminación a menudo se recurre a la energía de la discutible **discriminación inversa** (5), que produce un fraccionamiento de la justicia en aras de lograr un desfraccionamiento mayor, y en esto puede estar el título de justicia que la fundamenta. La discriminación inversa es en ciertos casos una vía para remover los efectos corridos de la discriminación "directa". En profundidad puede constituir una mejor "**construcción**" de la igualdad. Sin embargo, como en todo desfraccionamiento hay que tener en consideración los riesgos y la inseguridad que se generan y la prudencia que ha de emplearse para producirlos.

La justicia se descubre mediante **valoraciones completas**, pero la discriminación en sus diversas manifestaciones suele esconderte en **criterios generales orientadores** falsos. No hay que confundir la orientación mediante criterios generales con la generalidad de la igualdad que puede presentarse incluso en las exigencias de justicia de las valoraciones completas.

5. La justicia debe realizarse en los repartos de potencia e impotencia, o sea en las adjudicaciones de lo que favorece o perjudica al ser y la vida (potencia e impotencia) provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Esto significa que ha de satisfacerse en cuanto a los **repartidores**, los **recipriendarios**, los **objetos**, la **forma** y las **razones** de los repartos. Cualquier quebrantamiento de la justicia en que indebidamente se aparte a una persona de las condiciones de ser repartidor o recipiendario, de las potencias e impotencias, de la forma o de las razones de los repartos teniendo en cuenta en cambio a otros significa discriminación.

Los repartidores pueden ser legitimados por el consenso total o parcial (que se manifiesta por ejemplo en la democracia) y por la superioridad moral, científica o técnica

(4) Es posible v. nuestro artículo "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ...", cit., N° 25, págs. 25 y ss.

(5) A veces se habla de discriminación inversa y de discriminación positiva como sinónimos.

Pueden v. por ej. DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 327 y ss.; MELDEN, A. I., "Derechos y personas", trad. Celia Haydée Paschero, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, v. gr. págs. 444 y ss.

(que constituye aristocracia). Una persona es discriminada si no se le permite participar en el consenso o recibir consenso y si no se reconocen sus títulos de aristocracia.

Una persona es también discriminada si se desconocen sus merecimientos. La atención a los merecimientos es una de las perspectivas más significativas para reconocer la discriminación. Nuestro tiempo, signado a menudo por la radical consideración de los merecimientos de utilidad, produce muchos casos de discriminación por desconocimiento de merecimientos de salud, verdad, belleza, amor, justicia, etc.

La justicia requiere adjudicar vida, libertad, propiedad, creatividad, etc. y todos éstos son puntos de vista en los que puede configurarse la desigualdad discriminatoria.

Una persona es discriminada si no es escuchada como las demás, en el debido proceso y en la debida negociación. Esto es muy relevante en la medida que algunos son "dueños" del discurso, como sucede con el gran poderío de los medios de comunicación de masas.

La persona es también discriminada si no es debidamente tenida en cuenta en el mundo de las razones de las adjudicaciones. El solo hecho de que alguien no sea considerado en la fundamentación es ya, aunque lo que se le adjudique sea por lo demás justo, un modo de discriminación.

6. El régimen es justo cuando es **humanista** y reconoce a cada individuo como un fin y no como un medio. En caso contrario es genéricamente **totalitario**. En cuanto en este marco totalitario el individuo resulta medio de otros, el régimen es discriminatorio.

Para que el humanismo sea posible debe respetar la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** de todos los hombres, exigencias que se satisfacen principalmente en el liberalismo político, la democracia y la "res publica". Aunque a veces se parcializa la perspectiva, remitiéndola sólo a la ruptura de la debida igualdad, en realidad tanto el desconocimiento de la igualdad como el de la unicidad y la comunidad son, en diversos sentidos, expresiones de discriminación (6).

Como por su propia debilidad las "**minorías**" suelen ser discriminadas, uno de los grandes campos de lucha contra la discriminación es el de la difícil protección de minorías. Para combatir la discriminación suele ser esclarecedor tener en cuenta la experiencia que con referencia a la no discriminación contra los elementos extranjeros tiene el **Derecho Internacional Privado clásico**, apoyado en la imitación del Derecho más vinculado con ellos (7).

(6) En la abundantisima bibliografía acerca de la discriminación pueden c. por ej. BAER, W., "Growth with Inequality. The cases of Brazil and Mexico", en "Latin Am Res. Rev.", 21 (2), págs. 197 y ss. (1986); MAYER, Diana Tietjens, "Social Exclusion, Moral Reflection, and Rights", en "Law Phil.", 12, págs. 217 y ss. (1993); FRIEDMAN, Joel William, "Redefining Equality, Discrimination, and Affirmative Action under Title VII: The access principle", en "Texas Law Rev.", 65 (1), págs. 41 y ss. (1986); NACIONES UNIDAS - SUBCOMISION SOBRE PREVENCION DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCION A LAS MINORIAS, en "La Revista", 47, págs. 51 y ss (dic. 1991); STOKES, Trevor, "Discrimination and Generalization", en "J. Appl. Behav. Anal.", 25, págs. 429 y ss. (1992); LERNER, Natan, "Intolerancia y discriminación religiosa. La Declaración de las Naciones Unidas", en su "Minorías y Grupos en el Derecho Internacional. Derechos y Discriminación", México, CNDH, c. 1991, págs. 103 y ss.; BLOCK, Walter, "Discrimination: An Interdisciplinary Analysis", en "J. Bus. Ethics", 11, págs. 241 y ss. (1992).

(7) Vale considerar por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a ed., Bs. As., Depalma, 1988.

7. En el **horizonte histórico** se advierte que así como los fines de la modernidad, interesados en especial en la unicidad y más referidos a un "sujeto fuerte", se ocuparon con mayor énfasis de la **masificación** (8), la postmodernidad, más interesada en la igualdad y apoyada en un sujeto de cierto modo "débil", se refiere más intensamente a la **discriminación**. En el fondo las igualitarias concepciones de la justicia de este tiempo son en mucho búsquedas de la no discriminación (9). Sin embargo, en profundidad la no discriminación es también una manera de lucha contra la masificación, porque desde el punto de vista de la igualdad defiende a la unicidad.

A nuestro parecer, la no discriminación es notoriamente una de las manifestaciones más importantes de la **eticidad** de nuestro tiempo. Formas de discriminación han existido siempre, pero nunca se tuvo tanta conciencia de ellas y esto en principio es beneficioso.

En el horizonte **filosófico general** la discriminación suele ser una expresión de la ilegítima **simplificación** del mundo que se nutre con frecuencia de la pretensión de omnisciencia y omnipotencia del **idealismo genético**. Para no discriminar vale reconocer el mundo en una **complejidad pura**, como lo puede hacer el **realismo genético**.

8. Como hemos señalado la discriminación, abordada en este tema b), se opone a la riqueza del fenómeno vital y por eso tiene honda relación con el tema a), referido a la **Bioética**, cuando ésta es entendida con la debida amplitud (10). A su vez, la discriminación suele esconder un fenómeno de **poder** y, en este sentido, tiene también profunda vinculación con el tema c), que considera a la persona y el poder. Se realiza así la perspectiva jusfilosófica de la feliz propuesta central del Congreso, referida a la **persona** y el **Derecho** en este fin de siglo.

(8) Cabe recordar, v. gr., ORTEGA Y GASSET, José, "La rebelión de las masas", 16a ed., Madrid, Espasa-Caipe, 1964

(9) Puede c. por ej. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a imp., Cambridge (Massachusetts), Belknap, 1980

(10) La plenitud de la vida es en gran medida diversidad (cabe tener en cuenta v. gr. nuestro estudio "Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho", en "Investigación ... cit., N° 19, págs. 5 y ss.)

UNA CUESTION AXIAL DEL BIODERECHO: LA POSICION DEL JURISTA EN LA TENSION ACTUAL ENTRE ECONOMIA Y VIDA “INUTIL” (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

En nuestro tiempo la posición del jurista, o sea de quien a sabiendas reparte con justicia (1), se desenvuelve en dos grandes líneas de tensión: una responde a la tendencia a la disolución del Estado en la sociedad civil, que lo obliga a ampliar su marco de acción superando las meras referencias tribunalicias tradicionales (por ejemplo practicando la mediación) y otra responde a la frecuente exigencia de optar entre las necesidades imperiosas de realizar la utilidad, con el imprescindible desarrollo económico (2), y el requerimiento de satisfacer el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser) (3), que exige la preservación de la vida, aunque sea “inútil”.

Las grandes posibilidades beneficiosas de la cultura actual difundida por Occidente, principalmente como las han logrado los países del llamado “primer mundo”, no pueden alcanzarse sin los medios del despliegue económico. El jurista de esta época debe reconocer, quizás más que nunca, la importancia de la economía, sin la cual resultan imposibles muchos otros valores e incluso la justicia y la humanidad.

Sin embargo deben apreciarse, además, las exigencias de la dignidad humana, que a su vez es también reclamada por la justicia y hace imprescindible la preservación de la vida de los marginales económicos, de los “inútiles”. Es más, los requerimientos de humanidad están incluso apoyados en los de otros valores particulares (como la verdad, la belleza, el amor, etc.), que también consagran el valor de la vida, aunque ésta no satisfaga de modo relevante el valor utilidad.

Cuando en las décadas iniciales del siglo XIX Saint-Simon dividió a los hombres en útiles e inútiles (4) planteó una perspectiva de valor que fue legítimo agregar a la cultura de

(*) Notas para un debate en el Área de Bioética y Bioderecho del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, pág. VII.

(2) Puede v. por ej. “El consultor de empresas Roland Berger, sobre los ingresos, los puestos de trabajo y la creatividad”, entrevista realizada por Martín ORTH, en “Deutschland”, Nº 4, Agosto 1996, págs. 8 y ss.

(3) Es posible v. nuestros “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, esp. págs. 100 y ss

(4) V. por ej. SAINT-SIMON, “Catecismo político de los industriales”, trad. Luis David de los Arcos, 2a. ed. en B. I. F., Bs.

una época de frecuente gobierno de “inútiles” explotadores, pero hoy la radicalización de la referencia utilitaria lleva a la marginación ilegítima de millones de seres humanos y consiguientemente a un grave “**daño antropológico**” en el que se deteriora la riqueza no sólo del patrimonio cultural sino también del **patrimonio biológico** de la humanidad (5).

El jurista actual no puede permanecer encadenado a los modelos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX que lo remiten a menudo a posturas jurídicas abstractas y aisladas de la comprensión del resto de la cultura. Urge que mantenga un diálogo de “complejidad pura” con todos los otros elementos culturales y en especial con su perspectiva económica, pero también, y con particular intensidad, con los datos antropológicos, sociológicos, psicológicos, filosóficos, etc. y con los requerimientos de la **Bioética** (6).

Si bien tensiones relativamente análogas a la que acabamos de señalar entre economía y vida se conocieron en otros períodos, por ejemplo en el frecuente conflicto medieval entre santidad y vida, y no obstante que también entonces a menudo las soluciones fueron injustas, quizás nunca la presión contra la vida ha tenido alcance tan masivo como en nuestros días, de la llamada “postmodernidad” y la globalización (7).

Aunque la realidad impone límites necesarios que hay que tener en cuenta, uno de los grandes desafíos de este tiempo es la construcción de una jusfilosofía de la empresa y de la economía que integre la perspectiva bioética (8).

A las perspectivas de “**microbioética**” hay que agregar las de “**macrobioética**”, en las que se deben considerar las grandes amenazas que se producen contra la vida, sobre todo desde el sistema económico, y a esta tarea está también llamado el jurista.

As., Aguilar, 1964; GURVITCH, Georges, “Los fundadores franceses de la sociología contemporánea: Saint-Simon y Proudhon”, trad. Ana Goutman y Nilda Sito, Bs. As., Nueva Visión, 1970; GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 117 y ss.
(5) Es posible v. nuestro estudio “Notas para la defensa del “daño antropológico”, en “Investigación y Docencia”, Nº 22, págs. 65/66.

(6) En un sentido amplio, todos los problemas llegan a tener significado bioético. En algunos casos es legítimo fraccionarlo, en otros, como el presente, es relevante destacarlo.

(7) Pueden v. por ej. nuestros estudios “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 19, págs. 9 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 25 y ss.; “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., Nº 27, págs. 9 y ss. y, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Proyecciones profesionales de la abogacía en la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 63 y ss.

(8) Es posible c. nuestros estudios “Aportes para la jusfilosofía de la empresa”, en “Derecho y Empresa”, Nº 1/2, págs. 23 y ss.; “Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa”, en “Investigación ...” cit., Nº 24, págs. 29 y ss.; “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación ...” cit., Nº 26, págs. 20 y ss. En cuanto al resto de la bibliografía reciente en relación con el tema también cabe tener en cuenta, por ejemplo, NESTERUK, Jeffrey, “Law, Virtue, and the Corporation”, en “American Business Law Journal”, Vol. 33/3, Spring 1996, págs. 473 y ss.

UNA PERSPECTIVA BIOETICA: VIDA Y GLOBALIZACION (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. A nuestro parecer la **Bioética** debe brindar respuestas éticas para todos los desafíos a la vida que surgen o se intensifican por las posibilidades de la ciencia y la técnica de nuestro tiempo (1). Entre esos desafíos ocupan lugares destacados los que se abordan en los temas de estas Jornadas.

La conceptuación de los dos elementos principales con que se constituye la denominación de estas Jornadas sobre “**Vida y Globalización**” es muy difícil y se sostienen al respecto muy diversos significados. En especial es muy difícil saber qué es la vida, en mucho porque estamos inmersos en ella. La globalización es una de las características de la llamada postmodernidad (2) y responde no sólo a la expansión **espacial** que tiende a abarcar el mundo sino a la radicalización del sentido **utilitario** de la vida, que también de cierto modo globaliza todo el resto de la cultura.

La globalización espacial es una de las expresiones de los movimientos sucesivos de contracción y expansión que se producen en la vida humana. Se inscribe en el proceso de **mundialización** real que se inició en la Edad Moderna, teniendo una de sus principales manifestaciones en el Descubrimiento y la conquista de América. El viaje de Magallanes y Elcano que logró la primera circunnavegación del Planeta es una expresión de ese proceso de mundialización que hoy es globalización.

Sin embargo, esa mundialización inicial correspondía al estilo moderno y si bien tuvo

(*) Notas de la disertación en el acto de apertura y de las otras exposiciones del autor en las Jornadas sobre Vida y Globalización organizadas por la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas. El texto corresponde al acto de apertura y las notas pertenecen a las exposiciones del desarrollo.

(**) Director de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas. Vocal de la Asociación Argentina de Bioética. Investigador del CONICET.

(1) Pueden v. por ejemplo nuestros estudios “Panorama de los fundamentos de la Bioética”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 18, págs. 33 y ss. y “Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética”, en “Boletín ...” cit., Nº 20, págs. 113 y ss. También es posible c. v.gr. nuestro artículo “Bioética, el saber de nuestro tiempo”, en “La Capital”, 2/10/1995.

(2) Es posible v. nuestros estudios “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., Nº 19, págs. 9 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, Nº 25, págs. 25 y ss.; también nuestro artículo en colaboración con Mario E. CHAUMET “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 21, págs. 67 y ss.

fuerte proyección utilitaria poseyó una amplia referencia a otros valores. Corresponde recordar, por ejemplo, la presencia del valor **santidad** y, sobre todo, del valor **poder** expresado en la fuerza física de las armas de fuego. Cristóbal Colón, Hernán Cortés y Francisco Pizarro son arquetipos de esa sed de utilidad apoyada en el poder físico. Para no ser injustos con nuestro tiempo importa recordar que pese a los esfuerzos hechos desde la religión por personajes como Bartolomé de Las Casas y San Francisco Solano el choque de culturas fue catastrófico y muchas fueron no sólo sojuzgadas sino exterminadas.

La globalización es, en cambio, una mundialización utilitaria, que procura prescindir de la fuerza física y mediatiza a todos los otros valores. Aunque superficialmente la postmodernidad permite muchas diversidades, en lo profundo se desarrolla con un avasallante imperio de la economía y de la utilidad.

En la misma época en que comenzó la actual mundialización se produjeron, también coetáneamente, la expansión de los **mercados** y la afirmación del discurso de lo que hoy llamamos **derechos humanos**.

Las Casas y Francisco de Vitoria fueron, en la conquista de América, exponentes básicos del otro gran ingrediente de la cultura moderna, de los derechos humanos, que se proyectaría también a la actualidad. La revolución industrial, que consolidó la expansión de los mercados, y las revoluciones inglesas y francesas, que afirmaron los derechos humanos, están profundamente interrelacionadas.

Con miras a caracterizar las bases últimas de la cultura actual habría que señalar, además del imperio del mercado, la conciencia de los derechos humanos. Se trata, como en estas Jornadas, de derechos humanos y **vida**, de mercado y **globalización**.

El gran problema que abordan desde distintos puntos de vista las Jornadas es cómo la vida puede desarrollarse a través de los cauces de mercado, económicos y utilitarios, que le impone la globalización.

Las cuestiones que tratarán estas Jornadas forman un **arco problemático** que se inicia en los desafíos que para la vida significa el tráfico de **armas** y se cierra con la decisión final acerca de la **muerte**.

2. Las **armas** plantean la **proyección** del hombre en relación con los seres animados de su exterior en términos de oposición, autoritarios y de poder, de defensa y de agresión.

Su tráfico presenta la relación de la **utilidad** con el **poder**, sobre todo en el sentido que éste es mediatizado con miras a la realización de la utilidad. El tráfico de armas plantea una relativa **contradicción** del capitalismo, que en sí es hostil a la fuerza física, pero también se vale de sus instrumentos para incrementar el lucro. Un sistema que en sí es hostil al empleo de la fuerza física difunde sus medios y a veces promueve su aplicación para desarrollarse más plenamente aunque, según parece, las guerras quedan limitadas a sectores relativamente marginales (3).

(3) A través del tráfico de armas, sobre todo "convencionales", se instrumentan de maneras más o menos reales o eventuales conflictos que incluyen choques quizás por ahora inevitables entre Estados, entre religiones y entre continentes, como los que se producen o pueden producirse en la zona de la ex Yugoslavia, en Palestina e incluso

3. Luego las Jornadas tratarán la relación de la vida con la producción y la distribución de **medicamentos**. A diferencia de las armas, los medicamentos proyectan hacia la **inferioridad** del ser del hombre y en principio se plantean en términos de agregación, de mayor autonomía y de cooperación. Los medicamentos traen aparejada la problemática específica de la **salud**, de la **verdad** respecto de sus posibilidades de realización y de la **humanidad** que está profundamente en juego en su empleo. Los medicamentos en sí son útiles, pero en su producción y distribución la **utilidad** tiende a convertir la agregación en oposición, la autonomía en poder y los valores salud, verdad y humanidad en medios para el lucro.

Mucho se requiere de la utilidad para desarrollar la industria y la comercialización de los medicamentos, para que haya verdad, salud y humanidad, mas en ciertos casos la utilidad mediatisa a los otros valores.

Es importante saber si los cauces del mercado son suficientes para la realización de los valores que han de satisfacer los medicamentos, que a menudo dejan de ser principalmente instrumentos para combatir la enfermedad para hacerse medios para obtener ganancias.

4. A continuación se abordará la vinculación de la vida con los **medios de comunicación** de masas. La comunicación de masas se desarrolla **entre** los seres humanos en términos de relativa agregación, autonomía y cooperación, sobre todo con miras a la realización de la **verdad**, el **amor** y la **humanidad**, ya que el hombre es hombre con el hombre, en comunidad con los demás. No obstante a menudo los medios comunican en relación directa con la utilidad, generando una yuxtaposición de datos sin otro sentido que el lucro de quienes comunican y tienden a sustituir la realidad por el discurso, a reemplazar la verdad y el amor por la utilidad, y al fin a obstruir el proceso comunicativo de la humanización (4).

5. En cuarto lugar se considerarán las relaciones de la vida con los **recursos naturales**. El hombre vive **en** los recursos naturales que le brindan nutrición y alberque. Debe guardar con ellos sobre todo relaciones de agregación, aunque en principio le son legítimos también cierta oposición y el recurso a la autoridad y el poder. Los recursos como tales son **útiles**, pero han de serlo para una complejidad de realizaciones valiosas que debe satisfacer en fin el valor de la **humanidad** y no, como suele suceder, para concreciones recortadas que mutilan las otras posibilidades humanas.

Pese al sentido utilitario que sugiere la expresión “recursos naturales”, la relación con la naturaleza no ha de entenderse sólo en los cauces de la economía. Los recursos

en el Extremo Oriente. Sin embargo, uno de los grandes desafíos humanos es el de evitar las guerras.

La relación de las armas con la vida debe apreciarse también desde la perspectiva del daño que hacen a los hombres concretos, por ejemplo, el que se genera en los hombres de África en estado tribal a los que se entregan armas del mundo estatal de la modernidad.

(4) En gran medida los medios de comunicación “hacen” al hombre. El hombre de la modernidad fue “hecho” en relación con libros y diarios; el de la postmodernidad según el estilo de la televisión. Por esto tiene poca voluntad, escasa comprensión de los sentidos y muy limitada creatividad; por eso está a merced de emociones momentáneas, pero no es capaz de sentimientos perdurables.

naturales, o quizás mejor el “medio natural” o lisa y llanamente la “naturaleza”, son el espejo en que debe reflejarse y en mucho realizarse el complejísimo panorama de lo humano (5).

6. En quinto término se abordarán las vinculaciones de la vida con los **sistemas económicos**. El desarrollo de la economía y de su valor **utilidad** es imprescindible para la plena realización de la vida y del complejo axiológico que el hombre debe satisfacer, que incluye por ejemplo, en lugar destacado, a la **justicia** y culmina en el valor **humanidad**. Sin embargo, a menudo la economía se plantea en términos de sistemas que se cierran a la plenitud de la vida, que responden a una **lógica de la utopía** donde ante las injusticias y las deshumanizaciones reales se suele contestar con la condena de la **realidad** que no se ajusta a las pretensiones de los ideales.

Los distintos sistemas económicos tienen valores diversos, pero en general plantean mundos perfectos que a veces no quieren soportar su confrontación con la experiencia. Así, en lugar de corresponder al sentido de medio que tiene la economía los sistemas se convierten de manera mas o menos evidente en fines que esconden intereses perversos (6).

7. Por último las Jornadas han de debatir sobre la **eutanasia**, en la que se ha de decidir sobre el buen fin de la vida. El hombre vive y muere en relación con valores que han de culminar en su más plena realización de la **humanidad**, pero la vida y sobre todo la muerte tienen grandes despliegues de misterio. La eutanasia plantea opciones axiológicas de enorme significación que han de resolverse con miras a la mejor realización de la legitimidad en la a menudo incognoscible condición humana.

Aunque el problema de la eutanasia es muy antiguo, en nuestros días se agudiza por la influencia que sobre las decisiones de muerte puede tener el imperio de la utilidad.

Vale tener en cuenta, por ejemplo, que nuestro tiempo utilitario encauza la vida en

(5) Cada estilo cultural tiene su propia manera de relacionarse con el ambiente. En la época de la ciencia y de la tecnología del capitalismo evolucionado han nacido la ecología y la ecotecnología, pero creemos que así como la ciencia sin un soporte filosófico suele caer prisionera de la técnica la ecología sin ese fundamento puede desviarse hacia la mera ecotecnología, donde la preservación quede condicionada por las limitaciones utilitarias.

Una de las manifestaciones del daño antropológico actual, que debe entenderse en estrecha relación con el daño ecológico, es la destrucción de una “cultura testigo”, como la del África Negra, que tanto podría mostrar acerca de la relación profunda del hombre con la naturaleza (puede v. nuestro artículo “Notas para la defensa del “daño antropológico”, en “Investigación ...” cit., Nº 22, págs. 65/66).

(6) La relación entre la vida y la economía no debe plantearse en términos de la complejidad impura que, por ejemplo, se expresó en las doctrinas antiguas y medievales del justo precio, ni en la simplicidad pura en que la economía se autonomizó y al fin tiende a aislarse del resto de la vida, sino en una **complejidad pura** en que, sin ser ignorada, la economía contribuya al desarrollo de la plenitud de la vida.

El resto de la cultura, incluyendo al Derecho, la sociología, la antropología, la religión, etc., puede y debe ayudar a mantener la relación de la economía con la vida en su conjunto, por ejemplo, denunciando la miseria y sus consecuencias. Sin embargo, formular buenas intenciones que al fin se comparten desde distintos puntos de vista **sin proponer soluciones mejores realizables** no es superar la tensión

términos de placer, privando al ser humano de la comprensión de la capacidad enriquecedora que también tiene el dolor (7).

8. En definitiva, se trata de tensiones en que, en nuestro caso a través de la globalización, la vida genera de cierta manera dialéctica su propia negación. Reflexionar sobre estas tensiones es una manera de contribuir a la vida plena, cometido que al fin corresponde a la Bioética.

(7) Al abordar el tema de la eutanasia vale tener en cuenta múltiples perspectivas que se refieren, por ejemplo, al impulso de muerte que puede provenir del régimen, a la solidaridad de las manifestaciones de la vida que hacen que con la lucha contra su propia muerte de unos hombres se enriquezcan las posibilidades médicas para otros, a la necesidad de la esperanza que puede troncharse ante la inminencia de la muerte y a la dignidad humana que a nuestro parecer consagra el derecho a vivir y a no vivir. El heroísmo de cada decisión de vivir se nutre de la posibilidad de optar en cambio por morir. A la luz de los aportes modernos, que hay que superar pero no ignorar, puede entenderse que tal vez el mayor autoritarismo contra el hombre se esconde en el mantenerlo en una vida que no quiere.

LA CONDICION DE LA MUJER ANCIANA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO (*)

Maria Isolina DABOVE (**)

*...-Goza, sin temor del hado,
el curso breve de tu edad lozana,
pues no podrá la muerte de mañana
quitarte lo que hubieres hoy gozado;
y aunque llega la muerte presurosa
y tu fragante vida se te aleja,
no sientas el morir tan bella y moza:
mira que la experiencia te aconseja
que es fortuna morirte siendo hermosa
y no ver el ultraje de ser vieja.*

Sor Juana Inés de la Cruz
Soneto 148 -(1)

La elección de estos versos se debe fundamentalmente a dos razones significativas. La primera: porque los escribió Sor Juana Inés de la Cruz (1651-1695). Una mujer. Una de las pocas que, a lo largo de toda la Historia, nos ha dejado su testimonio sobre lo que pensaba de la ancianidad. Y la segunda: porque estos versos contienen una imagen de la vejez que, creo, aún hoy nos persigue a cada instante con furiosa insistencia. Me estoy refiriendo al problema de pensar a la vejez tan sólo en términos negativos. Como si por arte de magia, al llegar a esta edad, nos acosara de pronto un ejército de calamidades: las arrugas, las canas, la osteoporosis, la menopausia, la jubilación, la partida de nuestros hijos, la soledad. Frente a las cuales nos caben pocas posibilidades de defensa. Como si llegar a vivir a largo plazo

(*) Trabajo realizado en base a la disertación efectuada por la autora en la Asociación de Mujeres de Negocios y Profesionales María C.E. de Vidal de San Lorenzo, con ocasión del Día Internacional de la Mujer.

(**) Investigadora del CIUNR, responsable del área de Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) V. SOR JUAN INES DE LA CRUZ; "Escoge antes el morir que exponerse a los ultrajes de la vejez", en "Lírica", int., comentarios y notas de Raquel Asún, Barcelona, Bruguera, 1983, págs. 300 y ss.

fuerá una ofensa, un ultraje -lo llamó sor Juana con vehemencia-

¿Es esto cierto?, me pregunto y les pregunto. ¿Habrá tenido razón sor Juana, al describir de este modo a la vejez? ¿qué significado pueden tener hoy estas palabras para nosotras, mujeres del siglo XX-XXI? En suma: ¿Qué entendemos por vejez? (2)

I. Ciertamente, no se trata de una pregunta fácil de responder. La vejez es un fenómeno complejo. En primer lugar porque no existe **una** vejez, igual para todos. En este sentido, los gerontólogos concuerdan en afirmar que el envejecimiento comprende distintas etapas. Se habla de una tercera edad y de una cuarta edad, de vejez, ancianidad y senilidad. Como también se repara en las importantes diferencias que se producen entre la ancianidad femenina - que es mayoritaria (3) - respecto de la masculina (4).

Por otra parte, la vejez es un fenómeno complejo porque no constituye sólo una **proceso biológico**. Es también un **concepto histórico y cultural**. Se es viejo/a no sólo porque nuestro cuerpo cambia al alcanzar una determinada edad (5). Se es viejo/a también porque la sociedad en la que vivimos nos cataloga como tales, nos sitúa en el papel que le atribuye, de acuerdo con los valores que considera importantes. Ser viejo significa formar parte de un proceso psicofísico determinado tanto como haber sido considerados y valorados como ancianos a lo largo del tiempo y del espacio (6).

- (2) Acerca del paradigma de vejez utilizado más frecuentemente en la ciencia ver, por ejemplo: TORNSTAM, L.; "El quo vadis de la gerontología: su paradigma científico", en "The gerontologist". 32 (Nº3): 318-326, 1992; JOVELLANOS, Ignasi Casals C., "Teorías Generales sobre las personas mayores", en "Sociología de la vejez", Madrid. Unión Democrática de Pensionistas y Jubilados de España -UDP-. 1992, págs. 17 y ss.
- (3) El porcentaje de mujeres que alcanzan la vejez es sensiblemente superior al de los varones en casi todos los países del mundo, incluido el nuestro. De acuerdo al censo de 1990, en Argentina las personas de más de 60 años representan el 13% de la población total. Y, sobre ese 13%, el 54,6% corresponde a la presencia femenina. Ver TROP. José A.: "El proceso de envejecimiento poblacional", en "Senderos". N° 1. marzo. 1995, págs. 5 y ss Y tambien. RENAUD, François: "Investigación y Desarrollo en el ámbito del habitat y del alojamiento para las personas de edad", en "Sociología... cit", págs. 82 y ss
- (4) V LOPEZ ARANGUREN, Eduardo: "Los derechos de la tercera edad", disertación realizada en el seminario Los derechos de la minorías, organizado por el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", de la Universidad Carlos III de Madrid, en enero de 1993.
- (5) Al respecto ver: PARTRIDGE, Linda y PROWSE, Nik; "Mutation, variation and the evolution of ageing", en "Current Biology", vol. 4, Nº 5, 1994, págs. 430 y ss.; FLOREZ TASCON, F.J.; LAHER MONTOYA, E.; GONZALEZ y GONZALEZ, J.A.; RAMOS CORDERO, P. y VEGA QUIROGA, S.; "Gerontología experimental y envejecimiento cerebral normal"; en "Geriatría", vol. 1. (1) 19 - 1991, págs. 35 y ss.; Hasta las encuestas de opinión reflejan el rechazo hacia esta visión de la vejez, estructurada sólo por el paso de los años.
- (6) En relación a estas perspectivas puede verse: LEHR, Ursula; "Psicología de la senectud", trad. Alfredo Guera Miralles, Barcelona, Herder, 1980; "Correlato social y psicosocial de la longevidad", trad. Laura Pérgola, en "Geriatría Práctica", vol. III, Nº 9, 1993, págs. 3 y ss.; RUBIO HERRERA, Ramona; "Psicología del envejecimiento: trastornos típicos. Aspectos biológicos, fisiológicos, psicológicos y metodológicos de dicho proceso", en "Boletín de Estudios y Documentación de Servicios Sociales", Nº 13, 1983, págs. 25 y ss.; ARAGO, Joaquín M.; "El proceso de envejecimiento: aspectos psicológicos", en "Estudios de Psicología". Nº 2. 1980, págs. 148 y ss.; ESTEVEZ CASTROMIL, Cármen; "La vejez desde el cono invertido", en "Clínica y Análisis grupal", vol. 13 (1), Nº 56, 1991, págs. 125 y ss.; IMBAUL-HUART, Marie-José; "La viellesse: état pathologique ou ultime équilibre de vie?", en "Asclepio", vol. XXXV, 1983, págs. 301 y ss. Respecto a la vejez como concepto histórico ver: BEAUVOIR, S. de; "La vejez", 1º ed., 1º reimpr., trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Edhsa, 1989; MINOIS, Georges; "Historia de la Vejez. Desde la Antigüedad al Renacimiento", trad. Celia María Sánchez, Madrid, Nerea, 1989; ALBA, Victor, "Historia social de la vejez", Barcelona, Laertes, 1992.

II. El Derecho juega un papel muy importante en todo este entramado conceptual puesto que, en gran medida, a él le corresponde determinar las condiciones sociales y valorativas que deben ser respetadas en relación con los ancianos a través de sus normas. A él le cabe proteger al viejo y a él le cabe situarlo en un espacio y en un tiempo comunitarios.

Desde el Derecho, por ejemplo podemos descubrir claramente la débil condición en la que se encuentra la mujer al llegar a la vejez. Debilidad que se manifiesta en tres direcciones: en el plano de la realidad social del Derecho, en el sistema normativo y en los valores a los que aspiramos (7).

II.a Desde la **realidad social** del Derecho vemos, por ejemplo, que la mujer anciana es un ser especialmente débil porque es un ser especialmente condicionado, especialmente limitado. La naturaleza la condiciona, el hombre la condiciona, y hasta el azar y las influencias humanas difusas.

Esta situación de debilidad hará que sea más frecuente que la mujer anciana actúe como sujeto pasivo a que se erija en conductora de las fenómenos sociales. Que tenga que oír a ser escuchada. Que se someta a la autoridad de los demás a que ejerza por sí su autonomía. Al ir perdiendo con el paso del tiempo sus referencias culturales, su status social y el control de su vida, pocas veces será capaz de llegar a acuerdos.

Como sujeto pasivo, le tocará afrontar impotencias relevantes. La enfermedad, la disminución de sus ingresos o, incluso la pobreza, la soledad, la falta de vivienda, de un habitat preparado, adecuado, a su condición; el desprecio de sus "antiguos" talentos, la reclusión en residencias y hasta la marginación (8). Pero también se encontrará con algunas situaciones que pueden llegar a ser de potencia, según cómo las viva: la disponibilidad de un mayor tiempo libre o, la desvinculación de trabajos alienantes. Si logra aprovechar esta situación de manera creativa, es posible que logre reubicarse socialmente (9).

La mujer anciana está sujeta también a límites necesarios importantes, individuales y sociales. Su declinar físico, su configuración psíquica, ya consolidada, sus miedos, su situación económica en medio de un extenso pasado y un limitado porvenir; entre los límites

(7) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner; "Introducción Filosófica al Derecho", 6º ed., 5º reimpr., Buenos Aires, Depalma, 1987; "Justicia y Verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Buenos Aires, Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, -Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991-94; "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993. En relación con el problema específico de la vejez ver: CIURO CALDANI, M. A., "Derecho de la Ancianidad", en "Investigación y Docencia", Nº20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, págs. 35 y ss.; "Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad", en op. cit., Nº 25, págs. 7 y ss.; GONEM de GANDOLFO, Graciela; "Consideraciones sobre la Teoría General del Derecho y el Derecho de la Ancianidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, págs. 112 y ss.; DABOVE, María Isolina; "Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Ancianidad", op. cit., págs. 111 y ss.

(8) Al respecto ver ELIZALDE, Elvira, "Victimización en el anciano", en "Boletín... cit.", págs. 109 y ss.; RAVEGLIA, Fabiana, "La problemática del anciano internado en una institución geriátrica", en "Boletín... cit.", págs. 110 y ss.

(9) V. LOPEZ ARANGUREN, E.; op. cit., VV AA; "Sociología de la vejez", Madrid, U.D.P. 1992; VV AA; "La tercera edad en Europa: necesidades y demandas". Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991.

referidos al propio individuo. La falta de sus seres queridos, coetáneos; el desfazaje entre lo que pudo aprender antes y lo que la sociedad requiere hoy; los vertiginosos cambios tecnológicos y culturales, los prejuicios y estereotipos sociales respecto de la vejez y la ignorancia respecto al proceso de envejecimiento; los sistemas actuales de distribución de los recursos, que impiden que la mujer anciana tenga una remuneración y sea digna, y un largo etcétera, en relación con los límites sociales, políticos, económicos y culturales.

II.b Desde el punto de vista de las **normas**, la debilidad de la condición de la mujer anciana se evidencia por la profunda dispersión en el reconocimiento de sus derechos. En nuestro país no hay una consagración constitucional del status jurídico del anciano. Las recopilaciones existentes están referidas básicamente al problema previsional. Y, en el plano jurisprudencial, hay muy pocos fallos que contemplen de manera integral los derechos de la mujer frente a la vejez. Desgraciadamente, también las fuentes normativas internacionales suelen ser de mero espectáculo o de propaganda. Recordemos por ejemplo que el “Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento”, aprobado en 1982, no es más que un conjunto de recomendaciones que cada Estado podrá asumir o desechar a su arbitrio.

Por otra parte, en líneas generales, las normas no le atribuyen a la mujer anciana el carácter de sujeto de derecho, en sentido fuerte. Y a veces, suelen referirse a su condición sin compadecerse con la realidad al denominar formalmente como ancianas a personas que, materialmente no lo son y viceversa. Los derechos subjetivos reconocidos en favor de la mujeres ancianas han estado más de una vez sujetos a la negociación de los poderosos. Y no han sido otorgados en atención a la especial condición de los sujetos implicados. Las jubilaciones, por ejemplo, han surgido en el siglo pasado como “premios” graciosamente dados, como “recompensas”, por los servicios prestados al Estado y no como derechos adquiridos en atención a la calidad de sujeto.

II.c En cuanto a la **dimensión de los valores**, la condición de la mujer en la vejez también es débil porque no está desarrollado suficientemente un criterio especial de justicia que permita tanto protegerla como integrarla a través de todo el plexo valorativo. Así, por ejemplo, en nuestros días es frecuente analizar el problema de la ancianidad tan sólo en términos económicos, realzando ilegítimamente el valor **utilidad** por encima de la justicia. El problema de la vejez no se resuelve sólo con jubilaciones dignas, aún cuando esto ayude. Urge entonces buscar soluciones jurídicas que logren integrar la utilidad con la justicia.

A través de los parámetros de **belleza** imperantes tampoco se suele valorar a la vejez. Ser vieja es sinónimo de decrepitud, de fealdad y decadencia. Cabría preguntarse hasta qué punto es justo descalificar a un ser humano por no satisfacer las exigencias de un modelo de belleza impuesto tan sólo desde afuera.

El vertiginoso avance de los conocimientos también pone en crisis la valoración de la

vejez. A diferencia de lo que ha sucedido en otras culturas del pasado, la vejez ya no es fuente de **verdad**. Su memoria ya no sirve porque sus conocimientos se han tornado obsoletos. No se escucha al anciano. No se le requiere su consentimiento para la toma de decisiones y se quiebra así la comunicación intergeneracional, la comunicación con el futuro queda así quebrada. Desde esta perspectiva urge cuestionar entonces si es legítimo marginarlo de la sociedad o si más bien cabría la posibilidad de re-educarlo para su mejor inserción social.

Existen numerosos programas de escuelas para la tercera edad, aulas de la tercera edad, preparación para la jubilación (10), asistencia a domicilio, aprovechamiento de las nuevas tecnologías y de las nuevas vías de comunicación, mejoramiento del diseño de casas para que se adapten mejor a las necesidades de la ancianidad, y un largo etcétera, que se están desarrollando en algunos centros del mundo con muy buenos resultados de readaptación. La Unión Europea, por ejemplo, se ha abocado muy profundamente al estudio de los principios políticos que deberían implementarse en sus países miembros en relación con este problema del envejecimiento. En algunos de ellos se han realizado interesantes estudios. Tal es el caso de Holanda, España y Francia. Importantes también son los aportes que nos brindan países como Canadá y Estados Unidos donde el porcentaje de mayores es realmente significativo (11). Llegados a este punto cabría pensar si no deberíamos aprovechar estas experiencias para mejorar la vida de nuestros ancianos.

Por otra parte, en la vejez estamos expuestas a sufrir mayor número de enfermedades que, en muchos casos no hacen sino atentar gravemente contra el valor **salud**. Si a esto le añadimos el problema de la escasez de los recursos sanitarios cabe cuestionarse, por ejemplo, si es legítimo dejar de administrarle a un anciano un servicio médico para beneficiar con él a una persona con mayores posibilidades vitales. ¿Es legítimo sacrificar a un viejo, en favor de un niño, de un joven o de un adulto? -como ocurre en el sistema sanitario inglés-

Aunque desde la superficie del problema la condición de la mujer anciana parezca reclamar soluciones paternalistas, en lo profundo habría que buscar respuestas que se ajusten más al humanismo abstencionista. Hay que lograr que cada vez más se respete a la mujer anciana como sujeto simultáneamente igual y distinto y que se la tolere en esa misma medida. Y hay que lograr, también, que la mujer en su vejez también se sienta parte de la comunidad humana a la que pertenece, plenamente.

(10) En relación con estos temas ver: VV.AA.; "Preparación para la jubilación. Jornadas Internacionales", 26 y 27 de noviembre de 1990, Madrid, INSERSO y U.D.P., 1992.

(11) Ver los trabajos de BAZO, María Teresa; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Pilar; BALLESTIN, M. José; sobre: "Investigación y estudios básicos para la definición de la política nacional para las personas mayores en España"; en "Sociología... cit.", págs. 53 y ss; págs. 45 y ss. y págs. 63 y ss.; WALKER, Alan; "Asistencia a domicilio en Europa: tendencias actuales y perspectivas futuras", en "Sociología... cit.", págs. 27 y ss.; BERGOVLELT, Drik; "Programa de vivienda para ciudadanos de la tercera edad", en "Sociología... cit.", págs. 95 y ss.; BARENYS, María Pía; "Investigaciones sobre las residencias de ancianos en Cataluña y España"; en "Sociología... cit.", págs. 115 y ss.; FOKKEMA, Tineke y UNIVERSITY, Peter; "Utilización de los servicios de salud por parte de las personas mayores: ¿es la sustitución un instrumento para economizar los costes de cobertura?", en "Sociología... cit.", págs. 143 y ss.; TRAJTENBERG, Silvia y KORAZIN, Malka; "El uso de la información en la planificación a nivel local: un ejemplo de Israel"; en "Sociología... cit.", págs. 133 y ss.; GLASTONBURY, Brian; "Nuevas tecnologías e información para las personas mayores", en "Sociología... cit.", págs. 177 y ss.; BOYD, Susan y PITTMAN, Sharon; "Avances en la tecnología de la información y referencial", en "Sociología... cit.", págs. 187 y ss.

Para la realización de este régimen de justicia, hace falta proteger a las personas mayores desde diversas perspectivas. Por un lado habrá que protegerlas contra el propio sistema y contra otros individuos, fortaleciendo su condición a través del reconocimiento constitucional e internacional de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Habrá que protegerlas contra lo demás, es decir, contra las circunstancias: la miseria, la enfermedad, la debilidad, la soledad, etc., implementando normas directamente operativas al respecto. Desarrollando programas de acción reales, y no sólo estatales sino también privados. Y, por último habrá que protegerlas también contra sí mismas, particularmente contra su tentación de aislamiento y de abandono, contra su autodiscriminación.

III. Creo que ahora sí, sobre el final podemos llegar a entender un poco más el furioso desconcierto de sor Juana respecto de nuestra condición en la vejez. Toda situación de debilidad produce miedo. Y todo miedo nos impulsa hacia la huida, hacia el rechazo de aquello que vemos como débil. Esta fue la salida de sor Juana. Una salida apasionada y absoluta como ella, como su vida misma. Pero hoy, 300 años después de sus palabras, nos vemos envueltas en otras circunstancias. Hoy, contamos con un mayor avance tecnológico, con herramientas más precisas, con teoría más complejas y fundamentalmente, con una esperanza de vida como nunca antes ha habido en el pasado. En este contexto, hoy, el desafío no puede ser la muerte. Frente a la vejez hoy, es la vida: una mejor calidad de vida. Este y no otro es precisamente nuestro desafío.

LA BIOETICA UN DESAFIO DEL TERCER MILENIO ASPECTOS JURIDICOS (*)

Noemí Lidia NICOLAU (**)

Es importante detenerse a considerar los aspectos jurídicos de los problemas que la biotecnología presenta en esta articulación de dos milenios que nos toca vivir. Y digo problemas, porque resulta evidente que el avance biotecnológico ha venido a problematizar a las ciencias, a poner en crisis el conocimiento científico. Sin embargo, esta situación no debe provocar alarma, ya que, como todos sabemos, las crisis cuando son afrontadas con inteligencia coadyudan a la superación.

Uno de los problemas más importantes, a mi juicio, es que la bioética quede atrapada por el derecho. En las sociedades más desarrolladas, se ha comenzado a manifestar esta tendencia: el tránsito de la bioética al bioderecho.

Las causas que están conduciendo a esa absorción de una materia por otra son múltiples, pero entre ellas, me parece que quizás la más profunda, es no haber comprendido todavía la importancia de la interdisciplinariedad. El positivismo científico que signó los comienzos de este siglo, en el afán de superar la impura complejidad reinante, produjo el aislamiento de las ciencias conduciéndolas a una simplicidad pura, tan falsa como la anterior complejidad. Como consecuencia de este proceso, todavía hoy resulta difícil llegar a comprender los fenómenos como complejidades puras.

Si fuéramos capaces de abordar los problemas de la biotecnología como verdaderas complejidades, es decir, interrelacionando cada ciencia con las otras, la bioética no hubiera quedado atrapada por la medicina, como ha sucedido, ni tampoco estaría amenazada por el derecho.

Otra causa, la más directa y concreta es el afán permanentemente manifestado de regular los problemas de la biotecnología mediante leyes especiales. No se advierte que ese es un camino que lenta e inexorablemente conduce al reemplazo de la bioética por el derecho. Es un error suponer que las falencias éticas se resuelven con normas legales.

(*) De la participación de la autora en el panel llevado a cabo el día 23 de Junio de 1995, en las Jornadas sobre Bioética y procreación asistida organizadas por la Fundación Fraternitas, Rosario.

(**)Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

El avance biotecnológico presenta ese desafío entre bioética y derecho, pero también la misma ciencia jurídica tiene sus propios problemas. Entre ellos se pueden señalar dos, por un lado, la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales, y, por otro, la necesidad de dar solución eficaz a los requerimientos que la sociedad le plantea (por ejemplo, éste de legislar sobre cada uno de los problemas biotecnológicos: eutanasia, trasplante de órganos, procreación asistida, etc.).

a) Insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales.

Los conceptos fundamentales del derecho, los ejes sobre los que se construye el derecho privado, tales como el concepto de persona, de cosa, de negocio jurídico, la relación jurídica familiar, deben ser revisados para poder captar con suficiencia las nuevas realidades.

Respecto de la **persona física**, el Código civil establece el momento del **comienzo y el fin de la existencia**. Así el art. 70 dice: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...." y el art. 103 precisa: "Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas....".

Ambas precisiones adolecen actualmente de inexactitud sobrevenida por novedad científica.

Hace ya casi dos décadas, con motivo de los trasplantes de órganos, los civilistas enfrentaron el grave dilema de redefinir el concepto de "muerte natural" al que refiere la norma antes citada. Ahora debatimos desde qué momento puede decirse que hay persona humana para atribuirle personalidad jurídica. Tampoco el artículo 70 del Código civil es ahora adecuado, dado que la concepción puede ser en el seno materno o in vitro.

Otra cuestión, aun más novedosa, plantean los estudios sobre el genoma humano. El problema se vincula con los **atributos de la personalidad**, aquellas cualidades que se estiman inseparables de la persona, y que tradicionalmente han sido el nombre, domicilio, estado y capacidad. Los estudios sobre el genoma humano exigen ahora que se incorpore con ese rango, un nuevo atributo, la **identidad personal**. Debe reconocerse que el conocimiento del genoma humano aportar grandes beneficios, por ejemplo, para la identificación de delincuentes o en la atribución de paternidad.

Sin embargo, puede constituir un medio valioso para inferir graves daños a la persona, en el caso de que se utilice el conocimiento de su genoma para discriminirla en el acceso al empleo, o cuando se la mediatice experimentando sobre los genes de la persona por nacer.

Incluir la identidad personal dentro de los atributos de la personalidad importa darle una protección adecuada contra los abusos de que pueda ser objeto. No obstante, se hará necesario trabajar un concepto adecuado de identidad personal, delimitar su ámbito, todavía muy genérico y con grandes lagunas.

Se encuentra también en crisis el **concepto de cosa**. El Código civil dice en el art. 2311 que cosa es todo objeto material susceptible de tener un valor. La norma no aclara si el valor que debe atribuirse al objeto para ser considerado cosa, es un valor pecuniario. La doctrina, sin embargo, interpretando la mencionada norma conjuntamente con el art. 2312 y sus notas, ha entendido que las cosas integran el patrimonio de la persona “bajo la relación de un valor pecuniario”, tal como dice la nota al art. 2312.

Hasta este tiempo esa discusión podía significar pura retórica, sin embargo, en la actualidad cobra significativa importancia. Debe advertirse que en nuestro derecho, como en casi todo el Derecho civil de la familia occidental continental, las cosas están en el ámbito del derecho civil patrimonial con un régimen adecuado al contenido económico que implica el valor que la cosa debe tener por propia definición. Por lo cual una amplia corriente doctrinal y jurisprudencial entiende que, acorde con la eminente dignidad de la persona humana, su cuerpo y las partes renovables y no renovables del mismo, no son cosas en sentido técnico jurídico. Sin embargo en la actualidad aparece cada vez con más fuerza una corriente contraria que las considera como tales.

Este es un arduo tema que debe resolver el moderno Derecho civil. Uno de los conflictos que muestra la insuficiencia de las categorías existentes es que si son cosas pueden ser el objeto mediato de los contratos. Por ejemplo, podría calificarse como contrato de donación la relación jurídica que se establece entre el receptor y el dador de un órgano, de sangre o gametos cuando no se admite el pago de un precio en dinero. También sería posible calificarla como compraventa, cuando se paga un precio. En ambos casos estarían reunidos los elementos esenciales particulares de esos contratos (hay donación “cuando una persona se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una cosa, y la otra lo acepta”, y compraventa “cuando una persona se obliga a transmitir el dominio de una cosa y la otra a pagar un precio cierto en dinero”). Por tanto, en las circunstancias actuales, si un juez debiera calificar la relación como contrato de donación, luego, aplicaría el régimen legal del mismo y, por ejemplo, podría declarar procedente la revocación de la donación por ingratitud (art. 1858 Cód.civ.) quedando por tanto el donatario obligado a restituir la cosa donada o abonar daños y perjuicios.

Por otro lado, debería aplicársele el régimen de los vicios redhibitorios, y en consecuencia, si la sangre o el material genético recibido transmitió enfermedades, el dador deberá soportar los efectos de una acción redhibitoria, y pagar los daños y perjuicios.

Quienes sostienen que son cosas, intentan evitar los efectos descriptos propios de esa categorización, clasificándolas como “cosas fuera del comercio”. Sin embargo, poco se gana con ello ya que en nuestro derecho, las cosas están dentro o fuera del comercio según su enajenación sea o no expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública (arts. 2336 y 2337 del Cód.civil), por lo que podrán estar fuera del comercio, pero continúan en el patrimonio de la persona y pueden ser susceptibles por ejemplo, de

apropiación y goce.

El concepto de negocio jurídico también deberá ser revisado.

El Derecho civil ha abordado tradicionalmente el negocio jurídico con una teoría general de fuerte contenido patrimonial, diferenciando sólo los negocios jurídicos del derecho de familia. Cuando se estudian los institutos del negocio jurídico en el Código civil argentino se advierte claramente que las soluciones son adecuadas en la medida que se apliquen al ámbito patrimonial, pero resultan insuficientes para resolver los problemas que plantea la biotecnología. Piénsese en los vicios del consentimiento, las vicisitudes del negocio, el régimen de la capacidad e inhabilitación, etc.

b) Necesidad de dar respuestas eficaces a los requerimientos de la sociedad.

Una corriente, ampliamente resistida en el derecho comparado, entiende que la solución eficaz a todos los problemas de la biotecnología se brinda con el dictado de **leyes especiales**. Se ha dicho, con razón que la legislación es deseada por muchos pero también temida por esos muchos.

Quienes postulan que para cada sector de la biotecnología sea dictada una ley especial, deben resolver graves cuestiones. En primer lugar, deben optar entre dictar normas que contengan **principios generales** o que contengan la **regulación minuciosa y detallada** de cada uno de los aspectos particularísimos que se pretende abarcar. Por otro lado, deben estudiar la influencia que esas leyes especiales tendrán en el sistema jurídico.

Quienes optan por la ley especial, deben saber que responden al estilo propio de este final de siglo, el estilo de la ley microsistema. Mas deben advertir cuáles son los caracteres peculiares de esas leyes. En primer lugar, son leyes **negociadas** entre los diversos factores de poder. Porque tratan de atrapar un fenómeno determinado de la vida social y comprometen intereses bien concretos, el contenido de las leyes especiales se consensúa. Cabe preguntarse si el contenido de una ley sobre eutanasia, o procreación asistida debe ser el que se negocie o si es posible negociar “todo” en materia de bioética.

Por otro lado, las leyes microsistemas, dada su multiplicidad van horadando el sistema jurídico, que, como sabemos constituye un todo orgánico y coherente con vocación de completitud. Ese proceso se ha manifestado, con crudeza en el derecho privado patrimonial. El sistema de derecho privado, fue hasta que comenzara el período de la descodificación, un todo orgánico y coherente. La descodificación por leyes microsistemas ha llegado a producir, en algunos casos, una verdadera anarquía.

Actualmente la corriente legisferante a la que venimos aludiendo, propone una multiplicidad de leyes especiales en el ámbito de los negocios personalísimos. Tendremos así la ley de dación de sangre, la ley de ablación y trasplante de órganos, de procreación asistida, de eutanasia. No se repará en que las contradicciones irán surgiendo rápidamente.

Como cada ley especial resuelve su propia coyuntura y responde a una determinada negociación de los grupos de poder las incoherencias sustanciales se multiplicarán.

Decíamos que la bioética corre el riesgo cierto de quedar atrapada por el derecho, por su parte, éste corre el riesgo de caer en la incoherencia y perder efectividad. La solución más eficaz a nuestro entender consistirá en:

1) **admitir la eficacia de las normas de ética médica**, poniendo énfasis en hacerlas operativas, mediante su constante revisión y el funcionamiento eficiente de los tribunales disciplinarios.

2) **controlar por medio de Comités de ética** la investigación y la práctica médicas. En nuestro país, el control de los comités debe orientarse de manera especial hacia la práctica médica que tiene mayores despliegues que la investigación básica, más propia de los países desarrollados.

3) **dictar normas administrativas** que prevean la autorización y el control estatal para el funcionamiento de los centros donde se lleven a cabo determinadas investigaciones y prácticas médicas. No empeñarse en promulgar leyes microsistema, plagadas de definiciones y detalles que, por la celeridad del avance tecnológico, se tornan prontamente inexactas e ineficaces.

4) **incorporar al Código civil**, en la reforma que tanto se trabaja y no se concreta, **normas adecuadas sistemáticas en materia de negocios jurídicos personalísimos** aplicables a todos ellos. De manera que sea el propio código quien, no sólo reconozca los derechos personalísimos (como hizo el Proyecto elaborado por la Comisión designada para la reforma por el Poder ejecutivo), sino que también regule los negocios personalísimos, que son los que dinamizan, en concreto, esos derechos subjetivos. De tal modo que junto al régimen de los actos jurídicos patrimoniales tengamos también normas específicas para los negocios jurídicos personalísimos aplicables, por tanto, a la procreación asistida, la dación de sangre, el trasplante de órganos.

En síntesis, la bioética no debe ser atrapada por el derecho y el derecho no debe ser considerado sólo la ley. Con pocas y sabias normas legales y con un intenso desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia se podrán dar soluciones más justas a los problemas vitales del hombre del tercer milenio.

Como decía Cambaceres miembro de la Comisión de Códigos de la Revolución francesa, que nos legara los monumentales Códigos civil y comercial, “**NOSOTROS RAZONAMOS TODO COMO SI EL LEGISLADOR FUERA UN DIOS Y COMO SI EL JUEZ NO FUERA UN HOMBRE**” .

Las conminaciones económicas o astreintes en el Código General del Proceso

ENRIQUE E. TARIGO

SUMARIO

1. La derogación tácita del Decreto–ley 14.798
2. Un doble error de técnica legislativa en el art. 373 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990
3. Diferencias entre el Decreto–ley 14.978 y el CGP
 - a. Resoluciones judiciales que permiten la imposición de una astreinte
 - b. Cuantía de la astreinte
 - c. Revisabilidad de la astreinte
 - d. Beneficiario de la astreinte
 - e. Ambito de aplicación de la astreinte
4. Vigencia temporal del artículo 374 de la Ley 16.170
5. La astreinte en el caso particular de ejecución de la sentencia de condena a hacer o a no hacer alguna cosa
 - a. Por lo que refiere a las resoluciones judiciales que permiten la imposición de la astreinte
 - b. Por lo que respecta a la duración y a la cuantía de la astreinte
 - c. Por lo que concierne al beneficiario de la astreinte
 - d. Por lo que corresponde a la liquidación de estas astreintes

1. La derogación tácita del Decreto–ley 14.798

Resulta por lo menos opinable que el Decreto–ley N° 14.798, de 14 de diciembre de 1979, se encuentre comprendido en la norma derogatoria del art. 544.1 del Código General del Proceso. En efecto, si bien ésta dispone “Derógase el Código de Procedimiento Civil, sus modificaciones y todas las disposiciones que establecen procedimientos distintos a los previstos en este Código”, no puede omitirse la consideración de que: a) el referido decreto–ley no modificó disposiciones del CPC, sino que atribuyó a los Jueces una facultad o un poder del que carecían —en forma expresa o explícita,

por lo menos— hasta ese entonces, y b) tampoco el decreto–ley mencionado podía ser considerado una norma sobre *procedimientos*.

De todos modos, el Decreto–ley 14.798, de 14 de diciembre de 1979, fue indudablemente derogado, aun cuando la derogación haya sido tácita —artículo 10 del Código Civil— por el vigente Código General del Proceso.

Ello es así por cuanto el CGP “contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.

El CGP, luego de establecer en su art. 21.3, contenido en el Libro I, *Disposiciones Generales*, que “Las decisiones del tribunal deben ser acatadas por todo sujeto público o privado, los que, además, deben prestarle asistencia para que logre la efectividad de sus mandatos”, agrega que “Para lograr esta efectividad, el tribunal podrá: a) utilizar el auxilio de la fuerza pública, que deberá prestarse inmediatamente a su solo requerimiento; b) imponer *compulsiones o conminaciones, sean económicas, bajo forma de multas periódicas*, sean personales bajo forma de arresto, dentro de los límites prefijados por la ley y abreviando la conducción forzada o el arresto”.

Así establecido el criterio general, el tema se desarrolla fundamentalmente en el art. 374, dentro del Título referido a los *Procesos de ejecución*.

Esta última norma comienza estableciendo que “En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astricción necesarias” (numeral 1).

La referencia a *cualquier etapa del proceso* debe ser entendida como relacionada tanto a la etapa de conocimiento como a la etapa de ejecución de un proceso en que se ha ejercitado una pretensión de condena, y no, restrictivamente, a cualquier etapa dentro de un proceso de ejecución como podría quizás pensarse dada la ubicación de la norma.

La oportunidad es propicia para señalar que si bien el CGP distingue claramente el *proceso de conocimiento* —que disciplina en los arts. 337 y sgts.— de los *procesos de ejecución* —de los que se ocupa en los arts. 371 y sgts.— en más de una ocasión se refiere al proceso de ejecución de sentencia, uno de los referidos procesos de ejecución, como a una *etapa* de un proceso más amplio, comprensivo a la vez, de una etapa de conocimiento y de una etapa de ejecución. Así, por ejemplo, el art. 373.1, en cuanto dispone que “*La etapa de ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en la sentencia de conocimiento*”.

Del cuadro comparativo de los textos del Decreto-ley 14.798 y del CGP que insertamos al final de este trabajo se desprende, con evidencia, que la derogación tácita del primero de dichos textos legales ha sido, además, total, en la medida en que el Código General del Proceso no ha dejado vigente nada de la ley anterior que pueda considerarse “que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

En efecto, las únicas disposiciones del Decreto-ley que no tienen correspondencia en el nuevo Código procesal —el inc. 1º del art. 2º, los incs. 2º y 3º del art. 3º y el art. 5º— constituyen normas que han quedado vacías de contenido o privadas de todo sustento por el solo hecho de la sustitución, por tácita derogación, del resto de las disposiciones del referido Decreto-ley.

La norma contenida en el inc. 1º del art. 2º —“*La sanción será independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño*”— carece actualmente de toda relevancia, es decir, rige aun cuando no haya habido necesidad de establecerla, en cuanto, dado que las *astreintes* están destinadas en el CGP a un Fondo Judicial y no a la contraparte, resulta por demás obvio —más obvio aún que en el sistema anterior— que ellas son absolutamente independientes y separadas del derecho de la contraparte de la incumplidora a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya provocado.

La norma establecida en el inc. 2º del art. 3º —adjudicación inmediata del importe de las *astreintes* una vez liquidadas o su depósito en el Banco Hipotecario del Uruguay— carece de trascendencia al haber dispuesto el CGP que tales importes sean asignados al antes mencionado Fondo Judicial que administrará la Suprema Corte de Justicia.

La norma del inc. 3º del art. 3º —“*Los recursos interpuestos contra las decisiones referidas en este artículo no tendrán efecto suspensivo*”— resulta también irrelevante en la medida en que el CGP ha invertido, como criterio general, la regla casi absolutamente predominante en el CPC —el efecto suspensivo del recurso de apelación— para consignar, en su lugar, la regla de que las apelaciones no tienen efecto suspensivo, salvo las deducidas contra las sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza de definitivas (art. 252).

Por fin, por lo que concierne a la norma del art. 5º del Decreto-ley 14.798 —“*Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a los procesos en trámite*”— carece de todo interés como norma específica habida cuenta de que el CGP ha regulado expresamente en sus arts. 544 y sgts. lo relacionado con la aplicación de sus normas a los procesos nuevos y a los procesos en trámite.

Muy claramente, pues, cabe sostener que el CGP ha derogado tácitamente y por entero las normas del Decreto-ley 14.798.

Si los textos legales no resultaran suficientemente explícitos para entenderlo así, los antecedentes legislativos del Código, manifestados a través de diversas expresiones de quienes fueran los autores del proyecto, son bastantes para disipar toda duda.

En la *Exposición de motivos* —numeral 6 de su apartado IV— solamente se apunta que “*El Título V regula el proceso de ejecución en los artículos 371 a 401*”, para agregar a renglón seguido que “*En su Capítulo I (artículos 371 a 376) se establecen las reglas para la ejecución de sentencias, incluyéndose el instituto de las cominaciones o astrecciones (astreintes)....*”

Pero en la deliberación de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado se manifestaron de manera contundente al respecto tanto Torello como Gelsi Bidart, los dos autores del proyecto asistentes a la sesión de dicha Comisión del 20 de agosto de 1987.

Torello expresó allí, en referencia concreta al art. 374 que “*hay una modificación al régimen vigente... En el régimen actual se las acuerda (las astreintes) al beneficiario. Eso desvirtúa la naturaleza jurídica de la astreinte*”. “*En esa época —señala más adelante en referencia a la época del gobierno de facto en la que se aprobó el Decreto-ley 14.978— no hubo acuerdo, y quizás haya sido por*

desconfianza hacia la ecuanimidad de los jueces. Se dictó un decreto-ley y se sustituyó” (el arresto a la parte desobediente o la configuración del delito de desacato, soluciones del Derecho anglosajón a que antes se había referido) “por las cominaciones económicas, pensando que ello puede incentivar el cumplimiento. A lo que tiende la *astreinte* —el profesor Gelsi Bidart dice que es una vía de ejecución y otros dicen que no— es a que se cumpla con la sentencia, porque si no, sale más caro”. “Lo que no parece lógico es que, consistiendo esa desobediencia en un desacato a la majestad de la Justicia, beneficie a la parte actora, a quien muchas veces le conviene que la otra parte siga incumpliendo, porque mientras tanto le va abonando una cantidad periódica, cuando de lo que se trata es de que se cumpla la sentencia. De común acuerdo, optamos por acordar al instituto de la cominación, su exacta filosofía”.

Poco después, Gelsi Bidart agregó que: “En el Instituto de Derecho Procesal, siempre sostuvimos que la ley actual” (en referencia al Decreto-ley 14.978) “no era congruente con lo que debía ser. Pero en aquella época no hubo forma de hacer cambiar el punto de vista que, por otra parte, era (también) el del Instituto de Derecho Civil” (1).

Las expresiones transcritas resultan elocuentes en el sentido de confirmar la derogación del Decreto-ley 14.978 y su sustitución por las normas pertinentes del CGP.

2. Un doble error de técnica legislativa en el art. 374 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990

El art. 374 de la Ley 16.170, de 28 de diciembre de 1990 —Presupuesto Nacional de Sueldos, Gastos e Inversiones— dispuso que “Las disposiciones del Decreto-ley 14.798, de 14 de diciembre de 1979, no serán aplicables a aquellos procesos en los que sean parte las personas jurídicas de derecho público”.

En verdad, el Decreto-ley 14.978 ya había dispuesto tal solución dado que a tenor de su art. 4º se exceptuaban “de la aplicación de esta ley, los procesos en que sean parte las personas jurídicas de derecho público”.

(1) *Código General del Proceso. Antecedentes y discusión en la Comisión de Constitución y Legislación del Senado y en la Cámara de Senadores*, publicación oficial, Mont., 1988, págs. 607 a 610.

Pero esta norma, a su turno, había sido derogada expresamente por el artículo 1º del Decreto-ley 15.733, promulgado en las postrimerías del régimen de facto, el 12 de febrero de 1985, que estableció: “Deróganse el literal C) del artículo 3º de la Ley 14.500, de 8 de marzo de 1976 y el artículo 4º de la Ley 14.978, de 14 de diciembre de 1979”.

De manera que debe señalarse como un primer error de técnica legislativa la referencia implícita a una norma derogada, el art. 4º del Decreto-ley 14.978.

Pero aparte de éste, hay un segundo error, quizás más grave, en cuanto la referencia genérica a las disposiciones del Decreto-ley 14.978, ignora nada menos que su derogación total por parte del Código General del Proceso según se ha señalado por menorizadamente en el numeral anterior.

Ese doble error de técnica legislativa no ha incidido, sin embargo, para que la jurisprudencia dudara en cuanto a que la no aplicación de las normas del Decreto-ley 14.978 a los procesos en que sean parte personas jurídicas de derecho público está referida, no al Decreto-ley mencionado, sino a las normas sobre *astreintes* contenidas en el CGP.

Así, por ejemplo, en la suma de una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3^{er} Turno, se consigna que: “En el futuro, por la Ley 16.170 no se podrán imponer sanciones cominativas a ninguna persona pública...” (2). Así, también por ejemplo, en una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1^{er} Turno, se sostiene que se “ha operado la derogación del art. 374 CGP por virtud de la previsión del art. 374 de la Ley N° 16.170...” (3).

3. Diferencias entre el Decreto-ley 14.978 y el CGP

Las diferencias entre el sistema instituido por el Decreto-ley 14.978 y el establecido por el CGP pueden sintetizarse en las cinco siguientes.

a. Resoluciones judiciales que permiten la imposición de una astreinte

En el Decreto-ley de 1979 las *astreintes* sólo podían imponerse para lograr el cumplimiento de

(2) Publicada en RUDP, 1993, N° 1, pág. 223, c. 1178.

(3) Publicada en LJU, t. 107, c. 12.312.

las *sentencias*. En el CGP, las *astreintes* pueden decretarse para incitar al cumplimiento de las *providencias* dictadas por el tribunal.

La diferencia resulta obvia. El CGP ha vuelto, en definitiva, a lo que fuera el propósito del proyecto inicial que luego se convirtiera en el Decreto-ley 14.978. En efecto, en el proyecto del Poder Ejecutivo del año 1979, las sanciones conminatorias estaban destinadas “a que las partes cumplan sus *decisiones*”, esto es, las decisiones de los Jueces. La *Exposición de Motivos* correspondiente señalaba que: “El criterio elegido coincide con el de la ley francesa del 72 (“Los tribunales pueden... ordenar una *astreinte* para asegurar la ejecución de sus *decisiones*”, art. 5º) y con la argentina, que se refiere al incumplimiento de “los deberes jurídicos impuestos por una resolución judicial” (4).

Como señalara Arlas, en el Decreto-ley quedaban fuera de la posibilidad de la imposición de *astreintes*, las resoluciones mere interlocutorias o providencias de trámite, en los procesos contenciosos, y toda resolución dictada en los procesos voluntarios ya que la sentencia es propia y característica del proceso contencioso.

Según apunta Viera, la extensión operada al respecto por el CGP ha venido a determinar que queden comprendidas en la posibilidad de la aplicación de sanciones conminatorias las órdenes que pueda emitir el tribunal, por ejemplo, en los casos previstos en el art. 202 CGP, es decir, en los casos en que se ordene algo, *con citación* (5).

Las resoluciones judiciales que, en principio, podrán ser objeto de la imposición de una *astreinte*, son sin duda aquellas que imponen a uno de los litigantes una determinada conducta, pero sin que necesariamente deba tratarse de una sentencia —porque, según se ha expresado, el CGP lo ha extendido a toda providencia— y, en caso sí de tratarse de una sentencia, sin que necesariamente ésta haya de ser una sentencia de condena. A esta última cuestión se refería Arlas al señalar que, por

(4) Los antecedentes referidos al Decreto-ley 14.798 fueron prolídicamente recopilados, y allí pueden consultarse, en *Astreintes. Ley 14.798. Antecedentes, alcances. Derecho Comparado*, N° 7 de la colección Texto y contexto editada por la FCU, Mont., 1980. Y también en Arlas, *Incorporación de las astreintes al Derecho positivo uruguayo*, en RUDP, 1979, N° 2. En el caso concreto, la cita corresponde a la pág. 12 de la primera fuente citada y a las págs. 18 y 19 de la segunda.

(5) Viera, *La ejecución forzada en el CGP*, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, Mont., 1989, t. II, pág. 150.

ejemplo las decisiones del Juez de Menores —hoy será el Juez de Familia— que fijen un determinado régimen de visitas en beneficio de uno de los padres del menor, no son estrictamente consideradas sentencias de condena, pero implícitamente le imponen al padre que tenga la guarda de su hijo la obligación de cumplir el régimen de visitas establecido, por lo que el incumplimiento puede, perfectamente, dar lugar a la aplicación de una *astreinte* (6).

La suplantación del vocablo *sentencias* por *providencias*, determina que actualmente quepa la posibilidad de imponer *astreintes* a uno de los sujetos interesados en un proceso voluntario. Por ejemplo, si en un proceso sucesorio se hubiera dispuesto que el heredero en cuyo poder se hallan los títulos de propiedad de los bienes hereditarios, los presentes al tribunal, su renuencia a hacerlo podría, nos parece, ser sancionada con una conminación económica.

b. Cuantía de la astreinte

Por lo que respecta a este aspecto, la diferencia entre el régimen anterior y el vigente no parece revestir demasiada trascendencia. En el régimen anterior como en el actual la finalidad de la *astreinte* sigue siendo la misma: “teniendo en cuenta su finalidad esencial de estímulo para el cumplimiento”, decía el Decreto-ley 14.798; “de tal manera que signifiquen una efectiva restricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto”, reza la norma correspondiente del CGP. Más allá de la variación en los términos, el concepto permanece in cambiado.

Por lo que concierne a la cuantía considerada en sí misma, el Decreto-ley se remitía a dos factores, “la demora de éste” (del cumplimiento) y “el caudal económico de la parte que deba satisfacerla” (la sanción o *astreinte*). El CGP, por su parte, también se remite a dos factores: “el monto o la naturaleza del asunto” y “las posibilidades económicas del obligado”.

El segundo factor es el mismo: caudal económico y posibilidades económicas deben reputarse como expresiones equivalentes. Por lo que refiere al primero, sin duda existe una clara diferencia. No es lo mismo, naturalmente, la demora en el cumplimiento que el monto o la naturaleza del asunto. Y la modificación dispuesta por el CGP resulta ab-

(6) Arlas, ob. cit., pág. 19.

solutamente razonable. La demora en el cumplimiento no es un dato cierto al decretarse la imposición de una *astreinte*, sino un dato cambiante en función de la conducta superviniente, esto es, la mayor o menor demora en el cumplimiento a partir de la fijación de la sanción conminatoria. El monto o la naturaleza del asunto, en cambio, son datos objetivos y concretos ya en el momento de disponerse la aplicación de la conminación.

Arlas sosténía, con criterio acertado, que la referencia a la demora en el cumplimiento habilitaba al Juez a fijar una suma variable y creciente, precisamente en función de esa posible mayor demora. Tal facultad no le ha sido cercenada, de modo alguno, al Juez o tribunal en el sistema del CGP, habida cuenta, además y según habrá de verse de inmediato, que actualmente el tribunal está facultado también para revisar el monto o la cuantía de la *astreinte*, aumentándola.

c. Revisabilidad de la astreinte

En el Decreto-ley 14.798, el Juez estaba facultado para *moderar o suprimir* la sanción económica; en el CGP, el tribunal está facultado para *aumentar, moderar o suprimir* la conminación establecida.

El CGP, aquí también, ha implicado el retorno a lo que fuera el proyecto inicial que diera luego lugar a la sanción al decreto-ley. El proyecto de 1979, en efecto, disponía que la sanción "podrá modificarse en más o en menos y aún decretarse su extinción, según las circunstancias" y en su Exposición de Motivos se destacaba que se había establecido "con la máxima amplitud posible el carácter revisable del pronunciamiento judicial que impone la sanción. La ley francesa, que sólo prevé la posibilidad de *moderar o suprimir* (art. 8º), es mejorada incluyendo la facultad de *incrementar* la condena, porque la cantidad inicialmente fijada puede resultar luego inadecuada (por ejemplo, por ser demasiado baja) para servir de estímulo suficiente. Asimismo se supera la ley argentina, que contempla únicamente dos hipótesis de revisión (el cumplimiento o la justificación del incumplimiento), consagrando una fórmula de gran flexibilidad, que elude la enumeración casuística o particular y utiliza, en cambio, una expresión abierta, capaz de abarcar todas las situaciones que puedan plantearse en la práctica (*según las circunstancias del caso*)" (7).

(7) *Astreintes..., Texto y contexto*, cit., págs. 13 y 14.

Ya no interesa, desde luego, la discusión que se operó a este respecto en el seno de la Comisión del Consejo de Estado y que, como apuntara Arlas, tuvo un resultado en verdad singular: "se modificó el texto del proyecto, quitándole al Juez el poder de aumentar la sanción impuesta; se mantuvo el criterio amplio del proyecto que permitía al Juez revisar la sanción, sólo para disminuirla o suprimirla, *según las circunstancias del caso*" (8).

La solución del Decreto-ley 14.978 no fue feliz. Así lo señaló Arlas: "Si la ley le reconoce al Juez los poderes necesarios para imponer la *astreinte* aun de oficio, por el monto que a aquél le parezca razonable, no se advierte cuál es la razón para impedir a ese mismo Juez que aumente la sanción cuando las circunstancias del caso así lo requieran. En la coyuntura que vive el mundo de hoy es fácil prever muchas situaciones en que una sanción pueda perder total eficacia al cabo de algún tiempo y que la única forma de evitarlo es permitir al Juez adecuar esa sanción a las nuevas circunstancias" (9).

La innovación del CGP, al permitir al tribunal también aumentar la conminación, ha venido a recoger, según así lo puntualiza Viera, "la crítica que unánimemente le había hecho la doctrina civilista y procesal al (Decreto)-ley 14.978 en cuanto sólo permitía moderar o suprimir la sanción" (10).

d. Beneficiario de la astreinte

Esta es, quizás, la innovación más importante aportada al instituto de las astreintes por el Código General del Proceso.

Bajo la vigencia del Decreto-ley 14.798, el producido de las *astreintes* beneficiaba a la *contraparte del conminado*; bajo la vigencia del CGP, el producido de las *astreintes* pasará a integrar un *Fondo Judicial que será administrado por la Suprema Corte de Justicia*.

En la Exposición de Motivos del proyecto que luego se convirtiera en el Decreto-ley 14.798 se defendía aquella solución al señalarse que "Aunque se objetó que la sanción pecuniaria si es percibida por el particular produciría un enriquecimiento sin causa de éste, el proyecto recibe en este punto la solución tradicional, aceptada también por los Derechos positivos que legislaron al respecto. Ella

(8) Arlas, ob. cit., pág. 22.

(9) Arlas, ob. cit., pág. 23.

(10) Viera, ob. cit., pág. 150.

cuenta, igualmente, con el antecedente patrio de las multas en materia de arrendamiento urbano, las cuales aprovechan al acreedor, lo mismo que la pérdida de las primas pagadas por el asegurado beneficia al asegurador en el caso del artículo 667 del Código de Comercio. Para los que asignan a la *astreinte* la naturaleza de pena privada, la solución es un lógico corolario de la posición asumida; pero aunque no se compartiera este criterio, es conveniente que así sea, ya que la reparación del daño no satisface al acreedor el interés que forma el núcleo de la relación obligacional y sólo le otorga una compensación, las más de las veces inadecuada” (11).

La cuestión fue debatida en aquella oportunidad en el seno de la Comisión del Consejo de Estado, y se propuso en ella una solución intermedia que consistía en que cuando la *astreinte* fuera impuesta de oficio su producido correspondiera al Estado en tanto que correspondería a la contraparte cuando fuera decidida a petición de ésta, fórmula híbrida que en definitiva resultó desechada.

Gamarra sostuvo la tesis, que luego se consagrara en el Decreto-ley, fiel a su concepción sustantiva de la *astreinte* como pena privada, y Barrios de Angelis “se limitó a indicar las razones que habían llevado a proponer esa solución, sin afiliarse de manera efectiva a ninguna de las fórmulas propuestas” (12).

En su trabajo tantas veces citado, Arlas sostuvo que la solución “parece aceptable, pues ya se trate de una sanción impuesta de oficio o a pedido de parte, el primer perjudicado por el cumplimiento tardío o por el incumplimiento es siempre el litigante acreedor y es correcto que a él se le adjudique la multa en que consiste la *astreinte*” (13).

(11) *Astreintes.... Texto y contexto*, cit., págs. 12 y 13.

(12) Arlas, ob. cit., pág. 20. Gamarra, en el t. 18 de su magnífico *Tratado de derecho Civil Uruguayo*, Mont., 1980, pág. 184 volvió a sostener que “A mi juicio la *astreinte* tiene naturaleza punitiva y ello la vuelve inaceptable en ausencia de una ley. La doctrina esgrimió diversos argumentos contra esta concepción; pero ninguno de ellos convence”. Poco después, y al reiterar su tesis de que “el Juez no puede aplicar sanciones (mucho menos, penas) sin el soporte legal de un texto, que no existe en nuestro ordenamiento positivo, hay que concluir que es ilegal la implantación de *astreintes* en el Uruguay”, agregaba: “Esto no quiere decir que no exista conveniencia de introducirlas en el Derecho positivo...”. Y al pie de la página, daba cuenta de que estando ya en prensa ese tomo, se había sancionado la ley 14.978.

(13) Arlas, ob. cit., pág. 21.

Los antecedentes reseñados no parecen confirmar la aseveración de Gelsi Bidart en el seno de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado a que nos hemos referido en el numeral 1, en el sentido de que el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal —que fuera, junto con el Instituto de Derecho Civil, autor del proyecto inicial en 1979— era decidido partidario de que el importe de las *astreintes* no beneficiara a la contraparte sino al Estado o, más concretamente, al Poder Judicial. Pero es claro sí que ésta fue la tesis sostenida por los autores del proyecto que luego se convirtiera en el CGP, especialmente por Torello, según también se señalara ya en el antedicho numeral.

e. Ambito de aplicación de la *astreinte*

El punto ha sido ya mencionado por lo que bastará aquí el mero resumen de la evolución sufrida.

El Decreto-ley 14.978 dispuso en su art. 4º: “Exceptúanse de la aplicación de esta ley, los procesos en los que sean parte las personas jurídicas de derecho público”.

El Decreto-ley 15.733, de 12 de febrero de 1985, derogó a texto expreso el antes transcrita artículo 4º, por lo que, a partir de su vigencia, el régimen de las *astreintes* resultó aplicable también en los procesos en que fueran parte personas jurídicas de Derecho Público.

Así las cosas, cuando entró en vigencia el Código General del Proceso y al no establecer éste salvedad o excepción alguna, permaneció incambiada la solución, esto es, las conminaciones económicas o *astreintes* eran eventualmente aplicables en los procesos en que fueran parte las personas jurídicas de derecho público y, desde luego, aplicables indistintamente a una u otra de las partes, según correspondiera.

En 1990, al sancionarse la Ley de Presupuesto se incluyó en ella el art. 374 que como se ha visto ya, con evidente error de técnica legislativa, estableció que las disposiciones del Decreto-ley 14.798 “no serán aplicables a aquellos procesos en los que sean parte las personas jurídicas de derecho público”, cuando, en rigor, debió establecerse —dado que el decreto-ley referido había sido tácitamente derogado por el CGP— que las disposiciones de éste que establecen la posibilidad de imponer conminaciones o sanciones económicas no serían aplicables en los referidos procesos.

Pero, como también ya ha sido expresado, así se le ha entendido más allá de su defectuosa formulación.

4. Vigencia temporal del artículo 374 de la Ley 16.170

Nada ha establecido el art. 374 de la Ley 16.170 con relación a su aplicación o no a los procesos en trámite, a diferencia de lo que, en su tiempo, dispusiera el artículo 5º del Decreto-ley 14.798.

En la suma de la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, antes citada, se establece que: "En el futuro, por la Ley 16.170 no se podrán imponer sanciones conminativas a ninguna persona pública, pero las impuestas antes se agotarán únicamente por el cumplimiento de la obligación para la que fueron impuestas. Los efectos del artículo 374 de dicha ley no pueden alcanzar a situaciones anteriores a su vigencia porque así no fue dispuesto por la ley" (14).

En cambio, en la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno, también citada antes, se sostiene: "También es exacta la afirmación del *a quo* en el sentido de que no procede la aplicación de *astreintes* en el *sublite*, en que es parte una persona jurídica de derecho público. Y ello por cuanto, según razonamiento desarrollado en sentencia 275/91 y trasladable *mutatis mutandi* a esa hipótesis, (se) ha operado la derogación del art. 374 CGP por virtud de la previsión del art. 374 de la Ley 16.170, norma procesal atento a su función y finalidad y, por tanto, de aplicación inmediata a los procesos en trámite (art. 12 CGP)" (15).

Compartimos la afirmación de que la del art. 374 de la Ley 16.170 es una norma de carácter procesal. Ello deriva, como bien dice el fallo mencionado, tanto de la función como de la finalidad de la norma. Adviértase que la norma que declara la inaplicabilidad a determinados procesos —a aquéllos en los que sea parte una persona jurídica de derecho público— de una norma estrictamente procesal como lo es la contenida en el art. 374 CGP —aunque por defecto de técnica ya señalado, ella no se refiera al CGP sino al derogado Decreto-ley de 1979, norma procesal también ésta— no puede ser sino, a su turno, una norma de naturaleza procesal.

(14) RUDP, 1993, N° 1, pág. 223, c. 1178.

(15) LJU, t. 107. c. 12.312.

Y siendo así, no cabe olvidar que el CGP, a diferencia del CPC, ha consagrado en una norma de carácter general aplicable por ello mismo a todas las normas procesales que puedan dictarse con posterioridad y que no contengan a texto expreso una solución distinta, que "Las normas procesales son de aplicación inmediata y alcanzan, incluso, a los procesos en trámite" (art. 12, inc. 1º).

Pero el inciso 2º de dicho artículo agrega que: "No obstante, no regirán" (las nuevas normas procesales) "para los recursos interpuestos, ni para los trámites, diligencias o plazos que hubieran empezado a correr o tenido principio de ejecución antes de su entrada en vigor, los cuales se regirán por la norma precedente". Este inc. 2º del art. 12 CGP reitera, como es sabido, el texto de la norma contenida en su tiempo en el inc. 2º del art. 76 LAJ.

La cuestión radica, entonces, en determinar si la resolución judicial que impuso a una persona jurídica de derecho público, con anterioridad a la vigencia de la Ley 16.170, una sanción conminatoria o *astreinte*, está comprendida o no en una u otra de las excepciones del inc. 2º del art. 12 a la regla de la aplicación inmediata de la nueva ley procesal.

La duda, razonablemente, puede plantearse alrededor de la expresión *diligencias*, dado que, naturalmente, no estaríamos en el caso propuesto en presencia ni de un recurso ya interpuesto, ni de un plazo que comenzó a correr. Por lo que refiere al vocablo *trámites*, y si aceptamos la definición de Couture en su *Vocabulario Jurídico* —"Cada una de las *diligencias* que es menester realizar en un proceso"— su suerte va unida al sentido que atribuyamos a la palabra *diligencias*.

Couture también definía la *diligencia* como "un acto procesal; acción de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de terceros, susceptible de crear, modificar o extinguir derechos procesales" (primera acepción) (16).

Selva Klett ha afirmado que "*diligencia* es toda actuación procesal con excepción de los actos ordenatorios y decisorios y, aun, la documentación de los mismos", lo que parecería indicar un criterio distinto, pero luego agrega que "la locución *tenido principio de ejecución* alude a la ejecución iniciada, pero comprende además la resolución del tribu-

(16) Couture, *Vocabulario Jurídico*, Mont., 1960.

nal que ordena la práctica y aun la gestión de la parte que reclama tal resolución ordenatoria” (17).

Si en el concepto de diligencia cabe considerar comprendido el acto procesal del tribunal (Couture), si en él cabe también la resolución del tribunal que ordena la práctica de la diligencia misma (Klett), parecería que la resolución judicial, la providencia, que dispuso la imposición de una *astreinte* a una persona pública o, mejor, en un proceso en que fuera parte una de tales personas jurídicas, con anterioridad a la vigencia de la Ley 16.170 y siempre que ella hubiera tenido principio de ejecución, debería continuar rigiéndose hasta su agotamiento por la ley anterior y no aplicarse la ley nueva.

Es decir, compartiríamos en principio la solución del Tribunal 3º y no la del Tribunal 1º, aunque, como a veces consignan los camaristas, *por otros fundamentos*.

No, en efecto, por la razón esgrimida por dicho tribunal de alzada al señalar que los efectos de la nueva norma —el art. 374 de la Ley 16.170— “no pueden alcanzar a situaciones anteriores a su vigencia porque así no fue dispuesto por la ley”, sino porque, en todo caso, la pervivencia de la ley anterior estaría amparada en una de las excepciones del inciso 2º del art. 12 CGP a la regla general, instituida en su inciso 1º, de la aplicación inmediata de toda nueva ley procesal.

La cuestión, que reconocemos como opinable, radica en definitiva en el concepto de lo que debe entenderse por *diligencia judicial*.

5. La astreinte en el caso particular de ejecución de la sentencia de condena a hacer o a no hacer alguna cosa

El art. 374 no agota la regulación de las *astreintes* en el Código General de Proceso.

Los arts. 398 y 399 también las han previsto, aunque en estos casos con caracteres distintos de algunos de los hasta aquí repasados.

La primera de las normas citadas dispone que en caso de ejecución de sentencia de condena a hacer alguna cosa *no susceptible de cumplirse por un*

tercero, “a pedido de parte podrá perseguirse su cumplimiento en especie a cuyo efecto se establecerá una conminación económica por un plazo no mayor de cuarenta y cinco días. Si aún así no se realizara el cumplimiento, se liquidarán dichas conminaciones y los daños y perjuicios respectivos por los procedimientos de los artículos 378.1, 2 o 3, según corresponda. En este caso, las sumas liquidadas por conminaciones no se imputarán a los daños y perjuicios respectivos y beneficiarán al ejecutante” (art. 398.3).

Si, por el contrario, la sentencia hubiera condenado a hacer algo *susceptible de ser cumplido por un tercero*, “el actor solicitará al tribunal que intimé al condenado su realización en el plazo establecido” (en la sentencia de condena) “o en el que aquél” (el tribunal de la ejecución) “determinare” (art. 398.1). Pero si, “vencido el plazo y si no se diere cumplimiento, el ejecutante podrá optar por el procedimiento previsto en el ordinal tercero” (en verdad, en el numeral 3) “o solicitar que el tribunal determine el tercero que deba realizarlo” (art. 398.2).

A su turno, el art. 399 dispone que si se condenare a no hacer alguna cosa, “El ejecutante podrá optar por pedir directamente los daños y perjuicios o los medios de conminación o compulsión necesarios para evitar en el futuro el incumplimiento de la condena” (art. 399.2). La hipótesis que maneja la norma transcrita es, a *contrario sensu* de la prevista en inciso 1º, la de una condena a no hacer que aún no se ha cumplido o cuyo incumplimiento ya fuera reparado y se quisiera prever un nuevo incumplimiento. La hipótesis del inciso 1º del art. 399 es, por el contrario, la de que *ya se hubiere efectuado* aquello que se condenó a no hacer en la sentencia, por lo que, en este caso, “el ejecutante podrá solicitar... la reposición al estado anterior, procediéndose de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398.1 y 2”. Pero el párrafo final de este art. 399.2 añade que: “Esto último” (es decir, la solicitud de aplicación de “los medios de conminación o compulsión necesarios para evitar en el futuro el incumplimiento de la condena”) “podrá igualmente solicitarse en el caso del ordinal 1 del presente artículo”.

Quiere decir que, en todo caso de condena a hacer o a no hacer alguna cosa, puede solicitarse por el ejecutante, sea directa o subsidiariamente, la aplicación de medidas de conminación económica o *astreintes* para asegurar o para incentivar el cumplimiento de la sentencia de condena.

(17) Klett, *La vigencia de las nuevas normas y los procesos en trámite*, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, Mont. 1989, t. I, pág. 27.

Estas *astreintes* de los arts. 398 y 399 presentan, con relación a las anteriormente examinadas del art. 374 CGP, algunas variantes de importancia que pueden rápidamente consignarse del modo siguiente.

a. Por lo que refiere a las resoluciones judiciales que permiten la imposición de la astreinte

En estos casos, ya no se trata de providencias, sino de sentencias y, más precisamente, de sentencias de condena a hacer o a no hacer alguna cosa determinada. Por ejemplo: levantar una pared, no abrir una ventana en una pared medianera, no cortar determinados árboles, etc.

b. Por lo que respecta a la duración y a la cuantía de la astreinte

No hay aquí una previsión específica en lo relacionado con el monto o la naturaleza del asunto —en realidad, de la condena— ni por lo que atañe a las posibilidades económicas del obligado, aunque el tribunal igualmente deberá tomar en consideración uno y otro factor; pero hay sí una previsión expresa en lo que concierne a la duración de las astreintes: ellas no podrán superar el lapso de cuarenta y cinco días. Lo que, de algún modo y así sea por vía indirecta, supone poner un tope a la cuantía de la conminación.

c. Por lo que concierne al beneficiario de la astreinte

Aquí, a diferencia del art. 374 CGP y en coincidencia con la solución que en su tiempo estableciera el Decreto-ley 14.978, se dispone que el beneficiario de la *astreinte* lo será el ejecutante y se aclara, tal como también lo hiciera el citado decreto-ley, que tales conminaciones serán independientes de los daños y perjuicios que pudieran reclamarse.

d. Por lo que corresponde a la liquidación de estas astreintes

Aquí, a diferencia del art. 374, que siguió en este aspecto la solución que estableciera en su tiempo el Decreto-ley de 1979 (18), la liquidación de las conminaciones económicas, junto con la de los daños y perjuicios irrogados, se hará —dice el Código en su art. 398.3— “por los procedimientos del artículo 378.1, 2 o 3, según corresponda”.

La remisión legal es equívoca; en verdad, habría bastado remitirse a los procedimientos de la liquidación de sentencia o, si se prefería la referencia numérica, por el procedimiento del art. 378.3. Porque resulta claro que tanto la liquidación de las conminaciones económicas o *astreintes*, como la de los daños y perjuicios, deberán cumplirse como las de toda sentencia que condena al pago de daños y perjuicios y, nunca, como las que condenan el pago de frutos (art. 378.2).

(18) Al reiterar la solución del Decreto-ley 14.798 por lo que refiere a la liquidación de las *astreintes* (art. 374. 2 inc. 2º), el CGP desatendió la exacta observación de Arlas en el sentido de que la tasación por perito no corresponde en el caso de bienes inmuebles, ya que, por lo menos en primer término, debería tomarse como valor el asignado por la Dirección General del Catastro Nacional y Administración de Inmuebles del Estado.

Cuadro comparativo de las normas del Decreto-ley N° 14.978 y del Código General del Proceso

Decreto-ley N° 14.978

art. 1º, inc. 1º

El juez, de oficio o a petición de parte, podrá imponer sanciones pecuniarias conminativas, tendientes a que las partes cumplan sus sentencias.

art. 1º, inc. 2º

La sanción se graduará teniendo en cuenta su finalidad esencial de estímulo para el cumplimiento, la demora de éste y el caudal económico de la parte que deba satisfacerla.

art. 1º, inc. 3º

El juez, de oficio o a petición de parte y según las circunstancias, podrá moderar o suprimir la sanción impuesta.

art. 2º, inc. 1º

La sanción será independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño.

art. 2º, inc. 2º

Si producido beneficiará a la contraparte del conminado.

art. 3º, inc. 1º

Cuando lo estime oportuno, de oficio o a petición de parte, y comprobada sumariamente la persistencia del incumplimiento, el juez liquidará la sanción a la fecha y autorizará al alguacil para que haga efectivo el cobro sin demora. Este embargará bienes del deudor en el orden previsto por el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, los hará tasar acto continuo por perito y los asignará a un rematador público para que los venda sobre la base de las dos terceras partes de la tasación, dando cuenta.

art. 3º, inc. 2º

Si la parte beneficiada lo solicitare, el importe se le adjudicará de inmediato. En su defecto, se depositará en el Banco Hipotecario del Uruguay y en Obligaciones Hipotecarias Reajustables, a la orden del Juzgado y bajo el rubro de autos, cumpliéndose oportunamente con la adjudicación a que hubiere lugar.

art. 3º, inc. 3º

Los recursos interpuestos contra las decisiones referidas en este artículo no tendrán efecto suspensivo.

Código General del Proceso

art. 374.1

En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astrección necesarias.

art. 374.2, incs. 1º y 3º

Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento.

Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

art. 374.2, inc. 4º

El tribunal podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.

art. 374.2, inc. 5º

Las cantidades que se paguen pasarán a un Fondo Judicial que será administrado por la Suprema Corte de Justicia.

art. 374.2, inc. 2º

El tribunal dispondrá la liquidación de las mismas una vez transcurrido un plazo prudencial. La cuenta pasará al alguacil del tribunal, el que embargará bienes del deudor suficientes, los hará tasar por perito que designará y los asignará a un rematador público para su remate por los dos tercios de su valor de tasación, de lo que dará cuenta.

Decreto–ley N° 14.978*art. 4º*

Exceptúanse de la aplicación de esta ley, los procesos en los que sean partes las personas jurídicas de derecho público.

art. 5º

Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a los procesos en trámite

Código General del Proceso*Decreto–ley N° 15.733, art. Iº*

Deróganse el literal C) del artículo 3º de la ley 14.500, de 8 de marzo de 1976, y el artículo 4º de la ley 14.978, de 14 de diciembre de 1979.

Ley N° 16.170, art. 374

Las disposiciones del Decreto–ley N°14.978, de 14 de diciembre de 1979, no serán aplicables a aquellos procesos en los que sean parte las personas jurídicas de derecho público.

ACERCA DE LAS RELACIONES ENTRE REPARTOS Y DISTRIBUCIONES

Pablo G. TOJO (*)

I - Presentación

De acuerdo al planteo de la teoría trialista, los repartos ocupan el centro del mundo jurídico, mientras las distribuciones se ubican en su periferia (**).

Por ello, son importantes de considerar las relaciones que se establecen entre ambas clases de adjudicaciones.

Por una parte, revisten trascendencia en cuanto expresan una actitud humana, la cual puede ser de protagonismo o de pasividad. Así, estas relaciones pueden mostrar que el hombre actúa respecto a las distribuciones, porque el hombre es conductor, protagonista, y por ello, para no perder su protagonismo, ejerce su conducción ante las distribuciones. De lo contrario, el centro de gravitación pasaría a estar en el sector que generalmente conforma la periferia del mundo jurídico. En otros términos, el núcleo del Derecho jugaría un rol pasivo con respecto a las adjudicaciones provenientes del área marginal. De este modo, el hombre dejaría de ser protagonista activo, fundamentalmente repartidor, para ser mero recipiendario. Esto ocurre si se limita a tolerar las distribuciones. Pero la consideración de estas relaciones pueden mostrarnos también la imagen contraria, es decir, que el hombre no asume su rol central, y desempeña un papel pasivo con respecto a las distribuciones. En este caso, los repartos que habitualmente ocupan el centro del mundo jurídico se ven desplazados, y en su lugar se ubican las distribuciones. En definitiva, estas dos actitudes posibles, protagonismo o pasividad, representan dos concepciones del Derecho: una con fuerte proyección humana, más jerarquizante de lo jurídico, y otra en la cual el hombre se halla diluido entre otros factores extrahumanos, menos jerarquizante de lo jurídico.

Por otra parte, es significativo analizar estas relaciones a fin de observar la influencia que ellas ejercen sobre las relaciones entre repartos y repartos, las cuales pueden verse modificadas por aquéllas.

II - Clases de relaciones

Las relaciones entre repartos y distribuciones pueden ser de dos grandes clases: contribución, y oposición, pudiéndose agregar a nuestro criterio una tercera posibilidad, que es la **indiferencia**.

Veremos en cada caso los diversos matices que pueden hacerse presentes, por la importancia que cada clase de relación posee en su proyección humana.

1 - Contribución

En este tipo de relación, el hombre a través de repartos contribuye a la producción de distribuciones, o a sus efectos. Por ejemplo, el hombre realiza tareas de riego y fertilización de suelos, con lo que se posibilita la aptitud de éstos para el desarrollo de actividades agrícolas. En este caso, la contribución a las distribuciones presenta el carácter de contribución hacia el hombre, ya que éste resulta favorecido. Es decir que en principio la contribución se opera con respecto a distribuciones beneficiosas para el ser humano.

Pero es también posible que la contribución se produzca respecto a distribuciones nocivas para el hombre. Así, si se contribuye al aumento de la contaminación ambiental, en cuyo caso la contribución a las distribuciones implica una oposición hacia el individuo.

2 - Oposición

En este supuesto, el hombre por medio de repartos se opone a la producción de distribuciones, o a sus efectos.

En principio, la oposición se desenvuelve hacia distribuciones que revisten carácter perjudicial.

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra I de Introducción al Derecho. Ayudante de investigación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(**) v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1983, págs. 47 y ss.

cial para el hombre. Por ejemplo, se construyen canales aliviadores para impedir inundaciones, se realizan campañas de vacunación para evitar enfermedades, etc.. En estos casos, la oposición a las distribuciones adquiere el carácter de contribución al hombre, porque en virtud de ella éste se ve beneficiado.

Pero puede haber casos en que la oposición se realice con respecto a distribuciones de carácter favorable para el hombre. Verbigracia, en circunstancias en que las condiciones climáticas, geográficas, etc., permiten la producción de una cosecha excepcional, se desarrollan repartos que se oponen a esto y frustran la concreción de dicha cosecha. Aquí, la oposición a las distribuciones reviste el carácter de oposición hacia el hombre, pues éste resulta perjudicado.

3 - Indiferencia

En esta tercera posibilidad, no se realizan repartos con respecto a las distribuciones. Pareciera así que esta hipótesis no constituye un tipo más de relación a analizar, porque nos hallamos ante una no-relación.

Sin embargo, a nuestro entender es posible que en numerosas oportunidades esta indiferencia merezca ser considerada como otra clase de relación, una relación omisiva, cuyo estudio se justifica y cobra importancia en cuanto se tienen en cuenta sus implicancias para el hombre.

Efectivamente, si bien aquí parece no haber ningún tipo de relación entre repartos y distribuciones, la omisión de repartir de la cual hablamos evidencia una definición humana, e influye esencialmente en las relaciones entre repartos y repartos. Esto es, el hombre no actuando con respecto a las distribuciones, espera así ver cumplida cierta finalidad suya con relación a otros hombres, a través del libre desarrollo de tales distribuciones. Por ejemplo, en una determinada región se sabe con certeza que va a producirse una inundación, pero no se realiza acción alguna a su respecto. La inundación se produce y perjudica a cierto sector de la población. Es posible que quien pudo haber actuado con miras a evitar o morigerar el acaecimiento del fenómeno del ejemplo, tuviera la finalidad de perjudicar a quienes resultarían recipiendarios del mismo, finalidad que se ve satisfecha sin necesidad de actuar él directamente, sino en buena parte merced a su abstención.

Podría decirse que en estos casos nos hallamos ante distribuciones que se presentan como 'sustitutivas' de repartos, los cuales no se realizan pues la finalidad que se perseguiría con ellos se ve cumplida a través de aquéllas.

Otros ejemplos de esta clase de relación serían la no realización de campañas de vacunación, indiferencia respecto a la destrucción del medio ambiente, etc..

En todos estos supuestos, la indiferencia respecto a las distribuciones adquiere el carácter de oposición hacia el hombre.

En otros casos es igualmente posible la indiferencia hacia distribuciones favorables para el hombre, aunque esto constituye un fenómeno menos notorio que el anterior. Aquí, en principio la indiferencia manifestaría una contribución hacia el hombre.

Por último, es posible que la propia actitud hacia el hombre, en cuanto la finalidad que dijéramos se halla en la base de la abstención, sea de indiferencia. Esto es, que no busque perjudicar ni beneficiar al individuo, sino que el desarrollo de éste no le interese en absoluto. Creemos que objetivamente esta indiferencia, este desentendimiento respecto al hombre, manifiesta en última instancia una oposición hacia el hombre, pues la no asunción de la personalización del individuo como meta a realizar, implica un obstáculo para ésta.

III - Límites difusos. Relaciones entre repartos, con distribuciones involucradas.

Hasta aquí hemos analizado las relaciones que se entablan directamente entre repartos y distribuciones. Pero hay una gran variedad de hipótesis en las cuales el distingo con relación a esos supuestos es difuso, borroso. Son aquellas en las cuales hay una distribución involucrada, pero el reparto no se dirige hacia ésta, sino hacia otros repartos. Es decir, en estos casos no se actúa sobre la distribución, sino sobre el hombre, favoreciéndose o perjudicándose su situación personal con respecto a la distribución involucrada.

En estos supuestos se dan posibilidades análogas a las ya observadas en el punto anterior; aunque ahora la referencia inmediata será al hombre, y mediáticamente a la distribución.

1 - Contribución

En este caso se favorece la situación del hombre ante las distribuciones.

De este modo, se conceden beneficios impositivos a quienes desarrollen actividades agrícolas en previsión de una gran cosecha. En este ejemplo tenemos una contribución al hombre para que

éste aproveche una posterior distribución que le resulta favorable.

En otros casos, la contribución al hombre se produce para que éste se oponga a distribuciones que lo perjudican. Así, se otorgan subsidios a las víctimas de un terremoto.

2 - Oposición

La actividad repartidora se opone al hombre, grava su situación.

Esta oposición puede proyectarse igualmente en oposición a distribuciones que son provechosas para el individuo, como ocurre si se imponen altos impuestos a las exportaciones, desalentándolas, en una circunstancia en que la situación del mercado internacional es favorable para éstas.

Puede también oponerse al hombre, pero contribuyendo a distribuciones de tipo dañino, como sucede si se prohíbe la construcción de obras destinadas a evitar inundaciones.

3 - Indiferencia

En este supuesto, no se desarrolla acción alguna respecto al hombre, lo cual puede favorecer o perjudicar su situación ante las distribuciones, aunque el fenómeno más sensiblemente observable por lo común será este último. Así, la no organización de sistemas de previsión social coloca a numerosos hombres en situación de desamparo ante la producción de ciertas distribuciones.

IV - Conclusiones

Como corolarios de las ideas hasta aquí expresadas, podemos sentar:

a) Las relaciones entre repartos y distribuciones merecen gran atención, por cuanto muestran la imagen de un hombre protagonista o de un hombre pasivo.

b) Estas relaciones son igualmente importantes de considerar por su incidencia sobre las relaciones que se establecen entre repartos.

c) Si bien numerosos supuestos presentan aristas difusas a los fines de clasificarlos como pertenecientes a relaciones entre repartos y distribuciones, o a relaciones entre repartos, consideramos que el criterio para realizar la distinción radica, en cada caso, en observar si la referencia inmediata se halla en la distribución o en el hombre. Esto, obviamente, no significa desconocer que siempre la referencia última debe ser el hombre, y que es en virtud de su significación humana que presentan utilidad las categorías de "contribución", "oposición" e "indiferencia".

La rebeldía y sus consecuencias. Efectos de la incontestación de la demanda.

(Una sentencia esclarecedora de la Suprema Corte de Justicia)

ENRIQUE VESCOVI

SUMARIO

1. La cuestión planteada
2. Las dos tesis en cuestión ante el problema de la no contestación de la demanda.
3. Los principios rectores sobre la cuestión en debate.
4. La tesis de la no aplicación del art. 130.2 al rebelde y la necesidad de diligenciar toda la prueba.
5. La tesis de que en caso de rebeldía se aplica la sanción de tener por admitidos los hechos alegados por el actor, según el régimen del art. 130.2.
6. Hechos que se tienen por admitidos y hechos que escapan a la regla general de admisión.
7. Conclusiones.

1. La cuestión planteada

La *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* ha creído del caso publicar la Sentencia 69/94 de la Suprema Corte de Justicia la cual, en nuestro concepto, afirma la buena tesis en un tema que se ha discutido en nuestra jurisprudencia y nuestra más relevante doctrina (así, ver: Tarigo E., *Incontestación de la demanda e incomparecencia a la audiencia preliminar*, L.J.U. t. CVII, p. 283, nota al c. 12393).

No se publica la sentencia de segunda instancia, pues la misma no reviste interés para el tema en cuestión, dado que no se profundiza sobre él; simplemente se declara que el actor no probó debidamente sus afirmaciones, sin tomar en consideración el hecho de que el demandado no compareció a contestar la demanda. Es decir sin tener por admitidos los hechos.

En cambio hemos creído del caso publicar una sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo que reitera una opinión sobre el punto, contraria a la que acoge la Suprema Corte y que, en base a un criterio que consideramos erróneo, de los distin-

guidos magistrados, anula la sentencia de primera instancia. Cometiendo, entonces, a nuestro juicio, un doble error.

La cuestión que se plantea, en el fondo, aunque los casos puedan no ser idénticos, es el tema de la *rebeldía*, entendida en nuestro concepto tanto para el declarado rebelde, como al que no comparezca a contestar dentro del término perentorio, es decir reproduciendo el antiguo régimen del acuse, como el de declaración de rebeldía.

O, dicho de otro modo, analizar qué efectos tiene la incomparecencia del demandado en cuanto a la admisión de los hechos alegados por el actor y la necesidad o no de diligenciar, igualmente, la prueba ofrecida en su totalidad, amén de la que el Juez considere necesario disponer para la averiguación de la verdad de los hechos controvertidos.

2. Las dos tesis en cuestión ante el problema de la no contestación de la demanda

En puridad los problemas, aunque pueden resolverse conforme con un único criterio rector, son dos, uno de ellos, a su vez, subdividido también en un par de temas.

A saber:

A) La primera tesis sostiene que, en caso de no comparecer el demandado a contestar la demanda (art. 339.1, 339.4), como no se puede entender que se han admitido los hechos alegados por el actor (art. 130.2), por no ser extensible esta sanción, igualmente corresponde diligenciar toda la prueba.

Y, como dice el Tribunal del Trabajo de 2º Turno, si así no se hace, la sentencia será nula y así debe declararse.

Todavía en este caso hay una distinción que hace alguna doctrina, según:

- a) el demandado simplemente no comparece, pero no es declarado rebelde (art. 229.1 y 2) o,
- b) si ha sido declarado rebelde, lo que se produce sólo a petición de la parte (art. 339.2).

Sólo en este caso, según algunos, corresponde aplicar la regla de admisión y su consecuencia.

B) La segunda tesis, por el contrario, sostiene que en el caso de no contestación de la demanda, como el demandado no ha negado los hechos alegados por el actor, ni la autenticidad de los documentos, cabe aplicarle, con igual o mayor razón, la regla del 130.2 que declara admitidos dichos hechos y autenticidad de (ciertos) documentos.

Como decimos en el texto, nos inclinamos por esta segunda posición compartiendo la tesis de la Corte, por lo que hemos catalogado de esclarecedora su sentencia.

Que, a nuestro juicio y como dice el máximo órgano judicial, no sólo es la que surge de la armónica interpretación de las disposiciones, sino la que se adecua a los principios de lealtad y buena fe que deben presidir el proceso.

3. Los principios generales sobre la cuestión en debate

Estamos ante casos de *rebeldía*, pues, como ya lo dijimos, ésta se produce por la incomparecencia ante el emplazamiento y la incontestación de la demanda.

Por supuesto y esta base de la que partimos resulta incompromisible, se trata de casos en los cuales el demandado ha sido correctamente emplazado, en el domicilio correspondiente (en esto de acuerdo con las normas legales) pues si no, en cualquier momento se podrá alegar la nulidad por indefensión.

En ese caso el Derecho considera que no puede utilizarse todo el procedimiento judicial para quien promueve un proceso a través de una pretensión legítima, y no establecer ninguna sanción (o la de una presunción simple, inversión de la carga probatoria, que se alega no sabemos con qué base legal, etc.).

Bien es sabido que la rebeldía ha tenido muy diversa consideración en la historia del proceso, pasándose por diversas etapas desde las más duras hasta las más favorables al incompareciente, pero

hoy, nuestro Derecho positivo, siguiendo la tendencia más aceptada en el mundo, es severo con el rebelde. Como lo es, dentro del Código General del Proceso, con quien no comparece a la audiencia preliminar.

Entonces, somos partidarios de extremar las garantías respecto del conocimiento del demandado de la citación a juicio y traslado de la demanda, como también de ser tolerantes en cuanto a las razones para no asistir a la audiencia. Pero, finalmente, si se dan los supuestos, no hay otro remedio que aplicar la ley. Para que, efectivamente, se cumplan aquellos principios en que se asienta el nuevo sistema procesal que ha establecido el Código General del Proceso.

4. La tesis de la inaplicación del art. 130.2 al rebelde y la necesidad de diligenciar toda la prueba

Esta tesis, que es la que adopta el Tribunal del Trabajo de 2º Turno que publicamos y, en parte sostiene el profesor Enrique Tarigo en la nota ya citada, entiende que no puede aplicarse a quien no contesta la demanda, la misma sanción establecida en el artículo 130.2, de tener por admitidos los hechos no contradichos por el demandado.

Y ello por diversas razones.

En primer término porque las sanciones deben ser establecidas a texto expreso y el artículo 339 no sólo no la incluye expresamente, sino que, introduce un diferente sistema al disponer que el tribunal debe tener por admitidos los hechos alegados por el demandado “*en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos, la que deberá igualmente ser diligenciada en todo lo que el tribunal considere necesario*”.

Lo cual, según esta opinión, impone al tribunal el deber de diligenciar la prueba.

Se señala que “el art. 130.2 inc. 2 establece una presunción absoluta en contra de la demandada que va más allá de la presunción relativa emergente del art. 339.4, hipótesis máxima en contra de la demandada ... Y se agrega: “*en la hipótesis del art. 130.2 se está ante una admisión pura y simple de los hechos alegados en la demanda, en cambio en la situación del art. 339.4 la admisión es condicionada y tendrá efectos en la medida que no resulte invalidada por la prueba de autos* (Sentencia 144/93 del Trib. Apel. Civ. 1º Turno).

No resultan convincentes los argumentos de esta posición, a nuestro juicio, pues, como veremos enseguida, la sistemática del Código la contradice. Resulta, por lo demás, contraria a los principios de lealtad y buena fe procesales y a la carga general de comparecer y contradecir.

No resulta congruente sancionar con la admisión de los hechos alegados por su contraparte a aquel que comparece y no contradice en forma categórica las afirmaciones ajenas y, en cambio, no imponer tal sanción a quien no comparece (por lo cual, naturalmente, no contradice).

No tiene, por otra parte fundamento, una variante de esta posición que sostiene que la situación es distinta según se haya declarado o no rebelde al demandado, distinción que carece de apoyo legal. Puesto que, como hemos dicho, haya declaración o no, dado el principio de preclusión y de plazos perentorios, al no comparecer a contestar en plazo el demandado ya incurre en rebeldía.

Más inadmisible nos resulta que se diga que si el tribunal no diligencia la prueba solicitada por el propio actor, o la que la Sede disponga, la sentencia es nula.

No puede ser sancionada con nulidad una conducta que se establece como una facultad del tribunal y sin texto expreso. Hay un principio de conservación de los actos procesales, relacionado con el de que el proceso tiene por fin la efectividad de los derechos sustanciales, que no puede ser desconocido. La nulidad debe reservarse para los casos de indefensión o violación grave de los principios del debido proceso o derecho de defensa (cuando se está, como se ha dicho, frente a un *no proceso* o a una *no sentencia*). En definitiva el perjudicado es el justiciable, el protagonista del proceso que no puede entender lo que pasa (por lo que el nuevo Código ha reducido estos casos, por ejemplo, suprimiendo la anulación de la sentencia dictada fuera de término).

Debe tenerse muy presente que la referida anulación (como la decretada en la sentencia anotada) invalida lo actuado, inclusive la prueba que se hubiera producido, retrotrae el proceso a la audiencia preliminar, excluye al Juez, que ha prejuzgado, de la causa que ha estudiado y significa una pérdida de tiempo y esfuerzo inadmisibles.

El propio profesor Tarigo en su libro, donde parece ser menos extremo que en la nota citada, sostiene que:

“La rebeldía del demandado determinará: a) que el tribunal deba tener admitidos los hechos afirmados por el actor en su demanda siempre que no aparezcan desmentidos por la prueba que el propio actor ha aportado al proceso; b) el tribunal tendrá además la facultad de no diligenciar prueba en lo que no considere necesario...” (*Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Montevideo, 1994, p. 398).

Resultaría muy extenso fundar por qué tampoco el tribunal tiene, como dicen los ilustrados magistrados de la Sede laboral, el deber de procurar la prueba pues, como hemos sostenido en otro lugar, el Juez, dentro del proceso dispositivo como lo es el nuestro, aparece limitado por diversos parámetros, comenzando porque el objeto del proceso lo fijan las partes y sobre él (hechos controvertidos) es que debe dictarse la sentencia (E. Vescovi, *Los poderes probatorios del Juez en el Código General del Proceso*, en VI^{as}. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, 1991, Paysandú, p. 151 y ss.).

5. La tesis de que en caso de rebeldía se aplica la sanción de tener por admitidos los hechos alegados por el actor, según el régimen del art. 130.2

Esta tesis, a nuestro juicio, valora con exactitud el sistema del Código General del Proceso que enunciando los principios de lealtad y buena fe, quiere que las partes actúen con total transparencia enunciando todos los hechos en la demanda y en la contestación (arts. 117 y 130), que presenten todas sus pruebas en estos primeros escritos (art. 118 y 130), salvo casos de excepción (arts. 121 y 341.1). Así como penaliza a quien omite prestar su concurso por diversos medios, sancionando el silencio como admisión. Podemos decir que del examen de las normas contenidas en los artículos 130.2, 149.4, 150.2, 339.4, 340.3, etc., puede extraerse la consagración de una regla general de admisión aplicable toda vez que las cargas de comparecencia o de contradicción sean incumplidas.

Como bien señala la Suprema Corte de Justicia, quien omite comparecer, omite la carga de contradecir (con mayor razón y fuera de duda en este último caso), y en ese supuesto rige una regla legal de valoración de la prueba que establece que se deben tener por admitidos los hechos alegados por el actor (con ciertas limitaciones que luego veremos).

Por eso dicha Corte sostiene que el Tribunal civil no pudo “fundar su decisión en no tener por probado un hecho alegado por el actor y a cuyo respecto, sea porque no fue refutado expresamente al contestar o por no haberse contestado la demanda... debe considerarse que no existe controversia”.

Y, cabe recordar, que la prueba sólo corresponde sobre los hechos controvertidos (arts. 137, 139, 341.6, etc.).

Los textos aparentemente disímiles del art. 130.2 y 339.4 y 340.3, reciben perfecta armonización no bien se tenga presente que hay ciertos hechos que escapan siempre a toda regla de admisión. Que es lo que veremos a continuación.

6. Hechos que se tienen por admitidos y hechos que escapan a la regla general de admisión

No queda completa la exposición si no se señalan los hechos (y aun los documentos) que, pese a no ser controvertidos, escapan a la regla de admisión. Por razones elementales de lógica jurídica, sin perjuicio que algunos de ellos se exceptúen expresamente por la ley.

Así en este artículo (339.4) se hace excepción de los hechos indisponibles o relativos al orden público (a. 134.2), por razones obvias.

También aquellos que resulten contradichos por la prueba de autos. Dado que el actor debió agregar la documental, y también pueden haber sido incorporadas probanzas en diligencias preliminares (proceso previo, cautelar, etc.). También puede resultar contradicha la admisión de la propia prueba confesional que surge de cualquier escrito del actor. Pues éste no puede modificar sus conclusiones ante la incomparecencia o incontestación del demandado.

Por supuesto que se debe tratar de *hechos*; por consiguiente quedará excluido de la regla de admisión, no sólo el Derecho, sino también deben excluirse las consecuencias jurídicas extraídas del simple hecho (*factum*) tales como (según la propia

Suprema Corte de Justicia), “la culpa, el dolo, el hecho ilícito, la fuerza mayor...” es decir en pureza conceptos jurídicos aunque se sustenten en una cierta materialidad.

También quedan eximidos de la carga de contradecir y por consiguiente de la consiguiente sanción de admisión, aquellos que pueden adoptar una respuesta de expectativa (art. 135) a lo que limitan algunos autores estos casos. Pero que la mayoría extienden, con razón, a todos los demás supuestos en que se trata de hechos que el demandado no conoció o no pudo o *debió* conocer de acuerdo a un criterio de diligencia media (así aquellos en que no tuvo participación directa, no son personales, ni participó o debió conocer por diversas circunstancias). Como también los hechos notorios, presumidos por la ley, etc.

Por último, para abreviar, dado que no es el tema de la nota, debemos decir que lo mismo sucede con los documentos no emanados del demandado respecto de los cuales no es válida la regla de tenerlos por auténticos.

7. Conclusiones

En conclusión y fuera de los casos de excepción que se acaban de mencionar, debe entenderse que el nuevo Código General del Proceso, frente al deber de plantear en la demanda y contestación todos los hechos alegados y su contradicción expresa (amén de la prueba) establece una carga general de comparecer y de contradecir. Cuyo incumplimiento determina la regla de admisión de los hechos no controvertidos. Sobre los que no será necesario hacer prueba y que el tribunal debe tenerlos por válidos dentro de la verdad relativa que el Juez debe considerar en el proceso. Y aquella carga, como esta consecuencia se aplican a quien no cumple con el imperativo (de su propio interés) establecido, esto es la admisión, se extiende también (y con mayor razón) al caso del rebelde. Que al no comparecer no ha contradicho los hechos como es su deber (*rectius*: carga) conforme con lo dispuesto en el art. 130.2, CGP, aplicable al caso del art. 339.4 del mismo texto legal.