

# **APORTES PARA LA COMPARACION DE LA “FAMILIA” JURIDICA OCCIDENTAL Y LA “FAMILIA” JURIDICA HINDU (\*)**

*Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)*

1. La “familia” jurídica hindú es una de las culturas jurídicas más **diferentes** de la “familia” occidental (1). No es sin motivo que muchas de las realidades del Derecho hindú tradicional no son traducibles en términos del Derecho occidental. Es “**distante**” porque dejando a salvo algunos contactos relativamente importantes, como el que ocurrió en la época de Alejandro Magno, hay que remontarse al tiempo de los arios para encontrar elementos comunes de profunda importancia; es especialmente “**desafiante**” porque pese a la precariedad de los medios materiales que posee ha generado un importante despliegue espiritual.

A nuestro parecer, puestos a descubrir los motivos de las diferencias entre ambas culturas, hay que reconocer en Occidente la gran influencia de la **religión judía** con un Dios creador pero distinto de la naturaleza y abstracto e incluso irrepresentable (“Soy el que Soy”) y el importante influjo del espíritu **prometeico** y **filosófico** de los **griegos**. Nuestra cultura pasa por el “pienso, luego existo” cartesiano, por la tentación fáustica y por “el Yo crea al no-Yo” fichteano y reconoce, con Nietzsche, que en sus creencias “Dios ha muerto” (aunque llega a sostener al fin, en la actualidad, que también “el hombre ha muerto”, disuelto en determinaciones socio-económicas). La religión del “Dios-Hombre” pasó a ser una cultura del “**hombre-Dios**”. El hombre hindú es mucho más un hombre “en el **cosmos**”, al punto tal que frente al carácter único e irrepetible de la vida de cada hombre que reina en la concepción occidental la cultura hindú cree en la transmigración del alma a través de una escala ascendente y descendente que abarca también a seres inferiores.

El hombre occidental, que afirmó “el Yo crea al no-Yo”, fabricó **armas** que pueden destruir al mundo y se asoma con la **genética humana** a la posibilidad de construir la humanidad; es un ser crecientemente disconforme, abierto al infinito del universo e incluso capaz de replantearse, a través de la **ciencia**, su propia estructura social y cultural. El hombre hindú está incorporado a un cosmos donde la referencia a la naturaleza posee gran importancia. A diferencia del relativamente más “occidental” Derecho

( \*) Notas de una disertación en el curso de Elementos de Derecho Comparado del Doctorado en Derecho Internacional Privado que se dicta en la Universidad Notarial Argentina en Córdoba.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Puede v., por ej. DAVID, René, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 3a. ed., Paris, Dalloz, 1969, págs. 493 y ss.; LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 259 y ss.; MAZZARELLA, Giuseppe, “Le unità elementari dei sistemi giuridici”, Messina, Principato, 1923, esp. págs. 221 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 192 y ss.; KONIG, Franz Dr. (director), “Cristo y las Religiones de la Tierra”, trad. Ramón Valdés del Toro, 2a. e.d., Madrid, La Editorial Católica, t. II, 1968, págs. 627 y ss.; t. III, 1970, págs. 69 y ss. Al hablar genéricamente de una “familia” no desconocemos sus diversidades internas.

del Islam (2), con un Dios no encarnado, pero de cierto modo semejante al cristiano. La inserción del hombre hindú se produce en una naturaleza más “sacralizada”. Para encontrar en Occidente fenómenos de referencia a la naturaleza de cierto modo análogos al hindú hay que remontarse al maravilloso aunque sospechado de panteísmo “hermano” San Francisco de Asís y a las corrientes filosóficas marginales panteísticas. La cultura hindú es mucho más “cerrada” en un sistema cósmico que la cultura occidental.

2. La consideración del Derecho Comparado, sobre todo cuanto se trata de culturas muy diversas de la nuestra, como la hindú, es una prueba de la capacidad explicativa de una **teoría jusfilosófica** y, a su vez, una oportunidad para perfeccionarla. Aquí se advierte, por ejemplo, la descollante posibilidad de comprensión comparativa que brinda la **teoría trialista del mundo jurídico** (4) aunque, también, la necesidad de profundizar la comprensión de sus conceptos para dar mejor cuenta de la realidad del Derecho hindú.

3. En cuanto a la **dimensión sociológica** del mundo jurídico, cabe partir del reconocimiento de la mayor importancia que el Derecho occidental atribuye a los **repartos**, en tanto el Derecho hindú vive más inmerso en un marco de **distribuciones** que considera naturales, aunque quizás sean, más de lo que se considera, provenientes de influencias humanas difusas. Esta diferencia básica hace que en el Derecho occidental resulten más nítidos los fenómenos de autoridad y poder, de autonomía y cooperación y de ejemplaridad y solidaridad. Además significa que en Occidente son más concebibles la planificación gubernamental y su realización de la previsibilidad. En cambio, en el Derecho hindú esos fenómenos son menos nítidos: así, el poder queda mezclado con la fuerza de las influencias humanas difusas y la ejemplaridad supone una razonabilidad menos intensa, porque al hombre hindú le es imposible una actitud crítica profunda como la que le es factible al hombre occidental. El hombre hindú no puede planificar con la libertad que se atribuye el occidental.

En Occidente son más concebibles las **revoluciones**, donde no sólo cambian los supremos repartidores sino también los criterios supremos de reparto que, en el mundo hindú, están consagrados por la religión y son más permanentes. Occidente cree en un orden más “repartido” (conducido) y humano; en el marco hindú se cree en un cosmos, más asentado en la naturaleza y penetrado por ella.

El hombre occidental es un ser pretensioso, que suele **tropezar** con límites “necesarios” porque quiere lo que no puede; el hombre hindú tiende a querer sólo lo que puede (o cree que puede).

4. En la **dimensión normológica**, cabe señalar que la “familia” occidental es más comprensible al hilo del paradigma conceptual del “**contrato**”, en tanto la cultura hindú (donde hay un desarrollo básico de la propiedad familiar) es más “**institucional**”

(2) Es posible c. nuestras “Reflexiones comparativas del Derecho Occidental y el Derecho musulmán”, en “Investigación y Docencia”, N° 6, págs. 97 y ss.

El Derecho occidental reconoce con más amplitud la elaboración **humana** del ordenamiento normativo, de modo que no necesita tanto forzar la interpretación; en cambio, en la medida que atribuye a sus normas origen **divino**, el Derecho hindú se ve forzado a abusar de la interpretación, condiciendo con las grandes facultades que en los hechos suelen tener los jueces. El Derecho occidental, progresivamente liberado de la idea de intervención divina, necesita más de **códigos** que construye y cambia el ser humano, en tanto el Derecho hindú tiene partes a las que atribuye origen divino y difícilmente pueden integrarse en “**códigos**” con las disposiciones humanas, de modo que tiende más a constituir recopilaciones. Los ordenamientos del Derecho occidental poseen relativa flexibilidad en todos sus niveles, por ser obras humanas. Por su parte –y pese a tratarse de una sociedad poco dinámica– por contar con una fuerte referencia divina y ser en consecuencia muy rígido, el Derecho hindú necesita flexibilizar ciertas áreas y elastizar sus contenidos a través de la intervención judicial.

5. Como base de la dimensión **dikelógica**, cabe señalar que Occidente puede explicarse especialmente en términos básicos de **santidad** y **utilidad**, con un creciente debilitamiento de la **santidad** (que fue valor muy importante) y una relación de cierto conflicto entre la **utilidad** (más propia del espíritu anglosajón) y la **justicia** (más desplegada en la cultura continental tradicional). Occidente es, en suma, crecientemente caracterizable por un monólogo arrogante de la **utilidad**. En cambio, la cultura hindú se caracteriza por la presencia amplia de la **santidad**, que se atribuye espacios que corresponden legítimamente a la **utilidad** y la **justicia**.

Occidente es una cultura “futuriza”, abierta al desfraccionamiento de las influencias del porvenir, y la cultura hindú se refiere principalmente al **pasado** y el **presente**: puede decirse que ha disuelto de cierto modo la incógnita del futuro, logrando mediante este fraccionamiento una relativa seguridad cósmica.

En Occidente se considera al **hombre** el último recipiendario legítimo de todas las potencias, papel que en el mundo hindú está más diluido con participación de **otros seres**. De las exigencias de **igualdad**, **unicidad** y **comunidad** del régimen de justicia, el Derecho hindú ha sido especialmente impotente para desarrollar la **igualdad**. La división en castas, que es una de las realidades básicas del Derecho hindú, y en general, de la vida de la India tradicional, para cuyo mantenimiento parecen contribuir muchos otros despliegues de su organización, es uno de los mayores alejamientos de las exigencias de **igualdad** que pueden concebirse. Al hilo de tal desvío de la **igualdad** se hace sumamente difícil o imposible atender a la **unicidad** y la **comunidad**.

6. El estilo de vida hindú es importante no sólo como respetable expresión de lo **humano**, sino como manifestación bien diferenciada de las **potencialidades** que nosotros hemos encauzado en otros sentidos. Para el hombre occidental, huérfano de religión y desconfiado de su propia virtud, suele presentarse como una posibilidad de superación de la actual desorientación, frecuente en muchos sectores sociales. Sin embargo, a este respecto cabe preguntarse si para nuestra evolución vital actual significa una ~~superación~~ **integradora** en la naturaleza y el cosmos o una **confusión**.

# EL IDEAL DE DESARROLLO Y LA CONCIENCIA JURIDICA (\*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)*

1. Las posibilidades de que el ideal de desarrollo ingrese en la conciencia jurídica dependen en mucho de las nociones de desarrollo y Derecho que se sostengan. Los conceptos de **desarrollo** son muy diversos, pudiendo constituirse al hilo de valores diferentes, entre los cuales se destaca, por su referencia más difundida y su trascendencia, el valor utilidad. A nuestro parecer, sin discutir que el valor utilidad tiene gran importancia en la constitución de todo desarrollo, éste se relaciona en definitiva con el valor humanidad (el deber ser de nuestro ser), que es el más alto a nuestro alcance, origen de todos los demás. El desarrollo en términos de utilidad es una vía –importante, no autosuficiente– para el desarrollo cabal, en el sentido de la humanidad.

A su vez, las distintas nociones de **Derecho** pueden identificarse según diversos valores, a los que se refieren abierta o veladamente: por ejemplo, en el positivismo normológico estos valores suelen culminar en la coherencia; en el positivismo sociológico los valores más significativos suelen ser la conducción, el poder y el orden; en el jusnaturalismo apriorista la referencia tiende a radicalizarse en términos de justicia universal y eterna, etc. En la teoría trialista del mundo jurídico (1), hay un complejo de valores más amplio que, luego de integrar valores de la dimensión sociológica (conducción, poder cooperación, etc. culminando en el orden) y de la dimensión normológica (fidelidad, exactitud, etc., con su cima ordenatoria en la coherencia), se corona en la justicia, con exigencias no necesariamente universales ni eternas.

En general, el positivismo normológico y el jusnaturalismo apriorista tienden a **aislarse** de la noción de desarrollo utilitario y humanista. La coherencia, valor culminante del positivismo normológico, y la justicia entendida como valor de exigencias universales y eternas, son requerimientos de carácter relativamente estático, diversos de la dinámica inherente a la noción de desarrollo. Por su parte, el positivismo sociológico corre riesgo de **disolver** las exigencias jurídicas en el sentido del desarrollo utilitario. La conducción y el poder, valores del positivismo sociológico, guardan, como la utilidad, relación con el logro de fines, que también identifica a la utilidad. El positivismo sociológico no posee referencia valorativa superior para trascender los cauces de la utilidad.

El trialismo está, en cambio, en excelentes condiciones para **integrar** la noción de desarrollo con un despliegue jurídico y para reconocer, a su vez, que el desarrollo es una de las perspectivas de la vida del Derecho. En su desenvolvimiento resulta claro que la justicia, el valor donde culminan los despliegues axiológicos del Derecho, y la utilidad son valores que han de coadyuvar integrándose entre sí y contribuyendo a la realización del valor humanidad (2).

( \*) Nota de una clase del curso “Filosofía, democracia y desarrollo” del Ciclo de Orientación Definida de la carrera de Abogacía (Facultad de Derecho U.N.R.). Homenaje a Juan Bautista Alberdi en el “Día del Abogado”, aniversario de su nacimiento.

(\*\*) Investigador del CONICET.

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

( 2 ) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía

En el trialismo las nociones de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser) y el reconocimiento de los valores conducción y poder otorgan gran relieve al despliegue de la utilidad, pero estos despliegues sociales se encuadran en el marco integral del complejo valorativo, que culmina en la justicia, cuyo principio supremo exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona.

2. El positivismo normológico y sobre todo el jusnaturalismo apriorista (3) tienden a minimizar la importancia del papel del jurista, considerándolo como un mero táctico; podría comparárselo incluso con un “albañil” que coloca las piezas de la construcción sin tener participación en la preparación de los planos. El positivismo sociológico brinda mayor cauce para que el jurista asuma papel de **estratega**, respecto del cual podría emplearse el célebre símil de “ingeniero social” realizador de la utilidad (símil hecho famoso por el relativamente “tridimensionalista” Pound). Según la concepción del trialismo, el jurista (quien a sabiendas reparte con justicia) es más que un mero estratega o un ingeniero social: resulta un protagonista de la “creación” a través de la realización de los valores jurídicos que culminan en la justicia (4).

La asunción del ideal de desarrollo en la conciencia jurídica significa un cambio de actitud mental, superador de los actuales condicionamientos positivistas normológicos (cenidos con frecuencia de manera especial, por adoptarse la vía exegética). Hay que superar el papel de mero aplicador y alcanzar la proyección del elaborador, pero —más todavía— hay que aprender a elaborar una estrategia de justicia y humanidad. Países como Argentina deben volver a tener hombres capaces de comprender y elaborar los planes del régimen en su conjunto, como lo fue en su momento **Juan Bautista Alberdi** (5).

Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 16 y ss.; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 71 y ss.

- (3) La posición de la escuela de la exégesis, por resultar de cierta composición de positivismo normológico y jusnaturalismo apriorista, acentúa los caracteres que se señalan en el texto.
- (4) Utilizamos las nociones de estrategia y táctica en el Derecho por ej., en “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.
- (5) Alberdi redactó no sólo las “Bases” sino también el “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853” (puede v. la edición de Obras Escogidas, editorial Luz del Día).

Puede v. acerca del tema, por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Filosofía, democracia y desarrollo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 10, págs. 19 y ss. También cabe tener en cuenta, por ej.: “Les aspects juridiques du développement économique-Legal aspects of economic development”, bajo la dirección de André TUNC, Paris, Dalloz, 1966; COURTHEOUX, Jean-Paul, “Attitudes collectives et croissance économique”, Paris, Soufflot, 1969; BALDWIN, Robert, “Desarrollo económico”, trad. Silvia Salinas, México, AID, 1970; ENKE, Stephen, “Economía para el Desarrollo”, trad. Mario G. Menocal y de Almagro, México, AID, 1965; SCHUMPETER, Joseph A., “Teoría del desenvolvimiento económico”, trad. Jesús Prados Arrarte, 2a. ed., México, F.C.E., 1957; PELASIS, Adamantios, y otros, “Desenvolvimiento económico”, trad. María Cristina Zaval de Arcelin, México, Trillas, 1964; MYRDAL, Gunnar, “Economic Theory and under-developed regions”, London, Duckworth, ed. 1959; JAGUARIBE, Helio, “Desarrollo económico y desarrollo político”, trad. Inés Sáenz, 2a. ed., Bs. As., Eudeba, 1958; FURTADO, Celso, “Subdesarrollo y estancamiento en América Latina”, trad. Samira Chuahy, 4a. ed., Bs. As., Eudeba, 1972; CEPEDA ULLOA, F., y otros (rec.), “Democracia y desarrollo en América Latina”, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1985.

## LA ABOGACIA, LA MEDICINA Y LA GENETICA HUMANA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. El Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados y el Círculo Médico, organizadores de estas Jornadas, son entidades de profesionales y conviene señalar cómo, desde su profesionalidad, se refieren interdisciplinariamente a los problemas de la genética humana en su relación con el Derecho.

Una profesión es comprensible mediante un complejo de valores que integran la verdad, un complejo valorativo específico de ella y la utilidad. En la medicina el complejo de valores específico culmina en la salud y en la abogacía tiene su cima en la justicia. A su vez, todas las profesiones deben contribuir a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser de nuestro ser). Si una profesión ve debilitada su realización de la verdad, se transforma en un oficio, y si no desarrolla la perspectiva de la utilidad, se desplaza al marco puramente científico (1).

Aunque las profesiones suelen valerse de criterios generales orientadores, que les permiten resolver sus problemas con relativa facilidad (con el riesgo "desprofesionalizante" de la rutina), hay ciertos asuntos, como los que origina la genética humana, que constituyen un verdadero desafío, en este caso un enorme desafío, para los criterios y los valores profesionales. La medicina y la abogacía se encuentran entre las profesiones más "críticas" en esa perspectiva.

La genética humana pone en crisis la noción de verdad, que debe diferenciarse con especial nitidez del mero conocimiento, superándolo en sentido humanizante; cuestiona la noción de salud, que adquiere un significado menos "conservador" y más "constructivo", y desafía la idea de justicia, referida tradicionalmente a méritos y "deméritos" de hombres "naturales", que ahora serán —en un lapso quizás no muy lejano— relativamente "construidos". Se replantea también la idea de utilidad, porque la relación de "medio" y "fin" habrá de referirse a fines muy diversos de los actuales y muy cambiantes y, en definitiva, están asimismo en crisis la noción y el deber ser de humanidad.

Es obvio que también la investigación genética, que podría orientarse por los valores señalados de verdad y humanidad e incluso (sobre todo en su despliegue técnico) por el valor utilidad, se encuentra ante una crisis.

2. Las novedades de la genética humana originan en el Derecho "carencias históricas" de normas, porque los casos no han sido contemplados, e incluso pueden evidenciar "carencias díkelógicas", porque pese a haber normas que contemplan los casos, deben ser rechazadas por ser injustas. Estas "carencias" pueden resolverse por "autointegra-

( \*) Ideas básicas de la disertación pronunciada en el acto de apertura de las Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre Genética Humana y Derecho organizadas por el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario y el Círculo Médico de Rosario, llevado a cabo el 29 de setiembre de 1988.

(\*\*) Investigador del CONICET.

( 1 ) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Fisosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I., 1982, págs. 229 y ss.

ción” o “**heterointegración**” del ordenamiento normativo, pero en ambos caminos se presentan dificultades especiales: el ordenamiento suele carecer de bases idóneas para la autointegración y están en crisis los valores a los que se puede recurrir en la heterointegración (la justicia y, asimismo, la humanidad) (2).

3. Ante estos desafíos se hacen imprescindibles aportes **interdisciplinarios** y a ellos han de contribuir las entidades de profesionales, conscientes de que en tales esfuerzos les va en mucho la comprensión y la mejor realización de sus significados. Con ese propósito se han organizado estas Jornadas.

( 2 ) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 288 y ss.

# LA GENETICA HUMANA Y LOS ELEMENTOS DIONISIACOS Y APOLINEOS DE LA CULTURA (\*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)*

Como lo destacó Nietzsche, existen en la cultura elementos **dionisiacos**, básicamente referidos al impulso vital, y elementos **apolíneos**, relacionados con la formalización y el encauzamiento de ese impulso (1). Dionisio era el dios griego de la naturaleza agreste, personificaba la savia húmeda de la Tierra, su vida fecunda y exuberante y era símbolo de la vida poderosa. Abolía los límites ordinarios de la existencia (2) y hacía que el hombre se sintiera dios (3). Apolo era la imagen divinizada del principio de individuación. La disciplina apolínea se expresaba en los preceptos “¡Conócete a ti mismo!” y “¡No vayas demasiado lejos!”. Era una divinidad ética, dios de la verdad, fundador de ciudades y legislador (5).

En todo momento la **vida** se manifiesta a través del impulso renovador dionisiaco, que destruye los moldes existentes, pero a su vez para seguir su despliegue necesita cierto nuevo orden, que brinda el sentido apolíneo. Si nos entregamos totalmente a Dionisio, quedamos ebrios de vida y si nos entregamos íntegramente a Apolo resultamos apresados en la forma. Urge que, en definitiva, recorramos los **nuevos caminos** del despliegue de la vida sin caer en la condición del “**aprendiz de brujo**” inmortalizado por Goethe, donde el discípulo de un mago logró transformar una escoba en un criado embrujado, al que luego no sabía desembrujar y detener, con grave perjuicio para él mismo.

( \*) Comunicación presentada a las **Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre “Genética humana y Derecho”** organizadas por el **Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica** del Colegio de Abogados y el Círculo Médico (Rosario, 29 y 30-IX-1988).

(\*\*) Investigador del CONICET.

( 1 ) Puede v. NIETZSCHE, “El origen de la tragedia”, trad. Eduardo Ovejero Mauri, 7a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, págs. 23 y ss.

( 2 ) Id., pág. 53.

( 3 ) Id., págs. 26/27.

( 4 ) Id., pág. 37.

( 5 ) Nietzsche abordó el tema de los elementos dionisiacos y apolíneos también en otras obras, v. gr. “Crepúsculo de los ídolos”, “Ecce Homo”, “Wagner en Bayreuth”, “Nietzsche contra Wagner” y “Ditirambos de Dionisos”. La exaltación de los impulsos vitales y del poder está constantemente presente en la producción de Nietzsche (v. “El Anticristo”, “Aurora”, “El caso Wagner”, “Consideraciones intempestivas”, “El eterno retorno”, “La gaya ciencia”, “La genealogía de la moral”, “Humano, demasiado humano”, “La voluntad de poderío” y la que quizás sea su obra más significativa “Así hablaba Zarathustra”). Su ataque a los valores “superiores” queda reflejado asimismo en “Más allá del bien y del mal”. Proyectó volver a Dionisio en el libro IV de la “Transmutación de todos los valores” (plan de setiembre de 1888). Acerca del pensamiento de Nietzsche respecto de lo dionisiaco, v. por ej. USCATESCU, Jorge, “Agustín. Nietzsche. Kierkegaard”, Madrid, Forja, 1983, págs. 67 y ss.; BAYER, Raymond, “Historia de la estética”, trad. Jasmin Reuter, 2a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1980, págs. 336 y ss.; TONGEREN, P. van, “Literatuuroverzicht. Kroniek van recente Nietzsche-Literatuur”, en “Tijdschrift voor Filosofie”, 48e, Jaargang, Nummer 2, Juni 1986, págs. 280 y ss.)

Respecto de la religión griega, cabe tener en cuenta, por ej. OTTO, Walter F., “Los dioses de Grecia”, trad. Rodolfo Berge y Adolfo Murguía Zuriarain, 2a. ed., Bs. As., Eudeba, 1976.

La tensión entre los elementos dionisíacos y apolíneos se vincula con la relación entre ser y deber ser. Los elementos dionisíacos representan un mayor despliegue del **ser** y los apolíneos una mayor conciencia del **deber ser**, pero el despliegue de la vida y del cosmos ha de entenderse al hilo de la relación inescindible entre ser y deber ser.

Uno de los elementos dionisíacos más importantes de la cultura de nuestro tiempo es el de las investigaciones en **genética humana**, que pueden llegar a destruir los moldes en que hemos encauzado despliegues fundamentales de nuestra vida, incluyendo la **familia**, la noción de **persona** y la idea de **justicia**. Sobre todo, cabe señalar que ante posibles hombres “fabricados”, cuyos caracteres podremos decidir, entra en crisis la noción tradicional de justicia, referida a méritos y “deméritos” de hombres naturales. Las posibilidades que se abren con la investigación en genética humana tienden a constituir, así, un **tiempo “axial”**, comparable, por ejemplo, a las épocas de dominio del fuego y de invención de la escritura (6).

Corren el riesgo de entrar en crisis la noción misma de **humanidad** y el “deber ser” que le es inherentе (valor homónimo: humanidad). Quizás pueda decirse que el fenómeno humano ha crecido al grado tal que ha llegado a su propia negación, aunque se trate de una negación superadora. El valor supremo a nuestro alcance, único que no tiene sentido “dual” (de valor, pero también de “desvalor”), la humanidad (7), puede llegar a perder realmente ese carácter supremo y radical ocupando un lugar inferior y también “dual”, pero ésta es sólo una de las vías de posibilidad; otra es que el valor humanidad sea ignorado ilegítimamente, subvirtiendo otros valores, como el poder, la cooperación, la utilidad, etc.

Cuestionada la noción de humanidad e incluso puesto en crisis el valor homónimo ante la aparición de nuevos seres superiores al hombre mismo, como lo plantea una de las posibilidades, ¿cuál sería el criterio legítimo para decidir?. Creemos que ha de ser la búsqueda y realización permanente del deber ser iluminado por la **Filosofía**. En definitiva, se trata del criterio supremo de jerarquización del **cosmos**, a nuestro parecer porque así se contribuye a la obra de la creación (8).

- ( 6 ) Aunque las posibilidades de planificación que permite la genética humana son superficialmente apolíneas, nos parece evidente que en profundidad significan sobre todo el avance del despliegue dionisiaco.
- ( 7 ) La humanidad como valor es el deber ser de nuestro ser (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 71 y ss.). Quizás pueda hablarse de carácter “dual” o “ambiguo”. Nietzsche sostenía que el hombre debe ser superado: afirmaba “El hombre es una cuerda tendida entre la bestia y el Superhombre; . . .” (NIETZSCHE, Federico, “Así hablaba . . .” cit., trad. La Juventud Literaria, Barcelona-Buenos Aires, Bauzá-Matera, pág. 9). Sin embargo, cabe advertir que su pensamiento sirvió también de cierto fundamento a algunas regresiones totalitarias.
- ( 8 ) Urge evitar, por ejemplo, la **desjerarquización de embriones**. Cabe tener en cuenta orientaciones especialmente lúcidas del proceso cósmico, v. gr. la de Pierre Teilhard de Chardin (e., por ej., TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, “Las direcciones del Porvenir” (rec.), trad. Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1974). Sin embargo, cabe asimismo recordar que desde sectores indudablemente “abiertos” al porvenir se señala que Dios “superacabó” a la persona y la hizo en potencia como connatural a Él (v. MOUNIER, Emmanuel, “Manifiesto al servicio del personalismo”, trad. Julio D. González Campos, Madrid, Taurus, 1965, pág. 328, c. no obstante, también, v. gr. págs. 331 y ss.)

Desde la perspectiva jurídica del “funcionamiento normativo”, cabe señalar que las vastas posibilidades abiertas por las investigaciones en genética humana generan una gran **carenza histórica** de normas, por novedad científico-técnica (9) (\*\*\*) , cuya superación ha de trascender los limitados recursos que al respecto puede brindar la “autointegración” (o sean los recursos del propio ordenamiento normativo) para referirse a la “heterointegración” (es decir, al planteo último de lo valioso). Pocas veces hemos estado ante un desafío tan revolucionario pero, en última instancia, como siempre, tenemos a nuestro servicio el maravilloso arsenal de potencialidades del ser humano.

La amplitud de la crisis jurídica que plantea la genética humana, cuyas proyecciones alcanzan desde la Filosofía del Derecho a las ramas jurídicas particulares más diversas, como el Derecho Civil, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, etc., muestra a su vez la universalidad del fenómeno del Derecho, que requiere además de la interdisciplinariedad con áreas metajurídicas – la interdisciplinariedad dentro del saber jurídico, con miras a constituir la **Teoría General del Derecho como sistema** (10) (\*\*\*\*).

( 9 ) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 288 y ss.

( \*\*\*) Cabe agregar que también pueden reconocerse (y producirse) carencias “dikelógicas” por injusticias de las normas existentes.

Entre las grandes carencias en las bases de la normatividad de nuestro tiempo, cabe señalar, a nuestro parecer, el no reconocimiento del **derecho** de los hombres plenos que sean posibles a ser concebidos e, incluso, del derecho de los demás hombres a que ellos sean concebidos con miras a la expansión cósmica (con los correspondientes “deberes”).

(10) Es posible v. nuestras “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.). Se trata, en este caso, de la perspectiva material de la “universalidad” (también es factible c. nuestros “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979).

Desde el punto de vista de la dimensión sociológica del mundo jurídico, el despliegue dionisíaco de la genética humana significa una mayor tensión entre **conducción** (por los repartos) y **espontaneidad** (por las distribuciones), entre **previsibilidad** (por la planificación) y **solidaridad** (por la ejemplaridad).

(\*\*\*\*) Cabe agregar que, si a través del desarrollo de la genética llegaran a formarse “seres superiores”, por haberse formado al hilo de nuestra ciencia y de nuestra técnica ellos serían, por lo menos en gran medida, también “**hombres**”. Nuestra especie habría tenido la grandeza de ser la primera en iniciar la comprensión de la evolución cósmica y en colaborar lúcidamente en la dignificación creciente del universo.

Los riesgos son muy grandes. Si tenemos éxito la recompensa también lo será.

## MEDITACION SOBRE LOS METODOS DE SUBSUNCION (\*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)*

La escuela de la exégesis aprisionó la aplicación de las normas, al hilo de la ilusión del “sílogismo judicial”, y Kelsen la “liberó” al costo de confundirla con la “creación”, pero en la teoría trialista del mundo jurídico ella está claramente integrada en la teoría del **funcionamiento** de la norma.

La teoría trialista del mundo jurídico destaca que la aplicación es la fase del funcionamiento de la norma que se vincula necesariamente con el caso concreto y consiste en la solución del mismo en virtud de la norma (1). Se lleva a cabo encuadrando (subsumiendo) el caso real en el antecedente y en la consecuencia jurídica de la norma y actualizando luego esta consecuencia. A su vez, el encuadramiento puede hacerse según los métodos “histórico” y “sistemático”, empleables para el análisis de casos (2). En el método histórico se parte de los hechos y se sigue con la búsqueda de los antecedentes de las normas en los que ellos encuadran, en tanto que en el método sistemático se parte de las reclamaciones de los interesados y se sigue con la búsqueda de las consecuencias jurídicas donde encuadran tales reclamaciones.

El método sistemático significa especial riesgo para el funcionamiento en relación con las **pretensiones** de referencia y el método histórico importa riesgo en el funcionamiento por falta de **energía** de los encargados de llevarlo a cabo. El método sistemático brinda más posibilidades de juego al acuerdo y al reparto **autónomo** que surge de él, realizador del valor cooperación; el método histórico tiende a un mayor juego de la **imposición** y del reparto **autoritario**, con su valor poder. El primero guarda especial referencia con la razonabilidad y la **ejemplaridad**, realizadora del valor solidaridad; el segundo brinda más posibilidades al desenvolvimiento de la **planificación** gubernamental en marcha, que satisface el valor previsibilidad.

El método sistemático se vincula más con el **Derecho Privado**, inspirado en definitiva en la justicia particular, y el método histórico se relaciona más con el **Derecho Público**, animado en definitiva por la justicia general. El carácter más “privatista” del primero significa cierto riesgo para el bien común y el sentido más “publicista” del segundo importa peligro específico para el bien particular. El método sistemático se vincula más con la protección del individuo contra el **régimen** y el método histórico es más afín al amparo del individuo respecto de **sí mismo** y “**lo demás**”.

En el horizonte procesal, el método sistemático se vincula más con el principio **dispositivo** y el método histórico se relaciona más con el principio de la **oficialidad**.

Para el mejor encuadramiento, ambos métodos deben ser al fin **complementados**, acudiendo uno como verificación del otro. La subsunción debe decidirse, **en última instancia**, según las **afinidadades axiológicas** entre el caso y la norma.

(\*) Idea de una clase de Introducción al Derecho.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 300 y ss.

(2) Id., pág. 206. Puede c. además, acerca de la aplicación, por ej. PIAZZESE, Antonino, “L'applicazione della legge”, Milano, Giuffrè, 1964.

## RELATO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA (\*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)*

1. Uno de los despliegues de la teoría trialista del mundo jurídico donde se advierte con más claridad el juego integrado de las tres dimensiones es el proceso de **funcionamiento** de la norma, para que el **reparto proyectado** que ésta capta se convierta en **reparto realizado**. Goldschmidt señaló en ese funcionamiento cuatro etapas, la **interpretación**, la **determinación**, la **elaboración** y la **aplicación**, de las cuales las dos primeras son siempre necesarias (1). Si bien en última instancia la tridimensionalidad está presente en todas las manifestaciones de la vida jurídica, el maestro que homenajeamos pudo presentar —no sin asidero— a la interpretación y la aplicación con caracteres bidimensionales normo-sociológicos, correspondiendo a la elaboración (también de cierto modo a la determinación) carácter tridimensional, por incorporación de los requerimientos de justicia.

No es del caso reproducir aquí las sabias enseñanzas relacionadas con el tema que plasmó Goldschmidt en su “Introducción filosófica al Derecho” con caracteres magistrales (2), pero sí cabe destacar que la teoría del funcionamiento refleja toda una concepción de la **norma**, de sus **fuentes**, sus **productos** y su **ordenamiento** y se enriquece con las demás enseñanzas del trialismo hasta el punto de hacerse evidente que es todo el **mundo jurídico el que funciona con la norma**. A su vez, la teoría del funcionamiento de la norma posee significados que trascienden el marco de la Filosofía Jurídica Menor, donde se ubica el trialismo, expresando toda una Filosofía Jurídica Mayor: expresa la posición del **individuo** respecto de la **sociedad** y la **naturaleza** y el equilibrio entre los momentos de la **temporalidad** (3).

2. Las perspectivas de la interpretación y la aplicación, donde se busca conocer la auténtica voluntad del autor y la efectivización de la consecuencia jurídica, evidencian el **concepto** de norma como captación lógica neutral de un reparto proyectado. En relación con las funciones de la norma, puede decirse que la interpretación procura la **fidelidad** y la aplicación busca la **exactitud** (en tanto que a través de todo el funcionamiento, y sobre todo de la elaboración, se evidencia, y en su caso se logra, la **adecuación**).

( \*) Ideas básicas del relato a efectuar en las Jornadas de Derecho Internacional Privado Profundizado y Filosofía del Derecho en homenaje póstumo a Werner Goldschmidt que se llevarán a cabo en Mar del Plata los días 16 y 17 de setiembre de 1988.

(\*\*) Investigador del CONICET.

( 1 ) Pueden señalarse otras tareas, como la conjectura y la síntesis.

( 2 ) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs., 251 y ss.

Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

( 3 ) Aunque Goldschmidt distinguió con pulcritud (quizás de una manera demasiado radical a veces) la Filosofía Jurídica Menor de la Filosofía Jurídica Mayor (GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 5 y ss.), creemos que, de cierto modo, una Filosofía Jurídica Menor significa también una Filosofía Mayor.

La jerarquización de la auténtica voluntad del autor (como referencia última de la interpretación) y la significación reconocida a la efectivización de la consecuencia jurídica (en la aplicación) muestran la mayor importancia de las **fuentes materiales** respecto de las **fuentes formales**. Lo propio puede decirse del reconocimiento de la existencia de carencias históricas, donde se evidencia la insuficiencia de las fuentes formales, y también de la posibilidad de que los encargados del funcionamiento “produczan” carencias dikelógicas de normas (“declarando” la carencia dikelógica en ellas) de modo que triunfa una vez más la realidad de las decisiones. A su vez, la posibilidad de que a través de fuentes formales inferiores (v. gr. las sentencias) los encargados del funcionamiento produzcan carencias dikelógicas respecto de niveles formalmente superiores demuestra que en última instancia la jerarquía jurídica de las fuentes formales debe depender de la justicia.

La sujeción del intérprete a la auténtica voluntad del autor tiene un significado relativamente afín al concepto de “**institución**”, en tanto que las posibilidades de determinación y sobre todo de elaboración muestran una mayor proximidad con la necesidad consensual del “**contrato**” entre el autor de la norma y los encargados de su funcionamiento.

La interpretación y la aplicación se inscriben en la estructura vertical del **ordenamiento normativo**, donde a través de las relaciones de producción y de contenido se realizan respectivamente los valores subordinación e ilación. La determinación se apoya en dichas vinculaciones, con más despliegue de las relaciones verticales de producción y menos desenvolvimiento de la estructura vertical de contenido.

La elaboración, en cambio, admite la crisis en tales relaciones verticales en aras de la justicia (cuando se produce una carencia dikelógica). A su vez, según se recurra a los principios generales del Derecho Positivo o a la analogía, la autointegración pone en juego relaciones verticales y horizontales de contenido, satisfaciendo, además de la ilación, la concordancia. La heterointegración significa el ingreso de la justicia invirtiendo la pirámide por impulso de la mayor jerarquía de este valor. La interpretación y la aplicación son los mayores bastiones funcionales de la **coherencia** del ordenamiento, en tanto que la determinación y la elaboración corresponden a sus mayores grados de crisis.

El ordenamiento normativo que resulta de esta teoría del funcionamiento es **rígido** por la interpretación y la aplicación, pero va ganando **flexibilidad** al hilo de la determinación y, sobre todo, de la elaboración. Aunque en la interpretación se tiene en cuenta la auténtica voluntad del autor, que de cierto modo significa **inelasticidad**, el imperio del fin sobre la intención y la elaboración ante carencias históricas muestra que el ordenamiento puede poseer también carácter **elástico**.

3. Dada la importancia que Goldschmidt reconoce al reparto de “potencia” e “impotencia” (o sea de lo que favorece o perjudica al ser) y por su reconocimiento de la norma como captación del reparto, no sólo en el contenido de la voluntad de sus autores, sino en el cumplimiento de esa voluntad, el trialismo tiene una teoría del funcionamiento de la norma que constituye una “**complejidad pura**” de diversas “tareas” (etapas) mucho más perfecta que la presentada por otras corrientes del pensamiento jurídico, como la escuela de la exégesis y la escuela de Kelsen.

Como su nombre lo indica, la escuela de la “**exégesis**” (guía, exposición, explicación) presenta una perspectiva “imperialista” de la interpretación. En cuanto se remite a un syllogismo, minimiza las dificultades y la importancia de la aplicación y limita las posibili-

dades de la elaboración en el marco del proceso de funcionamiento (4).

Por atenerse a relaciones de imputación (“Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse” (5) ), Kelsen tiende a privar de interés a la verdadera aplicación (6), sobre todo en cuanto de la aplicación depende la realización del contenido del reparto proyectado, que pertenece al marco del ser. Si bien llega a decir que “la eficacia de una norma es . . . una condición de su validez” (7), Kelsen se interesa al fin sólo por la eficacia “general” (no casuística) de la norma y por la eficacia del ordenamiento (8); cabe recordar que el maestro austrohúngaro destaca que “determinar quién ha ejecutado

- ( 4) Los partidarios de la escuela se hicieron eco de la idea de Montesquieu de que los juicios “no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley” (MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, trad. Nicolás Estévez, 3a. ed., México, Porrúa, 1977, pág. 105 - Libro XI, Cap. VI-). Puede v. en relación con el tema, por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 268 y ss.
- ( 5) KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, pág. 26. Dice Kelsen rotundamente: “. . . son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres”. (KELSEN, op. cit., pág. 53).
- ( 6) En profundidad, confunde la creación y la aplicación del Derecho, (v. KELSEN, op. cit., pág. 154), que son tareas frecuentemente simultáneas pero con caracteres bien diversos (v. KELSEN, Hans, “Teoría general del Derecho y del Estado”, trad. Eduardo García Márquez, 3a. ed., México, Textos Universitarios, 1969, pág. 156 –“Diferencia simplemente relativa entre la función de creación y la función de aplicación del derecho”). Acerca de la confusión que reina en el enfoque kelseniano del funcionamiento, cabe decir con Goldschmidt: “Kelsen mezcla en su doctrina hermenéutica, interpretación y aplicación, acto reglado y acto discrecional y, por último, interpretación y determinación”. (GOLDSCHMIDT, Werner, “La doctrina kelseniana de la interpretación y su crítica”, en “La Ley”, t. 119, pág. 1057).
- ( 7) KELSEN, “Teoría Pura . . .” cit., pág. 36.
- ( 8) Id, págs. 145/146 y 142/143. Puede decirse que a Kelsen le importa la aplicación en cuanto afecte a la norma como fuente y en la estructura del ordenamiento, no en el funcionamiento. No tiene aporte para hacer a la difícil tarea del encuadramiento, ni le es relevante la aplicación como realización en el mundo de la causalidad. A nuestro parecer, se trata –paradójicamente– de una teoría enfocada de cierto modo desde la “aplicación”, pero sin atender significativamente a los marcos verdaderos que el trialismo contribuye a iluminar en la aplicación. La aplicación que consideramos verdaderamente tal importa en definitiva como **cambio de la realidad social**. Los esfuerzos de Kelsen para jerarquizar la perspectiva de la eficacia dentro de su sistema, básicamente encaminado a marginarla, nunca fueron idóneos para reconocerla con una importancia semejante a la que le reconoce el trialismo (puede v. KUNZ, Josef L., “La teoría pura del derecho”, México, Imprenta Universitaria, 1948, esp. págs. 75 y 86). Kelsen fue de cierto modo un “libertador” del Derecho en su despliegue normológico e hizo grandes aportes en el estudio de esta dimensión (lúcidamente integrados en el trialismo), pero por lo general retuerce sus desarrollos para ubicarlos y centralizarlos en ella. En el trialismo, la “exactitud” de la norma (que es más exigente que su “eficacia”) tiene importancia fundamental porque, en definitiva, importa que el reparto **real sea justo**. Cabe recordar la crítica que al respecto hizo Recasens Siches al pensamiento kelseniano (RECASENS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, t.I., 1963, págs. 206 y ss.) Creemos que lo expresado respecto del papel de la aplicación en el pensamiento de Kelsen está claramente confirmado, además, en su “Teoría general de las normas” (v. KELSEN, Hans, “Teoria geral das normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, págs. 176 y ss., también c. “Allgemeine Theorie der Normen”, Wien, Manzsche, 1979, págs. 111 y ss.)

tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho” (9) y los hechos sólo le importan marginalmente. La especial relevancia que Kelsen atribuye a las relaciones de producción de normas (10) resta jerarquía a la grave problemática de contenido del encuadramiento. Además, la idea kelseniana de que la norma deja un marco abierto a diversas posibilidades, donde el encargado del funcionamiento decide escogiendo libremente una de ellas (11), minimiza la importancia de la distinción entre interpretación, determinación y elaboración. Es más: la teoría “pura” excluye frontalmente de la problemática jurídica la posibilidad de “heterointegración” por recurso a la justicia “material”, que es la garantía última del funcionamiento debido.

Es sumamente importante reconocer si una teoría muestra el proceso de funcionamiento en su **plenitud** o lo **oculta parcialmente**, dejando oportunidad para que intervengan protagonistas “enmascarados” e intereses no fundamentados. Las etapas del funcionamiento de la norma son realidades preñadas de riesgos para el reparto proyectado, cuya posibilidad es inevitable. Es muy frecuente la manipulación de la interpretación y de la aplicación para ocultar la producción de carencias axiológicas que no se quiere o no se puede calificar como dikelógicas. El silencio sobre parte del funcionamiento y la errónea comprensión de sus etapas significan –aunque sólo sea de modo inocente– vías para ocultar la realidad. Muchas veces, sobre todo en el planteo kelseniano, conducen a dejar al encargado del funcionamiento más libre para descartar el reparto normativo, dando lugar –según dijimos– al juego de sus propios intereses y del control que ejercen sobre él los que detentan el poder social. El trialismo es en general, y también en la teoría del funcionamiento, el esfuerzo más exitoso que se ha hecho para poner a los protagonistas y a los intereses del Derecho a la “luz del día”, en las mejores condiciones para ser **valorados**.

4. En relación con la **dimensión sociológica**, la conversión del reparto proyectado en reparto realizado exige la continuidad de la actividad repartidora, sea a través del mismo autor de la norma o de otro repartidor, que debe **asumir** (no rechazar) el reparto captado. En este último caso se produce una “transmudación” con riesgos para el reparto que, a fin de realizarse, ha de superar las posibilidades de cambio en los recipientes, el objeto, la forma y las razones. Esto significa que no tropiece con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas (sean ellos generales o especiales de los repartos referidos a cuestiones vitales, sean los límites generales más relacionados con el individuo o la sociedad) (12). La interpretación literal significa un punto de partida de

(9) KELSEN, “Teoría pura...” cit., pág. 28.

(10) Dice Kelsen: “Una norma pertenece a un orden jurídico sólo en cuanto ha sido creada de conformidad con las prescripciones de otra del propio orden” (KELSEN, Hans, “Teoría general del Derecho...” cit., pág. 156).

(11) KELSEN, “Teoría pura...” cit., págs. 166/167.

A nuestro parecer, pese a la “simplicidad pura” que pretende en la captación del Derecho, la comprensión de Kelsen del funcionamiento de la norma es un ejemplo de “**complejidad impura**” (v. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. XVII).

(12) Kelsen hablaba de la ““posibilidad” de cumplimiento, pero no desarrollaba la comprensión (sociológica) de los obstáculos (v. por ej. KELSEN, “Allgemeine Theorie...” cit. pág. 113)

**distribución** por influencia humana difusa, sobre el cual se destaca el **reparto** en la versión histórica.

El reparto de la norma que funciona se convierte en cierta “**planificación**” que realiza previsibilidad. La asunción del reparto requiere alguna **ejemplaridad** entre el autor y el encargado del funcionamiento de que se trate, realizándose en ésta el valor solidaridad. Si el reparto proyectado se convierte en reparto realizado, hay más **orden**, en tanto que si esa realización se interrumpe hay cierta anarquía, con su “desvalor” arbitrariedad. Los bastiones principales del orden son la interpretación y la aplicación, en tanto que la determinación y la elaboración, principalmente cuando ésta se refiere a una carencia dikelógica y se resuelve en términos de heterointegración, son —en diversos grados— más próximas a la anarquía. En el marco de la interpretación, la tensión entre intención y fin refleja la tensión entre la **finalidad objetiva** de los acontecimientos y la **finalidad subjetiva** de los repartidores.

5. En cuanto a la **dimensión dikelógica**, cabe señalar básicamente que a Goldschmidt le fue posible elaborar con profunda claridad la “complejidad pura” de la comprensión del funcionamiento de la norma porque tuvo a su servicio su clara comprensión de la justicia como un valor natural absoluto, con carácter **objetivo** pero no necesariamente universal ni eterno en sus requerimientos (13). Gracias a dicha verdad básica pudo construir una teoría de la elaboración en la que el productor de la carencia dikelógica y el integrador según los requerimientos de justicia tienen preferencia objetiva sobre el autor de la norma.

Si bien el pensamiento goldschmidtiano presenta a la interpretación y la aplicación como relativamente impermeables a la justicia, hay en la teoría del funcionamiento de la norma una creciente apertura a la justicia a medida que se pasa a la determinación y a la elaboración. La declaración de una carencia dikelógica y la elaboración por recurso (formal o material) a la justicia, significan el triunfo de este valor sobre los valores que deben ‘coadyuvar’ con él subordinándosele (principalmente el orden y la coherencia) pero, si bien urge evitar la “subversión” de estos valores contra la justicia, también hay que excluir las desviaciones en que la justicia se “invierte” dirigiéndose contra los valores en que debe apoyarse (14). En el recurso a los principios generales del Derecho hay más afinidad directa con los **criterios generales orientadores** y, en cambio, cuando se considera la justicia del caso se abre más cauce a las **valoraciones**.

La lealtad del intérprete tiende a **desfraccionar** las mismas influencias de justicia que tuvo en cuenta el autor, **fraccionando**, en cambio, los rasgos valiosos que él no consideró y produciendo, en consecuencia, seguridad jurídica. El reconocimiento de carencias históricas por novedad significa un desfraccionamiento de las influencias del porvenir y la carencia dikelógica es siempre en desfraccionamiento de la justicia, principalmente en el sentido del complejo real, pues se supera la justicia formalizada en la norma. La

(13) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986).

(14) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 16 y ss.

heterointegración corresponde a un desfraccionamiento respecto de las posibilidades de la autointegración.

La determinación por precisión se abre especialmente a la **unicidad**, en tanto la determinación por reglamentación se refiere más a la **igualdad**. El reconocimiento de carencias históricas por novedad y de carencias dikelógicas significa triunfos de la unicidad. Cuando se recurre a la autointegración hay más referencia a la igualdad y cuando se recurre a la heterointegración se brinda más juego a la unicidad.

La interpretación, la determinación y la aplicación fortalecen al régimen y le permiten más energía en la **protección** del individuo contra los demás individuos, frente a sí mismo y “lo demás”, en tanto que la carencia dikelógica debilita al régimen en cuanto “divide” al autor y al encargado del funcionamiento, permitiendo un mayor amparo frente a él. Sin embargo, en otros sentidos puede decirse también que la interpretación y la determinación mantienen la división entre autores y encargados del funcionamiento y que en la carencia dikelógica se produce una confusión de roles, resultando desde estas perspectivas significados inversos a los señalados. Asimismo, la autointegración fortalece al régimen y la heterointegración lo debilita.

6. Si el reconocimiento de la objetividad y la circunstancialidad de las exigencias de **justicia** fue de gran importancia para la comprensión del funcionamiento en la referida “complejidad pura”, fueron las a nuestro parecer defectuosas ideas acerca de la justicia de la escuela de la exégesis y de la escuela de Viena motivos de sus desviaciones en la captación de nuestro problema. La escuela de la exégesis reflejaba una concepción de la justicia en términos de Derecho Natural universal y eterno (15), que conducía a la ilusión de que fuera expresado por el legislador, sin necesidad de atender mayormente a las particularidades de los casos. El relativismo subjetivista de Kelsen (16) lo impulsa a confundir lo que el encargado del funcionamiento “puede” hacer con lo que le es legítimo hacer en los marcos de respeto a los valores que la norma realiza y debe realizar. Existe, en definitiva, un **equilibrio** profundo entre las diversas partes de cada sistema jusfilosófico (17).

7. La interpretación literal corresponde al sentido que atribuye a la norma la **sociedad** donde ha de funcionar, en tanto la interpretación histórica puntualiza la “**individualidad**” del autor (o los autores); sin embargo, dentro de la interpretación histórica

(15) Tener en cuenta, v. gr., CAVANNA, Adriano, “Storia del diritto moderno in Europa”, I, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 355 y ss.

(16) V. por ej. KELSEN, “Teoría pura. . .” cit., págs. 55 y ss.; “Justicia y Derecho Natural”, en KELSEN, BOBBIO y otros, “Crítica del Derecho Natural” (rec.), trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966, págs. 29 y ss., etc. V. una comparación de la concepción kelseniana del funcionamiento con la concepción tradicional, en BASCUNAN V., Antonio, “La función judicial en la teoría pura del Derecho”, en AS. VS., “Apreciación crítica de la teoría pura del derecho”, Valparaíso, Edeval, 1982, págs. 167 y ss.

(17) Decía Leibniz, de cierto modo con profundo acierto: “. . . este enlace o acomodamiento de todas las cosas creadas a cada una y de cada una a todas las demás, hace que cada substancia simple tenga relaciones que expresen todas las demás, y que ella sea, por consiguiente, un espejo viviente y perpetuo del universo” (LEIBNIZ, “Monadología”, trad. Manuel Fuentes Benot, 4a. ed., en BIF, Bs. As., Aguilar, 1968, pág. 46 (56: “Teodicea” 130, 360)).

el elemento sistemático significa una amplia apertura a lo social. La carencia por novedad científico-técnica o jurídica es una vía para el ingreso de la actividad social y lo propio sucede con la autointegración. El engarce último con lo social y lo **natural** se produce en la aplicación, cuando se efectiviza la consecuencia jurídica. De cierto modo, hay un “*arco*” que nace en lo social expresado en la interpretación literal, se eleva al protagonismo del individuo en la interpretación histórica, la determinación y la elaboración, y se apoya, al fin, en lo social y lo natural en la efectivización de la consecuencia jurídica, donde culmina la tarea de aplicación.

La escuela de la exégesis presenta al intérprete un fuerte protagonismo del legislador y la escuela de Viena brinda un sentido del protagonismo más compartido, entre autor e intérprete. En ambos planteos hay limitadas proyecciones sociales (18).

8. La interpretación se proyecta más al **pasado** y la aplicación es su integración en el **porvenir**. La determinación y sobre todo la elaboración muestran la insuficiencia del pasado para dar cuenta del porvenir. Dentro de la “futuriza” elaboración, las manifestaciones más claras de apertura al futuro son el reconocimiento de carencias históricas por novedad y la heterointegración.

La escuela de la exégesis se centra en la consideración interpretativa del pasado (de la intención del legislador) y la escuela de Kelsen avanza (de cierto modo velado) al porvenir, mediante las decisiones del encargado del funcionamiento.

Goldschmidt pudo llegar al trialismo y a su comprensión del funcionamiento sobre una base de **realismo genético** (según el cual el sujeto “descubre”, no crea, al objeto). En cambio en Kelsen es muy nítida la posición **idealista genética** y ésta tiene mucha influencia en su confusión profunda entre interpretación y determinación y entre elaboración y aplicación.

9. En definitiva, en concordancia con su orientación más profunda, el trialismo presenta una comprensión del funcionamiento de la norma al servicio pleno de la **personalización** de sus “protagonistas”, sean como repartidores o recipientes. Se trata de una comprensión **personalista y humanista** del proceso mediante el cual el reparto proyectado que capta la norma se convierte –muchas veces– en reparto realizado.

Puede decirse que el hombre cabal que homenajeamos brindó una teoría del funcionamiento de la norma del “**hombre cabal**”. Creemos que la teoría trialista del funcionamiento de la norma hace al hombre protagonista consciente del proceso del **perfeccionamiento cósmico** (19).

10. El enfoque trialista del funcionamiento de la norma nos obliga a hacernos, por lo menos, tres grandes **preguntas**: a) ¿en qué medida creemos necesario expresar en la teoría toda la **realidad** que transita la norma, desde el reparto proyectado al reparto realizado?; b) ¿en qué medida creemos necesario reconocer a sus **protagonistas**?; c) ¿en qué medida creemos que ese funcionamiento debe satisfacer las exigencias de **justicia**? Si nuestras respuestas son afirmativas, estaremos cerca del **trialismo**.

(18) Son mayores en el planteo de Kelsen.

(19) El funcionamiento de la norma es, a nuestro parecer, un área de “co-reflexión” en el curso del perfeccionamiento cósmico (V. por ej. TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, “Las direcciones del porvenir” (rec.), trad. Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1974, “Un resumen de mi perspectiva “fenomenológica” del mundo. Punto de partida y clave de todo el sistema”, págs. 185 y ss.

# SIGNIFICADOS JUSFILOSÓFICOS DE “ASI HABLABA ZARATUSTRA”

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. Entre la obra de Federico Nietzsche, diversa pero al fin interrelacionada y coherente, se destaca como una de sus producciones más importantes “Así hablaba Zarathustra” (“Un libro para todos y para ninguno” – “Also sprach Zarathustra, ein Buch für Alle und Keinen”), libro filosófico y poético escrito entre 1883 y 1885 (1). Se exponen en él numerosas ideas significativas desde el punto de vista **jusfilosófico**, entre las que cabe destacar, en primer término, la crítica al apego excesivo a las **dimensiones normoló-**

(\*) Investigador del CONICET

(1) NIETZSCHE, Federico, “Así hablaba Zarathustra”, trad. La Juventud Literaria, Barcelona-Buenos Aires, Bauzá-Matera; v. ALLINEY, G., “Así hablaba Zarathustra”, en GONZALEZ PORTO-BOMPIANI; “Diccionario Literario”, t. II, 2a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, 1967, págs. 413/414; SABATINI, Angelo G., “Nietzsche critico della cultura storica”, en NIETZSCHE, Friedrich W., “Sulla storia-Utilità e danno della storia per la vita”, La Spezia, Club del Libro Fratelli Melita, 1981, págs. 9 y ss.

Cabe tener en cuenta el complejo de las obras de Nietzsche y sus diversos “períodos” (c., de Nietzsche: “El Anticristo”, “Aurora”, “El caso Wagner”, “Consideraciones intempestivas”, “Crepúsculo de los ídolos”, “Ditirambos de Dionisos”, “Ecce Homo”, “El eterno retorno”, “La gaya ciencia”, “La genealogía de la moral”, “Humano, demasiado humano”, “Más allá del bien y del mal”, “El nacimiento (origen) de la tragedia”, “Nietzsche contra Wagner”, “La voluntad de poderio”, “Wagner en Bayreuth”).

En cuanto a la reciente literatura respecto de Nietzsche, puede v., por ej.: DAVEY, Nicholas, “Nietzsche’s Aesthetics and the Question of Hermeneutic Interpretation”, en “British Journal of Aesthetics”, Vol. 26, № 4, págs. 328 y ss.; LOVE, Nancy S., “Class or Mass: Marx, Nietzsche, and Liberal Democracy”, en “Studies in Soviet Thought”, 33, págs. 43 y ss.; SMITH, C. U. M., “Friedrich Nietzsche’s biological epistemics”, en “J. Social Biol. Struct.”, 1986, 9, págs. 375 y ss.; “Clever Beats Who Invented Knowing”: Nietzsche’s Evolutionary Biology of Knowledge”, en “Biology and Philosophy”, 2 (1987), págs. 65 y ss.; DROST, Mark P., “Nietzsche and Mimesis”, en “Philosophy and Literature”, 10, oct. 86, págs. 309 y ss.; CROWELL, Steven Gault, “Nietzsche’s view of truth”, en “International Studies on Philosophy”, vol. 19, № 2 (1987), págs. 3 y ss.; CLEGG, Jerry S., “Nietzsche and the Ascent of Man in a Cyclical Cosmos”, en “Journal of the History of Philosophy”, vol. XIX, 1, págs. 81 y ss.; WHITE, Alan, “Nietzschean Nihilism: A Typology” (separata); EISENBERG, Paul D., “Ex nihilismo nihil fit: Comments on “Nietzschean Nihilism: A Typology”” (separata); SHAW, Daniel C., “Nietzsche as Sophist: A Polemic”, en “International Philosophical Quarterly”, vol. XXVI, № 4, págs. 331 y ss.; MARTIN, Glen T., “A critique of Nietzsche’s Metaphysical Scepticism”, en “International Studies in Philosophy”, XIX/2, págs. 51 y ss.; CONWAY, Daniel W., “Nietzsche’s Internal Critique of Foundationalism” (separata); STACK, George J., “Nietzsche and Anthropomorphism”, en “Crítica”, XII, № 34, págs. 41 y ss.; LEWIS, Charles, “Kierkegaard, Nietzsche, and the Faith of our Fathers”, en “Philosophy of Religion”, 20 (1986), págs. 3 y ss.; “IV. Morality and Deity in Nietzsche’s Concept of Biblical Religion”, en “Studies in Nietzsche and the Judeo-Christian Tradition”, eds. O’Flaherty, Sellner, Helm (U. of North Carolina Press, Chapel Hill and London), 1985, págs. 69 y ss.; TONGEREN, P. van., “Literatuuroverzicht. Kroniek van Recente Nietzsche-Literatuur”, en “Tijdschrift voor Filosofie”, 48e. Jaargang, Nummer 2, págs. 280 y ss. (expresamos “separata” cuando el material no cuenta con indicación de su origen).

gica y dikelógica del mundo jurídico, que corresponde a la ubicación principalmente “biologista” y “sociologista” del pensamiento nietzscheano (2). Dice al respecto Nietzsche, con el alto espíritu crítico que lo caracteriza: “Contigo he olvidado la fe en las palabras, los valores y los grandes nombres” (3); antes había afirmado “Valores falsos y palabras ilusorias: he aquí para los mortales los monstruos más peligrosos. . .” (4).

2. En cuanto a la **dimensión sociológica** del mundo jurídico, Nietzsche evidencia cierta conciencia del fenómeno de “reparto” de potencia e impotencia (5) y jerarquiza la conducción, haciendo apología de la voluntad (“Una elevada y firme voluntad es la planta más hermosa de la tierra” (6). El reconocimiento del **azar** como importante origen de “distribuciones” se muestra cuando Nietzsche afirma que es la más antigua nobleza del mundo, liberadora de la servidumbre del fin (7) e inocente como un niño (8). Se constituye, así, una muy tensa relación donde confluyen repartos y distribuciones, la conducción y la espontaneidad, en la búsqueda de la expansión vital.

En la concepción de Zarathustra es nítida la preferencia por el reparto **autoritario**, reizador del valor **poder** (9), en tanto hay escaso marco para el reparto autónomo y su valor cooperación.

3. Al abordar la **dimensión dikelógica** del mundo jurídico, cabe señalar que Nietzsche tiende al **relativismo** buscando que el hombre se elabore sus valores propios. Procura romper las **tablas** de valores, en mucho con el ánimo de vitalizarlos (10) y es así que “invierte” la jerarquía de los valores jurídicos, exaltando el poder y desjerarquizando a la justicia. Es notorio, sin embargo, que la gran repulsa de Nietzsche se refiere principalmente a los valores **fabricados falsos** (11). Hay, en definitiva, a la vez una crítica y un reconocimiento del valor **humanidad** (12), al que pretende salvar de la subversión de los otros valores superiores “falsificados” (la humanidad, el más alto valor a nuestro alcance, es el único que no puede resultar “arrogante” del material de otro valor y, en consecuencia, no es “ambiguo”, aunque Nietzsche resulta transformado por la “superhumanidad”).

En cuanto a los tipos de justicia, predomina la proyección a la justicia “**de resultado**” sobre la de origen, como lo muestran el rechazo del Derecho eterno y la jerarquía de la

- ( 2 ) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se inspira nuestro estudio, v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.
- ( 3 ) NIETZSCHE, “Así hablaba...” cit., pág. 195.
- ( 4 ) íd., pág. 65.
- ( 5 ) íd., pág. 5.
- ( 6 ) íd., pág. 200, conc. pág. 81.
- ( 7 ) íd., pág. 119.
- ( 8 ) íd., pág. 125.
- ( 9 ) íd., págs. 142 y 81 y ss.
- (10) Alaba al que rompe las tablas de valores, es infractor, destructor, “creador, en fin” (NIETZSCHE, “Así hablaba...” cit., pág. 16). Puede decirse que procura liberar al hombre de los valores con que es dominado (NIETZSCHE, “Así hablaba...” cit., pág. 138) y que, al no corresponder a sus necesidades, generan hastío (v. fd., pág. 200).
- (11) NIETZSCHE, “Así hablaba...” cit., pág. 176.
- (12) íd., págs. 26 y 44.

redención (13). Hay una jerarquización de la justicia **asimétrica**, al afirmar “poco valor tiene todo lo que tiene precio” (14) y el rechazo de la justicia **espontánea** y de su prolongación en el amor se muestra claramente en expresiones como “¡no mires por tu prójimo!” (15); las almas nobles “no quieren tener nada gratuitamente...” (16); “...no permitas que te den un derecho que tú puedas tomarte!” (17). Siempre hay que buscar lo que podría darse **a cambio** (18).

Hay en la obra una fuerte referencia a la **virtud** respecto de los valores que Nietzsche desea entronizar (19) y una clara conciencia del endurecimiento moral del repartidor a través de sus sucesivos repartos (“...al que reparte siempre, a fuerza de repartir, acaban por encallecerse la mano y el corazón.” (20)).

Nietzsche evidencia clara conciencia de la “**pantomomía**” de la justicia (21), aunque tiende al **fraccionamiento** del pasado, jerarquizando el olvido (22). Su proyección a la temporalidad es frecuentemente “futuriza” (“Que el porvenir y lo más remoto sean para tí la causa de tu hoy...” (23)). En general, desprecia el fraccionamiento de la justicia (“Otros se enorgullecen de su puñado de justicia, y en nombre de él lo atropellan todo, en términos que el mundo se ahoga en su injusticia.” (24)). Es así que tiene profunda duda para castigar (25) y plantea, incluso, la circularidad del tiempo (26).

La idea nietzscheana del “**Superhombre**” (27) se relaciona con la noción de **persona**, porque significa una expansión del individuo, pero se diferencia de ella porque corresponde a una tensión permanente e irresuelta. Por esa tensión se arriba al **desprecio** (28) de quien no puede asumir valores que le quedan siempre ajenos. La persona “integra” valores; el Superhombre los persigue sin alcanzarlos nunca y se refugia, al fin, en el desprecio. La exaltación nietzscheana de la **libertad** (29) conduce al bloqueo respecto del mundo real.

El discurso de Zarathustra resuelve el problema de la legitimidad de los **repartidores** en un sentido de radical **aristocracia** (de valores en verdad relativos). Luego de destacar su búsqueda del hombre superior, dice Nietzsche “En todos los destinos humanos, no hay calamidad más dura que cuando los poderosos de la tierra no son al mismo tiempo los

(13) íd., pág. 102.

(14) íd., pág. 146.

(15) íd., pág. 142.

(16) íd.

(17) íd.

(18) íd.

(19) íd., pág. 10.

(20) íd., pág. 76.

(21) íd., págs. 10 y 113/114.

(22) íd., pág. 19.

(23) íd., pág. 46, también págs. 88 y 101.

(24) íd., pág. 68.

(25) íd., pág. 72.

(26) íd., pág. 113.

(27) íd., págs. 7 y 9.

(28) íd., pág. 191.

(29) íd., pág. 195.

primeros hombres.” (30). No hay en su pensamiento lugar adecuado para la también significativa vía de legitimidad democrática.

El marco de la legitimidad de los **recipiendarios** está, en la obra, centrado en el beneficio de uno mismo y de los suyos (31), guardando así concordancia con la radicalización de la propia proyección vital. En el marco de los **objetos** repartidores, se exalta la importancia de la **creación**, señalando “¡Al sólo reproducirte, debes superarte!... debes crear un creador”. (32). Sin embargo, Nietzsche se desvía de los objetos repartidores, dando a su propuesta una perspectiva racista (“El César de Roma ha degenerado en bestia; Dios mismo se ha hecho judío!”” (33)).

Su “**superhumanismo**” de Zaratustra significa un riesgo para el humanismo, que toma al hombre como **fin** y no como **medio**: “No sois más que puentes. Representáis escalones; no os enojéis pues, contra el que suba por encima de vosotros hacia **su altura**”. (34). Nietzsche se deslumbra con la unicidad y es incapaz de comprender bien la comunidad y la **igualdad**, aunque se trate de la mera igualdad de oportunidades constantemente renovada (35).

4. En “Así hablaba Zaratustra” se refleja un claro reconocimiento de la “**pantomomía**” de la **verdad** (“En el verdadero saber concienzudo no hay nada grande ni pequeño” (36) ), aunque también, en juego con dicha pantomomía, se llega a la desorientación (“Mejor es ser loco con propio criterio, que sabio por la opinión de los demás!” (37) ). También aquí está presente la fuerte crítica a la verdad por su relación con el poder (““Nada es verdad; todo es permitido””(38); “Mi misma virtud ha nacido del temor; se llama ciencia” (39) ).

Nietzsche presenta con agudeza el conflicto frecuente entre **justicia** y **amor** (“...el que ama, ama por encima del castigo y de la recompensa”. (40); “(Dios)... acabó por ahogarse de exceso de piedad” (41)). El repudio al valor **santidad** se evidencia en el propio rechazo de Dios (“El hombre no soporta que viva semejante testigo” (42)).

5. A semejanza de lo que ocurre con Marx y Freud, Nietzsche se muestra como un pensador “**radical**”, que ilumina una perspectiva importante del mundo, aunque, a veces, llegue a exageraciones. Estremece el mundo de los valores y así ayuda a “depurarlo”; a través de su “**simplificación**” se puede llegar mejor a la “**complejidad pura**” que refleja el universo en profundidad.

(30) id., pág. 176.

(31) id., pág. 203.

(32) id., pág. 52.

(33) id., pág. 177.

(34) id., pág. 201.

(35) id., págs. 71 y ss., 91 y 204.

(36) id., pág. 179.

(37) id.

(38) id., pág. 195.

(39) id., pág. 215.

(40) id., pág. 186.

(41) id.

(42) id., pág. 190.

En “Así hablaba Zaratustra”, Nietzsche dijo “No sabe lo que es la verdad el que no puede mentir” (43). También podemos afirmar, con referencia a los valores jurídicos, que no sabe qué es la justicia quien alguna vez no pensó que fuese una perversa ilusión. Sólo quien ha comprendido sus riesgos y los riesgos del amor, puede asumir humanamente, en toda su grandeza, el maravilloso Mensaje del Maestro de las Bienaventuranzas (44). El genio magnífico de Nietzsche prestó así, por afirmativa y negativa, un enorme servicio para la comprensión profunda del Derecho y de la Creación.

(43) *íd*, pág. 207.

(44) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 289 y ss.

# FECUNDACION IN VITRO. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE BIOETICA Y LA FECUNDACION IN VITRO (\*)

Graciela N. GONEM MACHELEO (\*\*)

1) Durante los últimos veinte años se ha constituido la rama de la Etica general llamada **Bioética** o **Etica biomédica**, la cual suele definirse como el “estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales” (1).

Según esta definición “la Bioética es fundamentalmente Etica normativa aplicada, sin excluir por sistema la Etica descriptiva o estudio científico de la moralidad y la Metaética o rama analítica de la Etica filosófica” (2).

La Bioética, área de problemas interdisciplinarios, “surge de las actuales relaciones entre bios y ethiké, la vida y los valores humanos, las ciencias biomédicas y la atención de la salud –por su lado–, y la reflexión moral desde la perspectiva filosófica, religiosa y jurídica, por el otro lado” (3).

Los temas de la Etica Biomédica pueden ordenarse en tres capítulos: Etica Profesional, Bioética General, y Bioética Especial.

La Bioética Especial se relaciona directamente con la intervención biotécnica en la vida humana desde el nacimiento a la muerte, y abarca: 1º) los temas de la genética, la contracepción, la esterilización, el aborto, y las tecnologías reproductivas (inseminación artificial, fertilización in vitro, bancos de esperma, clonación); 2º) los temas de la experimentación humana y el control de la conducta (psicofarmacología y psicocirugía); 3º) los temas de la definición de la muerte, eutanasia y prolongación de la vida (4).

El empleo de nuevas tecnologías biomédicas ha hecho que se cuestionen nuevamente antiguos problemas éticos como el aborto (vg. diagnóstico prenatal y aborto genético), y como la eutanasia (situación del sostenimiento artificial de la vida con respiradores y máquinas renales), y ha dado origen a nuevos problemas éticos (como es el caso de las tecnologías reproductivas) (5).

Desde el punto de vista de la Etica biomédica se pueden mencionar algunas situaciones éticamente comprometidas, tales como el diagnóstico prenatal y aborto genético, y

( \*) Comunicación a las Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre “Genética Humana y Derecho” efectuada básicamente teniendo en cuenta para el tema de la Fecundación in vitro la obra de ANGEL RODRIGUEZ LUÑO, y Ramón LOPEZ MONDEJAR “LA FECUNDACION IN VITRO”, Madrid, Ediciones Palabra S.A., 2a. ed., 1986.

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

( 1) REICH, Warren T., ed. Encyclopedia of Bioethics, 4 vols. New York: Free Press-Macmillan, 1978, citado por MAINETTI, José A., y BERTOMEU, María J., “La Fundamentación de la Etica Biomédica”, en Quirón, Vol. 15, Nº 2/4, abril-dic. 1984, La Plata, págs. 86/87.

( 2) MAINETTI, José A. y BERTOMEU, María J., Op. cit., pág. 87.

( 3) MAINETTI, José A., “La Etica y los problemas del mundo contemporáneo: El desafío bioético”, en Quirón, Vol. 18, Nº 2, 1986, La Plata, pág. 99.

( 4) MAINETTI, José A. y BERTOMEU, María J., op. cit. pág. 87.

( 5) Id., op. cit. pág. 86.

técnicas reproductivas con propósito genético (inseminación artificial, fertilización in vitro...<sup>(6)</sup>).

2) Analizaremos algunos aspectos de la Fecundación in vitro, y el embryo-transfer (FIVET).

El programa FIVET tuvo su origen en las investigaciones dirigidas a solucionar el problema de la esterilidad tubárica.

La FIVET consta de diversas etapas: obtención y capacitación de los gametos, fertilización in vitro, transferencia embrionaria.

Para la recolección del óvulo o de los óvulos, según se trabaje sobre un ciclo espontáneo o sobre uno inducido existen en la actualidad dos métodos: laparoscopia, y la recogida por vía percutánea con control ecográfico.

Al principio se creía que la fertilidad podría ser mayor en el ciclo espontáneo que en el estimulado, pero luego se comprobó que el porcentaje de embarazos en pacientes en quienes se realizó estimulación y control de la ovulación era superior. "La razón es que al haber más de un folículo en maduración, es posible la recogida de varios óvulos, lo que significa, en última instancia, disponer de más embriones para el transfer al útero materno. Este hecho tiene efectivamente ventajas desde el punto de vista operativo, pero abre el problemático capítulo de los embriones sobrantes (spare embryos) y del creciente número de abortos."<sup>(7)</sup>.

El transfer del embrión se puede realizar por dos vías: transcervical, y transcutánea. Hasta el presente la transferencia embrionaria es el momento más difícil y en el que pueden originarse la mayor parte de los fracasos (porque no se verifica la implantación), por eso muchos equipos médicos procuran evitar este problema transfiriendo más de un embrión al útero de la mujer, procedimiento que origina un mayor número de abortos después de la transferencia.

Nos hemos referido sólo a algunos aspectos de las distintas etapas de la FIVET, pero se puede afirmar que la misma se trata de un proceso largo, complejo. "La división del trabajo y la intercambiabilidad de los varios operadores (cuya actividad técnica es en cuanto tal impersonal) caracterizan la metodología FIVET como un auténtico proceso de producción, privado de las profundas dimensiones personalistas características de la generación humana".<sup>(8)</sup>.

**La FIVET no es más que una técnica** para conseguir la reproducción del hombre en los supuestos en que no puede producirse naturalmente. Los imperativos de la eficacia y de la utilidad dirigen desde dentro todo el procedimiento, imponiendo procesos como la estimulación ovárica y la transferencia múltiple.

**La utilidad y la eficacia son valores determinantes del logos técnico y la persona humana** puede quedar parcialmente sometida a sus dictados, o sea a la racionalidad de la técnica.

( 6 ) MAINETTI, José A., "Bioética y Genética", en Quirón, Vol. 17, Nº 1, 1986, La Plata, pág. 38.

( 7 ) RODRIGUEZ LUÑO, A., y LOPEZ MONDEJAR, R., "La Fecundación 'in vitro'", Madrid, Ediciones Palabra S.A., 1986, 2a. edición, pág. 44.

( 8 ) Id., págs. 61/62.

**Existe un logos ético, una racionalidad ética** que se estructura, asimismo, en torno a la finalidad, pero es una finalidad diferente de la que gobierna a la técnica: “La diferencia entre la finalidad de tipo técnico y la finalidad moral consiste principalmente en esto: la primera hace abstracción de la naturaleza de las realidades tomadas como medio y como fin, no considerando sino sus cualidades útiles, de modo que toda cosa puede llegar a ser un medio para un fin, como también ser considerada como fin para una serie de medios. Por el contrario, la finalidad moral está determinada por la naturaleza misma de las realidades, de modo que algunas serán fines por su naturaleza y no podrán nunca, como tales, ser consideradas legítimamente como medios, mientras que otras serán por naturaleza medios y no podrán nunca ser tomadas propiamente como fines”. (9).

“Tenemos así dos tipos diversos de racionalidad. No es técnicamente racional la falta de ajuste entre los medios y el fin; por ejemplo, querer levantar un muro de contención con arena y agua, sin cemento. Irracional en sentido ético es instrumentalizar realidades cuya naturaleza excluye tal tratamiento, o también absolutizar otras que no gozan en realidad de un valor absoluto. Dos errores éticos que están íntimamente trabados: quien absolutiza indebidamente un objetivo, considerará que todos los comportamientos y realidades están en principio disponibles para su consecución” (10).

**El criterio de racionalidad ética** puede expresarse en forma de principio ético cuya formulación negativa sería: “siempre que tu acción se refiera a la persona, propia o ajena, no olvides que no estás ante un simple medio instrumental; ten en cuenta, por el contrario, que ella tiene también su propia finalidad. El lado positivo podría trazarse así: el valor de la persona es tal que ante ella sólo el amor es la actitud justa”. (11).

Este criterio de racionalidad ética expresa simplemente la distinción entre las personas y las cosas, destacando la primacía de aquellas sobre éstas.

“El fundamento de nuestro criterio elemental de racionalidad ética, es, pues, bastante evidente en sí mismo, y está por otra parte acorde con las raíces éticas de nuestra civilización. A nivel fenomenológico aparece con bastante claridad su correspondencia con la condición natural de la persona humana y de su libertad (autoposición, autodominio y autodeterminación). Ontológicamente, hunde sus raíces en la espiritualidad de la persona, con todo lo que de ella se sigue”. (12).

El criterio de racionalidad ética es totalmente comprensible por el desarrollo de las perspectivas fenomenológicas y ontológicas; no obstante la fundamentación última se encuentra en la concepción creacionista y teísta. (El hombre está constituido a imagen y semejanza de Dios, y el valor de la persona humana realizado por ese hecho, se ve potenciado si se considera su dignidad de hijos de Dios en Cristo).

**El principio personalista**, que también se llama criterio elemental de racionalidad ética (para A. Rodríguez Luño, y R. López Mondéjar), dice que la persona humana es ob-

(9) PINCKAERS, S., “La cuestión de los actos intrínsecamente malos y el ‘proporcionalismo’”, en “Ethos” 10/11 (1982-1983), p. 252, citado por RODRIGUEZ LUÑO, A., y LOPEZ MONDEJAR, R. en la obra mencionada en nota 7, pág. 77.

(10) RODRIGUEZ LUÑO, A. y LOPEZ MONDEJAR, R., op. cit. pág. 77.

(11) Id., pág. 78.

(12) Id., pág. 80.

jeto de amor y de respeto, y que transformarla en objeto de dominio o de instrumentalización sería inmoral e irracional. (13).

"En el ámbito de la conducta privada el criterio de racionalidad ética dice que la unitalidad psicofísica del hombre participa inmediatamente en la dignidad personal, y no puede ponerse por tanto en función de la utilidad o de las satisfacciones subjetivas. . . En el campo de las relaciones interpersonales y sociales el principio personalista dice que la persona no es exclusivamente parte, que tiene un sentido y una finalidad independiente de su pertenencia al todo social, que no es objeto de posesión y de determinación extrínseca por la simple razón de que - por su propia naturaleza personal- se posee y se determina a sí misma y de alguna manera para sí misma" (14).

Este planteamiento no es aceptado por el utilitarismo para el cual "todo posible comportamiento personal o social debe considerarse disponible, en principio, para la actuación de la estrategia que, en cada momento y en cada lugar, promueva una mayor suma total de satisfacciones personales o sociales. . . El criterio utilitarista mira más a la cantidad de pretensiones satisfechas que a la racionalidad intrínseca de tales deseos" (15).

**La FIVET prevé la utilización y la pérdida de embriones humanos (16) y esto la coloca en oposición con el principio ético de la inviolabilidad de la vida humana (17), y por ende con el valor de la persona.**

Es necesario analizar dos aspectos: a) la pérdida de embriones después de la transferencia al útero de la paciente, y b) la pérdida de embriones no destinados a la transferencia.

a) El primer supuesto, pérdida de embriones ya transferidos al útero materno, ha tratado de justificarse desde el punto de vista ético equiparándola al aborto espontáneo o

(13) Id., pág. 82.

(14) Id., págs. 84/85.

(15) Id. pág. 85.

(16) Para A. RODRIGUEZ LUÑO y R. LOPEZ MONDEJAR. . . "el embrión humano, también en sus estadios más precoces, es un individuo de la especie humana diverso de sus padres. El embrión posee, en efecto una identidad individual perfectamente reconocible tanto desde el punto de vista genético como desde el punto de vista de la integración somática. Posee además una "historia individual", guiada por el programa genotípico, en cuyo despliegue no se producen saltos cuantitativos ni cualitativos. La ciencia experimental demuestra, en definitiva que el embrión humano no es una 'cosa', ni tampoco una parte del organismo materno - 'un injerto biológico' -; es un nuevo individuo de la especie humana en un estado precoz de su desarrollo vital" (op. cit. pág. 100). . . "Cada nueva vida es la vida no de un ser humano potencial, sino de un ser humano con potencialidades". (Op. cit. pág. 101).

(17) A. RODRIGUEZ LUÑO y R. LOPEZ MONDEJAR, destacan en la obra citada que cuando hablan de inviolabilidad o intangibilidad de la vida humana, quieren decir, que "toda acción dirigida de modo deliberado y directo a la supresión de un ser humano inocente constituye objetivamente un desorden moral grave". (Op. cit. pág. 87). Aluden también "al abandono deliberado de vidas humanas cuya subsistencia depende y está bajo la propia responsabilidad y control", así como a "los comportamientos que implican un riesgo grave y próximo no suficientemente justificado". (Op. cit. págs. 87/88). "El fundamento de esta exigencia ética no es exactamente que la vida física sea en absoluto el valor más importante de la persona. Reside más bien en el hecho de que la persona no puede ser tratada como un simple medio". (Op. cit. pág. 88).

al menos al aborto indirecto.

Para dar una respuesta a este problema deben distinguirse tres tipos de abortos:

1º) Abortos provocados deliberadamente cuando por medio del diagnóstico prenatal se tiene la certeza o probabilidad de alguna anomalía: se trata de aborto directo para el que no se puede admitir ninguna justificación ética. "Es más, repugna al más elemental sentido ético que en el ámbito de la medicina la persona humana pueda ser víctima de un semejante control de calidad. Tal procedimiento otorga al equipo médico un dominio completo sobre la persona, que se ve reducida entonces a la categoría de producto defectuoso de un proceso técnico" (18).

2º) Abortos que provienen necesariamente de la utilización del transfer múltiple: no son abortos indirectos, sino abortos queridos directamente no como fin, pero sí como medio. (No son equiparables al aborto indirecto, porque éste se relaciona con acciones de doble efecto en las que el efecto negativo no es un medio para obtener el positivo). "No es éticamente admisible que la vida de una persona inocente sea un medio disponible para la curación de la infertilidad o para la obtención de un objetivo científico" (19). Tampoco son equiparables a los abortos espontáneos, porque en éstos la voluntad del hombre no desempeña ninguna causalidad directa (ni tampoco el aborto espontáneo es medio para).

3º) Abortos que se producen en forma verdaderamente espontánea después de haber transferido al útero un solo embrión; se diferencian desde el punto de vista ético de los dos anteriores, el aborto no es deseado de ninguna manera.

Algunos sostienen que la producción (no intencional) quedaría justificada por el hecho de que también ocurren en el proceso natural de la generación. Pero la falla de esta argumentación se da en que la producción técnica de efectos negativos no queda éticamente justificada por el hecho de que tales efectos puedan producirse también por fallos o catástrofes naturales. Donde empieza la manipulación técnica por parte del hombre aparece la responsabilidad ética del técnico.

Otros procuran equipararlos al aborto indirecto. Se pretende reproducir técnicamente un efecto positivo al que se une inevitablemente un efecto negativo. Para que el aborto indirecto sea éticamente admisible deben reunirse algunos requisitos: recta intención, que la acción no sea en sí misma mala, que el efecto malo no sea el medio empleado para lograr el bueno y la existencia de una causa proporcionada. Dejando de lado, por ahora la calificación ética de la FIVET, parece que falta la causa proporcionada grave. No estamos frente al riesgo de una vida ya amenazada de muerte, sino de la satisfacción del deseo de paternidad y maternidad. Este deseo por legítimo que pueda ser en abstracto, se vuelve éticamente irracional cuando asume los peligros para la vida de un tercero que actualmente produce la FIVET.

Además hay que considerar que existen la cirugía reparadora y la micro-cirugía que tienen un porcentaje de éxitos mayor que la FIVET, y desconocemos los resultados que podría obtener la cirugía, la microcirugía y el empleo quirúrgico del rayo laser si se destinase a ellos los recursos dados a la técnica que estudiamos.

(18) RODRIGUEZ LUÑO, A. y LOPEZ MONDEJAR, R., op. cit. pág. 111.

(19) Id., pág. 112.

Asimismo, es importante la terapia de la infertilidad tubárica en sus causas (abortos precedentes, infecciones pélvicas originadas por el uso del DIU, enfermedades transmitidas por vía sexual).

Estos abortos “espontáneos” de la FIVET están inducidos al menos en gran parte, por deficiencias de la técnica misma. (Está documentado que la técnica de la super-ovulación puede favorecer el aumento de aberraciones cromosómicas” (20), que es causa importante de pérdidas embrionales).

b) Pérdida de embriones no destinados a la transferencia, o sea de embriones que se destinan a la experimentación o a usos industriales y terapéuticos, porque han sido obtenidos con esa finalidad, o porque son “embriones sobrantes”, y de los que se congelan para una posible transferencia posterior.

Las justificaciones esgrimidas por los científicos se fundamentan en el progreso de la ciencia médica y en los beneficios para la humanidad que pueden derivarse de las investigaciones sobre embriones humanos, pero es necesario recordar que la ciencia y la técnica son para el ser humano, y no a la inversa, y que ciencia y técnica tienen valor si ayudan a la persona a perfeccionarse y dignificarse.

Si el progreso de la ciencia no justifica el sacrificio de seres humanos se podría pensar que ese sacrificio podría ser requerido por el bien sanitario de la comunidad. Se plantea el problema del utilitarismo, una actitud así implica utilizar a la persona como medio al servicio de intereses de otros.

La persona no puede ser tratada intencionalmente como “animal de laboratorio”.

“Desde el perfil ético, no hay dudas acerca de la absoluta ilicitud de la experimentación sobre los embriones precoces, sean éstos productos ad hoc o residuos de la Fiv procreadora. La razón se funda en la inaceptable instrumentalización del embrión humano tratado como “objeto” y no como sujeto. Sólo esta última es su calificación propia, inalienable e inviolable del ser humano de cualquier ser humano, en cualquiera de sus estadios, y en cualquier condición de desarrollo” (21).

En los últimos años, (si bien no todos los equipos médicos las admiten), se extendieron las indicaciones médicas para la FIVET, extensión que modificó desde distintos puntos (médico, social, jurídico, antropológico, ético), la identidad de la misma.

**La FIVET produce la disociación de aspectos que se hallan naturalmente unidos y armonizados en la sexualidad, y esa disociación es mayor en la medida en que son más numerosas las fases y aspectos en los que la intervención de terceros es fundamental.**

Se ofrece a los pacientes distintas posibilidades según los casos: recurrir al empleo de semen de un donador; recurrir a “las madres sustitutivas”.

**El Recurso al Donador** hace en la práctica clínica que existan bancos de semen, y el personal sanitario especializado sabe que contar con un equipo de congelación es importante para que la unidad FIVET pueda considerarse operativa.

La figura del donador de esperma no es equiparable a la del donador de órganos para

(20) Id., pág. 68; p. v. también la nota 35 del cap. V, pág. 113.

(21) TETTAMANZI, D., “Etica de la reproducción humana artificial”, Ponencia leída en un Coloquio Internacional de Filosofía de Río de Janeiro, dedicado a Problemas de Bioética, celebrado el 28 de julio al 2 de agosto de 1988.

ser transplantados (como riñón, córnea), y por lo tanto los bancos de esperma no son equivalentes a los bancos donde se conservan órganos vitales para transplantes.

El transplante de un órgano vital constituye una intervención terapéutica, a veces, necesaria para salvar la vida de una persona humana. En la FIVET heteróloga se trata de satisfacer un deseo, no una necesidad vital grave y urgente; puede reconocerse que tal vez exista una necesidad psicológica –no siempre normal y equilibrada–, que podría solucionarse con la adopción.

Asimismo, un órgano vital (por ejemplo el riñón), no es en sí mismo comparable al esperma. Estructural y funcionalmente no son equiparables. “La función de la célula espermática no es mantener la vida de quien la recibe, sino la creación de una nueva persona humana. Con su patrimonio genético esa célula es expresión de una personalidad y de una historia, de una genealogía que escapa al dominio del individuo que la recibe en su organismo” (22).

Los Bancos de esperma han dado lugar a muchas reservas, han hecho posible la práctica de la inseminación post mortem del esposo, y pueden ocasionar numerosos peligros. Delepiere se refiere al “peligro de incesto voluntario entre hombre y mujeres nacidos del mismo esperma anónimo; peligro genético debido a la variabilidad de la resistencia de los diversos espermas a la congelación; peligro de que se pueda hacer un mal uso, privado o político, de estos bancos centrales, sobre todo si se desarrollasen hasta el punto de llegar a ser universales” (23). Otro autor –Perico– manifiesta preocupaciones sobre las posibilidades de selección biológica, que conferirían a esta práctica un carácter “terriblemente zootécnico” y “racista” (24).

El recurso al donador permite, además, que éste (el donador) intervenga en la procreación y se desligue de las responsabilidades inherentes a la paternidad.

El recurso a las “madres sustitutivas”, ha dado origen a conflictos psicológicos y afectivos, y a una instrumentalización comercial de la maternidad.

Los niños son un mero instrumento de ganancia económica para unos, de satisfacción afectiva para otros...

Si bien las reflexiones efectuadas nos parecen decisivas en la consideración ética de la FIVET no deseamos concluir estas líneas sin hacer referencia, aunque brevemente a otro aspecto de fundamental trascendencia: la FIVET y los valores personales de la sexualidad y de la transmisión de la vida humana (25).

(22) RODRIGUEZ LUÑO, A., y LOPEZ MONDEJAR, R., op. cit. pág. 31.

(23) DFLFPIERRE, A., “Riflessioni etiche sulle nuove prospettive in materia di riproduzione umana: fecondazione in vitro e fecondazione artificiale”, en “Sessuologia” XIV/3 (1973) p. 39, citado por RODRIGUEZ LUÑO, A., y LOPEZ MONDEJAR, R. en la obra mencionada ut supra págs. 31/32.

(24) PÉRICO, G., “La fecondazione artificiale”, en “Aggiornamenti sociali”, XXXIX/9-10 (1978), p. 582, citado por RODRIGUEZ LUÑO A. y LOPEZ MONDEJAR R., en la obra mencionada en esta comunicación, pág. 32.

(25) Queremos destacar especialmente en este aspecto y en general sobre el tema de la FIVET la “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad”, Congregación para la Doctrina de la Fe, Ediciones Paulinas, 1987.

En la sexualidad humana existen dos aspectos, procreativo y unitivo, que la caracterizan específicamente y que son inseparables entre sí.

“La unión de ambos aspectos no es un simple hecho carente de significado, sino que posee un sentido claro y fácilmente inteligible: garantiza y refuerza los valores específicamente personales que comporta la sexualidad humana, a saber los valores puestos en juego por el hecho de que tanto los generantes como el generado son personas humanas” (26).

... “la actividad sexual tiene un significado ético positivo cuando se ejerce dentro del matrimonio; pasa a ser éticamente negativo si se ejerce fuera del matrimonio o contra el matrimonio. Esta exigencia ética se fundamenta tanto en el aspecto unitivo de la sexualidad como en el procreativo, y a través de ambos hunde sus raíces en el criterio elemental de racionalidad ética constituido por el valor de la persona humana” (27). Surge de esta afirmación la ilicitud moral de la Fiv heteróloga, como del recurso a la Fiv por parte de mujeres no casadas, y en general, por quienes no constituyen un verdadero matrimonio (por ej. peticiones efectuadas por parte de transexuales).

La Fiv homóloga implica la separación entre el proceso de procreación y la unión sexual. Esta separación de los aspectos integrantes de la sexualidad humana es una instrumentalización de ésta y no parece factible instrumentalizarla sin tratar simultáneamente a la persona como a un simple medio.

“ . . . . . la raíz de la ilicitud ética de la FIVET no está en la exclusión de la comunión conyugal (que sólo queda excluida en un sentido muy restringido), sino en que del tratamiento técnico instrumental de la sexualidad se siguen graves lesiones de la dignidad personal del individuo humano cuya generación se pone en marcha separada e independientemente de la unión sexual de sus padres. Con más brevedad: el tratamiento técnico-instrumental de la facultad sexual implica un tratamiento instrumental de la persona generada, lo que contradice el criterio más elemental de racionalidad ética” (28).

La FIVET priva a la persona generada y que llega a la existencia del “status” que conviene a su condición personal. Si el origen del hijo se sitúa en la intimidad de la donación conyugal el hijo entra a la vida según una plena igualdad personal con los padres, como un compañero; la relación entre progenitores e hijo no se constituye como vínculo de superioridad inferioridad (29). Todo proceso técnico implica dominio y por consiguiente la relación entre producto y productores es de desigualdad y de subordinación.

Asimismo, la FIVET tiende a determinar una cierta actitud ante el nuevo ser (se plantea con más “facilidad” la posibilidad de rechazarlo, si no responde a las expectativas de los padres, y a las exigencias del equipo médico. Esto puede ocurrir también, cuando sin haber acudido a la FIVET, se recurre al diagnóstico prenatal, pero en la técnica que estudiamos ese comportamiento está presupuestado por la lógica de la eficacia).

También cabe señalar. . . “que las mismas condiciones del proceso FIVET tienden

(26) RODRIGUEZ LUÑO, A., y LOPEZ MONDEJAR, R., op. cit. pág. 133.

(27) Id., pág. 138.

(28) Id., pág. 145.

(29) TETTAMANZI, D. op. cit.

a conferir a la nueva vida el ‘status’ de un objeto de producción y de adquisición, sujeto al control de calidad, a la utilización y al rechazo” (30); que la vida humana en la Fivet no tiene la protección que la intimidad conyugal puede otorgarle; y que el proceso —en sí mismo, y objetivamente, al margen de intenciones subjetivas— está movido por la lógica de la eficacia y de la utilidad, y no por la del Amor, que es la actitud que corresponde al valor del ser humano.

3º) “... evitar el mal constituye el dominio propio de la moral, y especialmente de la Bioética, cuyas normas son naturales o coextensivas a la vida biológicamente entendida” (31).

Como ya mencionáramos la Bioética “se trata un área interdisciplinaria en la cual la dimensión puramente ética no puede o no debe ser abstraída de las dimensiones social, económica, política, religiosa, etc. Quizás la bioética es interdisciplinaria tanto por ética como por necesidad, pues con ella están en juego opciones fundamentales sobre el homo sapiens-faber, ahora en condiciones de transformar su propia naturaleza biológica, lo cual compromete al destino común de la humanidad y por eso cuanto en bioética se diga a nadie resulta ajeno y es responsabilidad de todos” (32).

“Sin descartar el temor paranoico que inspira la ciencia a quienes la ignoran, hay un dato que pone de manifiesto la peligrosidad del saber: la ciencia confiere poder, y el poder puede ser utilizado contra el hombre. Este dato de sentido obvio y general se hace más evidente... cuando el saber se pone en práctica en su misma fase de desarrollo. Ya han pasado aquellos tiempos en los que la ciencia cristalizaba primero una teoría, dejando al hombre la posibilidad de decidir serenamente la manera de llevarla a la práctica. En la revolución biomédica actual, cada paso hacia adelante del saber “puro” conlleva una innovación tecnológica que, a su vez condiciona la siguiente etapa del saber puro” (33).

“Sin que ello signifique cerrar las puertas a la investigación por prejuicios dogmáticos, la responsabilidad científica ante la sociedad debe ser asumida en plenitud, el conflicto entre la libertad del saber y el compromiso público tiene que ser balanceado. La moralidad es quizás resistir al entusiasmo tecnológico según el cual todo lo posible puede ser realizado. Un criterio ético debe privar entre varias posibilidades, indicando cuáles son moralmente obligatorias, opcionales y perniciosas” (34).

4º) Creemos que la legislación no debe amparar técnicas que no respeten la vida humana desde sus comienzos, ni la dignidad de la persona; por el contrario debe establecer los medios adecuados para que el **derecho de vivir** —derecho esencialísimo que se destaca entre los demás derechos de la personalidad, y que “principia en la fecundación del óvulo femenino, instante ese en que aparece un nuevo ser de la especie con vida pro-

(30) RODRIGUEZ LUÑO A., y LOPEZ MONDEJAR R., op. cit. pág. 145 y ss.

(31) MAINETTI, José A., “Bioética...”, op. cit. pág. 38.

(32) MAINETTI, José A., y BERTOMEU, María J., op. cit. pág. 87.

(33) ROY, D., “La biomedicina de hoy y el hombre del mañana”, Selecciones de Teología 20 (79): 154-160, p. 156, citado por Miguel J. C. de Asúa, “Ingeniería Genética: Los límites de un instrumento”, en Quirón, Vol. 16, julio/dic. 1985, No 2/4, La Plata, pág. 38.

(34) MAINETTI, José A., “Bioética...”, cit. pág. 39.

pia aunque dependiente” --(35), tenga una adecuada protección, sancionando si fuese necesario a quienes atenten contra él.

Confiamos en la capacidad intelectual, y en la fuerza espiritual, de los médicos y científicos para encontrar soluciones éticamente inobjetables a las enfermedades y deficiencias físicas y psíquicas del ser humano.

(35) CIFUENTES, Santos, “Los Derechos personalísimos. La integridad física y la libertad”, en Revista del Notariado, Nº 731 (set. oct. 1973), pág. 1797.

# REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA A LA LUZ DE LOS AVANCES EN INGENIERIA GENETICA

*Ada LATTUCA (\*)*

“Asomarse” al mundo insondable del siglo que ya nos alcanza causa, al estudiioso de las ciencias sociales, una sensación de asombro, de misterio y quizás de congoja.

La profusa literatura técnica confieso entendida en modestas proporciones atrae al profano, mejor, termina atrapándolo porque ella pre-anuncia LO NUEVO.

Las sucesivas edades de la historia llevaron, en el momento de crisálida, connotaciones semejantes para el hombre que debió debatirse entre ser protagonista o mero espectador de un movimiento aún no aprehendido, hasta que éste afloró pleno, evidente sobre la superficie, dando su impronta a una edad específica.

El acto supremo que marca el corte de una era y el inicio de otra es, sin dudas, la aparición del cristianismo porque significó, sin que abramos juicio sobre su significado sobrenatural, la síntesis de los despliegues más valiosos de la cultura antigua. “El tema de la diferenciación de la humanidad en relación con el resto del cosmos no podía encontrar mejor coronación que en la doctrina de Dios-Hombre” (1).

La historia cobra entonces un nuevo sentido, esto es, la historia considerada como proceso unitario que tiende hacia un fin y que, según Löwith, sólo puede ser concebida a partir de los supuestos religiosos del judeo cristianismo. Una filosofía de la historia pensada sobre estas bases científicas es, para Löwith, imposible por la sola razón de que no puede desprenderse de sus raíces religiosas. (2).

Ese fin es pensado por algunos autores como ya iniciado en la comprensión de las profecías del Apocalipsis. Lo singular de esta proyección escatológica es que se producirá un reintegro del hombre a lo eterno, hecho desde fuera del hombre; es decir, fuera de la voluntad humana. No es un proceso inmanente a la historia misma el que genera este regreso del hombre a lo eterno. Es Dios mismo el que fija el plazo de esta “transposición” y hace posible la implantación de un Nuevo Cielo y una Nueva Tierra. El acontecimiento escatológico escapa a toda acción humana, es una acción del Creador sobre la voluntad. En consecuencia, la historia llega a su fin por una determinación exterior a la historia misma (3).

He recordado esta concepción acerca del fin inminente, para algunos autores, porque suelen escucharse en ciertos ámbitos argumentos sombríos acerca de la vinculación existente entre la actualidad histórica y el fin de los tiempos, signado por el fenómeno de una ciencia desbordada sobre sí misma.

(\*) Investigadora del C.I.U.N.R.

(1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, F.I.J., Rosario, 1985, pág. 105. Como lo reconoció Berdiaeff, “el cristianismo, siguiendo las huellas de los hebreos, creó el dinamismo histórico, dio un impulso excepcional al movimiento histórico e hizo posible la formación de una filosofía de la Historia”, en *Sentido de la Historia*”, pág. 42-43.

(2) LOWITH, Karl, “Historia profana e historia sagrada”, en *Sentido y fin de la historia*, rec. por Víctor Massuh, 2da. ed. EUDEBA, 1966.

(3) PIEPER, Josef, “Sobre el fin de los tiempos”, trad. A. Candau, Rialp, Madrid, 1955.

Sin compartir el temor que cunde en algunos círculos, creo que resulta quizás demasiado simplista —y a veces apresurado— responsabilizar a modernos anticristos como motores desencadenantes de la hecatombe universal, planteada desde diversas ópticas. (4)

Fuerza es reconocer la trascendente importancia histórica de los avances científicos. Por ello, entonces, cabe preguntarse: ¿es que todo este despliegue —considerado por muchos del exclusivo dominio de la ingeniería genética— atravesará sin rozar siquiera el desarrollo de la historia?

De allí, pues, que a partir de esta primera “*quaestio*” surgan incontenibles ciertas reflexiones o más bien inquietudes que, al momento, no resulten todavía lo suficientemente claras, pero han logrado conmover el espíritu en procura de alguna aproximación a la respuesta, en tiempos venideros.

El hombre es un ser eminentemente histórico. El hombre da a su vida sentido en la historia, desde su presente con la reviviscencia del pasado y la previvencia del futuro. En esta conjugación temporal el hombre obra oportunamente para realizar sus valores.

Al hilo de esta concepción “se distinguen” y “comprenden” las edades históricas. Y cuando se produce un corte, una fractura en el complejo axiológico, aparecen las eras históricas.

Ahora bien, las modificaciones que se introducirían a instancias de este excepcional despliegue técnico científico ¿no llegarán, quizás, a inaugurar una **nueva era**? Es decir, el tiempo de la revolución asombrosa a la que deberemos acostumbrarnos presupone, por primera vez, la imagen del hombre (protagonista de la historia, merced al cristianismo) convertido, quizás, en “hacedor” del género humano. Y con ello, ¿permanecerá como fundante o soporte de todos los valores la humanidad? O, en realidad, ¿quizás sea la **verdad** al servicio de la **ciencia**, basada en la previsibilidad, en todos los órdenes? Es decir, el misterio de la vida, ¿será reemplazado por la certeza del vivir? y, ¿cómo será el vivir?

Por otra parte, imaginamos, en una dimensión social, la alteración de las relaciones conocidas, aunque con variantes en todas las etapas ¿se modificarán a instancias de una división clasista que lleve a la escisión entre “los que saben” y “los que no saben”? O más profunda y por ende, más traumática, entre los “que aceptan” y “los automarginados”. Porque en el curso de su desenvolvimiento, si éstos lo quisieran ¿cómo realizarían el proceso de inserción donde, al parecer, no les cabe el protagonismo? Y en cuanto a las vinculaciones fundantes sobre el amor o la familia —a través de los cuales se ha reconstruido la historia de los pueblos— ¿continuarán en vigencia o los parámetros girarán en tan amplio arco que los tornarán desecharables? Los hombres programados ¿serán hijos o sólo ciudadanos? Y si son ciudadanos ¿lo serán de algún país o de un sistema codificado? Porque sin hacer futurología, se advierte ya la marcada tendencia hacia la “acumene” sustentada fuertemente por un vértice tecnológico en el que se desdibuja-rán los estados nacionales y otro tipo de sociedad entrará a regir.

(4) Lógicamente en ello tiene que ver el problema del sentido de la historia, de allí que WALSH haya expresado “Uma coisa é, pois, procurar sentido na história, outra, procurar o sentido da história”, ver WALSH, W. H., “Sentido” em Historia, en Teorias da Historia, antología a cargo de Patrick Gardiner, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ra. edic., Lisboa, 1984, pág. 367.

Y hasta podemos preguntarnos: ¿la religión continuará re-ligando a los hombres y a los pueblos? ¿Qué hombres, qué pueblos? Por ende, cómo se establecerá el plano de lo natural y lo sobrenatural? Probablemente, hace tiempo el sabio Pasteur se asomó a esta epifanía científica - en la cual estamos "tomando" conciencia - al decir que los laboratorios son los templos del futuro.

Respecto de la tridimensionalidad temporal, el hombre nuevo cursará su historia en la concurrencia de los tres elementos ¿o será pura preparación para el futuro? Qué significado, y por ende, qué operatividad tendría para su desarrollo la apelación al pasado? ¿Tendrá vigencia el continuar lamentándose de la a-historicidad y la a-temporalidad del hombre contemporáneo, por ejemplo?

Además, si quisieramos ubicar esa nueva faz histórica en alguna de las clásicas categorías de cultura, civilización o decadencia que signan la evolución de la historicidad, ¿cuál de ellas cabría aplicar? Confieso mi impotencia al respecto, aunque probablemente se le podría denominar de cultura, en el sentido de cultura neutra y homogénea, con el alcance dado por Theilhard de Chardin, de predominio de fuerzas o intenciones absolutas.

De todas maneras, el desafío que se impone a los historiadores es verdaderamente apasionante. Creo, además, que merced a todo el bagaje de nuevos aportes vendrá el tiempo de la superación definitiva de la antinomia, estéril por cierto, aunque bastante firme aún, entre las ciencias naturales y las espirituales. Posiblemente, en tiempos venideros, se torne ya totalmente inocuo el debate y una profunda reflexión lleve a la armonía de ambos términos.

Creo que la humanidad aún no está suficientemente preparada para responder con precisión acerca del devenir biológicamente esperable en su destino. Los grados de intensidad que puedan suscitarse en este devenir dependerán, probablemente, de la acrecentada intensidad de nuestras fuerzas reflexivas y afectivas.

Algo se presenta bastante claro. Es el momento de dar un nuevo paso en lo desconocido y por ello es natural que vacilemos. Sin embargo, creo que en estas especiales circunstancias es recomendable recordar el mensaje pleno de esperanzas de un gran pensador de este siglo: "¿Que la Humanidad del siglo XX es una especie que se acaba?... Ni mucho menos... por el contrario, y en virtud misma de las fuerzas que la calientan y la forjan, es una especie que entra en la plenitud de su génesis particular; algo completamente nuevo que comienza en Biología" (5).

(5) TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, "La aparición del hombre", trad. C. Castro, 5<sup>ta</sup>. ed. Taurus, España, 1965, esp. Actualidad de la especie humana, su poder de co-reflexión, pág. 294.