

EN TORNO AL TEMA DE LA CRISIS

Está en crisis el principio de sociabilidad que caracteriza a los hombres y los llama a una convivencia ordenada y pacífica. Es ésta una afirmación indiscutida, universalmente tenida por cierta. Y en realidad lo es. Pero no siempre hay acuerdo sobre las causas, las que suelen ser buscadas en los más diversos campos de la actividad humana. No intentaremos hacerlo aquí y ahora. Sólo querríamos proponer un tema de reflexión adecuado al asunto: su vinculación con el orden moral. Vinculación que revela cómo la crisis de referencia tiene un viejo abolengo que viene manifestándose desde antiguo por diferentes síntomas. Uno de ellos —para atenernos al plano natural— es la paulatina y acelerada decadencia del orden jurídico, la “declinación del derecho” de que hablara Ripert. Interesa, pues, prestarle atención.

Para dar con el origen de la moderna “declinación del derecho”, tan magistralmente tratada por Ripert, sería menester remontarse a los tiempos iniciales del nominalismo y de las corrientes teológicas heterodoxas del siglo XIV; aunque, para encontrarla ya formada en sus bases y lista para el ataque frontal contra el orden de la Cristiandad instaurada por la Iglesia, no sería necesario ir más allá del siglo XVI y la aparición del protestantismo, de cuya savia han venido alimentándose hasta hoy las diversas escuelas de la ética y el derecho que han intentado deformar los conceptos fundamentales de la ley natural y la justicia. De ahí provienen tanto la tajante y absoluta separación de la moral y el derecho, como el positivismo jurídico, dos gravísimas enfermedades (quizás las más graves por su generalizada virosidad) que afectan a las estructuras e instituciones sociales contemporáneas, debilitándolas en sus bases e imposibilitando sus defensas.

Es posible que el divorcio entre la moral y el derecho haya respondido a una como instintiva reacción contra el exagerado subjetivismo que amenazaba arrasar todo el ámbito de la ética. Es éste un tema que merece ser cuidadosamente tratado y que, por lo demás, ha sido ya bien estudiado. No insistiremos, pues, en él. Lo único que querríamos destacar ahora es su actualidad, su incidencia sobre el comportamiento de las personas en sus relaciones mutuas y en la vida cotidiana de la Nación.

Desde este punto de vista la no menos dañosa consecuencia ha sido la pérdida del sentido de la obligatoriedad moral de las normas y obligaciones

jurídicas. El mundo del derecho queda absolutamente desvinculado de la conciencia. Ni las leyes, ni los contratos, ni los hechos engendrados de obligaciones, rozan siquiera a la conciencia personal del obligado. La palabra empeñada es flatus vocis. El honeste vivere de los clásicos romanos deja de ser uno de los tres principios fundamentales del derecho. A su vez, el derecho es sólo lo que el Estado dispone y fuerza a cumplir. La ley ya no es orientadora de la conducta; ya no se preocupa de mover a las personas hacia la consecución del bien moral, como enseñaban las Partidas.

Tocamos aquí el otro aspecto que también señalamos: el positivismo jurídico. ¡Qué interesa la conciencia! ¡La ley natural no existe! Es sólo el Estado quien manda. Desconocido el orden establecido por Dios, negado Dios, de nada valen, en definitiva, las pomposas declaraciones de derechos ni las alambicadas argucias kelsenianas. El derecho llega hasta donde llega el gendarme. Más allá no sobrevive. Y con el derecho muere la justicia como realidad objetiva, como ordenadora universal. Muere la justicia natural en sus tres formas, y también como virtud moral cuya observancia es deber primerísimo de todos y cada uno de los hombres.

En ello consiste el meollo de la crisis social contemporánea, que es, sobre todo y ante todo, crisis moral; o, en otras palabras, es el lógico resultado de la muerte de la virtud moral de la justicia, virtud cardinal de la conducta humana y principio básico, promotor de la sociabilidad entre los hombres. Puesto que sin ella no sería posible alcanzar la santidad personal, ni podría darse en este mundo una convivencia adecuada a la dignidad y el honor de los hombres mismos. "Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?". (San Agustín, De Civitate Dei, Lib. IV, Cap. IV).

S. E.

LA POLITICA COMO CIENCIA Y COMO PROFESION

1. Introducción

Conviene puntualizar que el presente trabajo tiene como base una serie de notas que fueron leídas y comentadas —hace ya algunos años— ante un auditorio formado por alumnos de la licenciatura en Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Esta circunstancia explica por qué se formulan aquí más interrogantes o problemas que respuestas o soluciones, ya que, en buena medida, tales respuestas o soluciones dependen de la actividad profesional de quienes, como aquellos alumnos, dedican sus empeños al cultivo y desarrollo de los estudios políticos. En este sentido, cuadra recordar una vez más que la ciencia, subjetivamente considerada, comporta un hábito o disposición estable que reside en el científico, de manera que puede afirmarse que si ha de haber una ciencia política, ello depende de que haya personas que “posean” tal ciencia, es decir, que tengan el hábito o disposición estable correspondiente ⁽¹⁾. Claro está que ello no importa olvidar que la ciencia en general —y la ciencia política en particular— tienen una estructura propia y un contenido exigido por su misma naturaleza ⁽²⁾.

De lo expuesto se sigue que la intención de estas reflexiones es de una índole algo diferente a la que pudiera sugerir el título. En efecto, éste parece indicar que hemos de reflexionar con similar extensión sobre lo que sea la ciencia o las ciencias políticas, sobre lo que sea la acción política y sobre lo que significa hacer una profesión de una y otra actividad. Pero, en verdad, nos hemos de referir con mayor detenimiento a lo que podríamos llamar el “cultivo profesional de las disciplinas de conocimiento científico que versan sobre la política”. Es que, como se indicó más arriba, los primordiales destinatarios de estas líneas son personas que —para algunos, sorprendentemente— “estudian” política y —más sorprendentemente aún— lo hacen con un cierto ánimo “profesional”.

Nótese de antemano que el tema remite a cuestiones previas y se despliega en una serie de problemas diversos y específicos. A título de incompleto y provisional inventario, podemos indicar los siguientes: a) el tema gnoseológico, esto es, por lo que aquí importa, la cognoscibilidad e inteligibilidad de la política; b) el tema epistemológico, vale decir, qué comporta el conocimiento científico, o bien, a qué variedades del saber se les llama ciencia; c) qué notas peculiares tienen las disciplinas de conocimiento que versan sobre la política, y con qué sentido puede decirse que la política es susceptible de

(1) Sobre la ciencia en sentido objetivo —vale decir, fundamentalmente, como sistema— y en sentido subjetivo —esto es, primordialmente, como hábito— puede verse, por ejemplo, ANTONIO MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1972, 9ª ed., p. 173 ss.; I. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento*, Madrid, Rialp, 1979, 13ª ed., p. 32 ss.

(2) Conf. JUAN R. SEPICH, *Introducción a la Filosofía*, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1942, p. 586.

uno o varios saberes de índole científica; d) qué practicidad u operatividad tienen las mentadas disciplinas, lo cual exige una reflexión sobre la índole de las dos actividades humanas que aquí aparecen relacionadas, a saber, la actividad científica y la actividad política. Los temas indicados con las letras a) y b) son previos e implican una reflexión más vasta que la meramente política; a su vez, los problemas implicados en la letra c) tienen más que ver con lo que sea la política como ciencia, y los mentados en la letra d) se aproximan más a lo que sean la política y la ciencia política como profesión. De la simple lectura de esta presentación resultan las limitaciones con que serán, según los casos, simplemente aludidos o bien expresamente tratados los referidos temas.

2. La acción política

Lo que aquí llamamos “acción política” —o bien, indistintamente, “política” sin más aditamento— es, en este contexto, la primera y principal acepción del vocablo “política”. La política es, en efecto, primordialmente, un comportamiento humano social que se especifica por su fin o por sus fines, más o menos próximos o remotos, atinentes a: 1) la consecución del bien común de la sociedad; 2) el Estado, entendido no sólo como unidad política moderna sino, preferentemente, como sociedad soberana, con las más diversas manifestaciones en el tiempo y en el espacio; 3) el gobierno, entendido como la acción y el efecto de conducir al Estado a un fin debido, o a un resultado predeterminado por los agentes u órganos respectivos; 4) el poder, entendido como la facultad de determinar el comportamiento ajeno, o como probabilidad de hacerse obedecer, o como relación de mando y obediencia. Aun a riesgo de incurrir en inevitables imprecisiones, adrede hemos eludido la que en esta ocasión nos parece ociosa polémica en torno a cuál sea la diferencia específica de la política, las notas que la distinguen de otros comportamientos humanos sociales no políticos. Por ello hemos mencionado expresa e inclusivamente las nociones que suelen aparecer en aquella polémica: bien común, Estado, gobierno, poder.

Lo que sí deseamos puntualizar, es que aquí nos estamos refiriendo a lo que puede denominarse política pública, esto es, a la que atañe directamente al Estado, en la acepción ya indicada de este vocablo ⁽³⁾. Esta política pública tiene muchas maneras de manifestarse y, en tal orden de ideas, ha sido y es realista y fecunda la distinción entre lo que se ha llamado faz ascendente o agonal y faz descendente o arquitectónica de la política. Aquélla es la que se desarrolla desde “abajo” hacia “arriba”, o fuera de los cargos o roles de gobierno; ésta, la que se ejercita desde “arriba hacia abajo”, desde los cargos

(3) Nada más que para dar una idea de las implicaciones del asunto, recordaremos, a título de autorizado ejemplo, a MAX WEBER, quien, en uno de los diversos lugares en que trata el tema, dice: “¿Qué entendemos por política? El concepto es extraordinariamente amplio y abarca cualquier género de actividad *directiva* autónoma... Naturalmente, no es este amplísimo concepto el que servirá de base a nuestras consideraciones en la tarde de hoy. Por política entenderemos solamente la dirección o la influencia sobre la dirección de una asociación *política*, es decir, en nuestro tiempo, de un *Estado*” (M. WEBER, “La política como vocación”, en *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1973, p. 82). Esta cita no importa, desde luego, aceptar íntegramente las ideas que expresa Weber sobre la cuestión.

de gobierno o de las magistraturas del Estado (4). Vale la pena destacar la distinción, toda vez que no siempre se advierten nítidamente las diferencias de los requerimientos de ambas facetas de la política, y los diversos talentos, capacidades o aptitudes que exigen cada una de ellas. La política ascendente o agonal tiene sus exigencias, que no siempre se compadecen con las necesidades de la política descendente, arquitectónica o gubernativa. Cada una de estas facetas suele tener sus propios hombres de talento, sus propios expertos, sus propios ejecutores. Y no siempre, sino más bien rara vez, se dan juntas aptitudes equivalentes en quienes actúan en una u otra faz. Con lo dicho se quiere destacar lo difícil que es conceptualizar a quien haya de llamarse "político", ya que si podemos imaginar o recordar a un arquetipo excepcionalmente dotado, más frecuente es hallar expertos "agonales" que son torpes "arquitectónicos", y viceversa.

Nada más que para ilustrar las precedentes aseveraciones, pueden citarse aquí algunas observaciones formuladas por Brzezinski y Huntington sobre lo que denominan —al confrontar la política de los Estados Unidos con la de la Unión Soviética— "político electoral" —en nuestra opinión, una subespecie de político ascendente o agonal— y "político burocrático" —subespecie, nos parece, de político descendente o arquitectónico—. Señalan los nombrados autores "el ocaso del tradicional político electoral norteamericano", y agregan: "La causa fundamental ha sido la burocratización de la sociedad moderna. El político electoral se encuentra a sus anchas en los cuerpos legislativos o congresos, pero se halla incómodo en la burocracia administrativa, industrial o militar. Los conocimientos del burócrata no son los del político electoral. Son pocas las personas que en la más reciente política norteamericana han sido capaces de triunfar en ambos mundos" (5).

Vese, pues, la diversidad de actividades, aptitudes y disposiciones habituales que aparecen en la multiforme acción política, y puede anotarse desde ya —dejando margen para todas las matizaciones del caso y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante— que dicha acción política —de suyo, tan variada— y la ciencia política —en cuanto tarea de la inteligencia— son actividades humanas distintas, que comportan vocaciones, aptitudes y hábitos distintos y, por consiguiente, cuando ello se da y si se da, "profesiones" también diferentes.

3. La política como ciencia

Probablemente fue a los griegos a quienes se les ocurrió la idea de perfeccionar el ejercicio de la actividad política mediante un conocimiento científico. Naturalmente puede "hacerse" política sin poseer "ciencia política", como —si se permite aquí una comparación que no debe exagerarse— se puede curar enfermos sin haber cultivado las ciencias médicas, o construir casas sin haber estudiado arquitectura o ingeniería.

Viene a la memoria, para ilustrar lo dicho, la experiencia ilustre de Platón, a quien cabe atribuir, sin demasiada violencia histórica, el impulso inicial del

(4) Ver sobre el punto JUAN FRANCISCO LINARES, *Comunidad y Política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, y RADOMIR D. LUKIC, *Las dos fases de la política*, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, mayo-agosto 1967, Nos. 153/154.

(5) Z. BRZEZINSKI - S. HUNTINGTON, *Poder político, U.S.A. - U. R. S. S., semejanzas y contrastes*, I, Guadarrama, Madrid, 1970, p. 214.

mencionado intento, nunca del todo desaparecido, de sustentar con disciplinas intelectuales la práctica política.

Recuérdese que Platón abandona la política “activa” para dedicarse a la política “contemplativa” —transita de la acción a la filosofía— cuando, después de decepcionantes vicisitudes personales, adquiere “el convencimiento con respecto a todos los Estados actuales de que están, sin excepción, mal gobernados” (6). Para remediarlo, acude a la filosofía, de la que espera obtener “una visión perfecta y total de lo que es justo, tanto en el terreno político como en el privado” (7). Claro está que, emprendida esta tarea, asaltó a Platón ese peculiar sentimiento de impotencia y esterilidad que suele hostilizar a los intelectuales que de un modo u otro se saben incapaces para las cosas prácticas. Y así, para justificar su ingreso a la vida pública de Siracusa, confiesa: “. . .salí de mi patria, no con los móviles que algunos suponían, sino impulsado principalmente por un sentimiento de vergüenza de mí mismo, de que pudiera parecer que yo era hombre solamente de palabras, pero que no gustaba de poner nunca manos a la obra” (8). Por demasiado sabido debe excusarse aquí el relato del fracaso de tales tentativas.

En este insigne ejemplo pueden percibirse diversos principios que están en la base de lo mejor de los estudios políticos: el reconocimiento de la posibilidad de un saber perfeccionado de la política, el designio de cultivar ese conocimiento con un cierto —mayor o menor— ánimo práctico (recuérdense las imágenes platónicas del político como “pastor o cuidador de hombres”, o como “tejedor”), normalmente para intentar “mejorar” las cosas, con un propósito “curativo” o “rectificador del rumbo” (el político como “médico” o como “genuino timonel”, según otras metáforas del clásico filósofo).

Pero también de la experiencia de Platón debe aprovecharse la enseñanza de las inherentes limitaciones de una posible ciencia de la política, limitaciones que se refieren tanto a lo que puede saberse científicamente sobre esta última, cuanto a las posibilidades reales de llevar a la práctica tal saber. De ambas limitaciones se hizo cargo Aristóteles, de quien recogeremos sobre esto sólo algunas puntualizaciones especialmente relevantes para nuestro tema.

Desde el Estagirita hasta nuestros días no ha dejado de ser verdad —de un modo u otro— aquella afirmación del Filósofo según la cual “es distinto el caso de la política del de las demás ciencias y facultades”. “En los otros —dice Aristóteles— son los mismos los que transmiten la facultad y los que la ejercitan, como los médicos y los pintores, mientras la política profesan enseñarla los sofistas, pero ninguno de ellos la ejerce, sino los hombres de Estado, los cuales a su vez parecen hacerlo en virtud de cierta facultad natural y experiencia, más bien que por la reflexión; no vemos, en efecto —sigue diciendo Aristóteles— que escriban ni hablen de tales cuestiones. . . , ni que hayan hecho políticos a sus hijos, o a algunos de sus amigos. . . . Con todo, la experiencia parece contribuir a ella (la política) no poco; de no ser así, los hombres no llegarían a ser políticos por la costumbre de la política, y por esta razón los que aspiran a saber de política parecen necesitar, además, experien-

(6) PLATÓN, *Carta VII*, 328 a; edición bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 63.

(7) *Ibidem*.

(8) PLATÓN, *Carta VII* cit., 326 c; ed. cit., p. 67.

cia" (9). En el pensamiento de Aristóteles, las observaciones apuntadas no obs-
tan a que deba estudiarse "en general, lo relativo a la constitución política, a
fin de completar, en la medida de lo posible, la filosofía de las cosas huma-
nas" (10), pero siempre que se limiten las pretensiones a buscar sólo esa índole
de verdad o certeza legítima que es dable obtener "científicamente" en este cam-
po, ya que "es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada gé-
nero de conocimientos en la medida en que la admita la naturaleza del asun-
to", puesto que, "evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático
que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico" (11).
Sin embargo, no todos se conforman con la modestia de las ambiciones de
Aristóteles en este campo, modestia adecuada, nos parece, a la índole del
objeto que se pretende conocer. Así, las aspiraciones de la ciencia política de
base positivista y científicista —por ejemplo— exceden, creemos, sus posibili-
dades reales.

Esto último nos conduce al primer y decisivo escollo que aparece después
de afirmada la legitimidad del intento científico en este ámbito, a saber: ¿qué
se entiende por tal "intento científico"?; ¿qué quiere decir "ciencia"?; ¿a qué
variedad típica del conocimiento se le llama así?

Sin entrar detalladamente en el tema, digamos por lo pronto que ciencia
es un vocablo multivalente, que designa no a uno sino a varios y diversos tipos
de saberes. Por lo que hace a nuestro tema, nos detendremos particularmente
en dos nociones, a las que llamaremos, respectivamente, "ciencia clásica" y
"ciencia moderna". Digamos desde ya que somos conscientes de las dificul-
tades que ofrece la adopción de tales denominaciones, en las que debe verse,
principalmente, sólo la alusión —diríamos— a una sucesiva aparición crono-
lógica, y de ninguna manera comportan que la segunda haya sustituido a la
primera, o que modernamente no se cultive la "ciencia clásica", todo ello, por
lo menos, en el ámbito político.

La aquí llamada "ciencia clásica" es muy tributaria de la "episteme" grie-
ga, con lo que en ella hay de búsqueda de lo universal y necesario, de las
causas y por las causas. A su vez, la aquí llamada "ciencia moderna" tiende
a la captación de los fenómenos tal como se presentan en la experiencia sen-
sible. Se trata, pues, de dos esfuerzos y actividades distintas de la inteligencia,
entendida como capacidad cognoscitiva; ambas son —creemos— legítimas, y
de ambas es —a nuestro juicio— susceptible la política.

Estas consideraciones explican por qué empleamos aquí indistintamente
las expresiones "ciencia política" y "ciencias políticas". La primera, en home-
naje al afán por una deseable unidad y, por otra parte, a la aparentemente
mayoritaria tendencia actual a usar el singular; la segunda, en atención a que,
por lo menos en el estado actual de los respectivos desarrollos, es más exacta,
puesto que la "ciencia política clásica" y la "ciencia política moderna" com-
portan actos de ciencia, sistema de ciencia y hábitos de ciencia específicamente
diferentes.

(9) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1180 b, 1181 a; ed. bilingüe y traducción por
María Araujo y Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, p. 173.

(10) ARISTÓTELES, *ob. cit.*, 1181 b; ed. y trad. cit., p. 178.

(11) ARISTÓTELES, *ob. cit.*, 1094 b; ed. y trad. cit., p. 2.

A este respecto, debe puntualizarse nuevamente que la ciencia o las ciencias no implican solamente un conjunto de conocimientos, sino también un hábito, esto es, una disposición estable del que sabe científicamente. Aquí conviene que nos detengamos en la fecunda noción de hábito, que debemos a la filosofía clásica. En este sentido, se llama hábito a una cualidad de un género aparte, que consiste en una disposición estable y duradera, sea para el bien, sea para el mal: "los que poseen un hábito —dice Aristóteles— están consecuentemente dispuestos de una u otra manera".

Con lo dicho hasta ahora y con lo que se dirá más adelante sobre la ciencia política clásica y la ciencia política moderna, debe quedar en claro que quien cultiva únicamente la ciencia política clásica no está —por solo ello— "habituado" o especialmente dispuesto a cultivar la ciencia política moderna, y viceversa. Esto dificulta no poco lo que debería ser un fecundo comercio y enriquecimiento mutuo de ambas disciplinas. Hay que tener en cuenta, además, que se trata de saberes de tradición, historia y desarrollo muy desigual, y —lo que es más grave e importante— a menudo difieren en cuanto a los principios gnoseológicos y ontológicos de los cuales parten, y no siempre se explicitan tales supuestos. Veámoslo más de cerca.

4. La ciencia política clásica

Se ha visto que esta variedad del saber humano busca, por las causas, lo universal y necesario. La pretensión de un saber perfeccionado, cercano al descripto, aparece, dice Aristóteles en un texto de especial interés para nuestro tema, "cuando de muchas observaciones experimentales surge una noción universal sobre los casos semejantes" (12).

De esta ciencia clásica hemos de retener su intento —en el cual, por lo demás, no se agota— de determinar la esencia de la política y la naturaleza de lo que con ella puede y debe alcanzarse.

Ahora bien, la acción política se mueve en el resbaladizo e inestable mundo de lo particular y contingente, y aun el político que posea en grado sumo la clásicamente llamada virtud de prudencia, no debe olvidar que, como observa Santo Tomás: "la certeza que acompaña a la prudencia no es tanta que exima de todo cuidado" (*Suma Teológica*, II, II, q. 47, a. 9, ad. 2) (13).

Y si esto es así, si la política es algo tan mudable y cambiante, ¿cómo es posible satisfacer el referido propósito, que comporta siempre por lo menos un cierto grado de generalidad y abstracción? Es más, es como si cualquier actividad de la inteligencia en cuanto tal no retuviera la totalidad de los caracteres singulares de las cosas que conoce; si ello es así; ¿podemos verdaderamente considerar íntegramente inteligible —accesible a la inteligencia— a algo tan lleno de singularidades como la política?

Anotémoslo como problema, y digamos que es posible para el intelecto humano buscar y hallar en el seno de lo particular y contingente algo universal y necesario. De esta manera es posible un conocimiento intelectual y aun un

(12) ARISTÓTELES, *Metafísica*, 981 a. 5; edición trilingüe por Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1970, vol. I., p. 5.

(13) La traducción española de los textos de la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino que se citan o transcriben en este trabajo, pertenecen a la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, de Madrid.

conocimiento científico —en el sentido que aquí interesa— de lo generable y corruptible, según sus razones universales, para decirlo con palabras de Santo Tomás de Aquino. Por lo que hace a la posibilidad de que la inteligencia conozca las cosas contingentes, dice Santo Tomás: “las realidades contingentes, en cuanto contingentes, son conocidas directamente por los sentidos e indirectamente por el entendimiento; en cambio, las nociones universales y necesarias de esas mismas realidades contingentes sólo el entendimiento las conoce. Por consiguiente, si se consideran las razones universales de las cosas que pueden ser objeto de ciencia, todas las ciencias tienen por objeto lo necesario. Pero si se consideran las cosas en sí mismas, unas ciencias tienen por objeto lo necesario, y otras lo contingente” (*Suma Teológica*, I, q. 86, a. 3). Así “las ciencias morales, que se ocupan de los actos humanos sujetos al libre albedrío” (*ibídem*) versan sobre aspectos del comportamiento que en sí son contingentes, pero considera en ellos sus “razones universales”.

Por otra parte, dada la índole de la facultad cognoscitiva del hombre, el propio Santo Tomás precisa que no se puede conocer verdadera y completamente la naturaleza de las cosas si no se las conoce como existentes en concreto, puesto que, “para que el entendimiento entienda en acto su objeto propio, es necesario que recurra a las imágenes de la fantasía, a fin de descubrir la naturaleza universal existiendo en un objeto singular. En cambio, si el objeto de nuestro entendimiento fuesen las formas separadas o si las naturalezas de las realidades sensibles subsistiesen independientemente de la cosas singulares, como requieren los platónicos, no habría necesidad de que nuestro entendimiento requiriese siempre a las imágenes para entender” (*Suma Teológica*, q. 84, a. 7).

Pues bien, a la luz de esta doctrina aparece delineada la que aquí hemos llamado ciencia clásica, ciencia que puede versar y versa sobre la política. Así, por ejemplo, puede organizarse al Estado o sociedad política soberana de una manera o de otra, distribuir sus magistraturas de este o de aquel modo, pero en medio de tanta singularidad y contingencia, siempre hallaremos un núcleo universal y necesario propio de toda realidad política, v. gr., a saber: la convivencia, el orden, el poder, la finalidad objetiva, etc. Quiere decir que podemos concebir una acción política orientada en un sentido o en otro, incluso podemos suponer la ausencia de toda política, pero *si la hay*, si verdaderamente hay una política, encontraremos allí las aludidas notas necesarias y universales, en medio de disímiles individualidades históricas.

Con otras fuentes, otros supuestos y otro vocabulario es posible llegar a conclusiones similares a las antedichas. Así, el constitucionalista español Manuel García Pelayo señala la existencia de lo que llama “sistema de los conceptos políticos fundamentales”, “que son los supuestos y la base de todos los demás, de tal manera que, o se hallan presentes en toda realidad política o toda realidad política se caracteriza por la combinación de algunos de ellos”. Junto y subordinados a estos conceptos fundamentales, están los conceptos derivados, secundarios o particulares, los cuales no se dan necesariamente en toda realidad política, pero sí en modos o expresiones de dicha realidad. Por ejemplo, “los conceptos «soberanía» o «control jurisdiccional de las leyes» o «división de poderes», son conceptos particulares, pues, el primero, se da ciertamente en el Estado moderno, pero no en otros tipos de organización política (por ejem-

plo, en el feudalismo), y los segundos son característicos del Estado liberal, pero pueden ser desconocidos en otro tipo de Estado" (14).

Podríamos multiplicar los ejemplos de quienes, modernamente, se hallan empeñados en cultivar una disciplina de conocimiento sobre la política análoga a la indicada. Baste mencionar a Julien Freund y su pretensión de hallar la "esencia de lo político" en lo que llama sus presupuestos propios, a saber: las relaciones de mando y obediencia, de público y privado, y de amigo y enemigo, y la finalidad específica: el bien común (15). También puede recordarse a Leo Strauss, quien afirma: "la filosofía política consiste en el intento de adquirir conocimientos ciertos sobre la esencia de lo político o sobre el buen orden político o el orden político justo" (16).

Por fin, para señalar la importancia que desde las más diversas perspectivas se le asigna el objetivo de arribar a lo que en política haya de universal y necesario, puede citarse a Georges Burdeau, quien sostiene: "si lo que se pretende es construir una ciencia política al lado o por encima de las ciencias políticas, no puede ser otra que la ciencia de lo político, vale decir, de una realidad que por ser común a todos los fenómenos que la reflejan, no se confunde con ninguna de ellas. Como sustantivo, lo político es una esencia acuñada en la vida concreta, que valoriza los múltiples fenómenos a que se aplica el adjetivo político. Esto equivale a decir, por una parte, que la ciencia política no puede situarse exactamente en el mismo plano que las ciencias políticas; por otra, que ninguna yuxtaposición de las ciencias políticas, por perfecta que sea, puede suplir la ausencia de una ciencia política, puesto que es ésta la que garantiza la convergencia de todas ellas, al fijar el sentido de su calificativo común. Por tanto, no es solamente la ciencia política según la orientación que acabamos de indicar, la que se halla comprendida en nuestro propósito; son también todas las ciencias políticas, que si ésta llegara a fracasar, se verían condenadas a no estudiar más que una realidad trunca, ya que deberían permanecer mudas con respecto a la significación política de su objeto" (17).

5. La ciencia política moderna

Nótese que la ciencia política clásica, tal como la hemos descripto, debe renunciar a retener los detalles y a plegarse a todas las circunstancias del acontecer político. Hay como una última indeterminación en las cosas y en los comportamientos que los hace insusceptibles de ese tipo de saber (18). Más que dar cuenta de dicho acontecer, entendido como proceso o sucesión de fenómenos, a la ciencia política clásica le interesa explicar la naturaleza de aquello que acontece —la realidad política— y la naturaleza de los actores y protagonistas —activos y pasivos— de tal acontecer. Para decirlo con palabras de Xavier

(14) GARCÍA PELAYO, MANUEL, "El objeto y el método de la ciencia política", en *Lecturas y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Nos. 4/5, 1957, p. 11.

(15) FREUND, JULIEN, *La esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968.

(16) STRAUSS, LEO, *¿Qué es filosofía política?*, Madrid, Guadarrama, 1970, p. 14.

(17) BURDEAU, GEORGES, *Método de la ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 26.

(18) Conf. MARIO MIGNUCCI, *La teoria aristotelica della scienza*, Firenze, G. C. Sanari Editore, 1965, pp. 102/103.

Zubiri, no trata tanto de determinar cómo se producen las cosas, cuanto de **averiguar** cómo tienen que ser los que las producen (19).

Pero ocurre que también la sucesión continuada de fenómenos —de fenómenos particulares y contingentes— interesa a la política. Es más, la política, en cierto sentido, es proceso y sucesión continuada de fenómenos, entendiéndose por fenómenos lo que se manifiesta, el acontecimiento real. La política, en este sentido, se nos muestra como un “ser fenómeno” más que como un “ser en sí”. Se inserta de este modo, en lo que —según Zubiri— Kant llamó “mundo”: la totalidad de la experiencia objetiva, la cual tiene una sutil y peculiar estructura, la estructura objetiva de fenómenos. El propio Zubiri enseña que la totalidad que la ciencia moderna supone, y dentro de la cual se mueve, es la totalidad de notas y detalles presentes en nuestras impresiones sensibles. Así, la ciencia política clásica —en la variedad reseñada más arriba— no estuvo ni está formalmente atenta a este transcurrir y discurrir de fenómenos, de acontecimientos y de procesos, y tal desatención se debe a su propia estructura como conocimiento científico. Entiéndase que no es que se desinterese de las cosas y de los acontecimientos reales, sino que trata de buscar en ellos un núcleo inteligible más profundo y radical, que dé razón de todo lo demás.

La así llamada ciencia moderna —o lo que muchos llaman ciencia hoy en día— se hizo cargo desde sus inicios del cometido de conocer dónde, cuándo y cómo se presentan los fenómenos. Nos encontramos así con un saber específicamente distinto —por ejemplo— de la episteme griega, con la que lo confronta Zubiri, y de la ciencia clásica que quedó esbozada *supra*. La ciencia moderna no es abstractiva en el mismo sentido en que lo es la ciencia clásica; retiene a menudo lo particular y contingente, sobre todo en el ámbito de las así llamadas ciencias sociales. Trata, por ejemplo, de establecer las peculiaridades de hechos históricos determinados y, también, de formular leyes o cuasi-leyes que indiquen que a tal secuencia de fenómenos le sigue con toda probabilidad otra tal secuencia de fenómenos. Claro que para obrar de este modo, la ciencia moderna tiene que forzar en cierta medida a la inteligencia, que de suyo tiende a lo universal. Para ello, más que retener y controlar la totalidad de los fenómenos tal como acontecen en la realidad, ha debido seleccionar algunos de ellos, con arreglo a criterios dispares, y —también— sustituir aquellos fenómenos reales por modelos, esquemas, “tipos” que los científicos construyen —por lo menos dentro de ciertos límites— a su arbitrio. En tal sentido, Zubiri indica que, en el ámbito de la ciencia moderna, “el rigor científico no significa tanto la posesión de la *interna necesidad de las cosas*, sino la *precisión objetiva*, con lo cual no es un azar el que la ciencia no logre lo que se propone sino *substituyendo* las cosas llamadas empíricas, las cosas tal como aparecen en la vida corriente, por otras cosas que se comportan relativamente a las primeras, como el límite a las fluctuaciones que a él se aproximan. Mientras la episteme griega trata de *penetrar en las cosas para explicarlas*, la ciencia moderna trata, en buena parte, de *substituir las por otras más precisas*” (20).

En general, puede admitirse que sólo recientemente —por lo menos como tendencia general— ha aparecido la ciencia política que responde o pretende

(19) Para esto y lo que sigue XAVIER ZUBIRI, *Naturaleza, historia, Dios*, Buenos Aires, Poblet, 1948.

(20) ZUBIRI, ob. cit., p. 81.

responder a los caracteres enunciados respecto de la ciencia moderna. Lamentablemente, esta aparición fue —a menudo— tributaria de supuestos filosóficos positivistas y cientificistas, entendiendo por cientificismo un reduccionismo según el cual el único conocimiento científico realmente tal es el que se ajusta al de las llamadas ciencias naturales. Tales supuestos cierran el paso a todo intento de explicar la esencial razón de ser de las cosas, de penetrar intelectualmente en una realidad que se declara incognoscible; por lo demás, a medida que se ponen a prueba aquellos supuestos, revelan su radical ineptitud (21).

El hecho de que ello haya ocurrido y ocurra en diversos ámbitos de la ciencia política moderna —en particular, la que se muestra más sensible a la influencia de la ciencia política norteamericana— no invalida la pretensión de conocer perfeccionadamente el acontecer político, siempre que se tenga en claro que —ni en política ni en ninguna otra cosa— el ser se agota en el acontecer, ni el acontecer en los modelos, esquemas o “tipos” que elaboran los científicos.

6. La ciencia política como saber práctico

Queda dicho, entonces, que la ciencia política clásica y la ciencia política moderna —si bien son, o deberían ser, complementarias— comportan distintas actividades de la inteligencia humana. Y si esta distinción debe puntualizarse tratándose de actividades intelectuales que, a fin de cuentas, configuran hábitos de esa índole, con mayor razón aún debe evitarse confundir el obrar y el hacer del político activo, con el obrar y el hacer del científico político, en tanto que científico. No se trata aquí de la relevancia que pueda tener en la acción política la ciencia o las ciencias que versan sobre ella, sino que se intenta puntualizar que los hábitos, las disposiciones estables a las cuales echará mano el político, no son los mismos que aquellos de los que se valdrá el científico político, o el así llamado politicólogo, o el filósofo, el historiador o el jurista político, en tanto éstos desarrollan una actividad puramente científica. Corresponde insistir en que lo dicho no significa desdeñar la virtualidad política de los mentados saberes, sino indicar que difícilmente un científico habituado a moverse en el plano del conocer, pueda hacerlo de manera equivalente en el plano del obrar. Acude nuevamente a la memoria el socorrido ejemplo de Platón.

Es que un científico político, en cualquiera de sus variedades, en tanto que científico político, no está especialmente habilitado para convertirse en protagonista de la acción política, luchando por el poder o gobernando el Es-

(21) A título de simple ejemplo, puede recordarse la desesperanzada conclusión de Maurice Duverger, quien, después de afirmar que “las ciencias son ciencias en la medida en que tratan, como las ciencias de la naturaleza, de describir y de explicar los fenómenos reales por el empleo de técnicas de observación”, sostiene que “la plena asimilación entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del hombre... no es posible. La sociología, por tanto, no es completamente científica” (*Sociología Política*, Barcelona, Ariel, 1968, pp. 13 y 16). Por otra parte, con respecto a los efectos perniciosos del positivismo, del historicismo y del pragmatismo en la ciencia en general, puede verse la obra citada de Zubiri; en el campo de las disciplinas políticas, particularmente contra el historicismo, véase la obra citada de Leo Strauss, y especialmente contra el positivismo en nuestras disciplinas, puede leerse Eric Voegelin, *Nueva ciencia de la política*, Madrid, Rialp, 1968.

tado. Casi puede decirse que su propio hábito intelectual de ciencia se lo impide, si no le añade otras disposiciones como la prudencia y el arte operativa de la política. En este sentido, no dejan de ser patéticos los esfuerzos de ciertos intelectuales y científicos que pretenden actuar como protagonistas de la política sin percibir las limitaciones inherentes a su propia condición de intelectuales y de científicos; inevitablemente la realidad se les escapa, y no precisamente por culpa de la realidad, como a menudo arguyen desesperanzadamente. Es que el gobierno —y la actividad política en general— como en alguna parte señala agudamente Santo Tomás, no compete ni al más sabio ni al más santo, sino al más prudente.

¿Quiere ello decir que la ciencia política —o las ciencias políticas— son un saber puramente especulativo, totalmente inepto para dirigir la acción política? Creemos que debe responderse negativamente. Ante todo, debe aclararse que en tanto nos movamos en el terreno científico, nos movemos en un plano que podemos denominar intelectual, si por intelectual se entiende la mera actividad científica de la inteligencia, aunque ésta tiende a dirigir la acción. Pero afirmado que no nos hallamos —en este ámbito— en el plano de la acción, que es lo propiamente práctico, debe aceptarse seguidamente la distinción clásica entre saber especulativo y saber práctico, y ello desde distintos puntos de vista. En primer lugar, en cuanto a su objeto material de conocimiento, la ciencia política siempre es práctica, si por práctica se entiende una ciencia que versa sobre un objeto práctico, es decir, sobre algo que el hombre puede hacer u obrar, en nuestro caso la política. Pero recuérdese que también cabe distinguir entre el saber especulativo y el práctico no ya en cuanto a su objeto material, sino en cuanto al modo de conocer; en tal caso, una ciencia que verse sobre algo operable o factible será o no formalmente práctica según que tienda o no directamente a determinar cómo se debe hacer u obrar algo, en nuestro caso la política. En este último sentido, hay entre quienes cultivan actualmente los estudios políticos quienes se negarían a aceptar que tales estudios —como ellos los realizan— sean formalmente prácticos, ya que comportaría substraerlos de una buscada imparcialidad científica. Por otro lado, también existen quienes desde muy diversa perspectiva, sostendrían que es imposible un conocimiento formalmente especulativo de la política, ya que —a su juicio— el mero cultivo de un saber político es insusceptible de tener cuando menos un residuo de virtualidad política.

Creemos que la actividad práctica sobre la cual versa no puede dejar de influir de un modo u otro en la ciencia política. La tendencia del conocimiento hacia lo práctico puede afectar a la ciencia y a los instrumentos de la ciencia de muy diversos modos, lo cual nos da los tramos o grados de lo práctico o, mejor, de la practicidad de una ciencia, que se mide —diríamos— por su mayor o menor proximidad con la pura acción. Hay que atender, pues, a las variedades de las ciencias prácticas tanto intrínseca —por la índole del objeto material y por el modo de conocer— cuanto comparativamente, relacionando o confrontando un saber con otro. Además, no debe olvidarse que en un saber formalmente práctico puede haber una dimensión o faz más especulativa que otra y, por eso, tal vez convenga reservar el calificativo “teórico” o “teórica”, para indicar que un saber formalmente práctico puede tener una parte más “teórica” que otra integrante del mismo saber, sin, por ello, perder aquella

practicidad (v.gr., la distinción entre medicina “teórica” y medicina “práctica” que apunta Santo Tomás en su comentario a Boecio) (22). Todo lo cual vale para las disciplinas científico-políticas, unas más especulativas y otras más prácticas, y cada una compuesta de partes más o menos teóricas y prácticas.

Es así que no sólo hay actualmente diversas disciplinas de conocimiento que versan sobre la política y que recaban para sí el carácter y la denominación de lo científico, sino también que tales saberes son o pretenden ser ya formalmente especulativos, ya formalmente prácticos, y esto último con diversos grados de practicidad, en el sentido que quedó explicado.

Por lo que hace a la ciencia política clásica, siempre ha tenido como preocupación central la ordenación política de los hombres y la determinación del fin al cual puede y debe tender la política. El valor de dirección de una disciplina así es incontrovertible. La ciencia política moderna tiene hoy en día las más diversas direcciones, y muchas de ellas reivindican para sí —en distintos sentidos— la pretensión de constituir un conocimiento práctico. A manera de notorio ejemplo, algunas de tales tendencias reclaman energicamente su carácter de ciencia “crítico-práctica”, desde una perspectiva filosófica que resulta de su propio contexto” (23).

7. La “teoría” y la “práctica”

En el recinto de nuestras disciplinas políticas debe anotarse una tensión —mayor en este campo que en otros— entre lo que suele llamarse la “teoría” y la “práctica”. Es que en la pura acción política es como si se necesitaran hábitos mediadores entre los conocimientos siempre de algún modo generales y simplificados que provee la ciencia, y la riqueza de circunstancias que ofrece la situación concreta. Esto nos lleva una vez más a reflexionar sobre la índole de la actividad política; ésta, al establecer múltiples relaciones, es transitiva y, por tanto, susceptible de ser perfeccionada mediante un arte o técnica, tomando estos dos términos como equivalentes; pero, además y primordialmente, la política es una actividad immanente, que tiende a permanecer en las personas, cuyas posibilidades humanas puede desarrollar o frustrar y, por consiguiente, debe acudir a la virtud de la prudencia (24). Vale la pena destacarlo aun con cierta reiteración, porque hay quien piensa que los problemas políticos tienen naturaleza exclusivamente técnica y pueden, consecuentemente, ser resueltos mediante procedimientos o mecanismos análogos a los de cualquier técnica o

(22) Puede consultarse sobre el tema: Domingo Basso, O. P., *Experiencia, ciencia y conducta*, en “Ethos”, Instituto de Filosofía Práctica, Nº 1, Buenos Aires, 1973. El texto clásico de Santo Tomás de Aquino sobre la distinción entre el saber especulativo y el saber práctico se halla en la *Suma Teológica*, I, q. 14, a. 16; particularmente interesante sobre el saber práctico, *Suma Teológica*, I, q. 22, a. 3, ad. 1; ver asimismo *Suma contra gentiles*, Libro 3º, cap. 75; el recordado texto sobre Boecio se halla en *In Boeth. de Trinitate*, q. 5, a. 1, ad. 4.

(23) KAMMLER, JÖRG, *Objeto y método de la ciencia política*, en Abenroth-Lenk, *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971.

(24) “El obrar político es un acto humano complejo, formalmente *immanente* porque el resultado que logra queda como perfección del agente en su calidad de *zoon politikon*, pero virtualmente *transitivo*, desde que crea la unidad de orden del Estado” (Arturo Enrique Sampay, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Politeia, 1951, p. 431).

arte factiva, como quien compone una máquina o fabrica un artefacto. Pero ocurre que los problemas políticos tienen fundamentalmente —como se dijo más arriba— naturaleza prudencial, y cuando tales problemas se presentan bajo una faz técnica, tienen que adecuarse a su materia propia —analógicamente hablando—, que son los hombres. En este orden de ideas, cabe recurrir a la distinción entre artes factivas, que versan sobre una materia inerte, y artes operativas, que versan sobre una materia especialmente activa como es el hombre (25). No es lo mismo, en efecto, la tarea del artesano carpintero cuya acción recae sobre la madera, que la actividad del artesano político o médico o pedagogo, cuya acción recae sobre hombres, los cuales no son ni tan inertes ni tan pacientes.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que las artes factivas pueden determinar con relativa seguridad y precisión las reglas que hay que utilizar en su propio campo; ello no ocurre en igual medida tratándose de las técnicas o artes operativas ni, menos aún, tratándose de la virtud de prudencia, en cuyo ejercicio la determinación de los medios aptos para obrar dependen de la variedad de las situaciones concretas y de las circunstancias singulares. No hay que pedir aquí, pues, reglas fijas e inamovibles, sino principios generales que se adecuen a las circunstancias de cada caso para obrar en consecuencia. Nótese que esta característica de la política resalta si se la compara con lo que acontece, v. gr., en el ámbito de la economía, en el cual hallamos una actividad productiva de bienes exteriores, susceptibles en mayor medida de ser relativamente reglada por normas técnicas.

Al valorizar —o privilegiar, como ahora se dice— a la prudencia política y al arte operativa de la política, hemos valorizado —o privilegiado— al mismo tiempo, a las ciencias políticas. Porque para obrar prudencialmente —y lo mismo vale para el arte operativa— hay que conocer debidamente tanto los principios generales de la acción como las circunstancias de cada caso. Y, aunque no imprescindibles, las ciencias políticas resultan en buena medida necesarias para perfeccionar aquel conocimiento. En tal sentido valorizamos una vez más a la ciencia política clásica, en cuanto provee o pretende proveer un saber acabado de los principios generales —más o menos próximos o remotos— de la acción; pero también a la ciencia política moderna, en cuanto provee o pretende proveer el conocimiento de la realidad singular de que se trata y el probable curso del acaecimiento de los hechos en la circunstancia concreta. Se trata de no pedir a estas ciencias ni demasiado mucho ni demasiado poco, sino lo que les cuadra a su condición de actos, sistemas y hábitos intelectuales, no confundidos con la pura acción, pero sí orientados —en tanto que saberes prácticos— a dirigirla.

Recapitulando, entonces, puede concluirse lícitamente de lo expuesto que una cosa es ser político activo —en el sentido de protagonista de la acción política— y otra cosa es ser científico político. Los hábitos perfectivos del político activo son —primordialmente— la prudencia y la técnica o arte operativa. El hábito perfectivo del científico político es el hábito de ciencia, tomando este vocablo con la amplitud analógica que le es propia. Sería conveniente, aunque no imprescindible, que el político activo fuera científico político o,

(25) Ver A. E. SAMPAY, ob. cit., p. 480 ss.

por lo menos, que conociera las proposiciones científicas correspondientes y actuara según ellas; sería conveniente, aunque no imprescindible y en todo caso accidental, que el científico político tuviera prudencia y arte operativa de la política. El político activo sin ciencia puede tender a exagerar o hipertrofiar el momento de la decisión y de la realización, con desmedro del momento deliberativo y las consiguientes mayores posibilidades de errar. El científico político sin técnica y sin prudencia puede hipertrofiar o exagerar el momento de la deliberación, con desmedro de los momentos de la decisión y la realización, y el consiguiente peligro de paralizar o frustrar la acción. Es deseable, pues, un debido ejercicio actual de las disciplinas científico-políticas, sin las posibles deformaciones que señalamos *supra*, sea que se mire el asunto desde el punto de vista de la ciencia política práctica que pretende dirigir la acción, o bien desde el punto de vista de la acción que es dirigida por la ciencia política práctica.

8. *La política como profesión*

A la luz de todo lo expuesto, ¿cómo hacer una profesión de la política? o, más precisamente por lo que hace a nuestro tema, ¿cómo hacer una profesión de la ciencia política? Nótese que aquí estamos ya en lo que desde la perspectiva de la filosofía clásica suele llamarse conocimiento perfectamente práctico, aludiendo no a la finalidad del conocimiento en sí, sino a la finalidad del que sabe y pone en práctica su saber. Este “poner en práctica” un saber es ya una profesión, por lo menos en una de las acepciones de este vocablo, en tanto que profesión es la acción y el efecto de profesar, y profesar, ejercer una ciencia, arte, oficio, etc.

Digamos de antemano que “poner en práctica” la ciencia o las ciencias políticas puede querer decir, básicamente, dos cosas distintas, a saber: a) primordialmente desde el punto de vista de lo que aquí hay de *ciencia*, poner en práctica puede querer decir su cultivo mediante la investigación, la enseñanza y la difusión por diversos medios; b) primordialmente desde el punto de vista de lo que aquí hay de *política*, poner en práctica puede querer decir actuar activamente en política, incluso desde el gobierno, cualquiera sea el nivel de decisión, en el ámbito de la política interna o de la política internacional, en el recinto de la organización y conducción general del Estado o en el más reducido contorno de un curso de acción determinado; pero siempre dirigiendo tal acción con los conocimientos científico-políticos correspondientes. Más arriba quedaron apuntadas las dificultades inherentes a esta pretensión y la radical exigüidad de la sola ciencia, siempre necesaria pero nunca suficiente.

Las respuestas que intentamos dar en este trabajo se refieren estrictamente a las actuales posibilidades en la Argentina de hoy. Se trata, pues, de lo posible, no de lo deseable. En el plano de lo deseable, sería óptimo que el científico político pusiera en práctica su ciencia con los mayores y mejores recursos, en los dos sentidos ya indicados; en particular, sería inapreciable que ejercitara su ciencia, munido de las correspondientes virtudes mediadoras o

“doctrinas de aplicación” (26), ejercitando el gobierno del Estado y conduciéndolo al bien común. Lo posible es casi lo opuesto contradictorio de lo deseable.

El ejercicio, la “puesta en práctica” de la ciencia política es, en la Argentina de hoy, algo más multivalente aún, si cabe, que lo que connota la propia expresión “ciencia política”. Ya puntualizamos que bajo esta denominación se designan diversos saberes, que versan sobre aspectos de la política formalmente diferentes, y con distintos grados de practicidad. En el transcurso de estas consideraciones hemos mencionado repetidamente a la ciencia política clásica y a la ciencia política moderna, pero también se cultivan entre nosotros la historia política y el derecho político, este último de larga y a veces perturbadora influencia académica en la Argentina. El estado en que se hallan estos saberes es desigual, algunos bien y otros mal desarrollados y, en general, ninguno en armónica comunicación con el otro, sin conseguir lo que podría ser un fecundo enriquecimiento mutuo. Se trata pues, de un quehacer laborioso y fragmentario, pero también —puede creerse— progresivo, en la medida en que se aspira a superar las limitaciones señaladas.

En este punto, resulta útil adoptar las interesantes distinciones formuladas por Max Weber al tratar un tema análogo al presente. Dice Max Weber que “hay dos formas de hacer de la política una profesión. O se vive «para» la política o se vive «de» la política. También cabe distinguir entre la profesión y la semiprofesión” (27).

Es indudable que, también entre nosotros, se puede hacer del cultivo de las disciplinas políticas una profesión, en el sentido de una profesión “para”; alcanzan a ese fin la vocación, la aptitud y el esfuerzo sostenido. Ya apuntamos las excelencias y lo valioso que de suyo comportan las ciencias políticas. A ello deben añadirse las actuales carencias de nuestro medio, que no ha producido desde hace años una clase política adecuada. A menudo, esta ausencia de clase política ha llevado al poder a gentes sin vocación y sin verdadera “sensibilidad” por el bien común público. Así, se han visto en puestos gubernativos a personas probablemente bien dotadas para la atención de sus negocios privados, pero sin ninguna idea ni “gusto” por los negocios públicos. El cultivo de las ciencias políticas como tales ciencias puede contribuir a mejorar este estado de cosas, no tanto —a los fines que queremos poner de relieve— porque los profesionales de las ciencias políticas vayan a hacer ellos mismos política activa, cuanto porque el crecimiento de las referidas disciplinas comporta el aumento de la cultura política, con el consiguiente apego y afición por las cosas comunes y públicas, por el debido cuidado de éstas y por su adecuado deslinde con las cosas privadas y particulares. Cabe esperar que no parezcan del todo ingenuas estas manifestaciones, que no trasantan ningún “angelismo”, ni se hacen demasiadas ilusiones con respecto a las posibilidades humanas en general y a las virtualidades de la política en particular; se trata en este momento de afirmar la creencia de que siempre

(26) Ver esta denominación, atinente a la articulación entre la ciencia y la acción, en GILLES GASTÓN GRANGER, *La théorie aristotélienne de la science*, Aubier Montaigne, París, 1976, p. 337 ss., especialmente p. 341.

(27) WEBER, MAX, ob. cit., p. 95.

es bueno estimular, no las peores, sino las mejores cualidades humanas, entre las cuales el saber y el cuidado por el bien común.

Dice Max Weber que "todo hombre serio que vive *para* algo, vive también *de* ese algo" (28). Y añade que la diferencia entre el vivir *para* y el vivir *de* se sitúa en un nivel mucho más grosero, en el nivel económico (29). Debemos matizar el pensamiento del maestro alemán. El factor económico es en nuestro caso de tal relevancia que a menudo nos impide vivir "para" las ciencias políticas y vivir "de" ellas. En tal sentido, buena parte de quienes entre nosotros cultivan estas disciplinas son semiprofesionales, que deben buscar en otras actividades los recursos para subsistir. Son hombres y mujeres partidos en dos, con lo cual nuestros saberes resultan también partidos en dos y partido en dos su probable y deseable crecimiento. Es que sigue siendo verdad —lo es para nuestro país— la reflexión del propio Max Weber, según la cual "hoy no puede todavía decirse cómo se configurará en el futuro la empresa política como "profesión", y menos aún por qué camino se abren a los políticamente dotados las posibilidades de una tarea políticamente satisfactoria" (30). Pocos caminos se abren hoy en día —entre nosotros— para el profesional de la ciencia política, y no porque el profesional de ciencias políticas no esté especialmente dotado para cumplir numerosas funciones. Para ilustrar esto último, puede sólo recordarse que la política es la actividad ordenadora por excelencia, la que da a cada cosa su lugar dentro de la sociedad, de modo que, en un cierto sentido, todo está penetrado por decisiones políticas y se mueve en un marco delimitado políticamente.

Pero es lo cierto que, hoy por hoy, en la Argentina, si se puede tener en claro lo que sean las ciencias políticas —y también la política activa— como profesión "para" vivir, en cuanto comportan el cultivo de saberes de suyo valiosos, no ocurre lo mismo en cuanto a lo que sean las ciencias políticas como profesión "de" la cual vivir. No se puede vivir *de* la profesión *para* la cual se tiene la suficiente vocación y aptitud; situación, desde luego, no exclusiva de nuestras disciplinas.

Es así que cuando alguien se inscribe en una licenciatura de ciencias políticas, casi debería agredírsele con interrogantes como los que aquí hemos expuesto, para no engañarlo con respecto a un futuro no fácil. Si de todas maneras insiste y persevera, una vez egresado podrá, si lo desea, dedicarse a la acción política o cultivar cualquiera de las disciplinas políticas con sus diversos grados de practicidad, todo con las limitaciones ya insistentemente expresadas. Pero también podría cambiar o intentar cambiar la situación reseñada, hacer crecer y progresar los saberes políticos, a fin de que se perciba la necesidad de tal empresa intelectual, con miras al perfeccionamiento de la actividad política.

JOSÉ MARÍA MEDRANO

(28) Idem, p. 96.

(29) Ibídem.

(30) Idem, p. 151.

LA PRUDENCIA JURIDICA - II (*)

6. *La deliberación y su objeto.* Nos toca tratar ahora el primero de los actos propios de la Prudencia: la deliberación, consejo o *consilium*. Este último término, el que con mayor propiedad designa al acto que tratamos, hace referencia —según la etimología aceptada por Santo Tomás— a una conferencia o intercambio de opiniones entre quienes se han sentado juntos ⁽¹⁾. En otras palabras, hace mención a la actividad que consiste en un diálogo, en un cambio de pareceres, en un análisis conjunto y compartido de una cierta realidad práctica. Fue Aristóteles quien puso en evidencia cuál era el ámbito propio, el objeto específico de la acción de deliberar: “sobre lo eterno —escribe— nadie delibera, por ejemplo sobre el cosmos o sobre la inconmensurabilidad de la diagonal y su trazado; tampoco sobre lo que está en movimiento, pero acontece siempre de la misma manera, o por necesidad o por naturaleza, o por cualquier otra cosa, por ejemplo sobre los solsticios o la salida de los astros (...). Ni sobre lo que depende del azar, por ejemplo el hallazgo de un tesoro. Tampoco sobre todas las cosas humanas (...); pero *deliberamos sobre lo que está a nuestro alcance y es realizable* y eso es lo que quedaba por mencionar (...); sobre todo lo que se hace por mediación nuestra, aunque no siempre de la misma manera, deliberamos (...). Pero *no deliberamos sobre los fines, sino sobre los medios* que conducen a esos fines (...); la deliberación tiene por objeto lo que nosotros mismos podemos hacer y las acciones que se hacen en vista de otras cosas” ⁽²⁾. En este riquísimo texto aristotélico está contenido todo lo que de fundamental puede decirse sobre el tema: a) *la deliberación recae sobre las realidades prácticas*, realizables por el hombre, sobre todo aquello que depende en su existencia y en su modo de existir del querer y la obra humanos; fundamentalmente sobre las realidades que el hombre produce con su técnica o arte y sobre el uso que realiza de su libre actividad en el orden ético. Desde el punto de vista de nuestro estudio, tendrá por objeto al derecho, realidad práctica por antonomasia, obra del hombre en ejercicio de su dinamismo ético-social; b) *la deliberación lo es acerca de los medios*, de-

(*) Continuación del número anterior. (N. de la D.).

(1) S. Th., I-II, q. 14, a. 3; “Según su etimología latina, equivalente a *consilium*, expresa la idea de que muchos se sientan para deliberar juntamente”. Para Santo Tomás, la deliberación era objeto de una virtud anexa a la prudencia: la “*eubulia*” o buen consejo; S. Th., II-II, q. 51, a. 1 y 2.

(2) E.N., III, 3, 1112 a 18-1113 a - Vid. Ross, W. D., *Aristóteles*, Buenos Aires, Charcas, 1981, p. 285.

los instrumentos que han de ponerse en obra para el logro de un fin, sobre el que, por principio, existe certeza y, por consiguiente, no es preciso deliberar; c) lo que hace de las realidades prácticas, en el nivel de los medios, objeto propio del acto deliberativo, es su *contingencia, variabilidad e indeterminación*; estos caracteres sustraen a la consideración de los medios prácticos del ámbito de la ciencia (3), de la demostración rigurosa y hacen necesario otro método de conocimiento distinto, que sea capaz de adecuarse a las exigencias de ese tipo de objetos; “en lo particular y contingente —escribe Santo Tomás— se deben tener en cuenta, para conocer una cosa con certeza, muchas condiciones o circunstancias, difícilmente observables por uno solo y que pueden ser percibidas con más seguridad por varios, pues lo que uno no advierte, puede considerarlo el otro. En cambio, en objetos necesarios y universales, la consideración es más absoluta y cierta, para lo cual basta de suyo uno solo. De allí que la investigación del consejo o deliberación verse propiamente sobre cosas particulares y contingentes” (4). Particulares, complejas y mudables son las soluciones que el derecho exige de los juristas y jueces; cada caso de justicia es irrepetible y único y debe contarse con circunstancias distintas y posibilidades de solución diversas. Pretender la misma solución para dos controversias, aunque sea entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, puede resultar un absurdo jurídico por la sola presencia de una nueva circunstancia, que haga variar el sentido íntegro de la solución jurídica. Por ello, no puede ponerse en duda que el ámbito del derecho es uno de aquellos en que la deliberación tiene su “lugar” propio; que el discurso deliberativo es la parte fundamental de todo conocimiento de lo justo en concreto.

7. *La inquisición deliberativa.* Establecida la materia propia del acto deliberativo, debemos pasar a considerar ahora en qué consiste la deliberación, en otras palabras, cuál es su naturaleza en cuanto acto del conocimiento práctico. Una vez más Tomás de Aquino nos da la respuesta precisa, al decir que nos encontramos frente a una investigación o inquisición que se lleva a cabo sobre una materia práctica. “En materias dudosas e inciertas —escribe el Aquinate— la razón no da su juicio sin una deliberación e investigación precedente. Por eso es necesaria una indagación de la razón antes del juicio sobre lo que se ha de elegir”, y concluye afirmando que “bajo este aspecto es preciso que el proceso deliberativo del consejo sea analítico, que partiendo de lo que ha de alcanzarse en el futuro (el fin), llegue a saber lo que ha de hacerse en el momento” (5). Esto significa que de lo que se trata en el proceso deliberativo es de investigar, a través del análisis, cuáles sean los medios más adecuados para alcanzar un fin práctico, que consiste en una búsqueda, examen o encuesta, encaminada a lograr un conocimiento de lo que ha de hacerse en la actividad humana singular.

Sistematizando lo dicho hasta ahora, podemos sostener, acerca de la naturaleza del acto deliberativo, las siguientes afirmaciones:

(3) Vid. nuestro trabajo *Querrela sobre la ciencia jurídica*, en prensa, en la Rev. La Ley.

(4) S. Th., I-II, q. 14, a. 3.

(5) S. Th., I-II; q. 14, a. 1 y 5.

a) *La deliberación consiste en una indagación o investigación*; es decir, en una búsqueda que se realiza de modo analítico o resolutorio, con el fin de alcanzar un cierto conocimiento.

b) *El objeto de la deliberación radica en lo operable por el hombre, en tanto que operable*, o sea, la múltiple y circunstanciada actividad humana, en su máxima concreción, considerada en sus posibilidades de realización efectiva.

c) *El fin de la deliberación es práctico*, en otras palabras, se trata de conocer lo que ha de hacerse en una circunstancia concreta con el fin de dirigir la acción humana ⁽⁶⁾.

Por todo ello, consideramos que el modo propio del conocimiento jurídico debe ser calificado como “deliberativo”. En efecto, en él se reúnen las tres notas especificatorias del proceso deliberativo: a) se trata, en el caso del derecho, de *una materia operable*, obra del hombre, singular, contingente y circunstanciada; b) el conocimiento jurídico consiste en una *investigación acerca de los medios* conducentes a una justa solución de los casos en examen; c) por último, *el fin del conocimiento jurídico estriba en la dirección justa del obrar humano social*; se trata de un proceso eminentemente práctico, ordenado todo él a la racionalización de la *praxis* humana en materia jurídica ⁽⁷⁾.

Lo que es más, consideramos que su determinación como “deliberativo”, es más correcta que la que realizan Perelman al conceptualizarlo como “retórico” ⁽⁸⁾ o Villey al denominarlo “dialéctico” ⁽⁹⁾. Y las razones nos las aporta —una vez más— el mismo Tomás de Aquino en la *Summa Teológica*; allí nos habla de un triple proceso científico: “por *demonstración*, que da origen a la *ciencia* y tenemos la «física», abarcando bajo esta denominación todas las ciencias especulativas; otro, que parte de lo *probable* y forma la *opinión*, que da origen a la *dialéctica*, y un tercero, que de ciertas *conjeturas* infiere una sospecha o una leve *persuasión*, lo cual es propio de la *retórica*” ⁽¹⁰⁾. En los esquemas de esos tres procesos científicos se ha intentado, por diversos autores, incluir al razonamiento jurídico:

a) Ante todo, en el de las *ciencias demostrativas*, tarea esta que corrió a cargo de la “Escuela del Derecho Natural y de Gentes” y de varias que siguieron sus pasos, intentando aplicar al derecho los criterios metódicos de las ciencias exactas ⁽¹¹⁾; ya hemos expuesto en otros lugares los argumentos que

⁽⁶⁾ Vid. nuestro trabajo *El conocimiento práctico - Introducción a sus cuestiones fundamentales*, en: PRUDENTIA IURIS, N° 1, Buenos Aires, Universitas, 1980, p. 27 ss.

⁽⁷⁾ Vid. nuestro libro *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, *passim*.

⁽⁸⁾ Vid. *Infra*, nota 17.

⁽⁹⁾ Vid. *Infra*, nota 24.

⁽¹⁰⁾ S. Th., II-II, q. 48, a. 1. Acerca del significado de estos conceptos en Aristóteles, vid. de Marcel Clément, *La sed de la sabiduría*, Rosario, U.N. de Rosario, 1980, pp. 139-141.

⁽¹¹⁾ Vid. *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, *passim*.

descartan los intentos de pensar al derecho según los cánones de la física o la matemática ⁽¹²⁾, argumentos que pueden reducirse a uno fundamental: el método de conocimiento debe corresponderse con la naturaleza del objeto y siendo el derecho una realidad práctica, no puede considerárselo a partir de esquemas metódicos propios de saberes teóricos ⁽¹³⁾; en otras palabras, el derecho no es de la misma naturaleza que los números o los cuerpos físicos y debe, por lo tanto, considerarse de un modo diverso, que se adecue a las particularidades de ese objeto. Esta afirmación parece ser de perogrullo, pero es estrictamente necesaria no bien se echa una mirada al panorama filosófico contemporáneo.

b) *Michel Villey*, ya lo hemos dicho, propone para el pensamiento jurídico *el modelo dialéctico*: “La dialéctica tiene el mérito —escribe— de abarcar todo el proceso de constitución del derecho, que ella toma desde sus orígenes hasta sus efectos, la invención y el uso de los textos. La dialéctica tiene para nosotros un valor de síntesis; de medio entre los excesos del formalismo jurídico y el nihilismo de sus adversarios (...). Este modelo lógico tiene el mérito de reunir y de ordenar en un solo concepto el total de las operaciones intelectuales del jurista” ⁽¹⁴⁾.

Pero sucede que el modelo dialéctico es propio del conocimiento teórico, no del práctico y si se asemeja a la deliberación es sólo en el carácter no necesario de sus premisas y, por consiguiente, de sus conclusiones. Pero su objeto y su fin son teóricos; por el contrario, “el intelecto práctico no busca resolver, hablando formalmente, su conocimiento en la causa; está vertido hacia la existencia del objeto, es decir, la realización concreta de la acción, mientras que la dialéctica no tiene por fin más que el puro conocimiento de su objeto” ⁽¹⁵⁾. Es por ello que Villey, a los efectos de no incurrir en contradicción, ha debido afirmar el carácter teórico del razonamiento jurídico: “el discurso jurídico ofrece un carácter teórico” afirma expresamente, sin tomar en consideración el primero de los criterios de especificación de los saberes: el del objeto. Conforme a este último, un conocimiento cuyo objeto es una realidad práctica, en tanto que práctica, habrá de ser necesariamente práctico. Pero si esto es así, el conocimiento del derecho, realidad práctica por excelencia, habrá de ser práctico, no teórico y culminar no en la contemplación, sino en la dirección del obrar humano. No podrá ser, por tanto, objeto de la dialéctica sino de la deliberación, esa “indagación de las cosas singulares en que se da la operación” ⁽¹⁶⁾.

c) *Chaim Perelman* y su escuela de Bruselas, han sostenido, frente a las pretensiones de corte científicista de someter al discurso jurídico a la metodo-

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

(14) VILLEY, MICHEL, *Précis de Philosophie du Droit*. Vol. II, París, Dalloz, 1979, pp. 81-82.

(15) SACHERI, CARLOS, *Aspectos lógicos del discurso deliberativo*, en: *Ethos*, Nº 1, Buenos Aires, I.F.I.P., 1979, p. 180; el mismo Villey lo reconoce cuando escribe: “La dialectique authentique ne peut fonctionner que sur le terrain spéculatif”; *La dialectique...* cit, nota 24, p. 225.

(16) *S. Th.*, I-II, q. 14, a. 6.

logía de la física o de las matemáticas, que el razonamiento jurídico y en especial el del juez, responde *al modelo "retórico"*. Escribe el filósofo belga, que observando los razonamientos que implicaban valores, "llegó a la conclusión de que no existe una lógica específica de los juicios de valor, sino que, en los dominios examinados, como en todos aquellos en que se trata de opiniones controvertidas, cuando se discute o se delibera, se recurre a técnicas de argumentación (...). Esto es lo que nosotros hemos examinado —concluye— en nuestro *Tratado de argumentación*, que titulamos igualmente *La nueva retórica*" (17).

El intento de Perelman no deja de tener un aspecto enormemente positivo: el haber puesto de relieve que el método del pensar jurídico no puede asimilarse al de las ciencias teóricas, ni estructurarse sobre sus bases; que por el contrario, existe un modo propio de razonar en derecho, que no se encuentra en los Analíticos de Aristóteles, sino en otras de sus obras: Perelman afirma que en *La Retórica*. Es esta última de las afirmaciones del filósofo belga la que nos parece cuestionable; en efecto, Aristóteles afirma que la Retórica es "la facultad de conocer en cada caso aquello que es apto para persuadir" (18), lo que puede hacerse por simples conjeturas, ejemplos o sospechas, pero no es su fin propio la búsqueda de la verdad práctica, tal como lo es el de la prudencia y, por tanto, el de la deliberación. "También la retórica discurre sobre objetos operables —escribe Santo Tomás—. Y no hay inconveniente en que una misma materia pertenezca a la retórica y a la prudencia. Sin embargo, no consideramos aquí la virtud de conjeturar sólo en el campo de las conjeturas usadas por los oradores, sino en todas las materias en que el hombre se dice que averigua por conjeturas la verdad" (19).

En el texto de Santo Tomás recientemente transcrito aparece patente la diferencia entre el razonamiento del retórico, cuyo fin es convencer a un interlocutor, y el razonamiento práctico de quien debe decidir *con verdad*, un problema en el campo de la *praxis*; en rigor, el retor no busca la verdad, sino sólo que el interlocutor adhiera a las conclusiones que favorecen sus intereses. Por el contrario, el fin del razonamiento jurídico y en especial del juez, es el logro de la verdad jurídica, de aquel juicio verdadero que permita hacer justicia en una situación concreta (20). La mejor prueba de lo afirmado es que Perelman no habla jamás de verdad práctica, yendo a parar a una actitud relativista respecto a las posibilidades del conocimiento práctico, concordante con su relativismo en materia axiológica; para el filósofo belga, lo máximo a que

(17) PERELMAN, CHAIM, *Logique Juridique - Nouvelle Rhétorique*, París, Dalloz, 1976, pp. 101-103; vid. asimismo: *Traité de l'argumentation - La Nouvelle Rhétorique*, Bruxelles. Université de Bruxelles, 1970 (avec M. Lucie Olbrechts - Tyteca); *Droit, Morale et Philosophie*, París, L.C.D.J., 1976, p. 93 ss; *Justice et Raison*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1972, *passim*. *L'Empire rhétorique*, París, Vrin, 1977; y sus trabajos en varias obras colectivas sobre el tema del razonamiento jurídico.

(18) Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1355, b. 25.

(19) S. Th., II-II, q. 49, a. 4, ad. 3.

(20) Vid. nuestro trabajo citado en nota 6, *passim*.

puede aspirarse es a dar razones convincentes de una posición ⁽²¹⁾, pero nunca a alcanzar *la verdadera solución* de un problema práctico.

Por lo expuesto, consideramos que si bien los argumentos retóricos contribuyen a la formación del juicio práctico, el razonamiento práctico y en especial el jurídico, no pueden reducirse a la sola retórica; ella aportará los elementos para que los abogados intenten convencer al juez de la bondad de sus pretensiones; por su parte, el juez, a través de un discurso deliberativo intentará *superar la controversia* y encontrar la solución jurídica verdadera del caso en cuestión ⁽²²⁾.

Por ello sostenemos que el modo propio del razonamiento jurídico —como de todo razonamiento práctico— no es ni dialéctico, ni retórico, ni —menos aún— demostrativo ⁽²³⁾, sino *deliberativo*, es decir práctico, sobre un objeto contingente y encaminado a la investigación del medio adecuado —verdadero— para el logro del fin debido en justicia.

8. *El primer "momento" de la deliberación: la experiencia.* Habiendo precisado el concepto de deliberación y establecido que ella es el instrumento fundamental de razonamiento jurídico, debemos investigar ahora cómo se desarrolla la deliberación, cuál es su método y sus exigencias. Como ya lo hemos expuesto, la deliberación supone un análisis, un intercambio de puntos de vista, una ponderación de los pro y los contra, acerca de los diferentes medios posibles de conducir eficazmente a la realización de un fin en el orden humano. Es evidente que esta tarea —tal como lo expresara Santo Tomás en un texto ya citado— se realiza mejor entre varios. Es por ello que los organismos "deliberativos" están compuestos por muchos y los tribunales de justicia aumentan el número de sus miembros a medida que se incrementa la complejidad y gravedad de las cuestiones. Al dicho clásico de que "cuatro ojos ven más que dos", hay que agregar la evidencia de que cada uno de quienes deliberan en conjunto puede aportar al debate una perspectiva distinta, una nueva observación, la consideración de un aspecto olvidado por los demás.

Pero lamentablemente, no siempre tenemos la posibilidad de intercambiar opiniones acerca de los problemas prácticos que nos toca resolver; en el caso del juez, sobre las circunstancias de un caso que debe juzgar. El juez impersonal se encuentra en la necesidad de suplir la ausencia de consejeros con quienes intercambiar opiniones acerca del caso en debate, acerca de su solución correcta. Pero como bien lo han puesto de relieve Villey ⁽²⁴⁾ y Perel-

(21) PERELMAN, CHAIM. *Le raisonnement juridique*, en: *Droit, Morale et Philosophie*, cit., p. 94 y *passim*.

(22) Para todo el problema de la verdad jurídica, nos remitimos al libro de Georges Kalinowski, *El problema de la verdad en la Moral y en el Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, *passim*.

(23) Vid. nuestro trabajo *Introducción a la lógica judicial*, en: AA.VV. *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1981, pp. 27-57; en especial, p. 32.

(24) Vid. VILLEY, MICHEL, *Le raisonnement juridique dans l'histoire*, en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, N° 7, Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1972, pp. 43-61; *Sur la dialectique comme art du dialogue*, en: A.P.D. N° 21, Paris, Sirey, 1976, pp. 215-227..

man (25), en esa tarea deliberativa el juez no está solo: cuenta con los abogados de las partes, los que, a través de sus alegatos, ponen de manifiesto los diferentes puntos de vista y proponen las posibles, y disimiles soluciones del caso.

Pero además del diálogo entablado con los abogados, el juez tiene como interlocutores a los magistrados que fallaron, antes que él, casos similares; el recurso a la jurisprudencia permite un diálogo integral entre todos aquellos que tuvieron entre sus manos la responsabilidad de decidir situaciones semejantes. La riqueza y virtualidad de este diálogo son enormes, ya que a raíz de la variabilidad y contingencia de las cosas humanas, el único modo de lograr cierta seguridad en los juicios consiste en el recurso al pasado, extrayendo pautas y parámetros de decisión de la experiencia que sólo él puede darnos. Ha escrito a este respecto Santo Tomás, que “la prudencia, como se ha dicho, trata de las acciones contingentes. En éstas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente (...) Mas la experiencia enseña cuál es la verdad en los hechos contingentes” (26).

En el caso del juez —y de sus interlocutores, los abogados— la experiencia se amplía en gran forma, gracias a la posibilidad de conocer el modo como fallaron antes otros jueces; gracias a este conocimiento de las soluciones pasadas —y en general, de la historia del derecho— le es posible al juez determinar en cierta medida las múltiples soluciones que es posible dar a un caso de derecho. “No es deduciendo, sino observando, que se llega a la posesión de esas reglas prácticas singularizadas, gracias a las cuales se determinarán, en el mejor modo, los principios abstractos de la conducta que ha de cumplirse en situaciones concretas” (27). Sin este recurso a la experiencia del pasado, en cada caso se abrirían ante el juzgador todas las posibilidades que permite la generalidad y abstracción de la norma jurídica (28). La vida del derecho se transformaría en un eterno recomenzar, en un continuo recaer en las malas soluciones que dieron nefastos resultados en el pasado o en un lamentable desechar las decisiones felices y acertadas, que ya fueron ensayadas con éxito.

Santo Tomás llamó a esta “parte” o elemento de la deliberación prudencial, “memoria”, colocándola en el primer lugar entre lo que es necesario para la rectitud del juicio práctico (29). Siguiendo sus pasos, Dante escribió, en *El Convite*, que para ser prudente se requiere “una buena memoria de las cosas vistas, un buen conocimiento de las cosas presentes y una buena previsión de las futuras” (30). Lo primero, entonces, que debe considerarse en el

(25) Vid. nota 17.

(26) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 1.

(27) SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Omeba, 1962, p. 472.

(28) Para las notas de generalidad y abstracción de las normas, en especial de las jurídicas, vid. GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1977, p. 260 ss.

(29) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 1.

(30) DANTE ALIGHIERI, *El Convite*, IV, 27, 5, ed. BAC.

proceso deliberativo, es aquello que nos enseña el pasado acerca de situaciones como la que debemos resolver. Por ello, no habrá ningún buen juez, ni abogado, que no tenga un trato cotidiano con los repertorios de jurisprudencia: sólo de allí podrán salir las determinaciones, las pautas particulares, que circunscriban las posibles soluciones del caso, evitando el desamparo de la indeterminación y la generalidad de la norma. Como bien dijera un pensador político francés, “el pasado sólo vale cuando sus éxitos son modelos y sus fracasos, lecciones”.

9. *La inteligencia de las cosas presentes.* Pero tal como lo expresa la citada frase de Dante, no es suficiente con saber cómo sucedieron las cosas para que la deliberación sea correcta; es preciso también conocer todas las circunstancias particulares y concretas de la situación jurídica que reclama solución. “El conocimiento de esta proposición singular en que se formula el caso concreto —escribe Leopoldo Eulogio Palacios— y que maridándose con la proposición universal de la *sindéresis*, da lugar a la conclusión particular que ya es nuestra acción humana, es llamada por los tomistas «*intelecto*»” (31). Esta inteligencia de las cosas singulares, que se obtiene con la colaboración de la “*cogitativa*” o “*razón particular*” (32) es la que permite al prudente elaborar el “*cuasi-silogismo*” práctico, que tendrá como conclusión el juicio directivo de la conducta humana.

En el caso del juez o del jurista, este conocimiento tiene la característica de ser casi siempre mediato: los hechos que hay que juzgar ya ocurrieron y el magistrado habrá de conocerlos por mediación de una serie de instrumentos cognoscitivos que se conocen con el nombre de “*medios de prueba*”. Al crimen lo conocerá el juez a través de la policía; las causas del incumplimiento de un contrato, a través de las afirmaciones de las partes, los testigos, los peritos, etc.; la pertenencia de un inmueble a un sujeto u otro, por intermedio de los escribanos, del catastro, de un testamento, etc. Por ello es muy difícil para el juez conocer con total objetividad los detalles de la situación controvertida y necesita de una especial intuición, de una penetración que es fruto de la experiencia y que es la única capaz de permitirle la captación de la verdad del caso, a través del fárrago de los instrumentos probatorios. Y esta es una de las razones por las que el discurso judicial es asunto de deliberación y no de ciencia; el término menor del “*cuasi-silogismo*” prudencial, no es cognoscible con la certeza propia de las ciencias exactas o experimentales; por el contrario, debe ser establecido trabajosamente y de modo siempre provisorio. Escribe a este respecto Jean Denis Bredin, que “el hecho materia de un litigio es un hecho histórico, es decir, un hecho que no puede ser constatado directamente y que no puede ser reiterado en forma experimental. La confesión no es sino una exposición especialmente digna de crédito, en razón de que emana de aquel que pretende ser el autor del hecho. La reconstrucción no es nunca una renovación experimental, sino la búsqueda de una similitud. El abogado (y el

(31) PALACIOS, LEOPOLDO EULOGIO, *La Prudencia Política*, Madrid, I.E.P., 1945, p. 165.

(32) DE CORTE, MARCEL, *De la Prudence*, París, ed. D. M. Morin, 1974, p. 28 ss.

juez) están obligados a establecerlo por los medios de prueba previstos por la ley que, en realidad, no logran nunca sino hacer al hecho verosímil o probable, sin lograr jamás, me parece, aportar una demostración" (33). Es evidente que a través de tales medios de conocimiento, no puede lograrse la certeza capaz de otorgar al discurso prudencial el rigor de las demostraciones científicas.

Por ello, el juez y los abogados deben deliberar acerca del valor de cada prueba, analizar cada una de las declaraciones o confesiones, debatir acerca de la interpretación que debe darse a cada uno de los hechos probados. Sólo después de esta tarea deliberativa, quedará uno de los extremos del razonamiento judicial preparado para que éste pueda ser puesto en marcha; debemos, por lo tanto, analizar ahora el otro extremo.

10. *La interpretación de las normas.* En un texto de gran valor, Santo Tomás indica cuáles son los extremos que es preciso conocer para la elaboración del razonamiento prudencial: "La prudencia —escribe— termina como conclusión en una obra particular, a la cual aplica el conocimiento universal, según queda dicho. Pero la conclusión particular se deriva de una proposición universal y de otra particular. Por consiguiente, la prudencia debe proceder a una doble inteligencia: una, la que es cognoscitiva de los universales (...). La otra inteligencia, es la que, como se dice en el Libro VI de la *Ética*, es cognoscitiva del «extremo», es decir, un primer singular y contingente operable" (34). Habiendo hecho ya mención a la inteligencia de la situación singular y contingente, nos resta ahora estudiar aquella que "es cognoscitiva de los universales", tal como lo expresa Santo Tomás. En otras palabras, hemos de tratar acerca de la deliberación que se lleva a cabo sobre la inteligencia del principio universal —o simplemente general— de la conducta jurídica; principio que —en el ámbito del derecho— recibe el nombre de norma jurídica o ley jurídica.

Al tratar de la esencia de la ley, Santo Tomás escribe que ella consiste formalmente en una "proposición universal de la razón práctica en orden a la operación" (35), en otras palabras, en una proposición normativa general (36), que cumple la función de causa ejemplar del obrar humano jurídico (37).

Pero, ¿por qué es necesario interpretar esta norma del obrar jurídico al aplicarla a un caso singular?; ¿no basta con aplicarla? El Aquinate responde que "aquel que juzga, en algún modo interpreta el texto de la ley, aplicándolo

(33) BREDIN, JEAN-DENIS, *La logique judiciaire et l'avocat*, en: AA.VV., *La logique judiciaire*, París, P.U.F., 1969, p. 98 ss y nuestro trabajo *Introducción a la lógica judicial*, en: AA.VV., *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 27-57.

(34) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 2, ad. 1.

(35) *S. Th.*, I-II, q. 90, a. 1. ad. 2 - Vid. nuestro trabajo *La analítica de la ley en Santo Tomás*, en: *Idearium* N° 8, en prensa.

(36) KALINOWSKI, GEORGES, *Loi juridique et loi logique*, en: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 25 (*La loi*), París, Sirey, 1980, p. 123 ss. y en ese mismo volumen, los trabajos de PAUL ANSELEK, *Norme et loi*, pp. 89-107 y JEAN-LOUIS GARDIES, *La structure logique de la loi*, pp. 109-121.

(37) *S. Th.*, I-II, q. 93, a. 1.

a un asunto particular" (38), poniendo de relieve la necesidad ineludible de interpretar el texto legal al juzgar acerca de una situación concreta. Pero si la interpretación es necesaria para aplicar la norma y estructurar el "cuasi-silogismo" (39) que concluye en el juicio prudencial, es necesario previamente dejar establecido en qué consiste la tarea de interpretar. Escribe Kalinowski a este respecto, que "interpretar consiste en atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico" y que "es esencial que este signo provenga de otros, pues no se interpreta, en el sentido propio de la palabra, las propias expresiones, pues se conoce su sentido" (40). Es por ello que, al consistir la norma en una proposición expresada a través de signos lingüísticos, es necesario llevar a cabo una cierta interpretación de ellos, con el fin de desentrañar su sentido.

Pero la interpretación puede ser de muy diversos tipos (41), fundamentalmente de dos principales: teórica o práctica. Interpretación teórica es aquella que responde estrictamente a la definición apuntada y que se dirige, por lo tanto, a la contemplación de aquello que está dicho en los textos que se interpretan, a saber qué significan en sí mismos. Por el contrario, en el caso de la interpretación práctica, en especial la de las normas jurídicas, "aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido del término) quiere llegar a saber, en último lugar, no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o querido decir (si es que esto puede saberse), sino cómo se debe comportar uno mismo o cómo debe comportarse aquel a quien se enseña (en el caso del profesor de derecho) o se aconseja (en el caso del abogado) (...). Pero el que debe actuar, en particular el juez, a quien la abstención de hacer justicia le está prohibida, no puede dejar de encontrar, de una manera u otra, la regla de comportamiento que necesita. Los hombres interrogan pues a los textos legislativos y los interpretan. Encuentran —o no— las directivas buscadas. En caso negativo es necesario que ellos mismos las formulen, haciéndolas entrar, de buen o mal grado, en el sistema jurídico en vigencia". En otras palabras, la interpretación de un texto legislativo se ordena a la obtención de aquella norma jurídica que de mejor manera solucione el caso controvertido; no le interesa al intérprete lo que quiso o no quiso decir el legislador, sino cuál es la pauta que permita la realización del derecho en concreto; su fin es el logro de una regla de comportamiento justa. Por tanto, interpretar la ley no significa descubrir su sentido teórico, sino su sentido normativo; conocer cuál es la regla que, pudiendo desprenderse de los signos lingüísticos utilizados en la norma, permite obtener el fin jurídico en una situación determinada (42).

(38) S. Th., II-II, q. 60, a. 6.

(39) SACHERI, CARLOS, *Aspectos lógicos...* cit. p. 178.

(40) KALINOWSKI, GEORGES, *Philosophie et logique de l'interprétation en droit*, en: A.P.D., Nº 17, Paris, Sirey, 1972, *passim*.

(41) Vid. Voz, *Hermenéutica*, en: FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, vol. II, Madrid, Alianza, 1979, pp. 1493-1498.

(42) RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1956, p. 148 ss.; allí escribe: "la interpretación es práctica, creadora, productiva y supracientífica (...) no pregunta ante la ley: ¿qué es lo que sobre esto pensó el legislador?, sino, ¿qué es lo que para este asunto se desprende del tenor literal de la ley?"; pp. 150-152. Por el contrario, para los exégetas, la interpretación de la ley era una actividad teórica; vid. *Infra*, nota 51.

Esta interpretación es objeto de deliberación conjunta por quienes intervinen más activamente en el proceso de búsqueda de la solución justa de un caso: abogados y juez. Entre ellos se produce un diálogo, que puede revestir el carácter de un debate acerca de cuál sea la norma que haya de solucionar la controversia; en primer lugar, es preciso determinar cuál es la ley aplicable al caso y en segundo lugar, indagar cuál es el sentido que ha de darse a los vocablos en que se expresa para que la solución sea justa. En esta tarea, los abogados de las partes harán uso de los distintos *argumentos* que la Retórica pone a su disposición para convencer al juez: argumento *a contrario*, *a fortiori*, analógico, *a simili*, *ab exemplo*, *a coherentia*, etc. (43). Pero la interpretación que efectúan los abogados de las partes y en favor de la cual argumentan, no es “la” interpretación de la ley; su punto de vista es demasiado parcial e interesado y, por principio, supone otra interpretación de sentido opuesto o divergente. Por ello, el orden jurídico concreto sólo surge cuando entre los sujetos jurídicos aparece un tercero que no tiene interés personal en las pretensiones recíprocas y que puede, por ello, superarlas y encontrar una solución racional, fruto de una adecuada interpretación de los textos jurídicos (44). Es por esto que la retórica no agota el discurso jurídico; más allá de los argumentos de las partes en uno u otro sentido, se encuentra la decisión del juez, que supera la controversia y produce un juicio práctico con pretensiones de verdad; tan cierto es esto, que Legaz y Lacambra afirma que el ordenamiento jurídico es, en última instancia, un conjunto de decisiones (45). Y es esta decisión judicial la que establece, autoritariamente, cuál es el sentido que debe darse a un texto jurídico en un caso controvertido; cuál es la interpretación práctica que conduce, en concreto, a su mejor solución.

11. *Previsión de las consecuencias.* El último de los “momentos” de la deliberación consiste en la consideración de las consecuencias futuras de la decisión que es necesario adoptar. “Los futuros contingentes —escribe Santo Tomás— en cuanto ordenables por el hombre al fin de la vida humana, pertenecen a la prudencia. Ambos elementos son implicados en la idea de previsión, que importa una relación a algo distante, a lo cual ha de ordenarse todo lo que sucede en el presente” (46). Es éste el más problemático de los datos que pueden obtenerse deliberando, ya que el futuro no es susceptible de un conocimiento cierto; por definición, él carece de necesidad y, por lo tanto, todo lo que sobre él pueda saberse es sólo probable, está afectado de una inseguridad fundamental que proviene de su carácter esencialmente contingente.

Pero no obstante su enorme dificultad, este conocimiento es absolutamente necesario, ya que “todo prudente (político, juez, militar, economista, dirigen-

(43) ARISTÓTELES, *Retórica*, *passim*; *Tópica*, *passim*; PERELMAN, CHAIM, *Logique Juridique*, cit. p. 55 ss.; MANS PRUGARNAU, JAIME M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1969, p. 193 ss.

(44) GRANERIS, GIUSEPPE, *La Filosofía del Derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1979, p. 210 ss.

(45) LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Justification de la décision en droit*, en: AA.VV., *Legal reasoning*, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, pp. 295-300.

(46) S. Th., II-II, q. 49, a. 8.

te) tiene que tener en cuenta las posibles reacciones en cadena de sus decisiones, tanto como los efectos colaterales. Si tales reacciones y efectos son buenos, mejor que mejor, pero si son dañinos se ha cometido una imprudencia. (...). Aristóteles dice que el verdadero prudente es el que advierte el mal cuando recién se insinúa y no espera que el agua le llegue al cuello. Todos los errores son cegueras. El régimen versallesco fue un error que concluyó en la guillotina" (47).

En el caso de la decisión judicial, aparece evidente que ella requiere una consideración deliberada de sus posibles consecuencias. El juez, al decidir acerca de la tenencia de un hijo de padres divorciados, no puede dejar de considerar las consecuencias que, para su salud moral y el orden familiar, pueden derivarse del hecho de permanecer con uno u otro de sus progenitores; cuando el magistrado considera una propuesta de arreglo entre un comerciante y sus acreedores, es preciso analizar las derivaciones que, para la economía, en general y para cada uno de los implicados, pueden resultar de su aprobación o no aprobación; cuando el juez penal debe decidir sobre el monto de una pena, debe prever qué consecuencias pueden seguirse, para la opinión pública, la seguridad general y el reo, de la fijación de una u otra medida de la pena y así sucesivamente.

Pero, reiteramos, las consecuencias que se seguirán de una u otra decisión, no son susceptibles de conocimiento cierto. Del futuro sólo puede tenerse una cierta noción a partir del presente y del pasado, iluminados con la experiencia de lo que sucede habitualmente. Por ello, en el juicio que culmina la deliberación, hay siempre una cuota de pura decisión, de salto en el vacío, de riesgo asumido, de aceptación de la falibilidad de todo conocimiento de las realidades futuras. Baste con tener en cuenta que la mera mutación de una sola de las variables tenidas en cuenta al decidir, puede llevar a consecuencias totalmente opuestas a las que se tuvieron en mira. Por ello escribió Julio Irazusta que "el mayor obstáculo que la política opone a la inteligencia es que el futuro, en cuyo manejo está su misión, no es susceptible de conocimiento cierto. La mejor educación del príncipe, el mejor acopio de antecedentes por las oficinas de cada rama de la administración, el más sabio asesoramiento de las minorías selectas reunidas en los consejos de gobierno, jamás eliminaron la parte aleatoria, como de salto en el vacío, que hay en toda decisión práctica (...). Tomar un rumbo del porvenir es siempre difícil e incierto. Nadie tiene la presciencia. Es siempre una opción entre dificultades" (48).

La deliberación, el intercambio de pareceres y puntos de vista acerca de las consecuencias futuras, tiende a disminuir este carácter aleatorio; una deliberación bien llevada, con rigor y seriedad, considerando la mayor cantidad de variables posibles, conducirá, *probablemente*, a consecuencias felices. Pero

(47) FERNÁNDEZ SABATÉ, EDGARDO, *La Prudencia*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, 1978, pp. 36-37.

(48) IRAZUSTA, JULIO, *La política, cienienta del espíritu*, Buenos Aires, Dictio, 1977, pp. 16-17.

jamás se logrará esa certeza absoluta en las cosas futuras que ha sido una de las tentaciones del hombre a lo largo de su historia. Ni el dogmatismo legalista, ni el deductivismo judicial, han logrado su intento de eliminar la contingencia del mundo del derecho; lo que corresponde, por lo tanto, es asumirla con la convicción de que el único camino para reducirla y delimitarla, consiste en la correcta deliberación sobre las cosas humanas.

12. *El juicio o la decisión.* Nos corresponde tratar ahora uno de los tópicos más controvertidos de la metodología y gnoseología jurídicas: el del "silogismo" judicial.

Es bien conocida la acerba crítica que ha surgido, a lo largo del presente siglo, contra la concepción "silogística" del razonamiento judicial; una larga serie de autores se han empeñado en desterrar a la figura silogística del modo de razonar en derecho, aduciendo que conduce a la aplicación puramente "mecánica" de las leyes y deja de lado los elementos valorativos que, indudablemente, concurren a los actos de concreción del derecho (49). Para estos autores, sería preciso recurrir a un "logos de lo humano" o "logos de lo razonable" (50), que no respondiera al esquema silogístico y contuviera el elemento axiótico característico de las realidades jurídicas y del pensamiento referido a ellas. Nosotros mismos nos hicimos eco de esa posición en un trabajo redactado hace unos años (51).

Pero una observación más atenta de las cosas, obliga a matizar más el juicio acerca del "silogismo" judicial; en efecto, según lo ha escrito bien García Máynez, "es necesario percatarse de que el problema lógico relativo a la forma o estructura de los razonamientos que posibilitan la aplicación de normas abstractas a casos concretos de la experiencia jurídica, es completamente diverso del que consiste en la formulación de las premisas de esos razonamientos. Casi todos los ataques contra la doctrina del "silogismo jurídico" provienen de autores que han pasado por alto tal distinción (52); en el mismo sentido opinan Kalinowski (53), Perelman (54), Aubenque (55) y Gilson (56). Para estos autores

(49) Así, entre otros, HOLMES, FRANK, LLEWELYN, POUND, VILLEY, HECK, COING, ENGEL, etc. Para una reseña de estas posturas, vid. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, S. F., 1971, T. I.

(50) Vid. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973, *passim*; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "Razonable"*, México, F.C.E., 1971, *passim*.

(51) *Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial*, separata del Boletín de Ciencias Políticas y Sociales, N° 22, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1978, pp. 9-13.

(52) GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1977, p. 287.

(53) KALINOWSKI, GEORGES, *Le raisonnement juridique: état actuel de la question*, en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, N° 7, Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1972, pp. 17-42. *Logique et méthodologie juridique*, en: A.P.D., N° 23, París, Sirey, 1978, pp. 59-68.

(54) PERELMAN, CHAIM, *Logique juridique*, cit. p. 176.

(55) AUBENQUE, PIERRE, *La prudence chez Aristote*, París, P.U.F., pp. 139-152.

(56) GILSON, ETIENNE, *Saint Thomas moraliste*, París, Vrin, 1974, p. 267.

el silogismo es la principal de las formas de razonar naturalmente del hombre; por ello, la inferencia de tipo silogístico encuentra su lugar en todos los ámbitos del pensamiento humano, inclusive en el del práctico y en especial en el del jurídico. Respecto del razonamiento práctico, Santo Tomás hace referencia numerosas veces al "silogismo práctico" o "silogismo prudencial" (57), en el que el principio práctico o norma jugaría el papel de premisa mayor y las circunstancias de hecho a que debe aplicarse ese principio, el de premisa menor; otro tanto ocurre en Aristóteles (58).

En otras palabras, también en el orden práctico y en especial en el jurídico, tiene lugar la forma silogística, fundamentalmente en el modo tradicionalmente denominado "Bárbara" (59). Lo que sucede es que en dicho orden existe una especial dificultad en la búsqueda y establecimiento de las premisas del mencionado silogismo y es casualmente en el especial modo de esta búsqueda y establecimiento, donde radica la especificidad del razonamiento judicial. Y es en esta tarea específicamente jurídica, donde aparece el procedimiento deliberativo como instrumento necesario para la investigación y fijación de los extremos de la inferencia. Ello es así, porque "aunque la aplicación intuitiva de la regla lógica correspondiente es efectivamente fácil, grandes dificultades se hallan vinculadas, por una parte, con la elección de la mayor, es decir, de la norma jurídica que se debe aplicar, y por otra, con la de la menor, o sea, en el establecimiento de los hechos que deciden la aplicación de tal o cual norma. Allí surgen las controversias que oponen entre sí al ministerio público, a los jueces, abogados, partes, testigos, peritos, etc. Si se analizan desde el punto de vista lógico los expedientes jurídicos, cualquiera sea su carácter: civil, penal, administrativo, comercial, social u otro, se comprueba que los debates que ocupan a tantas personas y cuestan tanto tiempo y esfuerzos, tienen precisamente como finalidad esos dos objetivos: a) *establecer los hechos* que unos afirman y que otros niegan, a los que unos otorgan tal o cual carácter, mientras que los otros los ven bajo un ángulo totalmente diferente y b) *encontrar la norma jurídica que se debe aplicar*" (60).

Ahora bien, una vez deliberado acerca de la norma aplicable y de su correcta interpretación; una vez que se ha debatido acabadamente sobre la verdad de los hechos y el sentido que debe atribuírseles, no queda sino elaborar el silogismo práctico, cuya conclusión contendrá la sentencia que resuelve el caso controvertido. Pero sobre este punto es necesario realizar dos precisiones fundamentales:

a) La primera se refiere al *elemento axiómico o valorativo* que siempre aparece en todo raciocinio referente al derecho, en razón de pertenecer éste al

(57) S. Th., I-II, q. 13, a. 1. ad. 2 y a. 3; II-II, q. 49, a. 2., ad. 1 y en varios lugares más.

(58) Vid. Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1357, a 8 ss.

(59) Vid. MARITAIN, JACQUES, *El orden de los conceptos*, Buenos Aires, Club de Lectores, 197 pp.

(60) Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción...* cit. p. 145 ss.

orden de la *praxis* humana. Pareciera, a primera vista, que la forma silogística excluiría toda valoración, reduciendo el pensamiento jurídico a algo frío y descarnado como el razonamiento matemático. Pero en rigor, la forma silogística no excluye necesariamente a las valoraciones, ya que éstas pueden aparecer al momento de establecer las premisas. Tanto en el acto de selección de la norma como en el de su interpretación, el jurista o juez realiza una estimación acerca de cuál sea el precepto, o la hermenéutica de ese precepto, que en mayor medida haga posible una solución justa. Otro tanto ocurre con los hechos, que el magistrado considera valorando el alcance que debe darse a cada uno, realizando juicios de valor al seleccionar aquellos que considera pertinentes y al dejar de lado a los que estima irrelevantes para la superación de la controversia planteada. Pero, además, el juez no sólo valora aisladamente normas y hechos, sino que lo hace vinculándolos y considerando, deliberativamente, su conveniencia o inconveniencia; analiza si determinada norma soluciona adecuadamente un determinado caso; si es posible arribar a la resolución justa de una situación litigiosa, aplicando una cierta ley o si es preciso aplicar otra o interpretarla de diverso modo. Todo ello con el fin de realizar la justicia en el caso concreto, por lo que esta tarea resulta ser esencialmente estimativa.

Sólo después de llevada a cabo toda esta serie de estimaciones, que se refieren a ambos extremos del raciocinio jurídico, entra a jugar el silogismo práctico, aportando la cuota de lógica necesaria para que estemos en presencia de un razonamiento correcto y no de un despropósito⁽⁶¹⁾. Por lo tanto, la decisión, a que hacen referencia los autores como siempre presente en la concreción del derecho⁽⁶²⁾, se refiere al momento de establecer las premisas; es al fijarlas definitivamente cuando el juez debe decidirse por una o por otra, decisión que acarreará, por el imperio de las reglas lógicas, una determinada solución al caso, distinta de la que hubiera correspondido de haber optado el juez por otras premisas. Esto es de la mayor importancia, ya que significa establecer claramente cuál es el papel y el "lugar" de la decisión en el razonamiento jurídico, resguardando los necesarios fueros de la lógica formal.

b) Pero es preciso destacar también que *el silogismo de concreción jurídica no es un silogismo teórico*. Al modo de los que tienen lugar en las ciencias físicas o matemáticas. Por el contrario, se trata en este caso de un silogismo deóntico o normativo, el que, para constituirse, requiere que al menos una de sus premisas sea normativa, ya que de dos premisas teóricas no puede seguirse nunca una conclusión normativa⁽⁶³⁾. Así, por ejemplo, la conclusión "A debe pagar la suma C", supone una norma por la que todos los que se encuentren en la situación X deben pagar una suma C" y la constatación de hecho de que "A se encuentra en la situación X"; de lo contrario la conclusión no podría ser nunca un precepto, ya que la conclusión no puede nunca ser más "fuerte" que

(61) Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *De la spécificité de la logique juridique*, en: A.P.D., N° XI, Paris, Sirey, 1966, *passim*.

(62) Vid *Supra*. Nota 45.

(63) Vid. KALINOWSKI, GEORGES, *Note sur le rapport entre le fait et le droit*, en: Riv. Int. de Filosofia del Diritto, Milano, Giuffré Ed., 1969, N° 46-4, pp. 411 ss.

las premisas (64). Esta conclusión es un “precepto”, es decir, una norma particular, destinada a regir una situación determinada (65); este precepto, al que Santo Tomás denominaba “juicio”, precisando que “es propio del prudente formar un recto juicio de la acción” (66), es la culminación de lo que podríamos llamar la parte “cuasi-especulativa” (67) del raciocinio prudencial. En ella la inteligencia determina, cada vez con mayor concreción, aquello que es debido en justicia. Pero esta determinación de lo justo no es suficiente en el orden de la realización concreta del derecho; “el entendimiento práctico no descansa satisfecho en las investigaciones de la deliberación, ni tampoco en la emisión de un juicio sobre las realidades descubiertas. Para ajustarse a su fin, en cuanto entendimiento práctico, tiene que ir más lejos: tiene que completar su dirección operativa. No sólo tiene que descubrir inquisitivamente el bien, no sólo tiene que juzgar sobre el bien descubierto, sino que, además, ha de iluminar y mostrar ese bien al apetito como bien que aquí y ahora ha de apetecerse. Y esto es el *imperio* o la “aplicación de las cosas deliberadas y juzgadas a la operación concreta” (68).

13. *La imperación de lo justo concreto*. Lo afirmado hace un momento supone la existencia de un último acto en la prudencia: el mandato, a través del cual se pone en movimiento a la voluntad, propia o de otros, para que realice en los hechos la conducta debida. Sin este paso definitivo, todo el proceso de razonamiento en el orden práctico y en especial en el jurídico, quedaría estéril, sin cumplir con su fin propio de dirigir los actos humanos hacia su fin.

Este acto de imperar o mandar es un acto de la razón, ya que “el que impera ordena a otro hacer una cosa, intimándole la orden o significándole lo que ha de hacer, y esta ordenación es un acto racional” (69). Pero es un acto de la razón que supone una moción previa, un impulso anterior de la voluntad, ya que es ella “el principio que mueve a las demás facultades a la ejecución del acto (...) por lo que se sigue que la moción de la razón cuando impera, procede del impulso de la voluntad” (70).

Por ello, el acto del juez intimando a las partes —o a una sola de ellas— a la realización de aquel obrar que ha descubierto como justo en la deliberación y preceptivado a través del juicio, es un acto típicamente racional, contrariamente a lo sostenido por quienes pretenden reducir los imperativos a actos de

(64) *Ibidem*.

(65) Vid. Voz Precepto, en: JOLIVET, RÉGIS, *Diccionario de filosofía*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1978.

(66) *S. Th.*, II-II, q. 49, a. 4.

(67) *S. Th.*, II-II, q. 47, a. 8.

(68) O'NEIL, CHARLES, *La prudencia, sabiduría incommunicable*, en: AA.VV., *Ensayos sobre el Tomismo*, Madrid, Morata, 1963, p. 247.

(69) *S. Th.*, I-II, q. 17, a. 1.

(70) *Ibidem*.

la emoción o de la sensibilidad (71). Los irracionalistas partidarios del “derecho libre” y los empiristas, seguidores de Hume (72), al negar carácter racional a los imperativos jurídicos, terminan yendo a parar al absurdo de un “sentimentalismo jurídico”; estos autores, en su lucha contra el racionalismo absoluto de los exégetas, terminaron perdiendo el equilibrio debido y desterrando completamente a la razón del orden de la *praxis* jurídica. Para ellos, “las sentencias son la obra de los jueces siguiendo a sus instintos, a sus intuiciones y condicionados por las circunstancias. Tesis que ha triunfado en las escuelas «realistas» americanas o escandinavas. Ello nos lleva del *racionalismo* heredado de la época de las luces a su contrario, al total *irracionalismo*, tan poco seductor como el primero” (73).

Pero si el hombre es naturalmente racional y el principio y norma de sus operaciones, personales o sociales, es esa misma razón, no puede renunciarse a su uso en el campo del derecho. Más allá de los desvíos y excesos del racionalismo, que pretendía que el orden jurídico era obra de la sola razón, entendida ésta al modo matemático, es preciso reivindicar los fueros de la inteligencia en la tarea de dirigir la acción humana. Lo contrario, el irracionalismo sociologista, empirista o de cualquier otra índole, no sólo contraría la experiencia indubitable de que el hombre intenta incansablemente sujetar a pautas racionales su vida social, escapando al desorden, la inseguridad y lo arbitrario, sino que además cae en el absurdo contradictorio de afirmar la existencia de un sujeto racional que, por definición, no puede conducirse racionalmente. El imperio, por lo tanto, donde culmina el proceso del razonamiento jurídico, es tan racional como lo ha sido todo el camino que a él conduce.

14. *Prudencia y justicia*. Pero es preciso reconocer algo a los irracionalistas, ya que en el conocer prudencial no interviene sólo la razón. Como ya lo advirtiéramos en la primera parte de este estudio, la prudencia es una virtud formalmente intelectual pero materialmente moral. Es decir, que si bien radica en la inteligencia, su objeto de conocimiento son los actos de la sensibilidad y, en el caso de la justicia, de la voluntad.

Por ello escribe Santo Tomás, que “para que haya un juicio recto se requieren dos condiciones, de las cuales una es la virtud misma que profiere el juicio y en este sentido el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es propio de la razón. La otra es la disposición del que juzga y que le hace idóneo para juzgar rectamente; y así, en lo perteneciente a la justicia, el juicio procede de la justicia, como en lo concerniente a la fortaleza procede de ésta.

Así, pues, el juicio es acto de justicia, en tanto ésta inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio” (74).

(71) Vid KALINOWSKI, GEORGES. *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pp. 3-31.

(72) *Ibidem*.

(73) VILLEY, MICHEL, *Précis...*, cit. t. II, p. 48.

(74) *S. Th.*, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1.

Es por lo tanto errónea la pretensión de hacer del juicio y del raciocinio jurídicos actos de la sola razón; la justicia, hábito de la voluntad, cumple la función de movilizar al entendimiento en el sentido de lo debido; lo inclina a la búsqueda de la solución correcta del caso de derecho. Y si bien es cierto que, en razón de la exterioridad y objetividad del acto justo, es posible que un sujeto habitualmente injusto realice un acto de prudencia jurídica ⁽⁷⁵⁾, ello no será lo habitual; por el contrario, existen las mayores posibilidades de que su voluntad injusta desvíe su juicio y éste resulte imprudente. “La teoría clásico-cristiana de la vida —escribe Pieper— sostiene que sólo es prudente el hombre que al mismo tiempo sea bueno; la prudencia forma parte de la definición del bien. No hay justicia ni fortaleza que puedan considerarse opuestas a la virtud de la prudencia; todo aquel que sea injusto es de antemano y a la par, imprudente” ⁽⁷⁶⁾. Y ello en razón de que sólo quien es justo, o quien, sin serlo habitualmente, se propone objetivamente la realización de un fin justo, puede movilizar verdaderamente a la prudencia para la búsqueda e imperio de los medios conducentes a ese fin. Por el contrario, si el fin que se persigue *no es justo*, la búsqueda de los medios para su logro no será propiamente “prudencial”, sino tarea de una falsa prudencia. La prudencia es virtud, intelectual y moral, y por ello no puede tener por objeto la concreción de un acto injusto ⁽⁷⁷⁾. Santo Tomás llama *prudencia carnalis* a la habilidad de hallar los medios conducentes a un fin injusto y la enumera entre los “vicios opuestos a la prudencia” ⁽⁷⁸⁾.

Es absolutamente cierto que quien, por cobardía, codicia o cualquier otro motivo espúreo, utiliza su experiencia y buen juicio para encontrar los caminos que mejor conducen a un objetivo distinto del que prescribe la justicia, no sólo no puede ser calificado de prudente, sino que atenta activamente contra esa virtud, dando lugar a su grotesca caricatura. Y más grotesca es aún, cuando se menciona explícitamente a la prudencia con el fin de encubrir la cobardía y la pusilanimidad como motivos reales de una decisión injusta. Por ello es tan acertada la frase de Josef Pieper, sobre que “la corrupción de la justicia tiene dos causas: La falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso” ⁽⁷⁹⁾; lo que es más, muchas veces la falsa prudencia del que juzga tiene por origen su cobardía frente a la violencia del poderoso.

Pero por sobre todo es preciso destacar que sin prudencia auténtica es imposible la realización de la justicia; en efecto, quien no conoce la realidad

⁽⁷⁵⁾ Vid. nuestro trabajo *Cuestión acerca de la virtud de justicia y de la verdad en el derecho*, en Revista de la Universidad de Mendoza, N° 3, Mendoza, 1981.

⁽⁷⁶⁾ PIEPER, JOSEF, *Prudencia*. . . , cit., p. 43; vid. DERISI, OCTAVIO, N., *La doctrina de la inteligencia de Aristóteles a Santo Tomás*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1980, pp. 229-233.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. MONTEJANO, BERNARDINO (H.), *Derecho y Prudencia*, en: *Iustitia*, N° 2, Buenos Aires, 1965, pp. 95-98.

⁽⁷⁸⁾ S. Th., II-II, q. 55, a. 1. Vid. RAMÍREZ, SANTIAGO, O. P., *Introducción a la cuestión* 55, ed. cit. pp. 182-183; ARISTÓTELES, E. N., VI, 12, 1144 a 35.

⁽⁷⁹⁾ PIEPER, JOSEF, *Justicia y Fortaleza*, Madrid, Ed. Rialp, 1972, p. 7.

de las situaciones; ni los principios del obrar social, ni ha previsto acertadamente las consecuencias de uno u otro acto, no podrá determinar en concreto y con acierto qué es justo y qué es injusto. Su pretendida "justicia" será un impulso ciego, capaz de conducir al mayor dislate o a la más grave injusticia objetiva. "La justicia —escribe Alvaro D'Ors— es la virtud o hábito moral que consiste en dar a cada uno lo suyo; pero presupone un conocimiento de este suyo que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es el objeto de la virtud de la prudencia (...); por la primera se inclina el juez a juzgar bien y por la segunda averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien" (80). Por ello, resulta evidente que quien no conoce qué cosa es lo suyo de cada cual, está imposibilitado de ser justo; la prudencia es, entonces, condición de posibilidad de la justicia, es la que le otorga su medida, su "medio", la que proporciona un objeto concreto y determinado al movimiento de la voluntad hacia el bien estrictamente debido a otro.

15. *Conclusión.* Llegado el momento de concluir estas breves reflexiones, no nos queda sino poner de relieve la capital importancia que reviste el conocer prudencial en el ámbito del derecho. En efecto, si el derecho es lo justo, la obra o acción adecuada a otro, aquel obrar debido en justicia con estricta necesidad deóntica (81) y las acciones son siempre singulares (82), es evidente que para conocer el derecho en su más estricta acepción, es preciso un modo especial de conocimiento que tenga por objeto el obrar humano en su máxima concreción; en el caso del derecho, el obrar humano singular en materia de justicia.

Este especial modo de conocer, el prudencial, es un conocer de tipo práctico, con causalidad ejemplar y eficiente moral sobre el obrar humano y es el objeto propio de una virtud intelectual, la prudencia, que posibilita la determinación concreta de lo justo y la dirección del obrar humano que de esa determinación se desprende. En el proceso del conocer prudencial, quien debe realizar la acción justa delibera, juzga e impera; interpreta, valora y razona; conoce normas y hechos; concreta las exigencias de los principios universales o generales, en una circunstancia singular e irrepetible. En otras palabras, permite al hombre, en especial al hombre de leyes, aprehender lo justo concreto y dirigir su obrar, o el de otros, a la realización del derecho. Es por ello que este conocimiento, más que ningún otro, merece ser llamado jurídico, ya que lo es por su objeto, por su fin y por su método (83). Podemos decir, por todo ello, que el "deliberativo prudencial" es el modo más propio de conocimiento

(80) D'ORS, ALVARO, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Ed. Rialp, 1963, pp. 12-115.

(81) Sobre el sentido preciso de "lo justo" en la concepción realista del derecho, vid. nuestro trabajo *La categorización del derecho según Santo Tomás*, en prensa, en la revista SAPIENTIA.

(82) *S. Th.*, II-II, q. 47, a. 3: "Operationes autem sunt in singularibus".

(83) Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *Le raisonnement en sciences juridiques*, en: *Représentation des connaissances dans les sciences de l'homme*, Paris, Inst. Nac. de Recherche en Informatique et en Automatique, 1980, pp. 476-485.

jurídico; y ello no sólo desde una perspectiva noética o gnoseológica, sino también, y con mayor razón aún, desde un punto de vista estrictamente práctico, ya que sin prudencia no puede haber justicia, ni por ende convivencia, sociedad, ni bien humano. De allí el gran acierto de Marcel de Corte, cuando llamó a la Prudencia "la más humana de las virtudes".

Por ello, ante la multiplicidad de doctrinas, irracionalistas o voluntaristas algunas, racionalistas a ultranza otras, que se disputan la explicación y ordenación del razonamiento jurídico en su máxima concreción, la doctrina de la prudencia aparece como una síntesis realista de razón y de voluntad, de valoraciones y de lógica, de principios universales y de circunstancias singulares. Y no porque se trate, en este caso, de un eclecticismo más o menos afinado; por el contrario, estamos frente a una adecuación rigurosa del pensamiento a la realidad, a la ponderación de todos los elementos del concreto fenómeno jurídico, a la formulación humilde de la verdad, sin ataduras ni apriorismos ideológicos. Es por esta fundamental razón que, frente a la crisis del racionalismo exegetico y la insuficiencia de los voluntarismos kelseniano, sociologista o empirista, se constituye en una exigencia del reencuentro del pensamiento y la *praxis* jurídica con la varias veces milenaria doctrina de la prudencia.

CARLOS IGNACIO MASSINI
Universidad Nacional de Cuyo
Universidad de Mendoza

LA EMPRESA PUBLICA Y EL LOGRO DE FINES DE INTERES PUBLICO

Como es sabido, el fenómeno de la Revolución Industrial, fundamentalmente acaecido durante el siglo pasado, las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, de la crisis económica de 1929 y, más adelante, la gran alteración socio-económica provocada por la Segunda Guerra Mundial, generaron un cambio profundo en las relaciones sociales. Ello ocurrió tanto en aquéllas establecidas a través de vínculos interindividuales, como, muy especialmente, en la relación del hombre con la sociedad y con el órgano máximo de conducción de esa sociedad, que es el Estado.

A partir de todos estos acontecimientos o también, puede decirse, durante todos estos acontecimientos y luego de ellos, la relación Estado - Sociedad y Estado - Individuo ya no puede plantearse como fue hecho a partir de la Revolución Francesa, con sus presupuestos filosófico-políticos expresados en el individualismo liberal, y desde el auge del Capitalismo Industrial, como decimos, en el siglo pasado. Hoy es impensable el Estado abstencionista, aquel Estado que creía en una sociedad cuyas relaciones iban a darse, en especial desde el punto de vista económico, según leyes inmutables que tenían una capacidad de autocorregir sus propias alteraciones.

La quiebra de esta forma de plantear las relaciones sociales dio origen a lo que distintos autores denominaron "Estado social de derecho", "Estado de bienestar", "Estado de la justicia social" o "Estado de la procura existencial".

Este último término, que parece muy expresivo, fue utilizado por Ernst Forsthoff, quien en su libro *Sociedad Industrial y Administración Pública* dedica unas brillantes páginas a explicar este fenómeno.

Forsthoff parte de considerar que el hombre actúa en dos espacios vitales distintos, en los que, en diferente medida según las circunstancias, transcurre su existencia: a uno lo llama *espacio dominado* y al otro *espacio efectivo* (1).

El *espacio vital dominado* es aquel que está asociado al hombre de un modo espontáneo y que resulta correcto considerarlo como de su pertenencia exclusiva, frente al cual el hombre actúa estimándose a sí mismo como su señor o dueño. Esto se nota muy especialmente en la vida rural anterior al siglo XIX; se trata del hombre viviendo en su granja o en su finca en la que

(1) FORSTHOFF, ERNST, *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Madrid, 1967, pp. 46 y ss.

puede obtener la mayor parte de los bienes de necesaria apropiación, que él necesita para su digna existencia, lógicamente según las circunstancias de la época y lugar.

Recordemos que estamos hablando de una vida que transcurre hace 200 años, donde las necesidades de educación, de comunicación, incluso las mismas necesidades sanitarias, no tenían la dimensión, alcances y extensión que nos presenta la vida actual. Por consiguiente, y esta es la conclusión de Forsthoff, en esa época, en esa vida que, insisto, transcurre fundamentalmente en el espacio dominado por el hombre, éste cubre sus necesidades de apropiación en una medida determinante con sus propios medios, con su propio esfuerzo, con su propio trabajo.

El *espacio efectivo*, en cambio, es aquel que trasciende el ámbito del *espacio dominado*. A partir del desarrollo técnico industrial del siglo XIX y del presente siglo, y teniendo en cuenta aquellos fenómenos sociales que mencionamos al principio, el *espacio efectivo* se incrementó notablemente, siendo cuantitativa y cualitativamente superior respecto del espacio dominado. El espacio efectivo está cubierto por todas aquellas necesidades de apropiación que el hombre no puede obtener directamente por su propio esfuerzo, ya que por su propio esfuerzo sólo logra los instrumentos de cambio necesarios para obtener los bienes aptos para satisfacer aquellas necesidades, y esto, incluso relativamente. Ya no es posible —para dar un ejemplo muy sencillo— obtener alimentos de una explotación agraria, de la granja en la que uno vive. Ya no vivimos en granjas, dado que la mayoría de la población en los países desarrollados tiene una vida estrictamente urbana donde no es factible tener una vaca para ordeñar, un gallinero y una huerta donde producir alimentos. Entonces necesitamos del mercado, del agua corriente, del servicio de gas, del servicio de electricidad, de teléfono, todas como prestaciones esencialmente vitales sin las cuales no podemos subsistir. Imaginemos qué sería de nuestra vida hoy en día, acá en esta ciudad de Buenos Aires, si no existiese electricidad, es decir, no sólo frente a los cortes de luz esporádicos que pueda haber, sino, simplemente, si por un lapso prolongado no existiese el suministro eléctrico. La vida sería imposible, todo se paralizaría, nos quedaríamos sin agua. Imaginemos qué sería de nuestra vida si se corta el suministro de agua. No nos es posible a nosotros hoy en día hacer un pozo en la calle y obtener agua: si no hay un servicio público de distribución de agua corriente, por supuesto, nos vamos a morir de sed, pura y simplemente.

Esta situación, que se genera fundamentalmente a partir de todos los acontecimientos mencionados, es característica de la vida urbana. Y esta vida urbana que transcurre fundamentalmente en lo que Forsthoff llamaba “espacio efectivo”, genera en el hombre una situación que también este autor llama de *menesterosidad social*, y la define como la situación en que se encuentra aquel que tiene que procurarse los abastecimientos vitales deseados, necesarios o excedentes de la medida de lo necesario, no por medio de la utilización de sus cosas propias, sino por medio de la apropiación —que es una apropiación indirecta— de los bienes que otros producen. Nuestra vida moderna, entonces, angosta el espacio vital dominado y amplía el espacio vital efectivo. A la vez, por razones de índole estructural, económica, etc. La riqueza generada por

el trabajo no siempre es suficiente para satisfacer las necesidades generadas por la situación de menesterosidad social.

La procura existencial, entonces, comprende a todos aquellos dispositivos adoptados para satisfacer necesidades emergentes de la menesterosidad social. A la responsabilidad por la satisfacción de menesterosidades sociales y de apropiación, Forsthoff la llama la *responsabilidad existencial*.

Sin duda esta responsabilidad existencial sigue siendo, y Dios quiera que lo siga siendo por mucho tiempo, primariamente un problema de responsabilidad individual. Todo este fenómeno que estamos comentando no provoca una transferencia de responsabilidades del hombre al grupo, por el contrario, mantiene primariamente en el esfuerzo del hombre la responsabilidad por la apropiación de aquellos bienes y servicios que necesita para cubrir sus menesterosidades sociales.

Sin embargo, precisamente ésta es la característica de lo que Forsthoff llama el espacio vital efectivo; en última instancia el individuo sólo ve aseguradas sus posibilidades de existencia, es decir, sólo ve compensada su menesterosidad social, *dentro de la solidaridad del grupo social*. De acuerdo con esta concepción solidarista, no cabe duda de que la gran organización capaz de realizar todas estas aportaciones que precisa el hombre para la apropiación de bienes y servicios necesarios para compensar su menesterosidad social, es el Estado.

La responsabilidad existencial de esta manera se comparte. Por un lado, desde el punto de vista primario, corresponde al individuo, pero por otro lado, desde un punto de vista secundario pero fundamental, en cuanto que sin él todo lo demás es inútil, la responsabilidad existencial se pone en cabeza del Estado. Este Estado que realiza aportaciones, las aportaciones que el hombre necesita dentro de su espacio vital efectivo, es llamado así, entonces, Estado de la procura existencial.

Se indica por este término, procura existencial, a todos aquellos dispositivos que son adoptados para la satisfacción de las menesterosidades de apropiación. Y precisamente, se comprende como Estado de la procura existencial a aquel que, principalmente a través de la Administración Pública, genera aquellos dispositivos adecuados para la satisfacción de las necesidades propias de la situación de menesterosidad social.

De este modo, la responsabilidad existencial se convierte en una obligación de carácter *público*, transferida a los titulares del poder político, al Estado globalmente hablando, quien se compromete a establecer "una regulación justa, socialmente adecuada, de las oportunidades de apropiación" (2).

Se trata entonces, de una nueva dinámica en la actividad estatal, en particular la actividad de la Administración Pública. Estamos así frente a la Administración interventora, también llamada Administración conformadora, pues no se limita a contemplar el desarrollo de la vida social, sino que influye

(2) FORSTHOFF, ob. cit. p. 48.

en ese desarrollo para darle una forma, una dimensión, una orientación determinada. Es la Administración "aportadora de prestaciones" (3) que "... es a la vez, sujeto económico —la primera entre las empresas que existen en el país— y agente ordenador de la economía cuya conducta constituye el principal factor condicionante de su desarrollo" (4).

La doctrina de la Administración interventora puede clasificarse, con el margen de capricho y de relatividad que hay en todo este tipo de clasificaciones, en dos categorías principales, junto con una actividad que actúa de puente o vaso comunicante entre esas dos categorías.

1. La primera de ellas está constituida por las llamadas intervenciones *directivas* o de *política económica estricta*.

2. La segunda la constituyen las intervenciones *directas* o de *ejecución* (5).

Ambas están comunicadas, engarzadas dentro de lo que se llama la *actividad de planificación del Estado*.

Las intervenciones *directivas*, según lo explica García Trevijano Fos, son aquellas que a través de instrumentos y mecanismos desde fuera, tratan de forzar la marcha del sistema económico hacia alguno de los fines apetecidos o fines requeridos por el interés general, por aquellas necesidades de apropiación citadas más arriba. Pueden ser a su vez, indirectas o directas. Son indirectas si actúan, sobre todo, condicionando, sin obligar, sino simplemente motivando u orientando la conducta de los sujetos económicos, basándose, precisamente, en sus reacciones racionales. Estas son todas medidas de *fomento*.

Por el contrario, hay acciones más directas o inmediatas que también tratan de influir sobre la conducta de los sujetos económicos, pero en este caso a través de la amenaza de una sanción posterior para quien deje de cumplir con lo que está requerido por el interés general, o más estrictamente, cumpla con la conducta prevista en una norma de policía, conducta calificada como contravención. Estos son, entonces, *los medios de policía*.

En general, se puede decir que como medidas de carácter directivo, o de política económica estricta, existen instrumentos de política monetaria y de crédito, de política fiscal, incluyendo la arancelaria, y de políticas de policía, en cada una de las ramas de producción de bienes y servicios. La regulación de los tipos de interés, la liquidez bancaria o generación de lo que se llama la oferta monetaria, política de mercado de cambios, crediticio, etc., son todos instrumentos que la Administración utiliza a efectos de esta dirección de la vida económica.

(3) LÓPEZ RODÓ, LAUREANO, *Política y Desarrollo*, Madrid, 1971, p. 141.

(4) LÓPEZ RODÓ, LAUREANO, *Economía y Administración*, en la publicación conjunta *La Administración Pública y el Estado Contemporáneo*, Madrid, 1961, pp. 209 a 211.

(5) GARCÍA TREVIJANO FOS, JOSÉ A. *Concepción Unitaria del Sector Público*, en la publicación conjunta *La Empresa Pública*, Bolonia, 1970, t. I, p. 65.

En el otro supuesto, el otro medio de intervención de la Administración en la vida económica, es el que se da a través de lo que llamamos actividades *directas propiamente dichas* o *ejecutivas*. En ese caso el Estado realiza una actividad en la cual, además de ser sujeto de poder (este es el fundamento de su actuación para los casos comprendidos en la categoría anterior) es también un sujeto económico más, pero hay que remarcar muy especialmente esta situación: es un sujeto económico más, siendo *también* un sujeto de poder. En este supuesto, el carácter principal en que se realiza la intervención estatal es a través de la *asunción parcial por el Estado, medios de producción y de cambio*, ya sea para la realización de actividades que pueden calificarse como de servicios públicos, o para la realización de actividades económicas "simples", es decir, de producción de bienes o servicios no indispensables, pero que siempre deben tener la nota de ser de interés público, conforme lo exige el principio de subsidiariedad. Así nacen las empresas del Estado.

Los motivos clásicos de creación de estas empresas pueden ser descriptos como sigue, de acuerdo con la enumeración realizada por el proyectado estatuto de las empresas públicas españolas (6):

1. Ordenar los sectores económicos en función de la política de gobierno.
2. Atenuar los desequilibrios económicos regionales promoviendo el desarrollo de las zonas deprimidas y atrasadas.
3. Impedir o limitar prácticas restrictivas de la competencia.
4. Prestar y gestionar servicios públicos.
5. Garantizar la defensa y seguridad nacional.
6. Fomentar la investigación científica y tecnológica y su aplicación, así como promover industrias de tecnología avanzada.
7. Regular el mercado del suelo urbano y de la vivienda para evitar su encarecimiento y escasez y mejorar el medio ambiente.
8. Asegurar el abastecimiento y comercialización de materias primas y productos básicos o de primera necesidad.
9. Garantizar el cumplimiento de las funciones sociales, del crédito y del seguro.
10. Fomentar las exportaciones.

Y, finalmente, un criterio general: "cualquier otra actuación en sectores en que no exista o sea insuficiente la iniciativa privada".

(6) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *La Iniciativa Pública en la Constitución. Delimitación del Sector Público y Control de su Expansión*, en la publicación conjunta *La Empresa Pública Española*, Madrid, 1980, pp. 139-216.

Según surge de estas pautas, en realidad todas ellas pueden ser cumplidas a través de cualquiera de las dos formas en que se ha clasificado la intervención directiva de la Administración Pública en la Economía. Ninguna de ellas excluye efectivamente la actividad privada, salvo, excepcionalmente, aquellos campos directamente relacionados con la defensa y seguridad nacional. En todos los otros casos, a través de medios de fomento, o a través de medios de policía (tomando estos dos conceptos en sus sentidos más genéricos, tal como lo indicamos antes) todos ellos pueden ser llevados a cabo por los particulares. En algunos casos, muy claramente, como en el campo de la ejecución de los servicios públicos que precisamente, por definición, de acuerdo con la más moderna doctrina administrativista, son aquellos que son prestados por razones de interés general, y por consiguiente su titular sólo es el Estado. Es decir, la actividad se "*publifica*", pero *siempre* es susceptible de ser ejecutada por particulares a través del mecanismo jurídico de la concesión.

Entonces, el que esta intervención estatal se realice de manera indirecta o simplemente directiva, o a través de medios de ejecución directa, a través del "Estado empresario", del Estado que se hizo titular de los medios de producción de bienes o servicios, dependerá de las circunstancias políticas del momento, de la prudencia de los gobernantes, y de la orientación programática ideológica del partido gobernante.

Actuando como vaso comunicante entre estos dos sistemas de intervención del Estado en la vida económica y social, se encuentra la *planificación*, que (nosotros lo damos por supuesto) se trata de una planificación *indicativa*, o democrática en contraposición con la planificación *imperativa* o totalitaria. Sin intentar dar definiciones, la planificación indicativa simplemente muestra objetivos y trata de inducir pautas de conducta en los sujetos económicos, a través de los medios que hemos señalado anteriormente. En cambio, la planificación totalitaria impone esas pautas de conducta en los sujetos económicos definiendo unos objetivos que no están sujetos a la discusión de la comunidad, sino que son tomados unilateralmente por las autoridades públicas.

Centrando el tema de la planificación con referencia a la actividad empresaria estatal, pueden distinguirse dos niveles de planificación: la *planificación de la empresa pública*, y la *planificación en la empresa pública* (7).

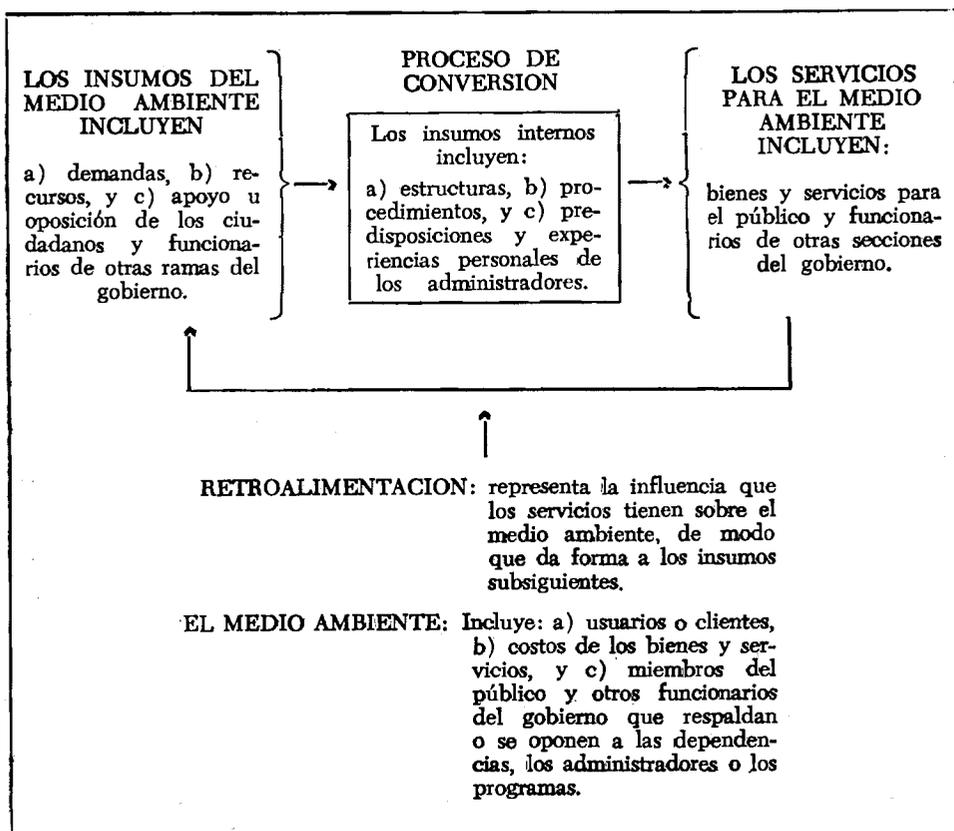
Respecto de la planificación de la empresa pública, dentro del marco global del plan del Estado, es necesario señalar en primer lugar que la autoridad competente para marcar los objetivos de la empresa, es el propio Estado (Administración Centralizada) y esta toma de decisiones se constituye mediante el sistema político de toma de información de la comunidad y del consenso.

El proceso de toma de decisiones, o sistema administrativo, puede graficarse de la siguiente manera (8):

(7) KELLER REBELLÓN, RODRIGO, *La Empresa Pública y Planificación*, en la publicación citada en nota anterior, pp. 217/246.

(8) SHARKANSKY, IRA, *Administración Pública*, México, 1974, p. 15.

El sistema administrativo



Considerando que el Estado dispone de múltiples instrumentos para alcanzar sus objetivos, la cuestión, entonces, es decidir cómo distribuye competencias entre ellos, es decir, por qué instrumentos realiza la toma de información (insumos), qué sectores estructurales procesan esa información (conversión) y, finalmente, quién toma las decisiones (producción de servicios).

Así se determinan cuáles son los objetivos que se encomienda a cada tipo de empresa pública, entre los demás instrumentos de intervención administrativa disponible.

En segundo lugar, la organización de los instrumentos de intervención del Estado, supone un cierto grado de descentralización. En nuestro derecho, y así es común en todo el derecho público occidental, la empresa pública es el instituto descentralizado por excelencia, gozando de personalidad jurídica propia. Este grado de descentralización exige establecer un sistema de *controles* que compatibilice el cumplimiento de los objetivos definidos por el plan

global y la capacidad de adaptación y supervivencia de la empresa en un entorno cambiante.

En tercer lugar, la propia empresa pública es un *testigo* del estado de los ámbitos de la actividad y sirve como instrumento de toma de información, de conocimiento y de experiencia para el Estado a efectos de la fijación de sus objetivos y del análisis de las posibilidades de actuación de todo el sistema económico, es decir, a efectos de la toma de decisiones.

La planificación en la empresa pública supone, a la vez, compatibilizar los objetivos dictados por el Estado con los objetivos internos de la propia empresa. En este sentido se debe evitar que los objetivos propios de la empresa, produzcan una neutralización de los objetivos políticos generales del Estado, es decir, los objetivos que emanan de la planificación general. Esto repercute necesariamente en la organización interna de la empresa, ya que debe aunar a sus propios sistemas de control e incentivos, los sistemas de control e incentivos generales del Estado y por consiguiente, entonces, también se multiplica el campo de toma de información porque *la empresa se mueve en dos campos o en dos ámbitos diferentes*, uno es el de la realidad económica en el que lleva a cabo sus actividades y otro es el del contexto de la política económica.

Realizado este muy rápido análisis de la existencia y medios de actuación de la empresa estatal, cabe señalar uno de los problemas más acuciantes que trae aparejado el fenómeno del Estado empresario, tal cual es *la relación entre empresa del Estado y Estado de derecho*.

El análisis que se hizo en los párrafos iniciales de manera alguna supone la renuncia o abandono a aquellos principios políticos y filosóficos en definitiva rectores de la convivencia social, que de una manera muy vaga, quizás desde el punto de vista científico, pero bastante clara en la terminología diaria, denominamos democracia, estado de legalidad o Estado de Derecho.

Lo que ocurre es que aquellos principios hay que adaptarlos a los nuevos hechos, no para que se modifiquen en su esencia, sino, por el contrario, para que sigan teniendo vigencia en esta actual realidad del Estado empresario. Recordando la clásica concepción política constitucional de la división de poderes originada en el constitucionalismo inglés y, fundamentalmente, en el constitucionalismo francés y americano, se nos presentan tres "poderes", si bien relacionados pero independientes, los tres con un ámbito de actuación o de competencia definida, actuando en pleno sometimiento a la Constitución.

En sus recíprocas relaciones el Poder Ejecutivo está sometido al Poder Legislativo que es el que encarnaría entonces de una manera máxima la expresión de la voluntad general, mientras que por otra parte el Poder Judicial tiene como cometido fundamental resolver los conflictos intersubjetivos de derecho de acuerdo con la ley también emanada de ese soberano Poder Legislativo. Pero este marco ideal de organización político-constitucional puede quedar quebrado al enfrentarnos a esta nueva realidad que nos muestra a una Administración Pública, es decir, la estructura organizativa sometida a la jerar-

quía del Poder Ejecutivo, actuando en un campo donde su referencia con la ley, su sometimiento con la ley queda demasiado alejado.

Si los medios de intervención puramente directiva o indirecta, le dan a la Administración Pública un ámbito de actuación discrecional, es evidente que la actuación empresaria estatal va a permitir un plano ya no discrecional (si bien tampoco debe calificárselo de arbitrario) pero sí de absoluta libertad respecto de aquellos principios que son tipificadores del Estado de derecho. En esta perspectiva se insertan realidades sociales y políticas que están incluso por encima de lo que una regulación jurídica no apropiada para estas realidades puede prever. Así, a nadie se le escapa —partiendo del supuesto precisamente de que las empresas del Estado son, en términos generales, las empresas de mayor peso económico, de mayor magnitud y de mayor poder— el gran prestigio social y, por consiguiente, el gran poder político que el ser directivo de una empresa de esta naturaleza trae aparejado. Si pudiéramos medir (si bien en términos de medición exacta, es difícil) o hacer una comparación del poder político que tiene por ejemplo un Diputado, un Senador o un Ministro (en especial de un Ministerio que no tiene una relación tan directa sobre la vida económico-social) comparar, entonces, el poder político de estos funcionarios en particular de los Legisladores (verdaderos y típicos representantes del pueblo, según nuestra Constitución) con el poder político-social que puede tener el Presidente del Directorio o el Administrador o incluso un gerente de una de las grandes empresas del Estado, yo creo que sin duda comprobaríamos que tiene una mayor cuota de poder este último que los primeros. Sin embargo, el directivo de la empresa estatal no fue elegido por voto popular ni tampoco se encuentra sujeto a las responsabilidades estrictamente administrativas (por lo menos, según la moderna teoría “privatista” de las empresas del Estado, tiene estas responsabilidades administrativas muy limitadas); tampoco está sometido a las responsabilidades políticas, a las que puede estar, por ejemplo, un Ministro que normalmente es un político que está siguiendo su carrera política, que tiene una exposición mucho mayor frente a la opinión pública, que está sometido a las interpelaciones del Poder Legislativo, que tiene una responsabilidad política insisto, frente al Presidente de la Nación, etc.

El directivo de la empresa del Estado, en cambio, a pesar de tener un poder real y una influencia sobre nuestra vida diaria mucho mayor, pasa bastante más “desapercibido” que cualquier otro funcionario estatal.

Es pertinente recordar algo que James Burnham escribió hace muchos años, allá por 1942 en el famoso libro *La Revolución de los Directores* ⁽⁹⁾, en el que señala que estamos presenciando el nacimiento de una nueva Era o una nueva Edad que deja atrás al sistema capitalista e incluso al sistema socialista para dar nacimiento a una sociedad que él llama “directorial”, es decir, la sociedad efectivamente gobernada por los ejecutivos o directores de grandes empresas, que con sus decisiones provocan profundas transformaciones en la vida de las

⁽⁹⁾ BURNHAM, JAMES, *La Revolución de los Directores*, Buenos Aires, 1967. Ver también, desde otra perspectiva, MANUEL GARCÍA PELAYO, *Burocracia y Tecnoocracia*, Madrid, 1974.

comunidades. En ellas, incluso, como es lo más típico en las empresas del Estado, el fin de lucro ha dejado de ser uno de los objetivos principales, esto especialmente atendiendo al fenómeno de la distinción entre propiedad y dirección de la empresa, lo que provoca que el objetivo empresario sea, en gran medida, la producción en sí misma y a la vez, el gran incentivo económico de quienes toman las decisiones, es decir, los directores, se origina en la posición social-económica que les da ese papel de directores. Esto ocurre, decía Burnham, tanto en el campo de las empresas privadas como en el campo de las empresas públicas. Si es difícil controlar este fenómeno en las empresas privadas, mucho más difícil, por el gran poder que encierran, va a ser controlarlo en el campo de las empresas públicas. Por lo tanto, para que la realidad (que es hoy incuestionable y, seguramente, va a seguir existiendo así durante muchísimo tiempo más) del "Estado Empresario" se compatibilice con las exigencias del Estado de derecho, deben darse por lo menos tres condiciones:

La primera es que la creación de empresas estatales, importe o no un monopolio, o sea, la exclusión de la actividad privada en el campo en que la empresa estatal actúa, debe ser decidida por ley del Congreso, lo mismo que la creación de empresas subsidiarias de las ya existentes, siempre y cuando esta creación de empresas subsidiarias no responda a una mera razón operativa de la empresa madre. En este sentido la interpretación debe ser restrictiva, es decir, favorable a la necesaria ley del Congreso. Este principio, lógicamente, debe ser extendido a la adquisición de participaciones en empresas privadas.

De esta manera se asegurará la más amplia vigencia del principio republicano de gobierno: el debate entre los distintos representantes de la comunidad, la decisión mayoritaria y razonada, la publicidad de ese debate y de las distintas contingencias que la tramitación legislativa trae aparejada.

Como segundo requisito es el sometimiento estricto de la actuación de las empresas estatales al régimen del derecho administrativo⁽¹⁰⁾. Esto implica, lo reconozco, una total contradicción con la actual y mayoritaria orientación doctrinaria, pero se debe tener en cuenta algo fundamental: el derecho administrativo es, principalmente, un derecho de control, un derecho que permite la realización del control de los actos del inferior por el superior, y un derecho que impone o establece un ámbito de protección para los derechos subjetivos públicos de los administrados. De ahí entonces que la aplicación, limitándonos a nuestro derecho positivo, de leyes como la ley de contabilidad, la ley de obras públicas, el reglamento de contrataciones del Estado, la ley de procedimientos administrativos, son en la práctica ni más ni menos que normas que permiten la realización de un efectivo control sobre la actividad de las empresas del Estado y más estrictamente de quienes les corresponda dirigir a las empresas del Estado. Estas son leyes de control administrativo y *controlar*, en el mundo del Estado, en el mundo de la política, significa *limitar el poder* del controlado en función del poder del controlante. En la medida que el contro-

(10) BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1980, pp. 188/218.

lante tenga directa o indirectamente una relación con sistemas de elección popular y, a su vez, esté sometido al control de la opinión pública, estaremos así cercenando el ámbito discrecional, excesivamente discrecional, arbitrario o libérrimo, de actuación de las empresas estatales, sometiéndolas entonces, de pleno, en las exigencias del sistema de gobierno republicano. Esto en nada obstaculiza la gestión comercial o industrial de estas empresas que muy bien pueden tener regímenes jurídicos apropiados para una eficaz gestión comercial o industrial. Por otra parte, ya que se ha utilizado esta palabra *eficacia*, es necesario recordar que cuando estamos hablando de las empresas públicas, o sea de las empresas de propiedad del Estado, la eficacia es una *eficacia política* y no económica. Estas empresas no se crean, o no se deben crear, con un sentido "fiscalista", sino para la satisfacción de fines de interés público, de bien común, de ahí entonces que la regulación jurídica de estas empresas no debe estar condicionada a brindarles medios o facilidades para la obtención de un mayor lucro, sino simplemente condicionada a que estas empresas puedan cumplir con el fin de interés público que las justifica.

Si estas empresas se convierten en un Estado dentro del Estado, sin ningún sometimiento a la autoridad política general, que se supone controlada por el pueblo, desvinculada de las exigencias del Estado de derecho —por cuanto estarían reguladas por el derecho privado y no por las normas de derecho público, que actualizan y ponen en práctica a los principios del Estado de derecho— es posible que estas empresas puedan obtener mayor lucro (o no; la experiencia nos está demostrando que no) pero sin duda van a contrariar el fin de su creación y en lugar de ayudar a la consecución de fines de interés público, estará obstaculizado el logro de esa finalidad.

Y por último, como tercer requisito, debe darse en estas empresas algo que la moderna teoría administrativista está hoy en día exigiendo como una mayor garantía de democratización de la actuación de la Administración Pública (11), esto es, la participación de los administrados, o más precisamente de los grupos de interés de los administrados en la toma de decisiones de la Administración Pública. Esto último, respecto de las empresas estatales debería darse en dos niveles: en el plano de la Administración Centralizada, en el órgano que planifica la actuación *de* las empresas estatales; y en el ámbito de cada empresa, en el órgano que corresponda, para que este principio también tenga vigencia en la toma de decisiones *en* la misma empresa.

Cómo se realiza esta propuesta es algo ya más complejo y que requiere un mayor esfuerzo de elaboración legislativa, sin duda con un previo debate y consulta a la opinión pública y a la opinión de estas agrupaciones naturales de intereses de los administrados.

De esta manera, podrá quedar relacionada la empresa del Estado con el Estado de derecho.

(11) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Democracia y Administración*, en la publicación conjunta *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

No obstante ello, es necesario recordar que la buena actuación de la empresa del Estado, por ser realmente sólo un sector de la actividad estatal, únicamente existirá cuando exista, a la vez, una buena actuación estatal. Sólo con un Estado eficaz, justo, consciente y coherentemente orientado hacia la obtención del bien común, podrán lograrse dos valores en lo que se refiere a las empresas del Estado: primero, una natural limitación de la actividad empresaria estatal, que no supere el límite que en cada circunstancia exija el principio de subsidiariedad; segundo, una eficaz actuación de cada una de esas empresas, que compatibilice más adecuadamente el costo público que representan con los beneficios públicos que deben obtener.

RODOLFO C. BARRA

LAS CAUSAS INTRINSECAS DEL DERECHO

No obstante la clara definición que la filosofía aristotélico-tomista nos brinda de ciencia como *certa cognitio per causa*, sorprende advertir la casi total ausencia de trabajos de iusfilósofos enrolados en aquella orientación que analicen integral y exhaustivamente el tema de “las causas del derecho” (1). Es este un problema que por su importancia primaria, hubiese exigido una mayor y más profunda atención por parte de los excelentes pensadores que militan en las filas del realismo jurídico.

Santo Tomás de Aquino señala: “cada uno es tanto más sabio, cuanto más accede al conocimiento de la causa” (2). La clave de la actividad científica, la brinda esa búsqueda de las causas, y la diferente naturaleza de éstas, determina la noción analógica de ciencia. Conocer científicamente, es conocer las cosas a la luz de sus causas, tanto en el orden predicamental —en las ciencias particulares—, como en el trascendental —en la metafísica— (3).

Frente a las concepciones jurídicas predominantes en nuestro tiempo, incapaces de trascender el derecho positivo y de brindarnos la esencia de lo jurídico, no cabe otra alternativa que desarrollar una completa etiología jurídica. Es que la ciencia moderna, incluida la del derecho, se constituye desde el olvido o negación del orden ontológico natural, y desde el subjetivismo soberbio y disolvente que se irá perfilando a partir del Renacimiento. Aquella ciencia, ha dejado de ser un conocimiento de los entes y se ha transformado en un conjunto de proposiciones sistematizadas acerca de un objeto del pensamiento o de la experiencia, con el propósito de servir más a lo útil o al poder, que a la verdad y al bien.

Para aprehender en profundidad esa realidad cambiante que es el derecho; para no quedarnos en el *factum*, en la mera experiencia jurídica, y para alcanzar el *verum*, el concepto de juridicidad, el *propter quid*, necesitaremos una explicación causal del derecho, la que nos posibilitará el “mejor” saber acerca de ese objeto. La pregunta científica por excelencia es el porqué, la

(1) Una de las obras que con mayor extensión desarrolla el tema es *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás* de Louis Lachance, Buenos Aires, 1953. Bajo influencia suareciana se destaca *Las causas del derecho* de Alfredo Fraguero, Córdoba, Assandri, 1949. Referencias sintéticas han realizado Tomás Casares (*La justicia y el derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974); Mons. Octavio N. Derisi (*Esencia y vida de la persona humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1979); Francisco Olgiati (*El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977); Guido Soaje Ramos (*Sobre la politicidad del derecho*, Boletín de Estudios Políticos, Nº 9, Mendoza, 1958); Teófilo Urdanoz (“Introducción a las cuestiones 57 y 58, II-II, *Suma teológica*, BAC, Madrid, 1956); Carlos I. Massini (*Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978); Juan A. Casaubón (*Introducción al Derecho*, vol. 3, Buenos Aires, Ariel, 1981, etc.).

(2) SANTO TOMÁS DE AQUINO, In I Metaph, lect. 1.

(3) SANGUINETTI, JUAN JOSÉ, *La filosofía de la ciencia según Santo Tomás*, Pamplona, EUNSA, 1977, p. 25.

pregunta causal (4), pues según enseña el Estagirita: “no tenemos ciencia de una cosa sino cuando hemos conocido la causa” (5).

Un error en que se ha incurrido, es hablar del derecho sin explicar previamente el alcance con el que se utiliza dicho término, lo que atento al carácter análogo del mismo puede generar confusiones. A los efectos de no incurrir en esa imprecisión, digamos que la analítica etiológica (6) a considerar, es sobre el analogado principal, sobre aquella realidad a la que propia e intrínsecamente le conviene el nombre de “derecho”; es decir, que nuestro campo será el de la *res iusta*, la cosa justa o lo justo objetivo. El realismo jurídico tomista comienza afirmando *ius est res* es que el *opus* y la *actio*, tomadas en su exterioridad y separados del sujeto, “caen al nivel de las cosas, y solo son derecho en cuanto pueden ser equiparados a una cosa y tratados como cosa” (7); pero no cualquier cosa, sino la cosa justa o sea aquella debida, conmensurada o proporcionada a otro (*proportio ad alterum*). En definitiva, “solo las acciones humanas (o las cosas que tienen por objeto dar o hacer) pueden llamarse con propiedad justas. Los demás analogados son derecho pero en sentido impropio y por la vinculación y referencia que mantienen con el analogado principal” (8).

Conocida es la afirmación tomista que el derecho es el objeto de la virtud de la justicia (9); es que “si el acto de justicia consiste en dar a cada uno, lo suyo, es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propiedad de alguien” (10), y este *summi* de cada uno constituye “lo justo” o el derecho (11). Cuando se habla de la justicia puede significar: a) una virtud moral; b) una cualidad por la cual el acto exterior es justo o conmensurado a otro; y c) un fin del ordenamiento jurídico (12). Insistimos que en el presente trabajo la óptica se fija en el sentido b), o sea, sobre aquellas operaciones objetivas o exteriormente justas que en cuanto, al margen de la intención del sujeto, den al otro lo suyo o no lo priven de lo suyo.

1. *Causa material*: Será Aristóteles el primer filósofo en emplear la noción de materia con un significado filosóficamente preciso, definiéndola “aquello de lo que se hace y en lo cual es” (13), y Santo Tomás en similar orientación dirá: *materia est, ex qua aliquid fit* (14). Siendo la materia aquello de lo cual se hace o puede hacerse algo, en el caso de una estatua, su materia es mármol,

(4) *Ibidem*, p. 55.

(5) ARISTÓTELES, *Segundos Analíticos*, I, 2, 71.630.

(6) Ver ANTONIO MILLÁN PUELLES: *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1962, p. 166 y ss.

(7) GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución Tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 23.

(8) PUEYRRREDÓN, ERNESTO, *El concepto de derecho*, UNIVERSITAS Nº 14, p. 15.

(9) SANTO TOMÁS DE AQUINO: *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 1.

(10) SANTO TOMÁS DE AQUINO: *C. G.*, II, 28.

(11) El Aquinate declara: “los juristas llaman derecho a lo mismo que Aristóteles denomina lo justo, Isidoro expone en el libro de las *Etimologías* que se dice Derecho como si dijera lo justo”; (Lección 12, Comentario al Libro V de la *Ética a Nicómaco*).

(12) CASAUBON, JUAN ALFREDO, *La justicia y el derecho positivo*, Mendoza, Idearium, 1979, p. 22.

(13) ARISTÓTELES, *Phys.* II, 3.

(14) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I, q. 92, a. 2, ad. 2.

atenta a que ella es “de” y “en” mármol. La materia es el sujeto permanente de los cambios físicos; pero además su causalidad reside en ser el sujeto determinable de cuya potencialidad se educa un nuevo ser.

La filosofía moderna prescindirá del concepto metafísico de materia a la extensión y de la reducción de la realidad material a propiedades geométricas del espacio, predominará la llamada concepción científico-natural de la materia (15).

La pregunta por la causa material del derecho nos lleva a tratar de localizar aquello en lo que potencialmente está el derecho o lo justo, por eso dice Fraguero: “la causa material del derecho debe ser aquella actividad humana en la que el derecho se encuentra potencialmente, vale decir, el acto humano determinable jurídicamente” (16). La respuesta a dicho interrogante está explícita y reiteradamente afirmada por Santo Tomás: “Y por lo tanto, como la justicia se ordena a otro, no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solamente las acciones y cosas exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto” (17); “pero la materia de la justicia es la operación exterior, en tanto que ésta misma, o la cosa de que se hace uso tiene respecto de otra persona la debida proporción” (18); “la rectificación, pues, de estas operaciones (las exteriores), en cuanto terminan en las cosas exteriores, pertenecen a la justicia” (19); etc. Es decir, que conforme a las enseñanzas del Aquinate, las operaciones exteriores y todo lo que ellas alcanzan, constituye aquello en lo que potencialmente está el derecho; o también, aquello con lo que se “hace” el derecho y en lo que “es” el derecho. De manera más precisa, podemos decir que la materia inmediata o próxima de los actos justos o de derecho lo constituyen las acciones exteriores por las que el sujeto da al otro lo suyo, o no lo priva de ello; pero, además, en aquellos actos aparecen usándose o comprometiéndose cosas o bienes exteriores, por lo que éstos también son considerados la materia mediata o remota del derecho o lo justo (20).

Perfilemos, seguidamente, con mayor precisión, a esa conducta humana que se encuentra potencialmente apta para juridizarse. Se trata de una conducta emanada del hombre actuando como sujeto inteligente y libre, o para expresarlo con palabras de nuestro Código Civil, al regular el acto jurídico exigiéndole que se realice con discernimiento e intención libre. Los actos propiamente humanos proceden de la voluntad, pero iluminada por la razón; suponen un discernimiento intelectual y un propósito orientado a un determinado fin escogido libremente. Conviene advertir, que esta intención que se ha incluido como requisito de la conducta humana, materia del derecho, podemos encontrarla no sólo como una intención actual, apuntando volitiva y explícitamente a un fin intelectualmente dilucidado, sino también incluye una intención sólo virtual que puede asumir dos modalidades: a)

(15) FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, t. II, p. 153.

(16) FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana,

(17) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, q. 58, a. 8.

(18) *Ibidem*, q. 58 a. 10.

(19) *Ibidem*, q. 58 a. 9.

(20) URDANÓZ, TEÓFILO, “Introducción a la cuestión 58 de la *Suma Teológica*, II-II”, BAC, p. 250.

cuando alguien tuvo al comenzar su acción una determinada intención actual, la que al no haberle revocado la mantiene como suya, aunque no repare intelectualmente cuando actúa en el fin propuesto; por ejemplo, el inquilino que cumple mensualmente con sus diversas obligaciones sin explicitar intelectualmente en cada una de sus operaciones el fin que tuvo en cuenta al constituirse en locatario (intención virtual explícita); y b) cuando se ejecuta una conducta que conduce de por sí a un cierto resultado, no obstante que el agente carezca de una intención dirigida a ese fin-resultado; como por ejemplo, el caso del automovilista que sale con su vehículo sin escape silenciador alguno, el que en consecuencia produce inevitablemente, aunque no sea su intención, diferentes molestias en los miembros de la comunidad y las consiguientes infracciones a las reglamentaciones del tránsito (intención virtual implícita) (21).

Conforme al carácter humano de la conducta juridizable, queda descartada la posibilidad de incorporar a los seres irracionales al mundo de los sujetos de derecho; no hay posibilidad de atribuir juridicidad a aquellos entes que carecen de razón, voluntad y libertad; pues el débito y el bien, implicados en el derecho, resultan incomprensibles a los que pertenecen al mundo no-humano; por eso Cicerón afirmaba: "La naturaleza del derecho hay que buscarla en la naturaleza del hombre" (22).

Otra nota que corresponde señalar de la conducta humana en la que se instala el derecho, es la exterioridad de la misma. El Estagirita en su *Ética Nicomaquea* enseña: "lo que primeramente importa en la esfera de lo justo y de lo injusto, es la acción exterior del hombre" (23), y así también, Pieper, siguiendo a Aristóteles dice: "donde quiera que se dé una acción externa entra en juego la justicia o la injusticia" (24). La justicia se encarga de rectificar conductas exteriores, en tanto éstas o las cosas de que se hace uso tienen respecto de otra persona la debida proporción. El derecho reclama encarnarse en una conducta que efectivamente dé al otro lo suyo o no le saque algo de lo suyo y, en consecuencia, prescinde de lo que no alcanza a exteriorizarse, aunque según ya hemos visto, la conducta jurídica no es pura exterioridad dado que requiere siempre la intervención del discernimiento intelectual y la intención libre. La materia del derecho excluye a aquellas conductas meramente interiores, que quedan encerradas en la intimidad psíquica del sujeto, y exige conductas que trasciendan esa subjetividad y establezcan la coordinación (*coordinatur*) con otro hombre, pues esto claramente lo señala Santo Tomás: "La rectificación de las operaciones que terminan en algo exterior pertenecen a la justicia, mientras que aquellas de estas mismas operaciones, bajo el aspecto de derivadas de las pasiones, pertenecen a las otras "virtudes morales" (25). Otra precisión de importancia en torno a la exterioridad apun-

(21) En todo lo referente al análisis de la conducta jurídica se ha utilizado de Guido Soaje Ramos *El concepto de derecho* (2ª parte), Cuadernos Didácticos Nº 3, Instituto de Filosofía Práctica, 1979.

(22) Cit. por SERRANO VILLAFANE, E., *Naturaleza-Naturaleza Humana-Derecho Natural*, en Tommaso d'Aquino nel suo settimo centenario, Edizioni Domenicane Italiane, t. I, p. 361.

(23) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 5.1. p. 886.

(24) PIEPER, JOSEF, *Justicia y Fortaleza*, Rialp, Madrid, 1968, p. 56.

(25) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, q. 58, a. 8.

tada de la conducta jurídica es que ella puede consistir en una acción o también en la omisión de la acción jurídicamente prohibida y, además, al derecho le interesa la conducta, no tanto en su hacerse como cuanto hecho (26).

Ya ha quedado adelantada otra característica de la conducta, materia del derecho, que corresponde ser considerada con más detalle; aludimos a la nota de "alteridad" (*alter*: otro) que describiera originariamente Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*. La justicia propiamente dicha, rectifica actos referidos a otro sujeto, dado que "no es posible que alguien cometa injuria consigo mismo" (27). El derecho es siempre relación a otro; ya en sus "Sentencias" el Aquinate destaca que la justicia realiza la adecuación de la obra exterior con otro (28), y en la *Suma Teológica*, en concepto reiteradamente expuesto, dice: "Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas relativas a otro" (29); "La justicia es la raíz común de toda ordenación a otro" (30); etc. El derecho o lo justo, es la cosa exterior adecuada a otro, y por ello puede decir que la justicia es el bien del otro (*bonum alterius*), pues su requerimiento se dirige sobre quien recae algún débito justo para con otro y por eso no hay juridicidad sino entre dos o más personas y sólo en medio de la vida social. En cuanto a la relación generada por el derecho, y empleando una terminología moderna, dejemos precisado que el sujeto activo o el subjetivo pasivo pueden ser un individuo humano o un grupo humano, público o privado; aunque corresponde advertir, y sin perjuicio de las consideraciones que procederían de referirnos a la causa final, que de manera inmediata o mediata en toda relación jurídica aparece interesada o comprometida la comunidad política.

Respecto de este compromiso para con el otro que implica la justicia, la filosofía jurídica del Aquinate establece que "la justicia propiamente dicha requiere diversidad de sujetos" (31). Es que el derecho en sentido estricto —*simpliciter*— requiere que el otro sea absolutamente distinto, independiente y sin subordinación para con el sujeto a quien se dirige la exigencia de la justicia: "entre dos hombres, de los cuales ninguno está bajo el otro, sino que ambos están sometidos al mismo gobernante de la ciudad; y entre tales individuos, según Aristóteles, se da el derecho en sentido estricto" (32). No cabe la justicia propiamente dicha, sino un derecho imperfecto o incompleto —*inustum secundum quid*— en aquellos casos en que los sujetos comprendidos en la relación no tienen la independencia y distinción señalada, sino que por el contrario aparecen de algún modo confundidos entre sí; es, por ejemplo, la situación entre esposos o entre padres e hijos, aunque Santo Tomás respecto a estos ejemplos aclara: "Uno y otro, sin embargo, considerados como hombres, son seres subsistentes por sí mismos, distintos de los demás; consiguientemente, en cuanto uno y otro son hombres, de algún modo hay para con ellos justicia,

(26) OLGIATI, F., ob. cit., p. 158. En cuanto la distinción de la acción (*actio*) realizadora del acto (*actum*) justo ver Georges Kalinowski, *El concepto de derecho*, Archives de Philosophie du Droit, N° VIII, París, Virey, 1953.

(27) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 5, 1138 a. 15.

(28) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sent.* 3 d. 333 q. 3 a. 4 sol. I.

(29) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, q. 57, a. 1.

(30) *Ibidem*, q. 58, a. 8.

(31) *Ibidem*, q. 58, a. 2.

(32) *Ibidem*, q. 57, a. 4.

y de ahí que se den también leyes sobre las relaciones de padre e hijo” (33). Esta exigencia del derecho pleno de reconocer al otro en cuanto otro, permite distinguir según Pieper la justicia del amor (34), y se funda en razón de que la coordinación o commensuración en la que consiste lo justo, no podría concretarse entre sujetos no independientes o indiferenciados (35).

Sintetizando el precedente análisis, digamos que la materia capaz de recibir forma jurídica, la constituyen las conductas propiamente humanas exteriores, referidas a otro sujeto y todo lo que aquellas conductas alcanzan (36).

2. *Causa formal*: La forma concurre a la constitución de un compuesto, como parte intrínseca, determinante y especificadora, por eso en filosofía aristotélica-tomista se la define: “aquello por lo que una cosa es intrínsecamente lo que es” “aquello por lo cual cada cosa recibe su esencia”, o también “lo que da cuenta de la quiddidad de la cosa”. Representa la causa formal la actualización de la materia, especificando o determinando intrínsecamente la manera de ser del ente.

Hemos dejado constancia al comienzo de este discurso, que estamos considerando al derecho como “la misma cosa justa” o simplemente como “lo justo”; recordemos una vez más al Aquinate: “los juristas... llaman derecho a lo mismo que Aristóteles ha denominado lo justo” (37). Pero lo que nos proponemos dilucidar seguidamente es aquello en que consiste propiamente lo justo, y para tal tarea nada más aconsejable que servimos de la respuesta aportada por Santo Tomás: “llámase derecho lo que corresponde según alguna especie de igualdad a alguien” (38); “derecho o justo es lo ordenado a alguien según algún modo de igualdad” (39); “derecho o justo se dice de algo por razón de igualdad a alguien” (40); “se dice justo a alguien... que observa la igualdad, es decir, a quien quiere tener igualmente bienes y males” (41); etc. La igualdad es la característica esencial, última y más específica de la justicia y, de su objeto, el derecho. Con dicha nota, se condensa el concepto esencial del derecho.

Fue Pitágoras el que originariamente vinculó la justicia a la igualdad; e incluso, este pensamiento puede remontarse a Homero y a la antigua mitología griega, que personificaba esta función igualitaria del derecho o *dikaion*, en la diosa Diké, encargada de presidir los juicios y a la que por el símbolo de la espada le corresponde la división de las cosas en partes iguales (42). Aristóte-

(33) *Ibidem*.

(34) PIEPER, J., *ob. cit.*, p. 38.

(35) Ver RAFFO MAGNASCO, BENITO. Nota a la Lección 11 del Comentario al Libro V de la *Ética a Nicómaco*, Buenos Aires, 1946, p. 172.

(36) LACHANCE, L., *ob. cit.*, p. 223.

(37) SANTO TOMÁS DE AQUINO, Comentario al Libro V de la *Ética a Nicómaco*, Lect. 12. Respecto a la etimología y acepciones del término “derecho” ver URDANOZ, TEÓFILO, t. VIII de la edición bilingüe de la *S. Th.*, Madrid, BAC, 1956, p. 180; y CASAUBÓN, JUAN A., *Introducción al Derecho*, vol. 3., *ob. cit.* También VILLEY, MICHEL, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, p. 106.

(38) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, q. 57 a. 1.

(39) *Ibidem*, q. 57 a. 2.

(40) *Ibidem*, q. 57, a. 4.

(41) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Comentario...*, *ob. cit.* lección 11.

(42) URDANOZ, T., *Introducción...*, *ob. cit.* p. 243.

les afirma insistentemente esa identificación entre lo justo y la igualdad: "lo justo, la justicia, es lo igual y la injusticia lo desigual" (43).

Ser justo significa vivir la igualdad con el otro, darle en igual medida que lo debido, ajustar la conducta a sus títulos, no alterar la medida de lo suyo. La justicia rectifica la acción exterior haciéndola justa, de manera que le brinde al otro lo suyo, el *suum. quiqúe*. Desarrollando esta posición, Lachance concluye: "la igualdad del obrar exterior —igualdad cuyo término es otro—, es lo que constituye el objeto al que se refiere la justicia" (44). La justicia emplaza al sujeto para que le dé al otro lo que le pertenece, establezca la igualdad de cosas o acciones según lo suyo del otro. El derecho, en cuanto obra o acción justa, consiste en una conducta exterior adecuada a otro mediante algún modo de igualdad. La relación de derecho designa una relación de ajuste o de igualdad; es que la cosa justa —acción y la cosa exterior que tiene por objeto dar, hacer o no hacer— es precisamente justa porque se adecua o iguala al título del otro. Lo suyo de cada uno está reconocido o atribuido en orden a la perfección del sujeto (45); y la conducta justa iguala aquello que le pertenece al otro. El derecho "se determina conforme a sus tendencias (del hombre) y a sus necesidades. Está, pues, imperado en su misma estructura por valores individuales y sociales, es una adecuación a los títulos de otro y, en definitiva, a las exigencias del bien común" (46).

La materia del derecho es la operación exterior y las cosas que se manejan y respetan en y por dicha conducta, medida por una proporción de igualdad con las exigencias de otra persona. El derecho queda satisfecho en tanto y en cuanto se guarda esa igualdad exterior con lo suyo del otro, sin atender —en principio— a las disposiciones internas del sujeto. La causa formal del derecho consiste en ese ajuste o igualdad de una acción humana exterior respecto al título del otro. El acto justo de derecho posee la rectitud exterior que le brinda la justicia, consistente en dar a cada uno lo suyo, y atento a que puede faltar en ese acto la rectitud interior, o sea, que el sujeto lo haya realizado sin intención justa; puede legítimamente hablarse que en el campo jurídico o de lo justo, es suficiente una mediación objetiva, sin requerirse además una subjetiva.

La justicia como virtud moral necesita inevitablemente de la rectitud interior del sujeto; pero, precisamente, la diferencia de la justicia respecto a las demás virtudes morales, reside en que mientras éstas siempre exigen que sus actos vayan acompañados de buena intención, por el lado de aquella otra virtud es posible que se den actos u obras de justicia que cuenten con la cualidad o rectitud objetiva que emana de esa virtud —lo justo— pero que, sin embargo, carezcan de intención virtuosa.

Toda virtud moral consiste en un medio (47) que varía específicamente según la materia en que se imprima aquélla (48). Dicho medio puede ser de

(43) ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* 5, 67.

(44) LACHANCE, L., ob. cit., p. 225.

(45) SANTO TOMÁS DE AQUINO, C. G. II, 93 y S. Th. I, q. 21, a. 1.

(46) LACHANCE, LOUIS, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Rialp., 1979, p. 189.

(47) SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. Th. I-II, q. 64 a. 1.

(48) Ver RAMÍREZ, SANTIAGO, *La Prudencia*, Madrid, Palabra, 1978, p. 107 y ss.

razón, es decir, de conformidad con la regla o medida de la razón tomada por comparación con el hombre virtuoso mismo; pero también se dice del medio real o de cosa, consistente en el sometimiento a la regla de la razón obtenida por la igualdad de proporción de una cosa exterior con otra exterior (49). El medio de la justicia reside en cierta igualdad de proporción de una cosa exterior a una persona exterior. Ese medio objetivo de la justicia es también medio racional, y de ese modo ella satisface la exigencia de todas las virtudes (50); así dice el P. Ramírez que en la virtud de justicia coincide materialmente el *medium rationis* y el *medium rei*, ya que ella no se contenta con que se ejecute una obra exteriormente justa —según la igualdad de cosa a cosa o de cosa a persona— sino que reclama que se haga justamente, es decir, virtuosa o racionalmente (51).

La cosa justa, en la que consiste el derecho, no radica en el sujeto sino en esa realidad externa, y esa relación de igualdad que se establece en la obra justa entre la conducta y el título del otro, puede fundarse en la naturaleza misma o puede derivarse de una determinación positiva y contingente: “el derecho o lo justo es algo adecuado a otro conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primero, atendida la naturaleza misma de la cosa —*ex ipsa natura rei*— por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto se llama derecho o justo natural. Segundo, por convención o común acuerdo —*ex conducto*—, la que puede hacerse de dos maneras: una por convenio privado; como lo que se constituye en algún pacto entre personas privadas; otro, por convención pública, como cuando todo el pueblo consiente en que algo se tenga por adecuado o conmensurado a otro, o cuando lo determina el gobernante, que tiene el cuidado del pueblo y representa a su persona. Y esto se llama derecho o justo positivo” (52). Lo justo natural, es cierta relación de igualdad entre la acción y lo suyo del otro fundado en la naturaleza de las cosas; o sea, que la cosa se iguala o adecua al otro según la razón inscripta en su propia naturaleza. Un ejemplo clásico de esta modalidad formal de lo justo, es la obligación que pesa sobre el depositario de devolver al dueño el bien en depósito. Lo justo positivo se determina a través de normas generales (legales o consuetudinarias), o individuales (jurisprudenciales o conmutativas); prescribiendo prudencialmente en ellas que algo se tenga por adecuado o conmensurado. Por ejemplo, el tipo y monto de la pena por una injuria determinada debe ser fijada por el derecho positivo. De conformidad a un sistema como el tomista, construido sobre una sólida metafísica del ente, frente a la posibilidad de oposición entre lo justo natural y lo justo positivo, el criterio es que lo justo o injusto por naturaleza no puede ser variado por la decisión de los hombres, pues lo justo positivo sólo tiene lugar en aquellas cosas que de suyo no se oponen a lo justo natural (53).

Un tema que ha sido objeto de vivas controversias, es el referente a la división de lo justo natural que Santo Tomás establece en el a. 3 de la c. 57

(49) RAFFO MAGNASCO, BENITO, *Comentario...* ob. cit., notas Lec. 4, p. 81.

(50) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, q. 58 a. 10.

(51) RAMÍREZ, S., *La Prudencia*, ob. cit., p. 108.

(52) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, q. 57 a. 2.

(53) *Ibidem*.

de la II-II: "el derecho o lo justo natural es aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro. Esto puede acontecer de dos modos. Primero, considerando la cosa absolutamente y en sí misma... Segundo, considerando la cosa no absolutamente, en su naturaleza, sino en relación a sus consecuencias" (54). Atendiendo al mayor o menor grado de naturalidad, a ambos sectores se los puede llamar "derecho natural primario" y "derecho natural secundario" (55); respectivamente, aunque este último Santo Tomás lo denomina "derecho de gentes" (56). El indicado en primer lugar, comprende los casos en que la adecuación o conmensuración acontece en atención exclusiva a la esencia misma de la cosa; y, en consecuencia, resulta ser algo necesario y universal a todos los hombres, aprehendido inmediatamente, sin ratiocinio en su verdad evidente. El derecho de gentes, por el otro lado, abarca lo que está naturalmente conmensurado a otro, no ya por su absoluta razón, sino por algo que de él nace o se sigue; "es necesario —dice el Aquinate— que todo lo que se sigue de lo justo natural como conclusión, sea justo natural" (57), es decir, que esta parte del derecho natural también puede denominarse racional o estrictamente humana, atento a que lo justo se establece racionalmente a partir de lo justo captado inmediatamente, o sea, del derecho natural primario.

Algunos autores tomistas han indicado que la causa formal del derecho es lo debido; es por ello que Lachance se encarga de precisar: "parecería más natural cargar el acento sobre el débito y hacer consistir en ello el elemento específico del derecho. Sin embargo, si se analiza con mayor atención, se percibe que la materia sobre la que actúa la justicia, no está proporcionada a otro porque le es debida, sino que, inversamente, ella le es igual, porque se ajusta a sus títulos, por ser la perfección que le corresponde, el coronamiento que requiere" (58). Es que si bien todo el derecho es un débito, no es cierto que todo débito sea jurídico, y además, una conducta no es justa porque es debida, sino precisamente al revés, es debida la acción porque es justa. A los efectos de no separar y simplemente distinguir la noción de débito de la del derecho, agreguemos que lo suyo de cada uno, exige alguien que debe darlo o respetarlo, es por ello que lo justo conlleva al débito de manera que siempre encontramos presente el débito en el campo jurídico. En torno a estas precisiones repitamos a Olgiati: "lo debido no es el elemento especificador de la justicia. Ciertamente, lo justo es lo que se debe a otros, pero se debe porque responde a la *aequalitas*, porque el otro puede reclamarlo como *suum*: de ahí que la igualdad posea prioridad de naturaleza sobre lo debido" (59).

La justicia como virtud o como cualidad del acto exterior por el cual es justo, puede ser dividida entre justicia general y justicia particular. La llamada justicia particular tiene por objeto lo suyo de los miembros de la comunidad que le corresponde dar o respetar a los demás miembros o a la comunidad

(54) *Ibidem*.

(55) Ver CASAUBÓN, JUAN A., *La justicia...*, ob. cit., p. 18, y VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, "La ley natural según Santo Tomás de Aquino", en *Santo Tomás de Aquino: hoy*. Madrid, Speiro, 1974, p. 115 y ss.

(56) Ver RAMÍREZ, SANTIAGO, *El derecho de gentes*, Madrid, Studium, 1955; OCTAVIO N. DERISI, *Esencia y...*, ob. cit., p. 134 y ss.

(57) SANTO TOMÁS DE AQUINO In *V Eth.* Lec. 2.; 1023.

(58) LACHANCE, L., ob. cit., p. 215.

(59) OLGIATI, F., ob. cit., p. 177.

misma; de ahí surgen las dos clases de esa justicia, conmutativa y distributiva, las que son explicadas por Santo Tomás: "toda parte comporta una doble relación. Por de pronto, la de parte a parte, a la cual corresponde en la sociedad la de individuo a individuo. Este orden de relaciones es dirigido por la justicia conmutativa, que tiene por objeto el intercambio o mutuo entre dos personas. Después, la relación del todo con sus partes, a la cual corresponde la justicia distributiva, tiene por función el orden de las relaciones del todo social para con los individuos, de manera que éstos reciban parte de los bienes comunes y cargas sociales proporcionalmente a sus méritos, capacidades y necesidades; es por ello, que esta justicia es llamada por el Estagirita «geométrica» dado que el justo medio es una proporción de las cosas a las personas" (60).

Corresponde finalmente considerar la justicia general o legal, que preside el orden de las relaciones de los individuos para con el todo social, inclinando y moviendo a aquéllos para que den a la comunidad todo lo que le deben, en cuanto a la obtención del bien común (61). Se comprende así, que a este tipo de justicia se la llama "justicia del bien común"; la que según la palabra del Aquinate puede ser perfilada en los siguientes términos: "los actos de todas las virtudes pueden pertenecer a la justicia en cuanto ésta ordena al hombre al bien común. En este sentido es llamada la justicia virtud general, y, puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, síguese que tal justicia, denominada general en el sentido expresado es llamada justicia legal, esto es, por lo que el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común" (62); y en el Comentario al Libro V de la *Ética* insiste: "la justicia legal comprende toda virtud. En efecto, pertenece a ella el practicar la virtud con respecto a otro. Mas cualquier virtud... el mismo acto del sujeto es producido por la justicia legal y por la virtud tomada absolutamente; por ejemplo, no cometer adulterio, mas según razones diferentes. Ciertamente, como donde existe una razón especial del objeto aun en materia general, es necesario que haya un hábito especial, se sigue que la justicia legal es una virtud determinada, que posee su especie en razón de que tiende al bien común" (63).

Todo orden jurídico positivo o natural desenvuelve y explicita la triple forma de lo justo precedentemente descripta, y en la determinación de lo justo particular de manera inmediata o mediata está siempre presente lo justo legal o general.

El derecho rectifica objetivamente las operaciones humanas, estableciendo igualdad de éstas y las cosas alcanzadas en ellas, con relación al título del otro, y en esta igualdad consiste la causa formal del derecho.

RODOLFO LUIS VIGO (H.)
*Universidad Nacional del
Litoral, Santa Fe.*

(60) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II q. 61 a. 1.

(61) Ver CASARES, T.D., ob. cit., p. 31 y ss.; CATHREIN, VÍCTOR, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Reus, 1926, p. 41 y ss.; PORTELA, JORGE G., *La justicia*, Buenos Aires, Ariel, 1980, y VILLEY, MICHEL, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979.

(62) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II q. 58, a. 5.

(63) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Comentario...*, ob. cit. lección 2.

TECNICAS GENETICAS DE FECUNDACION EN LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE SUS IMPLICANCIAS ETICAS Y JURIDICAS

INTRODUCCIÓN

Será a todas luces fantástico, aunque triste, el día que sea sustituido el lugar de nacimiento por la "fábrica" que rotulará los niños allí nacidos, con un simple *made in England*, *made in USA* o *made in Japan*, etc. y triste también será, cuando la competencia comercial, agote sus esfuerzos para lanzar al mercado marcas calificadas de nuevas juventudes, al tiempo que buscarán las formas de resolver, también industrialmente, el problema de la "chatarra", es decir, de los ancianos y enfermos.

Si hasta ahora sabemos, cómo reaccionan quienes jurídicamente son calificados en calidad de hijos naturales, ilegítimos, de padres desconocidos, etc., nos preguntamos: ¿cómo reaccionarán individual y socialmente los que habrían de aceptar el apellido, no ya de una madre ligera o de un patronazgo adoptivo, sino de la sociedad anónima que lanzará las mejores marcas de fabricación infantil?

La respuesta a esta pregunta ya está dada.

El capitalismo temprano, que consideraba incluso la transmisión de la vida bajo la "ley férrea" de la interdependencia con los problemas de la producción, plasmó la frase descorazonadora de "REPRODUCCION HUMANA".

En ella se entrañaba el mismo espíritu mecanicista que actúa ahora en el tipo de tecnología genética, que produce bebés en tubos de ensayo y está ideando muchas más invenciones técnicas para la manufactura de seres humanos.

La noticia que invadió el mundo en julio de 1978, relacionada con el nacimiento de Louise Joe Brown, en el Hospital General de Oldham, Inglaterra, mediante el procedimiento de que un huevo humano fue extraído de un ovario femenino, fertilizado *in vitro*, criado en un medio de cultivo hasta el estado de "ocho células", e implantado en el lumen uterino, donde cumplió su período de desarrollo, para ser finalmente extraído mediante operación cesárea; y las posteriores noticias, aparecidas en los diferentes medios de comunicación social, en el sentido de que los países altamente industrializados, han aprobado y legalizado, ya, todo método científico capaz de generar vida humana, van

dando la razón *a priori*, de lo que se ha afirmado al comienzo de esta introducción.

“Un tribunal norteamericano dictaminó que la vida de probeta puede ser incluida en la ley federal que permite obtener patentes a todo aquel que «invente o descubra cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de materia, nuevo o útil». Tal la opinión del presidente de la Suprema Corte de Washington, Warren Burger, que en acuerdo con la mayoría expresó que un organismo vivo puede encuadrar dentro de la definición legal de «manufactura» o «composición de materia». De acuerdo con tal dictamen, podrán patentarse las nuevas formas de vida creadas en laboratorios científicos, mediante la llamada «ingeniería genética». Agregó el juez que «el Congreso es libre de enmendar la Ley de Patentes como para excluir de la protección legal los organismos producidos por la ingeniería genética o de elaborar un estatuto específicamente creado para tales elementos vivientes...» (1)

Lo que comenzó, siendo una terapia para pacientes no fértiles, hoy se ha convertido en un inicuo comercio que degrada la condición de la persona humana.

En los Estados Unidos del Norte de América, ya se habla también de una “nueva industria”, se habla que “por diez mil dólares se podrán alquilar vientres fértiles”.

“Las «donadoras de maternidad» podrían solucionar el problema de las parejas estériles en las que la mujer es la incapacitada para procrear. Así lo afirma un abogado de Detroit, que está organizando la nueva industria de la familia a nivel industrial. Todo comenzó cuando recientemente la prensa se ocupó del caso de una muchacha que dio a luz un niño «por cuenta de terceras» y apareció por televisión otra joven que está embarazada de un hombre que no conoce. Esta última, fecundada artificialmente con el semen del hombre que «le encargó» el hijo de acuerdo con su esposa, es virgen y recurrirá al parto con operación cesárea. En el caso del primer niño nacido por encargo, la pareja que «alquiló» a la muchacha logró superar los obstáculos legales y adoptar al bebé. Por ahora la ley permite este tipo de servicio sólo a nivel gratuito, pero Noel Keane —tal el nombre del abogado— sostiene que el futuro de esta solución para las parejas estériles, reside en que pueda cobrarse por la donación de maternidad. Afirma que pagando diez mil dólares —poco más de mil dólares por cada mes de gestación— se podría encontrar muchas jóvenes sanas, dispuesta a «vender» su capacidad procreativa. Aconseja que mientras la ley siga prohibiendo el pago por el servicio, no queda sino un solo remedio: trasladarse a Kentucky, el único estado que no prohíbe este «contrato comercial» (2).

En Francia, el Senado ha legalizado la “inseminación artificial” como método legal de procreación; con ello se ha dicho que la ley “debe garantizar a los niños nacidos de este método un «estatuto» que los proteja de todo re-

(1) Diario “Clarín”, julio de 1980.

(2) “Femidiario”, julio de 1980.

chazo de paternidad e impedir a las parejas no legalmente casadas aprovechar este sistema" (3).

"El número de fecundaciones que puede ser «rutinariamente» obtenido por este medio —fertilización *in vitro*— es similar al de todas las otras técnicas usadas hasta el momento, en los intentos para resolver los problemas de infertilidad humana. Los reclamos de muchos pacientes se elevan cada vez más, con la anticipación de que sus problemas de infertilidad pueden ser resueltos" (4).

El enemigo de la sociedad, del matrimonio y la familia, vuelve a mostrar sus uñas, y como siempre, se vale del factor "sentimiento" para influenciar en la formación de criterios para enjuiciar el problema.

En este estadio del psiquismo humano la confusión y el absurdo provienen frecuentemente de la mezcla de "argumentos sentimentales" con verdades inconcusas en el plano de la razón. El salto de un plano a otro es frecuente y conduce lastimosamente a presentar como verdad racional, lo que no es otra cosa que un impulso sentimental y viceversa.

Para éste, no hay otra verdad que "el fin justifica los medios".

Sabido es que desde muy antiguo, la "esterilidad", ha sido para el hombre una constante preocupación.

"Entre los antiguos, las creencias relativas a los muertos y al culto que se les debía, estaba íntimamente relacionado con este problema de la «esterilidad». La religión mandaba que la familia no debía extinguirse; el afecto y el derecho natural, tenían que ceder ante esta regla absoluta" (5).

Con el correr de los siglos hasta nuestros días, esta preocupación continúa, no ya por aquel temor de los antiguos, sino por motivos de otro orden y de muy diversos matices, como de orden social, económico, jurídico, psicológico, ético, religioso, etc.

El esfuerzo titánico de los hombres de ciencia de todos los tiempos, en la lucha contra las causas de la esterilidad, ha sido siempre aprovechado por esa "minoría degradante y corrupta" que pretende desviar las conciencias, mediante la creación de argumentos sentimentales apoyados en fines buenos y justos, restando importancia al hecho de que cualquier medio es lícito para alcanzar el fin propuesto, con tal que se satisfaga el deseo propuesto.

Así, pues, para la mujer normal, la maternidad, a pesar de sus molestias y peligros inherentes, es una cosa natural y, por lo tanto, considera a la "esterilidad" como una "desgracia" que jamás podrá vencer, ni hacer desaparecer de su imaginación el pensamiento de tener un hijo de sus entrañas, sangre de su sangre y carne de su carne.

(3) "Semanario", año 2, Nº 59, Buenos Aires, 14-8-1980.

(4) *Fertilidad y Esterilidad*. Sociedad Americana de Fertilidad, vol. 33, Nº 1, enero de 1980, Modern Trends, Edward Wallach M. D. Associate Editor.

(5) FUSTEL DE COULANGES, *La Ciudad Antigua*, pp. 62-67, Iberia.

En tales situaciones, se ha llegado a emprender los más absurdos caminos, como lo demuestran casos en que se exige al médico que proceda a la fecundación artificial, aun en contra de los más elementales principios de moral, mediante la utilización de "espermias de un dador anónimo", con tal que se satisfaga su anhelo de descendencia, subyugando todos los demás sentimientos.

"No basta la generosidad de esa intención para justificar arbitrios que lesionen la moral social y degraden la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización que repugna su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación *in vitro*, sin apuntar a la secuela ruinosa para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a la que hubiesen recurrido" (6).

La eficacia técnica no puede ser considerada como fuente incondicional de moralidad. Para muchos, resulta incomprensible que una cosa laboriosa y técnicamente realizable, pueda ser moralmente sojuzgada.

Esto supone la desdichada confusión entre el orden físico operacional y el ético. Este, a su vez, se lo concibe disociado de la dimensión religiosa, por desconocimiento de la naturaleza misma de la religiosidad dentro del contexto de toda dimensión ética humana. En fin, toda una gama de errores filosóficos, psicológicos y teológicos.

Pensamos además, que por ese camino se está colaborando al advenimiento de algo pavoroso como sería el que la existencia humana dejase de ser considerada como un don recibido y se produjera en los seres humanos un desprendimiento de la conciencia en relación con el orden natural.

El hombre de ciencia se ha dividido y por ende a la ciencia la han dividido, enfrentándola en una lucha sin cuartel: por un lado están los que postulan toda forma de "esterilidad y aborto" y por el otro los que luchan por solucionar "por cualquier medio" toda forma de esterilidad, sin importarles siquiera si los medios utilizados son lícitos para conseguir tan elevado fin.

Pero cuidado, el hombre no debe torcer la naturaleza, pues está llamado a ser un co-creador con Dios, y no simplemente un usuario o consumidor, porque fue creado a su imagen y semejanza y por lo tanto, tiene el deber de imprimir esa misma imagen y semejanza al mundo que lo rodea y no pretender torcer su propio destino, consecuente con una sociedad que afirma clamorosamente el derecho de "manipular degradantemente" no sólo las cosas sino también a las personas desde su esencia misma.

¿Qué puede esperar en el futuro la humanidad, cuando ya sus hombres de ciencia han afirmado, por ejemplo, que el "feto humano es un tejido" o "material genético" y que el mismo es parte del seno de la madre, con el que ella puede proceder como quiera?

"La creación es una obra inacabada que reclama la cooperación del hombre para llevarla a una mayor perfección. Y el hombre mismo es tam-

(6) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, "La fecundación humana *in vitro*", ED, 79-892.

bién una obra inacabada llamada a ser una imagen cada vez más perfecta de Dios. Por eso, sólo puede ser fiel a sí mismo y a su Creador, pugnando por el progreso mediante creatividad. Es un ser cultural. Nunca se adapta simplemente a la naturaleza, sino más bien, como co-creador y correalizador de Dios, debe tomar la naturaleza en sus manos y transformarla de acuerdo con su finalidad de crecer en su capacidad de devolver "amor por amor" y de discernir lo que realza la dignidad humana y lo que la bloquea" (7).

La ciencia de hoy, con sus últimos descubrimientos, brinda nuevas esperanzas a la humanidad. La ciencia pone a disposición de los seres humanos, una serie de técnicas que en esta materia tienden a disminuir en un gran porcentaje, algunas de las causas de la infertilidad.

La microcirugía tubárica, por ejemplo, permite reconstruir el diminuto canal de las trompas de Falopio. También es posible seccionarlas para unir a las paredes sanas, eliminando así el sector obstruido. La "inseminación terapéutica", consiste en depositar los espermatozoides del marido en la vagina de la esposa para "mejorar" el porcentaje de posibilidades de fecundación para los casos en que éstos no puedan llegar a la cavidad uterina; etc.

Si bien estas técnicas son la culminación del esfuerzo científico y loables en su finalidad, no pueden ser aplicadas indiscriminadamente perdiendo de vista que "el hombre y su naturaleza" es el destinatario de las mismas, porque entonces, como lo ha señalado el Concilio Vaticano II, "...se atenta contra la vida, se viola la integridad de la persona humana, se ofende su dignidad y se convierten en sí mismas infamantes, degradando la civilización humana" (8).

Por estas razones, ha recomendado "a los científicos, principalmente a los biólogos, los médicos, los sociólogos y los psicólogos, para que contribuyan al bien del matrimonio y de la familia y a la paz de las conciencias, esforzándose para aclarar más a fondo, con estudios convergentes, las diversas circunstancias favorables a la "honesta ordenación de la procreación humana" (9).

La ciencia no es el valor más alto, al cual todos los demás deben subordinarse, más valioso es el derecho personal de los individuos a la vida física y espiritual" (10).

Estas consideraciones previas, que nos ha parecido oportuno hacerlas como introducción del presente trabajo, tienen la finalidad sincera de advertir sobre hasta qué punto pueden los descubrimientos científicos ser aplicados en el género humano, sin lesionar su derecho a la vida y su dignidad.

(7) HÄRING, BERNHARD, *Ética de la Manipulación*, Barcelona, Herder, 1978, p. 89.

(8) LAURENTÍN, RENÉ, *Balance General del Concilio* (Consultor de la Comisión Teológica Preparatoria. Experto del Concilio Vaticano II). Traducción de Salustiano Maso, España, Taurus, S. A., 1967, pp. 168-169.

(9) LAURENTÍN, RENÉ, *ob. cit.*

(10) Alocución de S. S. Papa Juan Pablo II a miembros de la Sociedad Italiana de Medicina Interna y Cirugía. Diario "Clarín", 28-10-1980, p. 25.

Pues de acuerdo a lo que se infiere a través de publicaciones, trabajos, noticias, comentarios y actitudes, etc., vemos que estamos frente a una confusa subversión de valores, que tal vez sea producto del acelerado progreso de las disciplinas científicas, que pretenden dar respuesta en poco tiempo, a todos los interrogantes y apetencias de la humanidad.

Así, suele leerse con cierta asiduidad noticias como éstas: “Producción de gente más vivaz... o más chata”; “Venta y almacenamiento de la simiente humana”; “Hijos o hijas a pedido”; “El control de calidad de los nuevos seres humanos”; “Copias humanas de un modelo deseado”; “El hombre con piezas totalmente reemplazables” (11).

“Bebé por encargo” (12).

Frente a estas noticias y titulares y la aplicación de estos “avances” científicos —entre comillas— en el género humano, que repugnan a la moral y al derecho, el jurista deberá estar preparado para prever, con cierta anticipación, las incidencias que los nuevos descubrimientos tienen y han de tener en el campo jurídico.

Por ello consideramos que debe justificarse este trabajo, que sólo constituye una aproximación a los complejos problemas que han de suscitarse, en el Derecho y más especialmente en el Derecho de Familia, que verá sacudidos sus cimientos.

CAPÍTULO I

LOS AVANCES TÉCNICO-CIENTÍFICOS EN LA FECUNDACIÓN DE LAS PERSONAS DE EXISTENCIA VISIBLE

El venir a la vida de un nuevo y concreto individuo, se debe a la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

La fecundación y los cambios fundamentales que en ella se producen, ha despertado, a través de todos los tiempos, un apasionante interés por parte de científicos —y de los que no lo son— y ha sido y es, un atractivo capítulo de la Biología que ha extendido sus investigaciones —efectuadas primero con animales— a los seres humanos al punto tal que se ha llegado al *boom* sensacionalista del niño en probeta.

El deseo de producir vida artificialmente, es antiquísimo, así como la creencia de que ello es posible.

Los progresos de la Física, de la Química, de la Biología, etc. avalan esa afirmación.

Muchísimas personas que viven actualmente, deben su existencia a esos avances científicos a que nos venimos refiriendo.

(11) PACKARD, VANCE. *Los moldeadores de hombres*. Crea, S. A., 1980.

(12) Diario “Clarín”, 30-12-1980, p. 32.

Por ser la esterilidad una constante preocupación para el ser humano, desde muy antiguo se ha venido ensayando múltiples métodos y técnicas para tratar de paliar la situación y apetencias de los pacientes no fértiles.

La esterilidad, tanto femenina como masculina, ha colocado a los científicos en una incesante lucha tendiente a derrotar las causas que la provocan.

La literatura médica coloca a estos métodos y técnicas, en el capítulo de auxiliares a los que se puede recurrir en el tratamiento de determinadas formas de esterilidad masculina y femenina.

Las causas de esterilidad son múltiples y, por ende, las técnicas y métodos para combatirla también son múltiples.

Pero de todos los métodos y técnicas ensayados para el tratamiento de la esterilidad humana, dos son los que a nuestro entender producen las mayores implicancias en el campo moral y jurídico y son, por lo tanto, a las que nos hemos de referir a lo largo de este ensayo: "La inseminación artificial" y "La fecundación *in vitro*".

Primero con animales - Ahora con humanos

La inseminación artificial:

Después de una larga y ardua experiencia en animales, hoy se aplica en los seres humanos.

"Según Votta y Baldessari, en el año 1322, un jeque árabe fecundó a yeguas con semen obtenido, colocando una esponja en la vagina de una yegua en celo.

"En el siglo XVII Malphigi y Biffiena, realizan experiencias en gusanos de seda y en el siglo siguiente Jacobi y Weltheim logran la fecundación artificial de huevos de peces" (13).

En 1780 el sabio italiano Spallanzani, con éxito completo, sirviéndose para sus experiencias de una perra, realiza la fecundación artificial. Debido a sus creencias religiosas y a su condición de sacerdote, no quiso extender sus experiencias a la especie humana.

Este paso lo dio John Hunter, quien en 1799 inyectó el esperma de un enfermo que padecía de deformación de uretra, en la vagina de la mujer, y este simple proceso se vio coronado por un éxito completo.

Luego dicho procedimiento cayó en el olvido, debido a que no se encontró entre los médicos a nadie que se expusiera a afrontar el odio que pudiera acarrearle tal proceder.

Tan sólo el célebre ginecólogo Marion Sims, en 1866, se dedicó de nuevo a dicho procedimiento, perfeccionando el método: inyectando el esperma direc-

(13) SANTI, ORLANDO A., "Inseminación artificial y fecundación *in vitro* con implante del huevo en el útero materno", Rosario, Simposios, p. 440.

tamente en el "útero". Después de algunos fracasos se logró un resultado positivo, de donde resulta que su caso representa el primero de fecundación artificial en la especie humana, al menos en lo que a la época moderna se refiere.

Pero la fecundación artificial llegó a ser un componente fundamentado y científicamente desarrollado de la terapéutica de la esterilidad, después de los maravillosos resultados de Iwanoff, obtenidos en yeguas, y de Doderlein, en mujeres, y sabido es el enorme interés despertado por este último, no solamente entre médicos, sino entre todas las clases sociales.

En 1909 desarrolló Iwanoff su método de tal modo, que logró por vía artificial mayor número de fecundaciones que por vía natural; pero hay que tener en cuenta que estos resultados fueron obtenidos exclusivamente en yeguas, vacas, ovejas, etc. y no hay que olvidar que en dichos animales las circunstancias son mucho más favorables que en la especie humana.

A Rohleder incumben méritos especiales en lo que a la fecundación artificial en la especie humana se refiere, quien ha podido explicar toda una serie de intervenciones realizadas con éxito completo, y a él, precisamente, se le debe la descripción monográfica más detallada de este método.

Técnicas en la inseminación artificial

Entre los diversos métodos o técnicas existentes, el que se aconseja hoy día, es el de la "introducción del semen en el útero" pues la introducción de aquél en la vagina no corresponde a la correcta inseminación artificial, pues éste se lo ha considerado como una técnica correctora terapéutica de la fecundación natural o lo que se ha dado en llamar "fecundación ayudada".

Para que esta técnica resulte positiva, se debe dar una serie de circunstancias previas.

Por parte del hombre, deberá disponer de espermatozoides normales, sanos y capaces de fecundar, y por parte de la mujer, que tenga lugar la formación y expulsión de huevos normales, aptos para ser fecundados, que no existan impedimentos mecánicos en las trompas que pudieran impedir la unión de las células sexuales, y que exista un estado más o menos normal del útero y de los anejos —trompas y ovarios—.

Otro de los procedimientos utilizados es el método de Dickinson, llamado "seminación de las trompas", mediante el cual se intenta introducir a través del útero, el espermatozoide en las mismas trompas.

Sellheim ha introducido grandes modificaciones en el citado método, construyendo un aparato especial llamado, "seminador tubárico" el cual puede conectarse con el miembro genital masculino para la "insuflación tubárica" y con el cual se inyecta el espermatozoide en las trompas.

Según las experiencias de dicho maestro, resulta completamente inocuo el resto del semen que, por tal procedimiento, pudiera llegar a la cavidad abdo-

mineral, siempre que toda manipulación se haga bajo las más escrupulosas condiciones de asepsia.

L. Frankel, fue aún más lejos al recomendar la colocación de lo eyaculado, o del producto de una punción testicular, aprovechando una laparatomía necesaria por otra causa cualquiera, cerca del ovario a fin de ahorrar a los espermatozoides las dificultades y las influencias perniciosas con que pueden tropezar en su ascenso.

Otros científicos han recomendado proyectar el líquido seminal directamente en la cavidad abdominal a través de la bóveda vaginal, suponiendo que las fuerzas defensivas del peritoneo no son capaces de matar enseguida a los espermias y creyendo que de esta manera podría lograrse que algunos, al menos, pudiesen llegar hasta las trompas por esta vía.

Cabe hacer notar, que lo que hace falta para un correcto éxito de la inseminación artificial, es que el huevo fecundado pueda llegar efectivamente al útero a través de las trompas en cuestión.

Sin ir más lejos en la seminación intrauterina, Pust, propuso otro método más normal, consistente en introducir el espermia en una cápsula de portio, que él mismo ideó, y aplicarla a la parte vaginal de la matriz, dejándola durante 24 horas.

Otro requisito importante para que dé resultados positivos la inseminación artificial, es la elección del momento para proceder a la fecundación del óvulo.

Unos autores hicieron la intervención inmediatamente después de terminadas las reglas, mientras otros dieron preferencia a la época de la ovulación.

También ha dado resultados positivos la "inseminación precoz" explicando dicho resultado por el hecho de que la secreción uterina resulta en esa época más adecuada para los espermias.

Pero sea cual fuera la técnica que se utilice, y el momento elegido para tal procedimiento, es indispensable y necesario combinar el lugar donde se ha de llevar a cabo las experiencias: si ha de ser en la propia casa de los esposos o en la clínica del médico, lo que hace muchas veces difícil tal combinación.

Y todo ello, por cuanto, para proceder a la inseminación artificial, se debe llevar a cabo inmediatamente de obtenida la sustancia espermática ⁽¹⁴⁾.

Métodos para obtener el semen necesario para realizar la inseminación artificial

Conócense diversos métodos para obtener el semen necesario para realizar la inseminación artificial.

Se afirma que el mejor y más natural, es realizando el "coito normal", procurando siempre que la mujer logre el orgasmo, inmediatamente después se

(14) VAN DE VELDE, TH, *Fertilidad y esterilidad*. (Ex. Director de la Clínica Ginecológica de Haarken), 4ª ed. México, Diana, S. A., pp. 307/318.

llama al médico, que "debe estar esperando" en una habitación próxima, el cual colocará a la mujer transversalmente sobre la cama e introducirá en la vagina (*portio vaginalis*) un espéculo previamente calentado; después, y valiéndose de una jeringuilla uterina puesta también a la debida temperatura, se aspira parte de la masa espermática en el fondo de la vagina.

Otra de las formas de obtener el semen, es practicando el *coitus interruptus* y eyaculando el esperma en un recipiente previamente dispuesto, siendo entonces mucho más fácil aspirarlo con la jeringa.

Se suele emplear con mucha más frecuencia el *coitus codominatus* pues de esta forma el esperma se recoge perfectamente, pudiendo ser transportado con las debidas precauciones.

Por último, otro de los métodos más usados, es el de la obtención del esperma por medio de la "masturbación".

Mediante este método se recoge la masa espermática en un recipiente esterilizado y se pone a disposición del médico.

Como método auxiliar, en el caso de que por cualquier causa no se pueda obtener los espermatozoides por la aplicación de los métodos antes aludidos, el médico y el paciente podrán ponerse de acuerdo para obtener los mismos, mediante la "punción de los epidídimos".

Procedimiento empleado

Obtenida la cantidad necesaria de espermatozoides, debe procederse a introducir los mismos, procediéndose de la siguiente manera: se introduce una cánula en el canal cervical hasta que el extremo de la misma se encuentre en la parte superior del hocico de tenca interior, inyectando un poco de dicho líquido seminal, empujando lentamente el émbolo de la jeringa. Se deja colocada la jeringa durante unos momentos, y luego se la retira suavemente y con cuidado, se retira la pinza, se saca el espéculo vaginal y sin exponer a la mujer a movimientos bruscos se la hace adoptar la posición horizontal en el lecho, debiendo guardar absoluto reposo durante todo el día (15).

En resumen: la fecundación artificial representa un método absolutamente libre de objeciones, desde el punto de vista *netamente médico científico* (con las limitaciones que cada caso presenta), dado que con la misma, se dispone de una posibilidad más para poder "superar" bajo determinadas circunstancias, algunos casos de esterilidad; con otros métodos jamás se hubiese logrado el fin anhelado, ni tienen siquiera ligera probabilidad de lograrlo.

Se ha dicho en favor de este procedimiento científico, que en "interés de la dicha matrimonial" conviene, pues, *desechar los prejuicios*, aún tan frecuentes entre los profanos, enjuiciando el método de la debida manera, y conviene que los médicos aconsejen y empleen con más frecuencia el mismo, para la *curación* de la esterilidad (16).

(15) (16) Idem nota 14.

Fertilización y transferencias de embriones in vitro.

El rápido progreso en la investigación sobre la fertilización *in vitro* y el trasplante de embriones durante las pocas décadas pasadas, es confirmado por el hecho de que, más de 200 trabajos científicos, revistas y libros han surgido de los laboratorios de todo el mundo.

El nacimiento de Louis Brown, en julio de 1978, fue aclamado como un procedimiento practicable y como una de las técnicas más avanzadas en la terapia de la infertilidad.

En el preciso momento que dio resultado esta técnica de fertilización en el género humano, nace en el mundo entero un acalorado debate, por las implicancias sociales, jurídicas, éticas, psicológicas y biológicas que su aplicación trae aparejada.

Los ensayos recientes de Edwards y sus colaboradores han suscitado, una vez más, el interés por la creación de la vida fuera del ambiente natural de la madre.

“Estos experimentos no son nuevos, puesto que Schenk, a fines del pasado siglo, consiguió fertilizar artificialmente óvulos de coneja en un tubo de ensayo y Onanof repitió el ensayo con transplantes de los embriones a la serosa peritoneal, donde continuaron desarrollándose.

“Multitud de trabajos sobre fertilización *in vitro* se han realizado posteriormente en coneja, oveja, hamster dorado, rata y ratona, por numerosos investigadores entre los que se destacan Austin, Barros, Bedford, Blandau, Brackett, Chang, Dauzier, Land, Moricard, Pavlok, Rok, Shettles, Suzuki, Thibault, Venge, Von der Borch y Yanagimachi” (17).

La literatura médica coloca a M. Merkin y J. Rock como los primeros que descubrieron en la “especie humana”, la fertilización con espermatozoides de un ovocito extraído de la trompa.

Utilizaron para la incubación la cámara caliente de un microscopio y obtuvieron embriones en estado de “mórula”, algunos de los cuales, más desarrollados, llegaban a tener nueve células (18).

En 1944, estos investigadores habían aislado más de 800 óvulos foliculares humanos de material quirúrgico y de ellos 138 fueron observados después de exponer los espermatozoides lavados en solución de Locke. Los óvulos fueron usualmente cultivados en suero humano fresco. Después de 22 a 27 horas, dos óvulos fueron descriptos como entrando en estado bicelular y dos de ellos en el estado de tres células (19).

Ulteriormente Shettles, logró —obteniendo ovocitos por punción de folículos ováricos humanos y fertilizándolos en anaerobiosis con espermatozoides de la misma especie— una mórula de treinta y dos células (20).

(17) (18) SANTOS RUIZ, ANGEL, *Vida y espíritu ante la ciencia de hoy*. Madrid, Rialp, S. A., pp. 94/96.

(19) *Fertilidad y Esterilidad*, ob. cit.

(20) SANTOS RUIZ, ANGEL, ob. cit.

En 1960, Petrucci dijo haber mantenido con vida un concepto humano, artificialmente obtenido, durante casi tres semanas; el feto a término, de embrión fecundado por su propia mano, afirmó conseguirlo en el laboratorio, con una unidad termostática para control de temperatura y otra hidrodinámica para regular la nutrición y el intercambio gaseoso.

Otros ensayos posteriores con el mismo propósito corresponden a Hertig y sus colaboradores, que han fecundado óvulos humanos *in vitro*, hasta conseguir, por sucesivas divisiones, el estado tricelular (21).

En 1966, algunas revistas médicas publicaron que un equipo de investigadores rusos había logrado mantener en vida durante dos meses a unos doscientos cincuenta fetos. Uno pudo vivir seis meses y alcanzó medio kilogramo de peso (22).

Posibilidad de realización

De lo expresado en los párrafos anteriores se deduce con claridad que los investigadores, por primera vez en la historia, han desarrollado un *ovum humano* fuera del cuerpo femenino.

Ya plenamente, han conseguido establecer una conjunción entre espermatozoide y óvulo, para formar un embrión viable, con lo que debe concluirse que el procedimiento utilizado para formar vida humana es posible.

Seguramente, los investigadores han de afinar las técnicas hasta lograr descubrir una placenta artificial, a efectos de lograr que un ser humano sea producto pura y exclusivamente, *hijo de la técnica*, sin necesidad de ayuda de ninguna mujer del mundo.

Por tal motivo, creemos que la fábrica de niños de *Meilleur des Mondes*, de Aldous Huxley, ha de hacerse realidad en muy poco tiempo.

Hasta ahora, y de acuerdo a informaciones publicadas en diferentes trabajos, libros, periódicos, revistas, etc., que se han ocupado del nacimiento de Louis Brown, en 1978, producto del experimento de los doctores Edwards-Stephoe, con el matrimonio Allen, se procede de la siguiente forma: dada la esterilidad de una mujer, por obstrucción de las trompas de Falopio, se la somete previamente a tratamiento con la llamada droga de la fertilidad —gonadotrofina— inyectándosele tres dosis. Luego se procede quirúrgicamente a la extracción del óvulo y a su fertilización *in vitro*.

La fase siguiente del experimento consiste en implantar el óvulo fecundado —ya huevo— en la matriz de la mujer para que continúe su desarrollo hasta el momento del parto (23).

(21) Idem nota 20.

(22) *Ética de la manipulación*, cita de Bernhard Häring, ob. cit., p. 252.

(23) R. P. BLÁZQUEZ, NICETO, *La fabricación de niños en tubos de ensayo*, Madrid, Studium, 1971, p. 12.

CAPÍTULO II

UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS - ¿TERAPIA O MANIPULACION?

La experimentación fisiológica y médica tiene el peligro de utilizar al hombre como instrumento de los avances científicos que implicarían la pérdida del respecto al ser humano y como imposición del más fuerte, sería un atentado a la justicia.

La ciencia debe estar al servicio de la defensa del hombre en su intangible dignidad.

Si los experimentos en las diversas especies animales parecen legítimos y razonables, no lo son cuando se intenta desarrollar artificialmente un embrión humano, porque no constituiría un intento de cooperación con la obra del Creador, sino de "suplantación"; supone, lisa y llanamente, rechazar las condiciones que El ha establecido para el desarrollo del hombre.

El progreso del conocimiento no justificaría tales ensayos, porque sería tratar a un ser humano como un medio en lugar de un fin que es en sí mismo.

El hombre no rige su destino, es el usuario y no el propietario de su propia vida.

La manipulación ha venido a ser un problema capital en el mundo técnico de hoy.

Los avances de la biología han abierto caminos totalmente nuevos a la manipulación, que pueden ser un beneficio o una calamidad para toda la humanidad.

Frente a esta realidad, se han alzado voces en pro y en contra de este poder que ha alcanzado el hombre y que nosotros desde nuestra perspectiva, utilizando las palabras de B. F. Skinner, psicólogo conductista, nos preguntamos ¿veremos en poco tiempo "todo lo que puede hacer el hombre del hombre"?

Este razonante pronunciamiento refleja una ambición. Ambición que se traduce en los intensos esfuerzos para modelar al hombre y su conducta.

Los ingenios del hombre trabajan en diversos campos. Acentúan la capacidad de una cantidad más o menos reducida de personas para dominar, manipular y modelar la vida de un gran número de otras personas.

Y operan en muchos países, en especial en Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Japón, Canadá, Israel, la URSS, Australia, los Países Bajos y Escandinavia.

Estos nuevos tecnólogos se basan ante todo en los "descubrimientos" de la ciencia de la conducta, de la biología y de la ciencia de la computación. Se logra el dominio sobre las acciones, los estados de ánimo, los deseos, los pensamientos humanos. Es posible que los resultados de todo ello nos obliguen a modificar nuestros conceptos sobre "naturaleza humana" (24).

(24) PACKARD, VANCE, ob. cit., p. 11.

Por estas razones se ha observado que "en la actualidad, los controladores de la conducta humana... aparecen... en las aulas, las cocinas, los hospitales para enfermos mentales, las salas de rehabilitación, las cárceles, los sanatorios, los centros de cuidados diurnos, las fábricas, los cinematógrafos, los parques nacionales, los centros de salud mental de las comunidades, las tiendas, los centros de recreación, y en casa de los vecinos" (25).

"Quienes buscan el poder, y quienes lo poseen, han descubierto que la tecnología puede ser una aliada valiosa" (26).

Todo esto nos hace pensar que el hombre está al borde de una importante perturbación evolutiva.

Frente a tales verdades y razones y frente a los avances de las técnicas genéticas de fecundación humana artificial, ha de resultar de capital importancia establecer una clara distinción entre "terapia" y "manipulación no terapéutica".

Debe ser una cuestión principal determinar si este o aquel factor manipulativo es parte integrante del procedimiento terapéutico y si es necesario o útil para la meta de un gradual ajuste o curación.

No es fácil delimitar tales acciones, por cuanto casi toda la intervención médica manipula o suprime algunas funciones al objeto de restablecer lo más aproximadamente posible la salud integral.

El hombre ha alcanzado un poder sin precedentes para modelar y remodelar su naturaleza biológica y psicológica.

Para el hombre de hoy el respeto a la humanidad y a su mundo, significa un esfuerzo persistente con vistas a mejorar las condiciones de vida y llevar a cabo los mejores cambios posibles.

¿Son realizados estos cambios de tal forma que se respete y se proteja la dignidad humana?

En el poder de manipulación que hemos alcanzado, se ve una tremenda amenaza contra la idea del hombre, que se centra en la autonomía racional, con lo que se corre el peligro de que toda la cultura se vuelva pura tecnología.

Por tales circunstancias y ante la presencia de técnicas tendientes a la creación de vida humana fuera de los cauces naturales, se deberá tener en cuenta que la aplicación de tales técnicas, no puede ser juzgada solamente por la eficacia técnica y por sus resultados.

Se deberá tener en cuenta que hay leyes que rigen la conducta del hombre y que por tratarse de actos humanos, plantea problemas éticos, problemas de conciencia, consistentes en saber si es lícito o no a los hombres experimentar y crear vida, en ciertas condiciones, con el pretexto de una "terapia" tendiente a solucionar las causas que provocan la esterilidad en la persona humana.

(25) GOODALL, KENNETH, *Psychology Today*, cita de Vance Packard, ob. cit., p. 30.

(26) CHOROVER, STEPHAN L., Citado por Vance Packard, ob. cit. p. 106.

Es indudable que es muy difícil distinguir entre “manipulación terapéutica” y “manipulación no terapéutica”.

Por lo general, en este proceso, se oculta hábilmente la acción manipuladora, bajo una “estela de nobles sentimientos”, de modo tal que la persona manipulada, no se da cuenta que está influenciada en forma negativa y que va perdiendo su libertad.

Para el tecnócrata, la mera eficacia de sus métodos científicos parece justificar sus planes y acciones manipuladoras, respecto de gentes que carecen de sus conocimientos científicos.

Se ha dicho con razón que “los mismos medios con que se ayuda a las personas a superar los obstáculos que se oponen a la libertad o a su búsqueda de la verdad, son usados para interferir en el desarrollo normal de sus vidas y su libertad” (27).

La consigna es ésta: “Si el hombre es libre, la técnica es imposible” (28).

Por eso estamos convencidos, dado como está planteada la batalla, de que la conciencia, la dignidad y el amor, para el manipulador deben desaparecer.

De ahí que se haya preguntado B. F. Skinner: “¿Qué es el amor sino otro nombre para expresar el uso de un reforzamiento positivo...?” (29).

En conclusión: el poder que el hombre ha alcanzado de sí mismo, con sus descubrimientos científicos, rebasa la naturaleza y por tal no es extraño que algunos científicos estén fascinados por su nuevo poder y vayan adelante con sus experimentos, cueste lo que costare.

Tan es cierto lo que digo, que se habla de un científico anónimo que se habría expresado así: “Si puedo hacer que un bebé recorra todo el camino hasta el nacimiento *in vitro*, ciertamente lo intentaré, aunque, naturalmente, no tendré éxito a la primera tentativa, o ni siquiera a la vigésima” (30).

“Si se pudiese procrear sin tener que soportar el embarazo, los partos no afectarían necesariamente a las madres trabajadoras. Esta es una buena noticia para las mujeres” (31).

Por tales circunstancias, pensamos que todas estas experimentaciones, van más allá de una “auténtica terapia”.

Y si pensamos que ya existe la práctica de la “reproducción asexual” en animales, es posible prever que en un futuro no muy lejano esa práctica se aplique a los seres humanos, creando una total separación entre el comienzo de la vida y el matrimonio y también, respecto de toda relación sexual, median-

(27) HÄRING, BERNHARD, ob. cit., p. 22.

(28) HÄRING, BERNHARD, ob. cit., p. 158.

(29) HÄRING, BERNHARD, ob. cit., p. 160.

(30) Cita de Bernhard Häring, ob. cit., p. 253.

(31) “Jenmin Jih Pao”, diario del Partido Comunista Chino. Cita de Vance Packard, ob. cit., p. 200.

te la "partenogénesis" o el *cloning*, es decir, mediante la acción de factores físicos o químicos, sin necesidad de semen masculino; no cabrá otra respuesta que la "terapia" ha de ser la máscara de una "manipulación insidiosa no terapéutica" (32).

CAPÍTULO III

LA MORAL CRISTIANA DEL MATRIMONIO - CRITERIO QUE DEBE REGIR EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

Frente a las técnicas de fertilización humana artificial, que avanza a pasos agigantados, por aplicación de los descubrimientos de la ciencia genética, sin medir sus consecuencias, se impone aquí, antes de abordar la incidencia que su aplicación tendrá en el campo jurídico, especialmente en las instituciones del Derecho de Familia, cuáles son los principios inmutables que deben regir la moral conyugal.

No se tratará aquí de definir los criterios exteriores de una fecundidad generosa, ni de saber si tal o cual técnica nueva será permitida o prohibida, sino de lograr que los hombres de hoy, tengamos una conciencia más clara de lo que es la actitud moral auténtica.

Descubrir de nuevo los valores evangélicos basados en la caridad, las relaciones entre las enseñanzas morales de la Iglesia y las ciencias del hombre, la puesta al día en los conceptos de "naturaleza y de ley natural".

Frente a las técnicas genéticas que estudiamos, se presenta una serie de problemas de no fácil dilucidación.

El primer problema que se presenta, es el grado de relación que debe guardar la fertilización artificial con el "acto sexual".

La naturaleza ha ordenado que la procreación humana se diferencie esencialmente de la reproducción animal, toda vez que la sexualidad humana lleva ínsita una serie de características psicológicas y fisiológicas propias, lo que hace que el acto sexual, no solamente acuerde una virtualidad fecundante, sino también la posibilidad de "expresar el amor mutuo" del hombre y la mujer.

Si a ello agregamos que el acto sexual humano es, al mismo tiempo, la resultante de un proceso biológico y social, caracterizado por instancias institucionales (matrimonio), afectivas, educativas, morales y jurídicas, la posibilidad de iniciar el proceso biológico al margen de esas instancias y de toda expresión de amor, crea una situación especial que obliga al hombre a interrogarse acerca de la unidad o independencia de ambas finalidades del acto sexual —procreación y amor sexuado—.

(32) HÄRING, BERNHARD, ob. cit., pp. 263/264.

Para algunos esta referencia global a una vida íntegra del matrimonio basta; otros piensan que la procreación debe estar referida específicamente a un acto sexual determinado.

Por nuestra parte, pensamos que el acto sexual y la fertilización humana deben estar unidos, aunque el acto sexual no sea fecundante; por cuanto el acto sexual, aparte de llevar ínsito características psicológicas, fisiológicas, biológicas, morales y jurídicas debe ser “expresivo del amor mutuo de los esposos”, debiendo resultar la nueva vida, símbolo de aquella “expresión de amor”, por lo que hace que quien realiza el acto sexual sin amor, “es contrario a las exigencias de una castidad conyugal delicada”.

El segundo problema a resolver, es la forma de “obtener el semen”.

Al desarrollar el capítulo I sobre los “avances técnicos en la fecundación de las personas de existencia visible”, incluimos *ex profeso*, un subtítulo referido a los “métodos para obtener el semen necesario para realizar la inseminación artificial” y válido también para la fertilización *in vitro*.

Dijimos que uno de los métodos era realizando el “coito normal” y que luego la masa espermática era “aspirada por el médico” para su estudio y posterior empleo en la técnica correspondiente.

Otro de los métodos era “realizando el *coitus interruptus*” y eyaculando el esperma en un recipiente.

Otro, el *coitus codomatus*, que tiene la ventaja de recoger todo lo eyaculado y transportarlo fácilmente.

Por último dijimos que el método más usado era el de la obtención del esperma por medio de “la masturbación” y como método auxiliar, dada ciertas condiciones, el de la “punción de los epidídimos”.

Todos los métodos descriptos merecen una reprobación total, por cuanto ninguno de dichos actos tiende a una fecundación real y efectiva o, mejor dicho, a una virtual fecundación por el cual está destinado por ley natural.

Todo lo contrario, se interrumpe aquella posibilidad de fecundación natural, por parte de quien se convierte en el “árbitro” del nacimiento de una nueva vida.

Si bien podría hacerse algún comentario de todos los métodos señalados, nos ha parecido innecesario hacerlo, toda vez que el pensador, meditando en profundidad, podrá sacar sus propias conclusiones.

Pero no obstante ello, debemos hacer algún comentario sobre el procedimiento que hemos señalado en primer término, el “coito normal”.

Prima facie, podría seducir al más prevenido, pues su realización se efectúa por medios naturales, es decir, mediante la “cópula perfecta”.

Pero en la medida que profundicemos tal procedimiento, advertiremos que, fuera cual fuere la intención —mantener la conexión entre fecundación y expresión de amor, sea porque se juzgan inaceptables todos los demás méto-

dos— el mismo se convierte en “antinatural” al interrumpirse la trayectoria de la masa espermática hacia una virtual fecundación, pues inmediatamente de eyaculado el semen, es aspirado por el médico para su estudio y manipulación y, por ende, merece una reprobación ética total.

Nadie puede afirmar que con la realización de ese acto sexual y su posterior aspiración de la masa espermática, no se esté interrumpiendo una fecundación real y efectiva, contrariando los designios de Dios.

Lamentablemente, hombres de buena fe han quedado atrapados y seducidos por estas técnicas, al partir del error de confundir los fines del matrimonio con la intención noble y justa de la procreación.

Se ha confundido lo que significa el remedio de la concupiscencia acompañado del amor, con el fruto de ese amor sexuado, al acordarle a dichos métodos validez, porque cumplen el fin propuesto.

Bajo la luz de ese error, se ha dicho: “Lo reprobable éticamente desde la perspectiva que analizamos, sería el medio por el cual se logra la inseminación, que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito marital normal entre marido y mujer, sería aceptable el procedimiento que complementa al acto conyugal para lograr la fecundación” (33).

“Si se recurre a la técnica para procrear, es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación. Es más. Podríamos llegar a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural del matrimonio. La masturbación del marido para la obtención del semen no es, entonces, inmoral, es sólo el medio para facilitar el fin natural. Del mismo modo que se practica la masturbación para obtener el esperma en los análisis de probable esterilidad masculina...” (34).

Vistos estos pensamientos que, por estar publicados, acceden al hombre receptor de tales ideas, se hace necesario aclarar esta tremenda confusión de conceptos que a nuestro entender son fundamentales para concluir que deben ser reprobados sin contemplación.

Reiterando que el fin no justifica los medios y que lo antinatural no puede convertirse en natural, la obtención de los elementos fecundantes, por los medios apuntados, que sólo sirven para generar vida fuera de los cauces naturales, aun dentro del matrimonio, sea cual fuera la intención de los espo-

(33) NOGUER MOSÉ, J., *Diccionario Enciclopédico*, citado por Eduardo A. Zannoni. “Inseminación artificial y fecundación extracorpórea. Proyecciones jurídicas”, *Astrea*, p. 47.

(34) ZANNONI, EDUARDO A., *ob. cit.*, pp. 49/50.

sos, los torna, por perseguir un fin antinatural, descalificables y, por ende, contrarios a la moral conyugal.

Su utilización, por aplicación de las técnicas que venimos desarrollando, tiende a “suplantar” lo que por ley natural debe permanecer unido.

Es inmoral, pues dichos actos “no pueden ni deben depender para su calificación de la “sincera intención y apreciación de motivos” sino de criterios objetivos, tomados de la naturaleza de la persona y de sus actos, que guardan íntegro el sentido de la mutua entrega y de la humana procreación, entretejidos con el amor verdadero” (35).

Por estas razones, no es justo ni lícito, a nuestro entender, pretender confundir la licitud de la obtención de los elementos fecundantes para practicar análisis tendientes a comprobar el grado de esterilidad —tanto femenina como masculina— aplicando en cada caso el tratamiento adecuado para un gradual “ajuste o curación” que no suplanta el orden natural, con la obtención de los mismos para suplantar dicho orden, mediante técnicas que no curan sino que subvierten todos los valores naturales, morales y jurídicos.

Asimismo, “pretender que la convivencia de los esposos y el acto conyugal se han de reducir a la transmisión meramente orgánica del germen de la vida, significaría convertir el recinto sagrado del hogar en un laboratorio biológico” (36).

Estas razones, son las que nos hacen sostener, adheridos sin condicionamientos a *Gaudium et Spes*, que el matrimonio no es una institución destinada exclusivamente a la procreación, sino que exige el “mutuo amor entre los esposos”, manifestado y perfeccionado según un orden recto, y aunque pueda faltar la prole, tantas veces deseada, el matrimonio no puede ni debe dejar de existir como institución y comunión de vida, conservando su valor y su indisolubilidad.

Otro de los problemas suscitados, es la “naturaleza de la intervención médica”, que actúa como “causa voluntaria y directa” del surgimiento de una nueva vida.

El médico no obra como una causa instrumental mecánica, ante la solitud de una fecundación artificial, sino que analiza el caso y luego “decide” libremente en un sentido u otro.

De su voluntad depende que nazca o no un nuevo ser humano y en este acto compromete su responsabilidad por las consecuencias que sobrevendrán.

El médico tiene una “responsabilidad especial” al elegir el curso correcto que debe seguir la ciencia médica.

(35) *Declaración acerca de ciertas cuestiones de Ética Sexual*. Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Ediciones Paulinas, p. 10.

(36) S. S. Papa Pío XII, cita de J. Mausbach y G. Ermecke, *Teología moral católica*, t. III, EMSA, p. 343.

"No una medicina regida por el hombre, ni una medicina dedicada a la pura tecnología o la eficiencia organizativa; la ciencia no es el valor más alto, al cual todos los demás deben subordinarse" (37).

Médico y paciente deben respetarse mutuamente. El paciente no debe solicitar al médico algo que sabe que el médico no puede realizar de acuerdo a su conciencia. Y el médico no debería tampoco tomar ninguna decisión, respecto del paciente, si éste puede tomarla por sí mismo y máxime si dicha decisión apunta, como en los casos que comentamos, a decidir selectivamente el nacimiento de un nuevo ser humano.

Porque su intervención no restablece en el paciente su capacidad fecundante, de cuyo uso no es responsable porque escapa a su determinación; sino que por su acción directa, procura la fertilización del óvulo, replicando artificialmente el efecto que se seguiría de un coito. Un proceso generativo que en condiciones naturales involucra solamente al hombre y la mujer dentro del matrimonio, incluye, cuando es artificial, a un "tercero" sin cuya cooperación activa —al menos en el estadio actual de la ciencia— la pareja no alcanzaría su fin.

Por ello, la relación entre paciente y médico debe ser un arte recíproco.

El respeto a la persona humana en cuanto persona, exige del médico la obligación de informar al paciente —siempre claro está que el paciente tenga capacidad de aceptar o de afrontar la información de su enfermedad— con lo cual le permitirá adoptar importantes decisiones para el futuro; si por ejemplo, quiere asumir la responsabilidad del matrimonio y de la procreación.

Por todo ello, es acertada la afirmación de que "el poder curativo del médico está vinculado a su capacidad de diálogo, debiendo la profesión médica buscar los mejores medios posibles de comunicación y de diálogo con el público en general. Las gentes tienen la necesidad de saber que se puede confiar en los médicos: que éstos están firmemente consagrados a una comunicación verídica y a una cooperación respetuosa y responsable" (38).

¿Quién puede negar entonces que toda la intervención médica plantea serios problemas éticos y jurídicos?

Todos estos interrogantes han sido abordados en innumerables trabajos y publicaciones de toda índole, por preclaros moralistas, juristas y hombres de todas las condiciones sociales.

De la lectura de los mismos, se infiere que se está presente ante una confusión y subversión de valores y ello está dado por cuanto se pretende, partiendo de premisas equivocadas, justificar o no, si esta técnica nueva de fertilización humana artificial, debe ser permitida o no, y lo que es más, se pretende discutir —atrapados por el factor "sentimiento"— las enseñanzas mile-

(37) Alocución de S. S. Papa Juan Pablo II a los médicos, miembros de la Sociedad Italiana de Medicina Interna y Cirugía. Diario "Clarín", 28-10-1980.

(38) HÄRING, BERNHARD, ob. cit., p. 123.

narias del único intérprete válido de la ley natural —la Iglesia Católica— en sus dos funciones de Madre y Maestra.

Por tales motivos, a la luz de sus enseñanzas, se ha de comprender “que no todo puede ser progreso científico o intelectual; debe haber también progreso moral” (39).

Frente a esta confusión, es necesario recorrer sucintamente la doctrina sustentada por los Padres de la Iglesia, desde San Agustín hasta nuestros días. frente a la doctrina elaborada por el Concilio Vaticano II, en lo referente a cómo debe interpretarse el matrimonio, el acto sexual, la educación de la prole y la familia, para concluir que no es posible separar lo que por ley natural debe permanecer unido, como sucede por aplicación de técnicas artificiales de fertilización humana y con los hijos que no son producto del “amor sexuado del matrimonio”.

San Agustín. Defendió San Agustín la bondad intrínseca del matrimonio contra varias herejías.

En esa defensa recalcó los tres valores inherentes al matrimonio. “El bien de la prole”, que implica la “procreación” y la “educación”; el “bien de la fidelidad”, la fidelidad que proscribía todo adulterio; el “bien del sacramento”, que implica la indisolubilidad, que excluye el divorcio.

Estos bienes del matrimonio son tan fundamentales que sin razón han llegado hasta nuestros días.

La propia Encíclica *Casti Connubii*, comienza hablando de esos bienes del matrimonio y *Gaudium et Spes* nos pone como ejemplo a San Agustín.

Define el matrimonio como “la unión conyugal en la diferencia biológica de los sexos”. Esta institución no tiene más que un fin natural (fin biológico): “la procreación”.

Considerando la procreación como la única razón de contraer matrimonio, San Agustín, enseña que la procreación tiene que ser el *único motivo del acto conyugal*.

Funda su tesis invocando la ley eterna, que ha establecido el orden natural, ley eterna que “manda mantener el orden natural y prohíbe perturbarlo”.

Por esta razón, el acto sexual “debe realizarse con intención de procrear” y esas relaciones son las que deben sustentarse en la vida matrimonial.

Respetar el orden natural consiste en conformarse con la función biológica de la sexualidad y, por lo tanto, limita su utilización a las exigencias de la procreación.

A esta primera definición del matrimonio, San Agustín, yuxtapone una segunda concepción, que llama “sociedad natural de los sexos”.

(39) BETTINI, A. B., Discurso III Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1961, p. 300. Citado por el Dr. Jorge Joaquín Llambías.

“El matrimonio es, pues, una sociedad material surgida de la naturaleza social del hombre”.

Si los esposos procrean, esta sociedad de los esposos continúa en el lazo social nuevo de la sociedad paternal.

Pero advierte que la procreación no es el fruto de la sociedad conyugal como tal, “porque es puramente espiritual”, sino del “acto sexual”; la prole es el único fruto honesto, *no de la unión del varón y de la mujer, “sino del acto sexual”*.

Es decir, que para San Agustín, el matrimonio tiene una dualidad: por un lado en virtud de la naturaleza social del hombre, el matrimonio es una “sociedad natural” que une al marido y a la mujer en una “amistad mutua”, por una caridad espiritual, por otro la “diferencia biológica de los sexos” hace que la razón de ser natural del matrimonio sea “la procreación”, y que determine el orden natural, según el cual el acto sexual tiene una significación exclusivamente procreadora y no puede ser puesto sino solamente por la procreación.

El hijo es el *fruto del acto sexual* y no de la sociedad conyugal propiamente espiritual.

Santo Tomás. Los grandes escolásticos asimilaron fácil y fielmente las enseñanzas de la moral conyugal de San Agustín.

Según Santo Tomás, el matrimonio está determinado por dos dominios de la ley natural.

Por un lado, la ley natural es lo que conviene a la naturaleza y es lo que poseemos en común con todos los animales.

Así pues, se dice que el contenido de la ley natural genérica es todo aquello que la naturaleza ha enseñado a todos los animales.

La naturaleza exige que las relaciones sexuales tengan lugar entre los individuos de sexo diferente, que “el acto sexual esté orientado hacia la procreación” y que los que engendran se preocupen de su progenitura.

Si se considera al matrimonio desde el punto de vista de la ley natural genérica, en cuanto que el hombre es animal, es evidente que el matrimonio está orientado hacia la procreación y que ésta es su tarea natural.

Si al contrario, consideramos al matrimonio desde el punto de vista de la ley natural específicamente humana, el matrimonio es una comunidad basada en la naturaleza social del hombre y tiene un fin social que consiste en la ayuda mutua de los esposos “al servicio de la familia”.

Para Santo Tomás, la ley natural genérica es primaria y fundamental y todo está determinado por la naturaleza, es decir, Dios mismo ha inscripto las exigencias de ese dominio de la ley natural en nuestra realidad biológica, “tal como ha sido creada”.

Puesto que este orden biológico y sus exigencias vienen de Dios, exigen nuestro respeto absoluto y constituyen los primeros principios inquebrantables del "amor conyugal", hasta el punto de que quien realiza el acto sexual sin amor, es contrario a las exigencias de una castidad conyugal delicada.

La gran renovación. Después de la publicación de *Casti Connubii*, se produjo otra nueva evolución en el pensamiento teológico, mucho más fundamental.

Preparada por una corriente "personalista", cuyos representantes principales son Max Scheler, M. Buber y D. von Hildebrand, la nueva concepción fue introducida en el mundo teológico por H. Doms.

Doms se había especializado en biología.

San Alberto Magno, que fue de todos los escolásticos el que mejor conocía las ciencias naturales, fue el primero en afirmar que el "acto conyugal" era más un "acto personal" que un "acto de la naturaleza".

H. Doms, que rindió justicia a la aportación de este santo, después de tantos siglos de olvido —ayudado por sus conocimientos biológicos— dio cuenta de que la "sexualidad humana difiere tanto de la de los animales que, para las personas humanas, el fin biológico no puede ser considerado como el fin principal".

La atracción sexual de los animales está limitada a la época del celo.

En el hombre, no sólo no está sometida a esta periodicidad sino que presenta un carácter de permanencia, y sólo desde el punto de vista biológico, esta permanencia del deseo sexual, es ya un fenómeno importante al servicio de la estabilidad del matrimonio.

Evidentemente, estas precisiones no disminuyen lo más mínimo esta verdad fundamental, que la actividad sexual global del matrimonio está orientada hacia la procreación.

El hecho de que la atracción sexual entre marido y mujer sea permanente, que por otro lado favorezca la estabilidad del matrimonio y que además el acto sexual individual está menos estrictamente ligado a la procreación, muestra que desde el punto de vista biológico existe una relación natural entre la estabilidad del matrimonio y la ausencia de un lazo estricto entre el acto sexual individual y la procreación.

A la luz de una concepción personalista, comprendió que el "acto conyugal", en virtud de su dignidad personal es, ante todo, una "expresión específica de la unión de amor de los cónyuges".

Es decir, que en virtud de su sentido intrínseco, este acto es una encarnación del "amor conyugal".

La visión personalista de H. Doms aclara mucho mejor que lo que podía hacerlo la concepción tradicionalista, la significación de las relaciones sexuales.

en los matrimonios estériles, durante el embarazo después de la menopausia: si el acto conyugal es esencialmente un acto de amor, conserva evidentemente un sentido profundo incluso en las situaciones en las que la concepción no es posible.

Además, el hecho de que la Iglesia, por determinadas razones, pueda disolver un matrimonio no consumado (por el acto conyugal) se explica mejor si el acto conyugal es precisamente la encarnación definitiva de la "unión de los esposos".

Es a todas luces evidente, y es aquí que se debe saber interpretar el verdadero sentido de esta concepción, que estos nuevos postulados se encuentran en estado de justificar, por su sentido intrínseco mismo, las relaciones sexuales que no son necesarias para la procreación.

Mientras que antes no se podían invocar más que motivos subjetivos extrínsecos al acto mismo.

Por último, la nueva visión hace que sea superflua la discusión sobre el fin primario y secundario: las relaciones sexuales son esencialmente "actos de amor conyugal y el hijo será su fruto natural".

Los dos aspectos tradicionales del matrimonio —por un lado la comunidad basada en la diferencia biológica de los dos sexos y orientada hacia la procreación y, por el otro, el matrimonio en cuanto comunión espiritual de vida y amor— han dejado de estar yuxtapuestos.

El personalismo ha mostrado su lazo "intrínseco".

El matrimonio es esencialmente una comunidad de vida y de amor de los cónyuges.

Y si es cierto que cada acto sexual individual no puede ser procreador, es cierto también que las relaciones sexuales consideradas globalmente se verán normalmente coronadas por la génesis de nuevas vidas.

Por esto mismo es evidente que el hijo es el fruto del amor conyugal, porque debe su origen a las "relaciones sexuales que son la encarnación de ese amor".

Pero el hijo, no solamente es el fruto del amor conyugal por nacer de un acto de amor.

En el plano humano la procreación debe prolongarse en la "educación".

La educación constituye una tarea común de los que juntos han sido fuente de la nueva vida y su colaboración a esta misión común encontrará su fuerza y su estabilidad en "su amor conyugal". El hijo es, pues, una segunda vez, el fruto del amor conyugal, porque su "educación" depende del amor de sus padres y porque, además, esta educación necesita de un clima de amor para ser eficaz.

Pero la visión global y total de la vida conyugal y familiar, no se termina con estas consideraciones.

Resulta que en virtud de su ser propio y de su orientación intrínseca, el matrimonio y el amor conyugal están llamados y destinados a desarrollarse en "familia".

La familia se convierte en el fenómeno completo y en la realidad total que será el criterio decisivo necesario para responder a los problemas morales implicados en su existencia misma.

En efecto, la familia es una totalidad cargada de una pluralidad y una diversidad de valores y de exigencias: el amor conyugal y la integración de la sexualidad que debe asegurar, la procreación, la educación, la creación de la realidad íntima y al mismo tiempo acogedora y abierta, que es el hogar, la tarea profesional que los miembros de la familia ocupan en las sociedades temporales, la misión que tiene que asumir en la Iglesia.

Todas estas realidades son valores en sí mismos y, por lo tanto, respetables como tales.

Pero no están simplemente yuxtapuestos.

Están indisolublemente ligados unos a otros, son "interdependientes y todos deben estar integrados en la totalidad de la vida conyugal y familiar".

Cada uno de estos valores suscita continuamente cuestiones vitales y a partir de ellas, problemas morales.

Para que estos problemas encuentren una solución moralmente justificada, habrá que situarlos cada vez en la totalidad de la realidad conyugal y familiar y la respuesta que se dé, tendrá que tener siempre en cuenta la interdependencia de los diferentes valores y el lugar que ocupan en la totalidad.

Por esto la Constitución *Gaudium et Spes* enseña en materia de regulación de nacimientos que son los esposos los que tienen que decidir en conciencia después de haber dialogado con Dios, el grado de fecundidad que deben asumir, la responsabilidad personal de su decisión "teniendo en cuenta su propio bien, el de los hijos nacidos y por nacer, las condiciones materiales y espirituales de su situación, el bien común de la familia, de la sociedad temporal y de la Iglesia".

Esto quiere decir que la familia, considerada en su "totalidad" y en todos los aspectos de su misión, debe ser el criterio moral de una "fecundidad responsable" (40).

Visto el pensamiento de la Iglesia, "fuente de la moral conyugal", que ha sido puesto en este trabajo para que sirva de guía para sacar conclusiones, que la aplicación de la ciencia genética en la fertilización humana artificial, no puede ni debe aplicarse, al punto tal que de aplicarse, produciría un desequilibrio entre el espíritu y la materia, rebajando la dignidad de la persona humana, convirtiéndola en meros productores de material fe-

(40) Canónigo L. Janssens, "Las grandes etapas de la moral cristiana del matrimonio". En: *Las fuentes de la moral conyugal*, cap. VII.

cundante, y lo que es más dramático, la destrucción del matrimonio y de la familia, con su secuela de consecuencias, para la sociedad temporal en que vivimos.

El hijo así nacido no será ya el producto del amor conyugal, sino el producto del éxito de un laboratorio.

Las relaciones matrimoniales, desprovistas de aquella finalidad, no serán la expresión sexuada del amor de los esposos, convirtiéndose el fin biológico en fin principal y convirtiendo al matrimonio en un mero laboratorio biológico.

El derecho de engendrar una nueva vida, sólo corresponde a los esposos, "es un derecho exclusivo" imposible de "ceder, inalienable" (41).

Esta enseñanza fue ratificada por el Papa Juan XXIII en su Encíclica *Mater et Magistra* cuando dice: "En esta materia, hacemos una grave declaración: la vida humana se comunica y propaga por medio de la familia, la cual se funda en el matrimonio uno e indisoluble, que para los cristianos ha sido elevado a la dignidad de sacramento. Y como la vida humana se propaga a otros hombres de una manera consciente y responsable, se sigue de aquí que esta propagación debe verificarse de acuerdo a las leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser conocidas y respetadas por todos. Nadie pues, puede lícitamente usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales" (42).

Por último, la Encíclica *Humanae Vitae*, ha dicho: "En la misión de transmitir la vida, los esposos no quedan por tanto libres para proceder arbitrariamente, como si ellos pudiesen determinar de manera completamente autónoma los caminos lícitos a seguir, sino que deben conformar su conducta a la intención creadora de Dios, manifestada en la misma naturaleza del matrimonio y de sus actos y constantemente enseñada por la Iglesia.

Estos actos, con los cuales los esposos se unen en casta intimidad, y a través de los cuales se transmite la vida humana, son, como ha recordado el Concilio, "honestos y dignos", y no cesan de ser legítimos si, por causas independientes de la voluntad de los cónyuges, se prevén infecundos, porque continúan ordenados a expresar y consolidar su unión. La Iglesia, sin embargo, al exigir que los hombres observen las normas de la ley natural interpretada por su constante doctrina, enseña que cualquier acto matrimonial debe quedar abierto a la transmisión de la vida.

Esta doctrina, muchas veces expuesta por el Magisterio, está fundada sobre la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal:

(41) S. S. Papa Pío XII, Discurso a los participantes del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos del 30-11-1949. Cit. Frugoni Rey. *Fecundación en probeta -in vitro-*. Apéndice. El Coloquio.

(42) S. S. Papa Juan XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*, Ediciones Paulinas.

el significado unitivo y el significado procreador. Efectivamente, el acto conyugal, por su íntima estructura, mientras une profundamente a los esposos, los hace aptos para la generación de nuevas vidas, según las leyes escritas en el ser mismo del hombre y de la mujer. Salvaguardando ambos aspectos esenciales, unitivo y procreador, "el acto conyugal conserva íntegro el sentido de amor mutuo y verdadero y su orientación a la altísima vocación del hombre a la paternidad" (43).

En la Doctrina nacional. Estas enseñanzas cuentan con la aprobación o mejor dicho con la adhesión de numerosos y preclaros juristas de nuestro país:

El Dr. Guillermo Borda destaca: "que la regulación legal no debe ser contraria a los principios morales y religiosos firmes y universalmente vividos por la comunidad, asevera que la «moral cristiana» ha venido conformando el espíritu del hombre occidental desde hace dos mil años, de manera que aun los no cristianos aceptan como válidas y vigentes muchas normas de la moral cristiana, una de las cuales es la repugnancia por la inseminación artificial. Es un procedimiento que rebaja y prostituye el misterio de la concepción divorciándolo del acto de amor y convirtiéndolo en un experimento de laboratorio" (44).

El Dr. A. B. Bettini califica como "pavoroso el problema de la inseminación artificial y considera que es la bomba atómica que puede destruir todo un régimen de familia. Es uno de los hechos nefastos y nefandos, es una práctica repugnante, porque viola la ley de la intimidad conyugal, viola las actividades funcionales integradas del instinto sexual, se contradice con la buena organización de la familia y es contraria al Derecho Natural" (45).

El Dr. José I. Cafferata, entiende "que aun la inseminación homóloga debe ser desechada cuando tiende a desvirtuar el cumplimiento normal del acto conyugal" (46).

El Dr. E. Díaz de Guijarro dice: "No hay dudas de que es repugnante el procedimiento de la inseminación artificial... rotundamente la idea en sí es repugnante" (47).

El Dr. Jorjue Joaquín Llambías, por su parte, afirma: "que la inseminación artificial atenta a la intimidad y al carácter no solitario del acto procreacional y cuando es heteróloga se sustenta necesariamente en un acto de masturbación inicial lo que es suficiente para su reprobación por el derecho que no puede sino encauzar y coordinar lo moralmente saludable" (48).

(43) S. S. Papa Paulo VI, *Encíclica Humanae Vitae*, Ediciones Paulinas.

(44) (45) (46) (47) Citas del Dr. Jorge J. Llambías en ED, 79-894/895.

(48) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ED, 79-894/895.

El Dr. Guillermo F. Frugoni Rey, enseña que “las tentativas de fecundación *in vitro* en seres humanos son moralmente ilícitas... Las investigaciones científicas deben estar dirigidas a obtener medios que ayuden a la humanidad con miras a vivir mejor y más... La investigación científica no puede manejar al hombre como material biológico cualquiera...” (49).

Otros comentaristas, como Eduardo A. Zannoni, no ponen reparos con respecto a la fertilización homóloga, es decir, a la fertilización dentro del matrimonio, pero sí condenan la fertilización heteróloga. Dice este autor: “Nosotros nos atrevemos a reflexionar, más allá de la sumisión al pensamiento pontificio en esta materia, aun cuando como católicos lo respetamos. Sin entrar a discurrir si, en las ocasiones en que el Papa se ha expedido sobre el tema, lo ha hecho o no *ex-cathedra*, tenemos la certeza de que sus conclusiones han de ser reformuladas en el futuro próximo. Estimamos que si bien el objeto—la prestación— del acto matrimonial es la cópula entre los esposos, la inseminación homóloga durante el matrimonio no constituye un medio «antinatural» para la procreación. Si los esposos, manteniendo entre sí actos sexuales por sí aptos para la generación —como expresa el canon 1081 del Código de Derecho Canónico— no logran procrear (lo que constituye uno de los fines primarios del matrimonio, según la teología tradicional), el recurrir a los métodos o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón, superar carencias naturales... La inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino que, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación...”. Finaliza diciendo: “Queda dicho pues, que a nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges” (50).

El Dr. Augusto César Belluscio coincide “en que no habría problema, ni jurídico ni moral, mientras se extraiga un óvulo del organismo de la madre y se lo fecunde con espermatozoides del hombre que forma pareja con ella... Sea cual fuere la apreciación que quepa sobre la cuestión desde el punto de vista moral o religioso, jurídicamente se trata de acciones privadas que no ofenden al orden y la moral pública ni perjudican a terceros, de manera que sobre ellas en nada influye el derecho ni cabría pronunciamiento judicial (art. 19, de la Constitución Nacional)” (51).

(49) FRUGONI REY, GUILLERMO, *Fecundación en probeta - In vitro. Conclusiones de Tesis*, El Coloquio, 1978.

(50) ZANNONI, EDUARDO A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones Jurídicas*, Astrea, 1978, pp. 47/49.

(51) BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, *Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal*, LL, 1978-C-Doctrina.

El Dr. Jorge A. Carranza, expresa refiriéndose al tema: "...Por estas breves consideraciones, a las que debe adosarse la toma de consideración de los valores en juego, incluyendo el acto de amor a que ambos cónyuges deben someterse para conseguir la procreación impedida y no solucionable por otros medios (ya que como afirma Saint Exupéry, amar no es mirarse uno al otro, sino mirar ambos en una misma dirección), concluimos que es justificada una "recepción cautelosa" —pero recepción al fin— del nuevo proceso técnico-científico aludido, para los casos de excepción, por lo que nos permitimos sugerir una adecuada regulación normativa, que ajusta a las pautas fijadas por las leyes imperativas inordinadoras de este tan importante como particular acto jurídico familiar, en nuestro derecho positivo" (52).

Conclusiones: Sentados los principios básicos que debe regir la moral conyugal pronunciada por la Iglesia Católica, es menester fijar el criterio moral que debe regir el orden jurídico argentino en la materia que estudiamos.

Siendo que la Iglesia Católica, para nuestro ordenamiento jurídico y social, es una institución de *existencia necesaria* —art. 33, inc. 4º del Código Civil— cuyo sostenimiento ha sido impuesto al Estado por el art. 2º de la Constitución Nacional, es a ella a la que se debe recurrir para encontrar las definiciones de la doctrina moral que deben regir los actos de los ciudadanos hacia el bien común.

Es decir, "que toda vez que sea menester apreciar el sentido moral de un acto y desde que el Derecho no le atribuye eficacia cuando su objeto es contrario a la moral y buenas costumbres (art. 953 del Código Civil) hay que estar al dictamen de los teólogos y doctores de la Iglesia Católica... Esta concepción no sólo es correcta conforme los principios básicos de la hermenéutica, sino que tiene la ventaja adicional de dar a la noción de moral y buenas costumbres una gran estabilidad y firmeza, puesto que independiza el contenido ético del acto que es menester apreciar, de una estimación subjetiva del juez; no es asunto que dependa de la moralidad puritana o desaprensiva de los individuos que ejerzan la judicatura, sino de la moral católica, ya definida por la Iglesia" (53).

Por nuestra parte pensamos, para finalizar el presente capítulo, que no puede nuestro derecho positivo dar cabida a una regulación que permita la fertilización humana artificial, en todas sus formas. Ello, para preservar la concepción global cristiana del matrimonio, de la familia y el bien de la prole, porque su aplicación degrada la persona humana y es contraria a las Leyes Divinas impresas por Dios en el corazón de los hombres y además, porque en definitiva, se debe preservar la sociedad, que es para el hombre y no para bestias.

(52) CARRANZA, JORGE A., *Acerca de la concepción extracorporal de la persona de existencia visible*, JA, Sec. Doctrina, 1978-IV.

(53) LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, ED, 79-893.

CAPÍTULO IV

INCIDENCIAS DE SU APLICACIÓN EN EL DERECHO

El actual desarrollo de la ciencia médica y bioquímica en materia genética, que ha hecho posible la “fertilización humana sin intervención directa de un hombre con una mujer, plantea, por estar involucrada precisamente la especie humana y su naturaleza, serios interrogantes de orden moral, filosófico y jurídico.

El orden “natural” y el orden “moral”, juegan un papel preponderante, marcando el rumbo del orden “jurídico”, porque éste, a nuestro entender, se encuentra inmerso dentro de aquéllos y porque lo jurídico, al regular la conducta del hombre, no puede desconocer que primero éste, debe ajustar su conducta a las leyes naturales y morales.

El jurista debe prever con antelación y estar preparado para dar soluciones a los múltiples problemas que la ciencia de hoy, con sus apasionantes descubrimientos y experiencias, puede provocar en el campo jurídico.

Los resultados obtenidos en genética humana y la generalización de la aplicación de las técnicas de fertilización humana a través del mundo civilizado, que las ha acogido en su seno —practicándose en la actualidad en casi todos los países— hace pensar desde ya, que se debe estar preparado para regular con normas propias las consecuencias que su aplicación traerá aparejada.

Dentro del orden jurídico, donde más se siente la incidencia de las técnicas genéticas de fertilización humana artificial, por atacar sus cimientos, es en el Derecho de Familia.

Sabido es que el Derecho de Familia, ha regulado sus instituciones, basándose en las “leyes naturales” que le dieron su origen.

El “matrimonio”, tiene su raíz precisamente en la ley natural, que hace que dos personas de sexo distinto, se unan, se busquen, para perpetrar —entre otros fines— la especie humana y para esto también por ley natural, es necesario, desde el punto de vista biológico puro, que tengan acceso carnal.

La “procreación” también tiene en el campo del Derecho de Familia, su regulación propia y ello, porque crea derechos y deberes recíprocos, tanto para los progenitores como para los hijos.

“El matrimonio”, principio y fin de la familia, es el que otorga a la descendencia el carácter de hijo “matrimonial o extramatrimonial”, según se haya producido la “concepción” de la nueva vida, antes, dentro o fuera de él.

Pero si bien el ayuntamiento carnal del hombre con la mujer, es la forma “normal y natural” de procreación, hoy frente al avance tecnológico nos encontramos con otras formas “anormales y antinaturales” de procreación, como la “inseminación artificial”, la “fertilización *in vitro*” y los consecuentes “transplantes de embriones”.

Estas nuevas formas, que dependen del hombre que manipula los elementos genéticos fecundantes, de acuerdo a su ciencia y conciencia, crean la necesidad de una regulación jurídica propia, en tanto y en cuanto, se darían en el campo jurídico, un sinnúmero de situaciones distintas, a las que crea la procreación natural, con la privaticidad que le es inherente.

Principio rector.

La fecundación del óvulo por el espermatozoide da origen a una nueva vida.

Este hecho natural, que se produce en el mayor de los misterios en el organismo femenino, es aceptado por nuestra legislación positiva, como trascendental, pues considera que ha comenzado la "existencia de la persona humana".

Este principio rector se encuentra reglado por el art. 70 del Código Civil, al decir que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

La legislación comparada, a excepción del Código de Austria, no admite el principio del Código Civil Argentino, pues considera que recién se es persona a partir del alumbramiento.

Pero ¿qué sucederá si la fecundación se produce fuera de la madre, como en el caso de la fecundación *in vitro*?

Para nuestro derecho, es indudable que deberá seguir considerándola persona, pues no toma en cuenta el "lugar de la concepción", sino precisamente la "concepción misma", la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

Por lo tanto, podemos afirmar que esos seres en gestación, fertilizados en laboratorio, son "personas por nacer" para nuestro Derecho y por tal se les debe reconocer los mismos derechos que los concebidos en el seno materno.

Igual temperamento debe adoptarse de completar el desarrollo para culminar con su separación e independencia de la "madre artificial" para el supuesto de que se prescindiera para estas experiencias del organismo femenino.

De aceptarse en nuestro medio estas formas de producir vida humana, se deberá agregar al art. 70 o regular un art. 70 bis que exprese: "...también la vida de las personas comienza desde su concepción fuera del seno materno por cualquier método científico de procreación, teniendo los mismos derechos que los concebidos dentro del seno materno por medios naturales".

Es decir, que deberá regularse la vida de las personas en cualquier lugar que se encuentren, dentro o fuera del seno materno, porque para nuestra concepción cristiana del derecho positivo, son personas por nacer, porque ya se ha producido la concepción.

Una reflexión penal.

También deberá regularse estas técnicas, para proteger la integridad de la persona humana y el derecho a la vida, a la luz del Derecho Penal, castigando como se castiga el aborto, para el supuesto de que se interrumpa el desarrollo del embrión, mediante la regulación de una "nueva figura delictiva".

Ello estaría dado por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de "varios óvulos" para luego "elegir" e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase "mayor vitalidad", es decir, de acuerdo a las informaciones que sobre la materia se han dado, se adopta un "método selectivo" después de crear conscientemente, "varias vidas humanas", eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para proceder luego a la "destrucción de las demás".

De este proceder surge el interrogante: ¿se tipifica el delito de aborto o por el contrario estamos frente a una nueva figura delictiva?

El art. 85 del Código Penal Argentino contempla el aborto, pero no lo define.

Cabe entonces examinar el sentido gramatical y jurídico del aborto, para responder la pregunta formulada y establecer si esa destrucción de embriones encuadra en la figura del aborto del Código Penal.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, aborto es la acción de abortar, y abortar es "parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir".

De acuerdo a este concepto, es evidente que la destrucción de embriones, "no implantados todavía en el seno materno" no encuadraría en la noción de aborto, en la acción de la definición de la Real Academia Española.

En la doctrina nacional, se la ha definido como "muerte inferida a un feto" (54).

Considerada aisladamente esta definición, es indudable que tal accionar sería delito de aborto.

Otros autores la definen como "interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción" (55).

Frente a esta definición no se configuraría delito de aborto, pues no habría interrupción del embarazo ni la expulsión del feto.

La jurisprudencia, es casi uniforme en sus definiciones sobre aborto, considerándolo como "interrupción provocada del embarazo o del proceso fisiológico de la preñez".

(54) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1976, 3ª ed. t. III, párr. 85, p. 91.

(55) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1968, t. IV, pp. 210/11, párr. 85, Nº 4.

Conforme lo expresado, cabe concluir y respondiendo a la pregunta formulada, que a nuestro entender, la acción tendiente a la destrucción de embriones no implantados en el seno materno, no encuadraría exactamente con la figura tipificada por el Código Penal.

Pero que tal manipulación debe ser castigada severamente no caben dudas, siendo dicho castigo a través de la tipificación de una nueva figura delictiva, encuadrada en la "protección del derecho a la vida".

Pensamos también que el delito se comete en el preciso momento en que se procede a "extraer los óvulos y espermatozoides para su posterior fertilización, por cuanto consideramos que esos elementos fecundantes llevan en sí «vida humana» y más aún si se procede a su fertilización y a su posterior destrucción por no tener la suerte de ser lo más dotados para vivir".

Su incidencia en la filiación matrimonial

Presunciones.

Nuestro Código Civil, en su art. 240 "supone concebidos durante el matrimonio, los hijos que nacieren después de los 180 días del casamiento válido o putativo de la madre y los póstumos que nacieren dentro de los 300 días contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado". Y el art. 244 establece que "las presunciones de la ley expresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contrario", es decir que dicha presunción es *iure et de iure*.

La filiación materna, que hasta ahora se apoyaba en dos hechos fundamentales, como el "alumbramiento y la identidad del hijo", sustentando el principio romano de que *mater semper certa est, pater vero est quem iustae nuptiae demonstrat*, quedará sujeta, por aplicación de estas nuevas formas de fertilización humana, a las mismas dudas o presunciones a que está sometida la paternidad.

En otra forma, se deberá expresar que la maternidad ya no se presumirá *iure et de iure* sino que se ha de fundar en presunciones *iuris tantum*, o sea que admitirá prueba en contrario, toda vez que ya los seres por el solo hecho del alumbramiento, no podrá decirse que provengan de la madre de quien nacen.

Como el seno materno ha dejado de ser imprescindible, pues se ha convertido en un simple medio de desarrollo de embriones, que aun puede ser reemplazado por el de otra mujer o en adelante, por un útero artificial, y por la manipulación indiscriminada de los elementos fecundantes que se realiza para la aplicación de las técnicas de fertilización que estamos tratando, no podrán aplicarse, sin reservas, las normas reguladas para la filiación "natural", en el sentido de ley natural, sin antes "comprobar fehacientemente el origen de los elementos fecundantes".

Fertilización homóloga y heteróloga.

Llámase “fertilización homóloga” a la practicada con la utilización de los elementos fecundantes —óvulo y espermatozoide— de los esposos, en un matrimonio legítimamente constituido.

Por el contrario, desígnase como “fertilización heteróloga” a la practicada, indistintamente, con elementos vitales fecundantes, no pertenecientes a los esposos; es decir, con espermatozoides y/u óvulos de tercero ajeno al matrimonio.

Frente a la posibilidad que existe, técnica y biológicamente, de una fertilización heteróloga dentro del matrimonio y ante la inseguridad de una fertilización homóloga, en la que no participan los cónyuges en forma directa, no cabe más que concluir, a nuestro entender, que para conocer el origen de la filiación por aplicación de las técnicas de fertilización humana, deberá “investigarse” ineludiblemente la procedencia de la filiación en busca de la “verdad biológica” para luego no tenerse dudas sobre “la verdad jurídica” de la misma y ello en miras a una correcta defensa de la familia legítima matrimonial, para el supuesto de que los cónyuges hayan recurrido a cualquiera de las técnicas de fertilización, mediante la utilización de espermatozoides u óvulos de terceros dadores.

Verdad biológica y verdad jurídica.

Frente a lo anteriormente expuesto, se hace necesario precisar los conceptos de “verdad biológica” y “verdad jurídica”, para conocer el origen de la filiación.

La verdad biológica debe servir de base incuestionable de la verdad jurídica, porque el derecho debe basarse en realidades y lo real es característico de la verdad biológica.

La verdad jurídica muchas veces no coincide con la verdad biológica y ello sucede, por ejemplo, en la “adopción”, donde la mayoría de las veces el hijo adoptado tiene padres biológicos distintos —verdad biológica— a los padres adoptivos —verdad jurídica—; o cuando se discute la filiación de determinada persona, basándose dicha discusión en presunciones que suelen no coincidir con la certeza de la realidad biológica.

Es indudable que en estos tipos de procedimientos, antinaturales o científicos de fertilización humana, donde los óvulos y espermatozoides son manipulados por una tercera persona ajena a los cónyuges, dependiendo la nueva vida de su ciencia y conciencia, la verdad jurídica deberá basarse pura y exclusivamente en la “verdad biológica”.

El hecho de que se oculte el origen de los elementos genitales, no hace imposible determinar la filiación y menos discutirla; será difícil destruir la relación-alumbramiento-identidad del hijo, por la carencia de prueba en contra-

rio, pero no imposible, si tenemos en cuenta el avance de la técnica científica que hoy permite determinar la realidad jurídica de la paternidad mediante la aplicación, por ejemplo, de las llamadas "pruebas hematológicas", donde el estudio de los factores sanguíneos ocupa hoy día un lugar importante en las ciencias biológicas.

Por otra parte, los elementos fecundantes llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que transmite caracteres, rasgos, enfermedades, etc.; por ello, independientemente del lugar en que se fecunde el óvulo y desarrolle el embrión y luego el feto, será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo.

De ahí que no sea posible "aplicar" las normas que regulan la materia, que han sido dictadas en base a la ley natural, a la unión carnal del hombre y la mujer —procreación natural— para determinar la filiación, sino que se debe previamente ubicarse en el plano biológico, buscando por todos los medios la realidad de la verdad biológica para luego extraer las conclusiones jurídicas —verdad jurídica—.

Así, la filiación será "legítima matrimonial" si las personas de quienes proceden los elementos fecundantes se encuentran casadas entre sí.

En caso contrario, se deberá pensar que estamos frente a una filiación extramatrimonial.

La filiación deberá tener relación directa entre la persona por nacer y las personas de quienes provienen los gametos.

Frente a la manipulación ejercida por una tercera persona ajena a los cónyuges, ¿qué certeza existe de que dichos elementos fecundantes, utilizados para la fertilización, sean precisamente los provenientes de los esposos? ¿qué certeza habría de que no haya habido fraude o error de laboratorio en la identidad de los elementos fecundantes originarios del ser nacido?

Los que de algún modo, en la Doctrina nacional, han esbozado un perfil de las implicancias en la aplicación de estas técnicas, han propuesto como solución jurídica, para comprobar la certeza del origen de la materia fecundante, la de acreditar tal procedencia mediante la certificación por "escribano público", atribuyendo la paternidad del nuevo ser conforme exprese dicha certificación y en su caso a su debido tiempo, podrá interponer las pertinentes acciones de reclamación de estado, siendo aplicables en nuestro derecho, las normas contenidas en los arts. 251, 260 y 325 del Código Civil (⁵⁶).

No compartimos tal salida jurídica por cuanto con la misma igualmente se estaría en la incertidumbre inicial, pues dadas las técnicas utilizadas para la obtención y recolección de esos elementos (*supra* cap. I) y su natural "privacidad", no será posible a un escribano estar presente en tal momento.

(56) FRUGONI REY, GUILLERMO F., ob. cit., p. 53.

Por otra parte, de ser posible su presencia, tampoco avalaría dicha certificación que esos elementos hayan sido utilizados posteriormente en la operación, es decir, que se hayan utilizado los mismos elementos fecundantes que certificó como procedentes de tales personas.

A lo sumo, y ello tampoco aportaría más luz, podrá certificar la autenticidad de la "firma del médico" puesta en el certificado de proveniencia de elementos fecundantes, transfiriendo la responsabilidad de la autenticidad al médico o a la persona que interviene en la obtención y posterior fertilización de los mismos.

El Dr. Jorge Joaquín Llambías no habla de escribano público, sino de un "contralor" por parte del Estado por intermedio de "oficiales públicos" que den fe de los óvulos empleados, como también del semen empleado para la fecundación (57).

Consideramos mucho más aceptable esta posición, por cuanto el oficial público investido de tal no necesariamente debe ser un escribano, puede ser un médico, bioquímico, biólogo, etc., es decir, una persona idónea para ejercer tal contralor, quien, mediante análisis, intervenciones, etc., certifique con absoluta certeza que los elementos fecundantes provienen de las personas de quienes se las extrajo y, además, podrá estar presente, por su profesión, en todos los actos que sean menester hasta la utilización de los mismos, siempre, claro está, que los cónyuges puedan superar el pudor que implica la realización del acto que realizan.

No caben dudas de que estas soluciones son enormemente dificultosas en su aplicación, por lo que por nuestra parte pensamos que la mejor solución es que el Estado no apruebe tales procedimientos de fertilización humana artificial, por las consecuencias jurídicas que ello traerá aparejado y por la circunstancia, también, de que en el futuro no habría posibilidad de impedir matrimonios en grado prohibido y se darán casos de incesto involuntario si se desconociera, por ejemplo, quiénes son los padres de una persona, amén de las consecuencias morales, psicológicas y sociales que traerá aparejada.

La relación paterno-filial.

Sentado el principio de la verdad biológica para calificar la filiación, mediante la técnicas artificiales de fertilización humana, la relación paterno-filial debe apoyarse sobre dicha base.

Es decir, para considerar al hijo "legítimo del matrimonio", los espermatozoides deben provenir del "esposo de la madre" (58).

(57) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ob. cit., ED, 79-897.

(58) Conf. FRUGONI REY, GUILLERMO, ob. cit.; LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ob. cit., ED, 79-897.

La relación paterno-filial, frente a los procedimientos artificiales de fertilidad humana, será consecuencia de la "prueba de la verdad biológica" y no se apoyará nunca, como en la "procreación natural", sobre presunciones (art. 245, Código Civil), aunque la "concepción" se produzca en el seno materno, como en el supuesto de la inseminación artificial y menos en la fertilización *in vitro*, donde la concepción no se produce en el mismo y aunque los mismos se encuentren válidamente casados.

A ese efecto, el Dr. Jorge Joaquín Llambías aconseja que para prevenir ulteriores conflictos, será necesario la constancia escrita aseverada por aquél acerca de la proveniencia del semen que se utilizó en la operación⁽⁵⁹⁾.

Pensamos que, además, deberá recurrirse a otros elementos de juicio, tales como las pruebas hematológicas, por ejemplo, para establecer la relación paterno-filial surgida de estos procedimientos, pues al convertirse los cónyuges en meros productores de material fecundante y no tener intervención directa en la operación que se realiza en el silencio de un laboratorio, es indudable que siempre se estará frente a la duda si realmente se utilizó para la fecundación el semen del esposo, por un error o fraude que pudiera haber existido.

Si se comprueba la veracidad del nexo biológico, la relación paterno-filial quedará consolidada y, por consiguiente, el padre de la criatura concebida *in vitro* utilizando el óvulo de la madre, o por inseminación artificial, será el "marido de ella".

Pero si la fecundación se ha producido mediante la utilización de espermatozoides provenientes de un tercero, la maternidad no se altera, pero sí la paternidad.

Estaremos frente a una "filiación extramatrimonial ilegítima", aun cuando el esposo haya dado su consentimiento para que así se proceda.

El consentimiento frente a la fertilización humana artificial.

Rechazamos categóricamente la posibilidad de calificar la filiación, como "legítima o ilegítima", basado en el "consentimiento" que los esposos dieran para la fecundación artificial, con elementos fecundantes ajenos, es decir de "terceros dadores".

El orden público está presente y por tal la voluntad de los interesados es incomputable.

El Dr. Jorge Joaquín Llambías dice, refiriéndose al tema, que "...son los hechos los que mandan y son los fueros de la verdad los que imponen su respeto"⁽⁶⁰⁾.

Lo que sucede es que en toda esta problemática está presente el "error" de pretender aplicar a la filiación, producto de la utilización de las técnicas

(59) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ob. cit., ED, 79-897.

(60) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ob. cit., ED, 79-898.

de fertilización humana artificial, "por analogía", las normas estatuidas en el Código Civil sobre esta materia, pues se ha nutrido sobre otros principios, es decir, sobre principios de orden natural.

Si se pretende aplicar dichas normas, sin reserva alguna, nos encontraremos, inexorablemente, ante situaciones absurdas y su consecuencia inevitablemente será la desintegración y destrucción de la familia legítima.

Así por ejemplo, en el supuesto de una "fecundación heteróloga", utilizando semen de un tercero para fecundar a la esposa, haya habido o no consentimiento, no puede quedar supeditada la filiación de la criatura a la "actitud" que asuma el marido de la madre, en el sentido de que si "inicia acción" dentro de los 60 días desde que tuvo conocimiento del parto y probado que sea que no se utilizó el semen suyo para la operación, por aplicación del art. 254 del Código Civil, el hijo no será suyo y contrariamente si no ejerce su acción dentro de aquel plazo legal, el hijo será considerado por ley, legítimo y el padre será el marido de la madre, aunque el semen utilizado no sea el suyo.

Con ello, quiere decir entonces que, de aplicar dicha norma, los hijos quedarán supeditados a ser legítimos o ilegítimos, a la voluntad de una persona; estaríamos frente al absurdo de que dos hijos concebidos por el mismo procedimiento y con semen de un tercero, uno sea legítimo, si "no se inició acción" y el otro ilegítimo, en el caso de que "iniciada la acción", se haya probado la ilegitimidad de la proveniencia del elemento fecundante.

Ante tal circunstancia insistimos, a riesgo de ser reiterativos, que no pueden aplicarse normas que han sido dictadas para otra forma de procreación humana, donde los cónyuges son partícipes directos desde la concepción hasta el alumbramiento.

Pero estando frente a los procedimientos artificiales de fertilización humana, donde interviene una "tercera persona", existe la posibilidad de "error o fraude" y, por lo tanto, como hemos expresado *supra*, se deberá investigar previo a todo, el origen de los elementos fecundantes para calificar la filiación.

El consentimiento y la voluntad procreacional no puede ser determinante para calificar al hijo como matrimonial o extramatrimonial y, por ende, no puede quedar supeditado a plazo alguno (art. 254 del Código Civil), para reclamar contra la "legitimidad del hijo".

Por ello, consideramos que previo a la anotación del hijo en el Registro Civil se deberá justificar sumariamente que el origen de los elementos fecundantes proviene de los padres de la criatura, sirviendo el certificado médico de nacimiento como elemento probatorio, pero no para la inscripción de dicho nacimiento, pues se deberá contar con otras pruebas a fin de obtener sentencia judicial, único instrumento que habilitará la inscripción cuando se haya procedido a utilizar para la procreación las técnicas artificiales a que nos venimos refiriendo.

Como consecuencia de lo expresado, el dador del semen podrá "reclamar" la paternidad del hijo, pues ese hijo es suyo genéticamente y además porque

la paternidad no depende de la voluntad de procreación, sino que es padre quien engendra un hijo (61).

Si por el contrario aplicáramos las normas vigentes, estaríamos frente al absurdo de que un hijo tenga dos padres, uno genético y otro institucional.

El padre institucional será el esposo de la madre y el dador del semen el padre genético, el que, por imperio de las normas vigentes que regulan la materia, no podrá reclamar su paternidad por oponerse a ello el art. 3º de la ley 14.367, introducido por ley 17.711, pues se dice que el tercero al "desprenderse" de su esperma abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica (62 y 63).

El consentimiento y la injuria grave

Frente a lo anteriormente expresado, cabe referirse a una situación que indudablemente ha de tener complicaciones y traer controversia en la Doctrina.

Si el esposo ha dado el consentimiento para la fertilización heteróloga de la esposa ¿es injuria grave habilitante del divorcio? y ¿en qué momento se configura dicha injuria?

Hay que considerar dos supuestos: a) si es el marido el que dio el consentimiento y luego se arrepiente, sin conocer la esposa tal consentimiento y b) si ambos cónyuges prestaron recíprocamente el consentimiento y es uno de ellos el que posteriormente se arrepiente.

El primer supuesto, si es el marido el que prestó el consentimiento, sin que su esposa lo sepa, "comete injuria grave habilitante del divorcio".

La injuria se configura en el "momento de prestar o expresar el mismo" y no cuando expresa su voluntad de arrepentimiento.

Si son ambos cónyuges los que prestaron el consentimiento y es uno de ellos el que se arrepiente, no habría injuria grave habilitante del divorcio, pues el arrepentimiento no configura para nosotros la injuria, sino que ha habido injuria recíproca en el momento de "prestar el consentimiento recíproco".

Ambos cónyuges conocían los riesgos a que se sometían celebrando tal convención procreacional y, por tal, como en toda convención, existe la posibilidad de arrepentimiento de cualquiera de los contratantes y si el otro cónyuge se arrepintió, no da derecho a éste a ninguna acción, pues nadie puede invocar su propia torpeza y además porque tal convención es nula por ser contraria a la moral y buenas costumbres (art. 953 del Código Civil).

(61) DÍAZ DE GUIJARRO E., Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1962, t. I, p. 258.

(62 y 63) Conf. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, ob. cit., ED, 79-899; ZANNONI, EDUARDO A., ob. cit. p. 67.

La relación materno-filial

Hemos dicho *supra*, que si en la fertilización humana artificial, se prueba que se han utilizado para la operación los elementos fecundantes de ambos cónyuges, la filiación será legítima matrimonial si se ha efectuado dentro del matrimonio válido o putativo de los mismos.

Pero, como en el caso de la relación paterno-filial, puede suceder que se haya utilizado un óvulo que no sea el de la madre, es decir, que se haya utilizado el óvulo de una tercera dadora, ya sea porque la esposa es estéril por carecer de ovulación, lesiones, etc., sin estar impedida de recibir en su útero un embrión fecundado, por ejemplo *in vitro*.

Como en el supuesto de la paternidad, deberá previamente acreditarse la proveniencia del elemento fecundante, antes de procederse a la inscripción de la criatura en el Registro Civil.

Frente a esta posibilidad, hemos dicho que el principio romano de que *mater semper certa est*... pierde su fundamento por haberse procedido a una fecundación artificial y la presunción legal de maternidad será siempre *iuris tantum*, a pesar de la máxima *partus sequitur ventrem*.

Es decir que por el hecho del alumbramiento, no se puede decir que la madre sea la que ha dado a luz.

Se derrumba el concepto tradicional de que no podía entenderse que una mujer que haya dado a luz a un niño, no sea suyo.

Aquí, como en la relación paterno-filial, el consentimiento tampoco es computable.

El ejercicio de la acción de desconocimiento de la maternidad podrá ser ejercido por el esposo que permitió la fecundación de su mujer con un óvulo de otra.

No le impide arrepentirse, y si se arrepiente después de haber prestado el consentimiento ocultado a su esposa, comete injuria grave y habilita a su mujer a pedir el divorcio y el "daño moral".

Aquí como en la paternidad, si la mujer conocía y consintió la fecundación con un óvulo de una tercera dadora, es tan culpable como el esposo y su actitud no dará origen a acción alguna.

Lo mismo ocurrirá con los terceros interesados: estarán legitimados para promover el desconocimiento de la maternidad, probando que el hijo dado a luz no es de la mujer, haya habido o no consentimiento de los cónyuges (art. 261 del Código Civil).

La tercera dadora, si pretendiese reconocer al hijo nacido por la fertilización de un óvulo suyo, estaría habilitada para hacerlo, pues consideramos que como en la paternidad, la maternidad no se renuncia y la intención no es computable frente a los principios de ley natural.

Son padre y madre los que han engendrado el hijo y no los que voluntariamente pretenden comportarse como tales, infringiendo las leyes naturales.

Quede bien entendido que lo expresado deberá aplicarse solamente a la fertilización humana artificial, producto de una manipulación insidiosa, mediante los procedimientos técnicos que hemos expuesto.

Los hijos así nacidos serán extramatrimoniales-ilegítimos.

La fertilización humana artificial frente a la validez del matrimonio. Impotencia

Frente a la importancia del tema, que no puede ser agotado en este trabajo porque excedería los límites del mismo y merece ser tratado como trabajo particular y específico, daremos y dejaremos esbozado algún perfil, que la fertilización humana artificial provocaría frente al matrimonio nulo por impotencia.

En efecto, se puede presentar el caso de que se celebre un matrimonio, con el "impedimento de impotencia" y que por tratarse de un impedimento de derecho natural, lo hace "nulo".

Frente a las técnicas que tratamos, ¿cómo se ha de considerar al hijo concebido que no salva la impotencia?

Frente a la ley natural y el Derecho Canónico, el hijo será extramatrimonial, es decir hijo natural de las personas de las cuales provienen los elementos fecundantes.

Frente a nuestra legislación positiva, es sabido que el matrimonio celebrado con el impedimento de impotencia no es nulo sino "anulable".

Es así entonces, que el hijo será matrimonial o extramatrimonial, según nos coloquemos ante la posibilidad de nulidad del matrimonio y en ello quedará como árbitro de la situación "el cónyuge sano", quien si no inicia la acción, el matrimonio se reputará válido y entonces el hijo será matrimonial y, por el contrario, si inicia acción y el matrimonio se anula, el hijo será extramatrimonial y por ende hijo natural de ambos.

Ante tal situación, que nos parece injusta, nos ha parecido proponer una solución, que tiende a proteger al hijo nacido.

Si los cónyuges procedieron a la fertilización artificial, para tener un hijo, el "cónyuge sano *perderá* la acción de nulidad", es decir, no podrá solicitar en el futuro la nulidad del matrimonio.

Para ello, se ha tenido en cuenta evitar la mala fe con que pudiera proceder el cónyuge sano.

Además, consideramos que si los cónyuges han procedido a tener un hijo por ese medio, es porque han entendido que por encima del remedio de la concupiscencia se encuentra el "amor mutuo" que se ha de traducir en la "educación de la prole", que es otro de los fines del matrimonio.

Cabría pensar, en profundidad, si el amor mutuo del hombre con la mujer, en estos casos, no salva el impedimento de impotencia.

Sabido es que los fines del matrimonio son: la procreación, el remedio de la concupiscencia y la educación de la prole; estos fines, que se encuentran en un mismo pie de igualdad, forman la base del triángulo en el que se apoya el amor conyugal.

Si bien el acto sexual es la expresión, o mejor dicho debe ser la expresión, de ese amor mutuo entre los esposos, no porque falte de haber amor, pues ya se ha dicho *supra* que los hijos no son solamente producto del amor sexuado del matrimonio, sino que también son producto de su educación que para ser efectivo debe provenir de un verdadero amor de los cónyuges y desarrollado en el único recinto sagrado: la familia.

Estas circunstancias no le quitan ilicitud a la convención procreacional que los esposos han celebrado a efectos de poder tener su propio hijo, debiéndose tener en cuenta que esta solución se ha dado en aras de mitigar la transferencia de culpabilidad de los padres hacia los hijos.

Por tales consideraciones, si se celebra un matrimonio con el impedimento de impotencia "anterior" a su celebración, pensamos que el mismo quedará convalidado para que, a través del amor mutuo de los esposos, puedan cumplirse los fines señalados de la educación y preservación de la familia.

Posibilidad de fertilización y nacimiento de hijo después de la muerte.

"Hace más de cien años un investigador italiano demostró que los hombres podrían dejar en depósito su semen antes de entrar en combate.

"Aunque los bancos de espermatozoides humanos congelados sólo empezaron a funcionar en escala considerable a principios de la década de 1970, para esa fecha centenares de miles de mujeres ya habían sido impregnadas artificialmente con espermatozoides humanos" (64).

La posibilidad de fecundación utilizando los elementos fecundantes "conservados" por congelamiento, sin que se alteren en absoluto sus características fecundantes y de aplicarse las técnicas que desarrollamos, hace pensar desde ya que en un futuro no muy lejano nos encontraremos con situaciones aberrantes, que causarán pavor y asombro.

Nos estamos refiriendo al hecho de que una persona fallecida pueda tener un hijo.

Si bien esta hipótesis no podía en el pasado ni siquiera pensarse, hoy con los avances científicos y técnicas aplicadas en genética, es posible.

Esta posibilidad de fertilización humana después de la muerte crea planteos ontológicos serios y hace pensar al jurista, creándole grandes interrogan-

(64) PACKARD, VANCE, ob. cit.

tes a los que debe dar respuesta. ¿Qué incidencia producirá en el derecho la aplicación de estas técnicas científicas de fertilización humana artificial, utilizando los elementos fecundantes de personas “ya fallecidas y obtenidos con anterioridad a su deceso? ¿Serán los hijos matrimoniales o extramatrimoniales —adoptando la terminología de nuestro Código Civil— en el caso de que los elementos fecundantes provengan de un matrimonio disuelto por muerte? ¿Qué posición jurídica ocuparán los hijos nacidos, producto de la utilización de elementos fecundantes de personas desconocidas ya fallecidas? ¿Qué incidencia tendrá todo esto en el Derecho Sucesorio?”

Para responder a estos interrogantes, hay que resolver en primer lugar la situación de hecho y jurídica que plantea la muerte y para ello deberá darse respuesta a qué es la muerte y en qué momento se produce.

Por muerte se entiende el “fin o cesación de la vida”.

Es la separación del alma y el cuerpo, según la concepción cristiana. El alma es inmortal y el cuerpo es polvo y en polvo se convertirá.

Si bien la respuesta a estos interrogantes es de diversos matices en el plano filosófico, en tanto y en cuanto no hay una posición única de tales conceptos, pues ello depende del ángulo en que se coloque el filósofo y de la posición que pretenda defender, no lo es así en otras disciplinas, pese a que la ciencia no ha dado la última palabra, en respuesta a tales interrogantes.

La ciencia médica

Llama muerte “cuando se comprueba que en la persona sus signos vitales —pulso, frecuencia cardíaca, respiración, actividad cerebral, etc.— están ausentes, ya sea al examen subjetivo del médico durante 3 a 5 minutos y/o mediante pruebas técnicas —electroencefalograma, electrocardiograma, etc.— así lo demuestran”.

Por tal se ha dicho que la muerte es la ausencia de signos vitales comprobados fehacientemente.

Pero no obstante tales comprobaciones, a la ciencia le quedan dudas, porque ha habido casos en que a pesar de haberse comprobado la ausencia de signos, mediante electroencefalograma —chato o plano— revelador de la llamada muerte clínica, se señalan casos en que *a posteriori*, se produjo una resucitación de aquellos signos, por lo que aquella no sería la “muerte real” (65).

En doce Estados de la Unión, el cese de la actividad cerebral se lo considera síntoma definido. El único dilema es sobre cuánto tiempo debe

(65) TERÁN, LOMAS, *Los trasplantes de órganos ante el Derecho Penal*, JA. Doctrina, 1974-745.

durar sin actividad cerebral discernible, para que el estado electroencefalográfico —chato— se tenga por irreversible (66).

Hay quienes sostienen que la muerte clínica no corresponde a una muerte real, pues como se ha expresado, aquel electroencefalograma no es definitivo, a consecuencia de haberse comprobado casos de reanimación.

Las técnicas aplicadas de reanimación han hecho dudoso el momento "real de la muerte".

En respuesta a esta postura, otros sostienen que la ausencia total de la función cerebral corresponde a la muerte real, pese a que se mantenga al paciente conectado a un respirador artificial, que sólo provoca la provisión de oxígeno y la eliminación del anhídrido carbónico de la sangre, permitiendo mantener la función cardíaca, la cual produce irrigación corporal.

Al suprimir la reanimación mecánica respiratoria, se precipita el paro cardíaco-circulatorio y se cierra el ciclo, comenzando con la muerte cerebral (67).

Frente a tales posiciones, cabe entonces dar respuesta al otro interrogante señalado: ¿en qué momento se produce realmente la muerte?

La muerte no es un proceso, sino un momento.

Según la Teología, todos los hombres, después del "momento" en que se los juzga haber muerto, aún siguen viviendo durante algún espacio de tiempo más o menos largo, según sea la naturaleza de las causas que acarrearón la muerte. La duración de esta vida latente se prolonga hasta que hayan aparecido signos inequívocos, como "la rigidez cadavérica" y la "putrefacción general" de todo el organismo "plenamente" comprobado. Frente a ello, toda persona destituida de los sentidos, mientras es probable que viva aún "se le han de administrar los sacramentos, que tal vez ha menester" (68).

Realmente es sumamente difícil afirmar en qué preciso momento se ha producido la muerte real de un ser humano.

No obstante ello, debemos estar a lo que resuelvan los avances de la ciencia médica y que en esta materia es tratado por la Tanatología mediante el tanatodiagnóstico, que estudia los signos de muerte real y aparente, estableciendo su diagnóstico diferencial y afirmando o confirmando el deceso.

En definitiva hasta ahora, se dice que ha llegado la muerte real y es irreversible, en el preciso momento en que se comprueba que los signos cardiocirculatorios, respiratorios, tegumentarios y neuromusculares, se encuentran totalmente ausentes en la persona que se tiene por muerta.

(66) HAWARD-JONES, NORMAN, M.R.C.S., *La salud y los derechos humanos*. En: Revista Salud Mundial, enero 1976, p. 7, cita de Santos Cifuentes en "Estudio Jurídico Privado sobre transplantes de órganos", ED, 77-849.

(67) CIFUENTES, SANTOS, ob. cit., ED, 77-848/850.

(68) R. P. FERRERES, JUAN S. I. *Epítome del Compendio de Teología Moral*, Barcelona, Editor Eugenio Subirana, 1921, p. 575.

La muerte y lo jurídico

Estas consideraciones referidas a la muerte no han sido expuestas por capricho, toda vez que, como se verá más adelante, podrán aportar alguna luz, en miras a dar una solución a la situación de los hijos póstumos nacidos mediante la utilización de elementos fecundantes obtenidos antes de la muerte de la persona que lo produjo.

La muerte desde el punto de vista jurídico, produce efectos fundamentales.

Disuelve el vínculo matrimonial, poniendo fin a los derechos y deberes emergentes del matrimonio. El cónyuge supérstite, puede volver a contraer matrimonio; la sociedad conyugal queda disuelta sin necesidad de pedido de parte interesada y en el Derecho Sucesorio, abre la vocación hereditaria del cónyuge supérstite y sus herederos.

En materia de filiación, la muerte, al producir la disolución del matrimonio, provoca situaciones especiales.

Así, por ejemplo, el art. 240 del Código Civil Argentino, nos pone en la situación de comprender cuál es el estado de una persona dentro de una familia legalmente constituida.

Es decir, que al suponer concebidos durante el matrimonio a los hijos póstumos que nacieren dentro de los trescientos días contados desde el día en que el matrimonio, válido o putativo, fue disuelto por muerte del marido o porque fue anulado, nos está indicando que "serán matrimoniales" los hijos que nacieren "dentro" de ese plazo legal y "extramatrimoniales" los hijos que nacieren fuera de ese plazo.

Pero esto es válido para la "fecundación natural" donde los esposos han tenido intervención directa en la fecundación y nacimiento de su hijo.

No es válido para la fertilización humana surgida por los procedimientos que comentamos; no puede aplicarse dicho criterio, porque aquí hay que hacer un enfoque distinto del problema.

En primer lugar, debemos tener presente que "el momento del nacimiento" del hijo es irrelevante, el plazo de 300 días no interesa.

Aquí se debe tener presente y en cuenta el "momento de la concepción" del hijo, pura y exclusivamente.

Si el hijo es concebido —mediante inseminación artificial o fertilizado *in vitro* y posterior implante de embrión— utilizando los elementos fecundantes del matrimonio "antes" del fallecimiento del o los progenitores, el hijo "será matrimonial".

Por el contrario, si el hijo es concebido "posteriormente" al fallecimiento, el hijo será "extramatrimonial", porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte.

Será "legítimo" biológicamente, pero institucionalmente será "extramatrimonial", pues *su concepción se produce fuera* del matrimonio.

El matrimonio ya no existe, por haber quedado el vínculo disuelto, a causa de aquel hecho natural: la muerte.

Aquí lo "legítimo" y lo "matrimonial" no son coincidentes, pues el hijo así concebido, es legítimo biológicamente, pero no matrimonial pues fue concebido con posterioridad al matrimonio, es decir, fuera de él.

Por otra parte, no cabría posibilidad de legitimación, como en el supuesto del hijo concebido antes del matrimonio y nacido durante él (art. 253 del Código Civil), pues aquí ya está disuelto el vínculo matrimonial y no habría posibilidad de renacimiento o de volverse al estado anterior a la muerte.

Por esta razón, es desechable la postura de quienes sostienen —mediante una ficción jurídica— que el hijo puede ser considerado matrimonial, si él o su representante legal, en cada caso, reclaman judicialmente la paternidad o la filiación, en los términos del art. 325 del Código Civil, probando que antes de morir el marido (en el caso de la esposa), aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación, con el fin de engendrar un hijo con su mujer y que la concepción se produjo con ese esperma. La reclamación, probados los extremos que fundan el presupuesto biológico de la filiación, habrá de prosperar⁽⁶⁹⁾.

No compartimos esta postura, por cuanto venimos sosteniendo que no puede ser computada la "voluntad procreacional" para decidir la posición del hijo dentro de la familia legítima, por cuanto estamos en esta materia, frente a la ley natural que no puede torcerse, a la moral y al orden público.

Por otra parte, de adoptarse dicha postura, se deberá iniciar esta acción y ser ejercida "en vida para los padres y habiendo posesión de estado".

Si el derecho se basa en realidades, la realidad indica que quien ha muerto no puede volver a la vida y no podrá afirmarse que el ser a quien pertenecía —tanto el esperma como el óvulo— no ha muerto definitivamente, mediante el esfuerzo mental de suponer, "...que la biología permite que la individualidad genética del ser vivo, trasciende su muerte física y en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante" (70).

Si bien es cierto que los elementos fecundantes, llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que transmite caracteres, rasgos, enfermedades, etc. y que será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo, ello será cuando la persona "está viva" y no cuando "ha muerto", pues ha perdido los "atributos de la personalidad" y quien "no es persona, no puede ser padre".

(69) ZANNONI, EDUARDO A., ob. cit. p. 75.

(70) ZANNONI, EDUARDO A., ob. cit. pp. 45/75.

Pensar de otra manera es un desafío a Dios y si bien es sabido que el hombre hará prodigios, esos prodigios sólo los podrá hacer dentro del marco del respeto a la Ley de Dios y a la Ley que El ha impuesto a las cosas y no fuera de ella, porque fuera de ella no hay lógica posible, cayendo irremediablemente en el absurdo.

De ser posible esta hipótesis —la que por otra parte merece ciertos reparos de orden psicológico y social— no habrá más que concluir, que de adoptarse en nuestro Derecho esta posibilidad de fertilización humana artificial en todas sus formas, verá el Derecho de Familia, sacudidos sus cimientos.

Pero si bien esto es manejable, en la hipótesis de que se “conozca la proveniencia de los elementos fecundantes”, no lo es tan manejable si nos colocamos en la hipótesis de que se hayan utilizado los elementos fecundantes de “personas desconocidas” fallecidas mucho tiempo atrás.

¿Quién será el padre o la madre? ¿Cómo podrá investigarse por lo menos la paternidad biológica?

Es indudable, entonces, que habrá llegado el momento de afirmar que el padre o la madre de esa criatura es el “científico que realizó el experimento” y la madre la “probeta artificial” que lo llevó en su vientre, recibiendo como consecuencia de ello el apellido de la sociedad anónima o del laboratorio que lo ha fabricado.

Posibilidad de reconocer la filiación matrimonial del hijo fertilizado con posterioridad a la muerte de las personas. Muerte real y aparente.

Al reflexionar sobre el hecho de la muerte, dijimos que no había sido puesto por capricho.

Se dijo que según “la Teología”, todos los hombres después del momento en que se los juzga muertos, aún siguen viviendo durante algún tiempo, más o menos largo, según sea la naturaleza de las causas que acarrearón la muerte, y que la duración de esa vida latente se prolonga hasta que aparezcan signos inequívocos.

De allí que la Iglesia Católica aconseja administrar los sacramentos a toda persona destituida de los sentidos, mientras es probable que viva aún, aunque esa posibilidad sea muy exigua.

Pues bien, esta reflexión teológica nos coloca en la posibilidad de pensar, a fin de dar una solución al problema de los hijos fertilizados artificialmente —inseminación artificial o *in vitro*— que en el hipotético caso de que se llegara a probar que el hijo fue concebido dentro del plazo que la Iglesia aconseja administrar los Sacramentos —una hora u hora y media— a la persona que se encuentra destituida de los sentidos y presumida muerta, podrá considerársele “hijo matrimonial” siempre y cuando también se pruebe que se han utilizado para la fertilización, los elementos fecundantes de los esposos.

Por lógica consecuencia, no podrá aplicarse esta solución a los hijos nacidos mediante la utilización de elementos fecundantes de personas desconocidas, es decir, de padres anónimos.

Es indudable que la prueba será difícil, pero dado como están organizados los bancos de espermas y óvulos, en los que se encuentran clasificados los elementos fecundantes, por su características genéticas, psicológicas, antropológicas y la identificación personal, ello podrá ser factible.

Breve comentario sobre la incidencia de estas técnicas en el Derecho Sucesorio

Siendo que el Derecho Sucesorio se nutre de los principios que le informa el Derecho de Familia, porque sus normas reposan sobre el "nexo biológico", al pretenderse aplicar sus normas, tal como han sido concebidas por nuestro Codificador, hemos de apreciar y presenciar con meridiana claridad —porque esta parte del Derecho Civil, el Derecho Sucesorio, se encargará de demostrarlo—, cómo, la aplicación de las técnicas que comentamos, producirá el derrumbe del Derecho de Familia con su consecuente secuela de destrucción del matrimonio, de la familia y de la sociedad.

En efecto, frente a las múltiples posibilidades que se pueden presentar en orden a la filiación, ya sea que se apliquen estos procedimientos dentro del matrimonio o fuera de él, es necesario probar el origen de los elementos fecundantes, para establecer si la filiación es matrimonial o extramatrimonial.

Así comprobado, si los elementos fecundantes —espermatozoides y óvulos— provienen del hombre y la mujer unidos en matrimonio, el hijo será matrimonial —legítimo— y, por consiguiente, en nada se ha de alterar la posible sucesión y si ha habido otros hijos nacidos por fecundación natural, éstos "serán hermanos" y concurrirán en el sucesorio en partes iguales, tal como está normado en las disposiciones respectivas, a las que *brevitatis causa*, nos remitimos.

La misma situación sucederá con los hijos "legitimados" por subsiguiente matrimonio, concebidos con anterioridad a la celebración del matrimonio, siempre, claro está, que se pruebe fehacientemente que los elementos utilizados en tal o cual procedimiento artificial, provienen del hombre y la mujer que han contraído matrimonio.

Pero todo parece muy sencillo hasta que nos encontramos con que se ha probado que el hijo nacido artificialmente, "no ha sido el producto de la unión de los elementos fecundantes del hombre y/o la mujer que componen el matrimonio".

Ellos serán hijos extramatrimoniales.

El hijo fecundado con óvulo de la esposa y esperma de un dador, será "heredero de la madre y heredero del dador" y éste también podrá heredarle como ascendiente.

Viceversa, si el esperma es del marido y el óvulo de una dadora, será heredero del padre y heredero de la dadora y ésta tendrá vocación hereditaria de ese hijo.

Tanto el dador como la dadora serán herederos y podrán exigir los derechos hereditarios que le correspondan.

Aquí la norma será entonces, que los hijos concebidos por los procedimientos que analizamos, son extramatrimoniales y esa condición desaparecerá, en tanto y en cuanto háyase probado que la proveniencia de los elementos fecundantes son de marido y mujer unidos en matrimonio legítimo.

Respecto de los "colaterales", en los supuestos señalados, se estará en presencia de "medio hermanos" resolviéndose la sucesión entre ellos, de conformidad con la disposiciones vigentes.

Entrando aún más en la confusión de lo que parecía sencillo, es cuando se presenta la situación de que se "implanta" a la esposa un "embrión" formado por elementos fecundantes de otro matrimonio.

Recordando que el padre y la madre son aquellos de los cuales provienen los elementos fecundantes y no de aquella que llevó adelante la gestación hasta el alumbramiento, no cabe más que concluir que el hijo así nacido será heredero de quienes provienen los gametos e "hijo matrimonial de ellos —aunque no lo hayan reconocido—".

A contrario sensu, serán herederos como ascendientes.

Si se fertiliza —*in vitro*— un óvulo de mujer casada y esperma de un dador soltero y luego se implanta el embrión en una mujer casada de otro matrimonio que lo ha encargado, el hijo será de los que cedieron sus elementos fecundantes y heredará de ellos y ellos heredarán de él, han de concurrir a la herencia con los hijos legítimos de la mujer en la proporción de los hijos extramatrimoniales y en la herencia de su padre soltero, juntamente con los que se les acuerda vocación hereditaria respecto de él.

Todo ello siempre que la dadora y el dador peticionen su maternidad o paternidad y su consiguiente reconocimiento que, como se ha dicho, podrán hacerlo sin que pueda nadie oponerse a ello, porque la maternidad y paternidad no se renuncian por el hecho de haberse desprendido de sus elementos fecundantes.

Sería extenso seguir ideando supuestos y combinaciones que pudieren darse por aplicación de estas técnicas genéticas de fertilización humana artificial.

Por tal motivo, dejamos librado a la imaginación del investigador, que saque sus propias conclusiones.

Nosotros ya la hemos sacado: el matrimonio no tendrá sentido, el modelo de familia, tal como lo conocemos, desaparecerá y la sociedad estará compuesta por seres humanos, autómatas e interdependientes entre sí.

La propiedad privada, en su doble función, individual y social, ha de sucumbir. Los bienes pasarán de mano en mano y como plaza a quienes serán los artífices de las nuevas vidas. El Derecho Sucesorio, tal como está estructurado, no tendrá vigencia.

Esa circunstancia hará que una persona herede a otra, a la que no une ningún vínculo como, por ejemplo, si un hijo nace de elementos fecundantes de una mujer casada y un soltero.

Muere la mujer casada, hereda el hijo que proviene de su óvulo y luego muere el hijo, entonces hereda su padre soltero.

A éste, con la mujer casada, nada los une jurídicamente, todo los separa.

CONCLUSIONES

Frente a la incidencia que la aplicación de estas técnicas de fertilización humana artificial, tiene en el campo del Derecho y especialmente en el Derecho de Familia, el Sucesorio y aún en el Derecho Penal y que de alguna manera hemos pretendido esbozar, nos inclinamos para que nunca en nuestro país se regule y acepte tales procedimientos, porque atentan contra la Ley de Dios, el Derecho Natural y destruyen sus instituciones: “el matrimonio legítimo” y “la familia constituida”, degradando a la persona humana, y porque en definitiva, estos procedimientos “no curan” la esterilidad, sino que “suplantán” el orden natural.

Ante esta negativa se impone, y fervientemente lo solicitamos, que nuestra sociedad —en la Argentina que vivimos— dé el ejemplo al mundo entero, contando con una brillante y eficiente ley de adopción, posibilitando a los matrimonios infértiles, volcar su “amor conyugal” hacia los niños desamparados.

OSVALDO PEDRO RAFFO MAGNASCO

LA AMISTAD EN SANTO TOMAS

Introducción

Difícil es abordar el tema de la amistad, tan ampliamente tratada por Aristóteles en sus libros VII y IX de la *Ética a Nicómaco* y profundizada luego por la visión cristiana de Santo Tomás en la *Suma Teológica*.

Dos son los lugares en la *Suma* en los que el Angélico se ocupa de la amistad.

Uno, en el *Tratado de la Caridad* (II-II q. 23-46), donde la define como una amistad del hombre con Dios.

El otro, lo encontramos más adelante cuando una vez que ha tratado la justicia en sí misma, pasa a ocuparse de sus partes; integrales primero (II-II q. 79) y potenciales, luego (II-II q. 80-120). Es aquí, donde desarrolla en primer lugar el tratado de la religión (II-II q. 80-100); en segundo lugar el tratado de las virtudes sociales (II-II q. 101-122).

En este lugar y una vez considerada la deuda rigurosa, pero desigual, trata a la deuda igual, pero no rigurosa y entre las no apremiantes, en lo que respecta darse a sí mismo, se ocupa de la decente convivencia con los otros hombres:

La afabilidad (q. 114) y de sus vicios por exceso: la adulación (q. 115) y por defecto: el litigio (q. 116).

A lo largo de este trabajo se habla de la caridad, amistad divina, sobrenatural, como la más cara de las amistades, por razón del amigo; en función de su definición se ubican los elementos propios de la amistad perfecta (natural), tal como lo hace Santo Tomás; para pasar luego a señalar las diferencias entre su pensamiento y el de Aristóteles, en relación al fin del hombre virtuoso, por cuanto las virtudes aristotélicas tienden a la felicidad natural, terrena, mientras que el cristianismo anima la felicidad perfecta y ultraterrena. El amor es modo de servir a lo amado y ser útil. Cualquiera que sea la forma que adopte: amor a Dios, a la patria, a la familia, etc., se traduce invariablemente en un ponerse al servicio de la causa divina, nacional o del hogar.

Los distintos tipos de amistad también son tratados.

Se verá también cómo, en sentido más amplio, está referida al trato afable con los otros hombres, al uso de las reglas del decoro, en bien de una convi-

vencia decente, debida a nuestros semejantes por un débito moral, propio del hombre honesto.

Y cómo esta virtud social, puede verse viciada por exceso o defecto: por la adulación o el litigio.

Finalmente, habiéndose encontrado en las cuestiones 114, 115 y 116 una relación con la verdad o con su ausencia, se concluye preguntando cuál es la incidencia de dicha relación en el abogado, hallándose respuesta en la cuestión 71 de la II-II.

El presente artículo es un intento de aproximación al pensamiento de Santo Tomás a través de la *Suma Teológica*, lo que implica un acercamiento a Aristóteles y el encuentro con algunos autores que los comentaron.

I - La Amistad

A) Amistad natural y sobrenatural.

Como quedó señalado Santo Tomás se ocupa de la amistad en su "Tratado de la Caridad", y a propósito de esta virtud teologal va guiando sobre qué es amistad, en el plano sobrenatural y el natural.

Consiste la caridad en una amistad del hombre con Dios (II-II q. 23).

En un plano natural se puede decir que en la amistad hay una relación social, nacida entre dos personas, de carácter desinteresado, basada en una atracción y afinidad espiritual, tendiente a una colaboración vital.

Aquí se está ante una virtud social, donde la relación se da entre dos individuos, como verdadera amistad aunque en sentido no estricto pueda ampliarse el círculo de personas. Entre los amigos surge una comunidad espiritual, de ideas, de valores, causa y origen de esa amistad, sumando a ello el amor desinteresado, benevolente, que mutuamente se prodiga dirigido a un fin, "*la colaboración vital*", es decir la ayuda mutua en orden al pleno desarrollo del ser y la personalidad de los amigos.

¿Y cómo ve estos mismos elementos Santo Tomás, dónde los ubica, cómo los relaciona?

Para comprobar si la caridad es amistad con Dios, utiliza analógicamente propiedades reales de la amistad entre los hombres y toma el concepto de amistad brindado por Aristóteles, en el Libro VIII de la *Ética a Nicómaco* (II-II q. 23, a. 1).

El amor de amistad es en Santo Tomás un amor de benevolencia, por el cual se ama al amigo por él mismo. Y se aman los amigos mutuamente, hay entre ellos reciprocidad (redamación).

Se necesita también una tercera propiedad, la comunicación de vida, el compartir el bien. Mayor el bien buscado, mayor la amistad.

Estos son los términos de una amistad verdadera (honesta): amor de be-

nevolencia (amor desinteresado) reciprocidad (amor a quien nos ama) semejanza, que es causa del amor (parentesco de almas).

En las otras amistades, la útil y la deleitable, se ama por propio o ajeno beneficio.

De estas notas de la amistad entre los hombres concluye Santo Tomás la amistad del hombre con Dios-caridad, donde el amigo por ser quien es, hace de ésta la más preciada y cara de todas las amistades, la divina, sobrenatural. Es la máxima perfección del hombre, De ella surge la amistad humana; si amamos a Dios, amamos todo lo suyo, amamos al hombre por su semejanza con El.

Tal como se dijo más arriba, la semejanza es causa del amor (Santo Tomás I-II q. 27, a. 3) y Aristóteles ha dicho antes, la semejanza es esencialmente causa de la amistad (E. N. L. VIII c. 4).

Comentando este tema Mons. E. Pironio menciona diversos grados de semejanza por los cuales se establecen distintos grados de amistad:

- *La semejanza específica*: funda la *amistad natural*. Todo hombre es naturalmente amigo de todo hombre (Aristóteles E. N. L. VIII c. 1).
- *La semejanza civil*: funda la *amistad política* configurada por la común identificación en la cultura, en la religión, en las tradiciones, etc., que son los bienes espirituales de la Nación.
- *La semejanza de la sangre* funda la *amistad familiar*, donde se dan también el temperamento, los intereses, las tradiciones hogareñas, la común educación, etc., que ligan los lazos familiares.
 - *Amistad conyugal*: va precedida de una amistad de elección, la afinidad de las almas debe ser descubierta y vivida antes de la unión de los cuerpos.
 - *Amistad paterna*: es más honda, más antigua y más desinteresada que la amistad filial.
 - *Amistad filial*: es más nueva y más inquietante, va unida al honor: es amistad con justicia (como la del hombre con Dios).
 - *Amistad fraterna*: se funda en la raíz común, en la convivencia, en la sangre, en la participación, en el mismo todo familiar.
- *Las amistades útiles*: surgen de la comunicación de vida en las empresas económicas.
- *Las amistades especiales*: nacidas de una convivencia circunstancial, pocas veces honda y duradera.
- *La amistad divina*: (caridad sobrenatural) fundada en la comunicación de la misma felicidad de Dios. La caridad, es una cierta amistad con Dios (Santo Tomás II-II q. 23, a. I).

B) Comparación con el pensamiento de Aristóteles.

En la antigüedad es Aristóteles quien desarrolla profunda y sistemáticamente el tema de la amistad. Muestra de ello es el extenso tratamiento que le dedica en la *Ética a Nicómaco*, en sus Libros VIII y IX.

Estos fueron luego comentados por Santo Tomás y es así que al tratar el tema de la amistad demuestra su pleno conocimiento de los textos aristotélicos, que utiliza abundantemente en la *Suma Teológica* (así por ejemplo el tema de la afabilidad, la adulación y el litigio fueron tratados previamente en el Comentario de la *Ética a Nicómaco*, 4 lect. 14).

Aún así, existen entre ambos autores coincidencias y distinciones.

Amor de benevolencia, lo llama reiteradamente Santo Tomás (I-II q. 65, a. 5 y II-II q. 23, a. 1) como lo hace Aristóteles (*E. N. L. VIII c. 2*).

De Aristóteles toma la distinción de las tres formas de la amistad por razón del fin (útil - deleitable - honesto) y de amistad perfecta, verdadera (*E. N. L. VIII c. 2*)— (II-II q. 23, a. 1-5) y participa de la doctrina aristotélica, cuando enumera sus efectos propios: a) querer la existencia y vida del amigo; b) su bien; c) procurárselo; d) convivir con él; e) concordar con él compartiendo alegrías y tristezas (*E. N. L. VIII c. 1, 5, 6, V, IX c. 9* y *S. Th. II-II q. 25, a. 7 - q. 27, a. 2 - q. 31, a. 1*).

Operativamente la amistad consiste en desear y procurar el bien del amigo, su ser, su vida, su perfección.

Existe una controversia en algunos autores, acerca de la interpretación que Aristóteles y Santo Tomás hacen de la relación entre amistad y virtud: —si es virtud o acompaña a la virtud—, tal como aparecen en la *Ética a Nicómaco L. VIII c. 8, 13* y en la *Suma Teológica* en II-II q. 23, a. 3 ad. lum., cuando expresamente el Angélico dice: “El Filósofo no niega que la amistad no sea virtud, sino que dice que es «virtud que acompaña a la virtud»”.

Más allá de esta controversia parece más importante señalar que mientras la amistad (*philia*) aristotélica es amor a la naturaleza humana en general, en cuanto individualizada en el hombre a quien se trata y quiere como amigo, la amistad (*amicitia*) tomista es, en cambio, amor a una persona con su entidad propia y su destino intransferible.

¿Por qué esta distinción? Porque para el moralista cristiano el alma del hombre de bien es bella y digna de ser honrada, porque es virtuosa, pero la virtud misma, no es digna de honra, sino porque dirige el bien hacia Dios. La virtud ya no es el bien supremo, el *nec plus ultra* que era para los griegos la condición suficiente y ella misma incondicionada de la moralidad.

Indica G. Fraile, que en Aristóteles, en sus obras más tempranas como la *Ética a Eudemo*, y en el *De Caelo*, aparece como norma de conducta el llegar a conocer, contemplar y servir a Dios.

Lamentablemente, en la *Ética a Nicómaco* ya no mantiene, al menos expresamente, ese mismo criterio y acude a una norma más relativista. Una vez que ha rechazado las Ideas Subsistentes de Platón, queda privado de la norma trascendente y fija, aunque ficticia, que éstas suponían para la orientación de la conducta humana.

Además, por otra parte, Aristóteles considera el bien de Dios como inaccesible para el hombre. Por ello se ve obligado a recurrir a un criterio subjetivo,

que es la *recta razón*, la cual, en Aristóteles no dice relación a Dios, ni a la ley eterna, sino que viene a identificarse con la facultad de *discurrir bien* o con la *prudencia*, a la cual, como rectora de los actos humanos, le corresponde señalar en último término, el exceso o el defecto en las acciones, así como deliberar acerca de los medios más adecuados para conseguir el fin y el bien posibles para el hombre (E. N. L. II c. 1 y L. VI c. 1).

Como por otra parte, esta *recta razón* no es tampoco una cosa subsistente, Aristóteles propone acudir al *medio* que señalaría el buen juicio de un *varón prudente y sensato*, juzgando a la *recta razón* y a la *experiencia* (E. N. L. II, c. 6).

Así pues, se encuentra en el mismo Aristóteles una síntesis de lo dicho: "La virtud es por tanto un hábito selectivo consistente en una posición intermedia para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente. Posición intermedia entre dos vicios, el uno por exceso y el otro por defecto. Y así, unos vicios pecan por defecto y otros por exceso de lo debido, en las pasiones y en las acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio. Por lo cual, según su sustancia y la definición que expresa su esencia, la virtud es medio, pero desde el punto de vista de la perfección y del bien, es extremo" (E. N. L. II c. 6).

Por otra parte, es inexacta la imagen de un Santo Tomás presentado como un seguidor sumiso de Aristóteles. Aun cuando conserva las fórmulas y expresiones aristotélicas, en numerosos casos las emplea en un sentido completamente distinto del que tienen en el Estagirita. Es fácil apreciar las modificaciones que sufren en Santo Tomás los conceptos aristotélicos de forma, alma, entendimiento agente, Dios.

El Dios aristotélico finito, esférico, extrínseco, que no crea ni ejerce providencia sobre el mundo, al cual solamente sirve como motor inconsciente, es sustituido en Santo Tomás por un Dios totalmente distinto (autor de una revelación sobrenatural, creador del universo, legislador de un decálogo, redentor del hombre por su Hijo Jesucristo).

Lo mismo hay que decir de la profunda modificación a que somete a la ética aristotélica, esencialmente naturalista que considera al hombre recluido en un destino terreno, que tiene que aceptar como inevitable; a esta ética Santo Tomás le opone otra moral que abre ante el hombre horizontes de eternidad.

De allí que, para Santo Tomás, la razón de la amistad es Dios (II-II q. 103, a. 3) la compañía de la plena participación de la esperanza eterna (II-II q. 26, a. 5).

Al amar a Dios, amamos todo lo de Dios, amamos la semejanza de Dios en el hombre.

Si el amigo en Aristóteles es el mejor bien externo, en Santo Tomás, la amistad tiene una función de bien relativo, más trascendente en cuanto a medio, junto con otros medios, para elevarnos a Dios.

II - La afabilidad

Dice Santo Tomás que la afabilidad se refiere a la decente convivencia con otros hombres.

Así nuestros gestos, palabras, acciones exteriores, dirigen a nuestros semejantes de tal manera que les hace amable esa convivencia.

La afabilidad nos obliga moralmente como virtud social, por cuanto nos dispone en orden a otros como parte de la justicia, siendo virtud derivada que se agrega a la principal.

Como virtud moral debe mantenerse en un justo medio, ya que puede atentarse contra ella por exceso (adulación - lisonja) y por defecto (litigio o espíritu de contradicción).

A) Una virtud social.

a) Su naturaleza: virtud especial.

Bajo el nombre de virtudes sociales se agrupan algunas virtudes que derivan de la justicia, como partes potenciales de la misma (o virtudes derivadas) a las que falta alguna de las notas esenciales de la justicia estricta. Aquí cabe ubicar la afabilidad en cuanto a la falta de débito estricto en el trato a los demás.

Es pues, virtud y según Santo Tomás, como tal, es virtud especial.

Busca el hombre virtuoso el bien. Bien que consiste en el orden. Y para mantener ese orden entre los hombres se hace necesario que las relaciones ordinarias, para con sus semejantes, observen las reglas del decoro (II-II q. 114 a. 1). La benignidad, el buen trato, la alabanza natural, un recibimiento cálido, la indulgencia, la hospitalidad, el agradecimiento, la urbanidad en palabras y modales, la educación, son algunas de esas reglas. Quien las practique habitualmente será un hombre afable, virtuoso y se estará frente a un tipo de amistad no perfecta, pero sí análoga.

En cuanto a la virtud, es un hábito que se ordena siempre al bien, siendo el bien al que conviene el uso constante de las reglas del decoro ⁽¹⁾, un bien especial, como lo es la convivencia decente con nuestros semejantes; la virtud, que contribuye a hacer amable y placentero el trato con los demás, sólo puede ser virtud especial (un bien especial supone una virtud especial).

b) Es parte de la justicia.

En la respuesta a la cuestión 114 art. 2, dice Santo Tomás que la amistad es parte de la justicia como virtud derivada que se agrega a la principal. Que conviene con ella por razón de alteridad, y que a diferencia de la misma, que es exigible por débito legal, la afabilidad sólo lo es, por un deber de honestidad, obligando moralmente, más al hombre virtuoso en calidad de tal,

(1) Decoró es el género de belleza que corresponde a excelencia moral. Es la "belleza espiritual", que consiste en el acuerdo de la acción (o de la vida moral) con la claridad espiritual de la razón (confr. II-II q. 58, a. 4-5).

en cuanto éste trata a sus semejantes según las reglas del decoro, como es su deber hacerlo.

A través de las notas de coincidencia y distinción con la justicia se puede ubicar porque la afabilidad es virtud derivada. La justicia es una de las cuatro virtudes cardinales y como todas ellas consta de pares integrales, subjetivas y potenciales.

De estas partes interesa analizar las últimas que son las llamadas virtudes sociales (derivadas de la justicia) que por no verificar todas las condiciones requeridas por ella (alteridad - débito estricto - adecuación exacta) no constituyen formas de justicia perfecta. De allí que se deban al prójimo, únicamente por la honestidad y conveniencia del trato social, pero no por tenerse estricto derecho a ellas.

A este grupo corresponde la afabilidad en cuanto, como surge de la respuesta comentada, conviene con la justicia por alteridad y difiere en el débito.

Con respecto a este tema, afirma Luis Legaz y Lacambra que entre una y otra existe un paralelismo cuya primera manifestación es la igualdad. Los amigos se tratan entre sí de la misma manera. Así también, en ciertas formas de amistad existe una relación de superioridad análoga al de algunas normas jurídicas: del padre al hijo - de la autoridad al súbdito.

La diferencia radica en que hay ciertas relaciones humanas que quedan fuera del derecho. En la justicia, el dar a cada uno lo suyo, es un débito estricto; en la amistad, el débito es moral, no nace del débito legal, sino de la fuerza del amor. Del amor de benevolencia. La medida, proporción, en el acto de justicia jurídica, está en la ley que aplica el juez y que el Estado se encarga de hacer cumplir. En el acto de amistad la ley es el amor, y el juez, el hombre virtuoso, el amigo, sólo tiene una obligación de débito moral, bajo razón del beneficio gratuito, tal como dice Santo Tomás al definir la virtud moral de la caridad (II-II q. 23, a. 3, ad. lum). Cuando se hace justicia se restablece la igualdad utilizando una regla general, impersonal, que desconoce la persona sobre la que va a ser aplicada.

Cuando se da al amigo, se tiene en cuenta plenamente su persona, su bien concreto. La proporción, la igualdad, nace de la ley moral.

Una justicia penetrada por el amor, por la amistad, no puede menos que obtener un derecho justo, destinado realmente a un orden social empeñado en la protección del bien común.

En el trato afable con los demás, corresponde una retribución proporcionada a su calidad de conocidos o extraños, afirma Santo Tomás en la solución a la segunda dificultad del art. 2º, cuestión 114. En efecto, todo hombre, por el hecho de ser nuestro semejante, es objeto o término de esta virtud, por desconocido que nos sea.

En cuanto a la solución a la primera dificultad de este artículo, parece interesante señalar, ante todo, la relación que Santo Tomás establece, a propó-

sito de la vida en sociedad, entre la necesidad de verdad y la afabilidad. Dice el Angélico que hay un deber de honestidad que nos empuja a decir la verdad a otros, y afirma luego, taxativamente, que “no es posible vivir en sociedad sin la verdad”.

Cabe preguntarse cómo viven hoy las sociedades, y cómo viven los hombres. Aún más, cómo se sostienen tantas figuras jurídicas, que en más o menos aspectos, han olvidado ciertas verdades del orden natural. Qué actual parece este tema. Como no lo es menos su otra afirmación “es necesaria en la vida social la afabilidad”, y aquí Santo Tomás comparte la agudeza psicológica de su observación con Aristóteles, a quien cita en su Libro VIII, c. 5 (Bk, 1157 b. 15), donde señala que “nadie puede pasar los días con quien anda triste o con quien no es agradable”. ¿Y si Aristóteles viviera hoy?

Santo Tomás concluye este razonamiento: “cada hombre está obligado, por un débito de honestidad, a ser afable con los que lo rodean”, y hace una salvedad que agrega a dicha capacidad de observación una gran visión pedagógica; debemos ser afables sí, excepto en aquellos casos en los cuales es útil entristecer (contristar) a alguien. Sin duda en este pensamiento está presente la larga experiencia ascética de la Iglesia, que ya en el siglo XIII, era muy rica.

A la luz de lo expresado anteriormente, parece comprenderse por qué escogió Santo Tomás, entre los deberes de honestidad, a la verdad, para relacionarla con la afabilidad. En efecto, la razón más alta, tal vez la única moralmente valedera para entristecer a otro, es la obligación frente a la verdad, compromiso anterior a cualquier otro que pueda contraerse con los hombres, aún con el amigo; obligación esta nacida de nuestro compromiso primero ante Dios. De allí que parezca hoy por momentos tan lejana, la verdadera concepción de la afabilidad, cuando se la ve muchas veces reducida a meras normas de cortesía, a una adulación complaciente, a un falso respeto humano, a una supuesta “prudencia”, que en su afán de lograr beneficios u honores, claudique principios; en fin, a un servilismo que envilezca.

B) Vicio por exceso: la adulación

En la cuestión 115, art. 1º, Santo Tomás para describir la adulación, realiza una comparación previa con la afabilidad.

En efecto, agradar a quienes nos rodean es ser afable, pero el temer desagradar porque con ello dejaremos de obtener un bien o no podremos evitar un mal, el pretender agradar siempre con nuestra conversación, excede la afabilidad. Es que “el nombre de adulación se extiende comúnmente a todos aquellos que de manera desmedida, buscan agradar a otros con palabras o con hechos, en el trato corriente”.

Y aquí se ve de qué modo la relación verdad-afabilidad, más arriba mencionada, incide en nuestra sociedad: en la adulación hay falta de verdad y, por lo tanto, daño al bien común.

“Alabar a otro puede ser acción buena o mala, según se observen o descuiden ciertos requisitos”, (II-II q. 115 a. 1, ad lum).

Es buena la alabanza que busca, atendiendo a las debidas circunstancias, alegrar a la persona y alentarla en sus trabajos o animarla en sus buenas obras. En cambio, es mala la alabanza sin fundamento, cuyo objeto es más vicioso que virtuoso (adulación). De igual manera es buena la alabanza que aviva la caridad y anima al prójimo a prosperar en la virtud, pero es pecado alabar por agradar a los hombres y por motivo de vanagloria o interés personal.

Finalmente, en el art. 2º de esta cuestión, concluye que el adulator peca mortalmente si:

- con su conducta incita al pecado grave.
- usa ese agrado como medio para conseguir fines indebidos.
- motiva con su excesiva complacencia el pecado mortal.

peca venialmente si:

- su único motivo es el prurito de agradar.
- su finalidad es la de obtener más fácilmente lo que se le debe en justicia.

C) Vicio por defecto: el litigio

El tema está desarrollado en la cuestión 116. En el art. 1º dice: “el litigio propiamente se da en palabras que contradicen a las otras personas”. Cuando esta contradicción procede de la falta de amor, pertenece a la discordia, que se opone a la caridad; cuando se trata de contristar a otro, constituye el litigio y se opone directamente a la afabilidad.

Santo Tomás cita aquí a Aristóteles, que en el Libro IV c. 6 de su *Ética a Nicómaco*, afirma: “quienes contradicen a todos sin preocuparse si con ello contristan a los otros, son personas díscolas y litigiosas”.

En la solución a la segunda objeción, menciona la ira, que es la contradicción opuesta a la mansedumbre.

En el art. 2º, al preguntarse si el litigio es pecado más grave que la adulación, establece que ambos se pueden considerar desde:

- 1) la naturaleza interna: aquí y dado que un pecado es más grave por su mayor oposición a la virtud contraria, el que litiga peca más gravemente por cuanto su intención principal es contristar.
- 2) los motivos externos:
 - es más grave la adulación cuando intenta conseguir por engaño un honor o un beneficio injusto.
 - es más grave el litigio cuando se impugna la verdad o se quiere despreciar o ridiculizar al contrario.

En la solución a la segunda objeción afirma: "La adulación, por el engaño que implica, parece ser más torpe; pero el litigio importa mayor gravedad por ser mayor el desprecio de donde se origina".

Parece surgir nuevamente aquí la relación afabilidad-verdad ya citada; cuando Santo Tomás considera los motivos externos que califican la gravedad de uno y otro vicio, afirma que la adulación es más grave cuando engaña para conseguir un honor o un beneficio injusto.

En el engaño y en lo injusto se da una radical falta de verdad. En el primero, es muy claro. Y en el segundo lo es con mayor razón, por cuanto lo justo es lo debido según el verdadero orden real, y lo injusto es, ante todo, lo que en verdad no se nos debe, aunque se posea.

En cambio, es más grave el litigio cuando se impugna la verdad o se desprecia al contrario.

Respecto de lo primero, resulta manifiesta la falta de verdad y en cuanto al desprecio hacia una persona, está indicando una falta de apreciación, de ponderación adecuada y por lo tanto, un juicio errado.

Conclusión

A lo largo de este trabajo y a propósito de la afabilidad se vio cómo incide la falta de verdad en la sociedad.

A propósito de la adulación el daño que causa al bien común esta ausencia, y a propósito del litigio, cómo éste es más grave cuanto mayor es su alejamiento de la verdad.

Si analógicamente se extiende la oposición afabilidad-litigio, a la oposición sociedad-defensa de algunos intereses, habrá que preguntarse cómo incide la falta de verdad, por desconocimiento u omisión de la misma en el abogado, quien por definición es la persona que se dedica a defender los intereses de los litigantes y también a aconsejar a los mismos.

Es quien tiene en el ejercicio de su profesión, como en su actitud frente a su cliente, la obligación de estar lúcida y conscientemente sujeto a la verdad:

Se habla aquí de profesión (el que profesa) como una actividad personal realizada en orden a la comunidad con un fin trascendente. En ella hay un individuo que escoge su trabajo bajo una dirección, clave de éxito futuro: la vocación,

Pero hará que esta actividad práctica sea recta; ha de estar regulada por normas éticas, nacidas de la moral social y personal.

El abogado debe obrar según las exigencias de su conciencia, teniendo en cuenta que el término de sus acciones se refiere a personas con derechos y obligaciones inalienables y que sus actos, en cuanto libres y humanos, dicen relación esencial al fin del hombre.

Cómo, en este difícil mundo de hoy, evitar las causas que han determinado la falta de conciencia profesional que tan claramente se advierte.

Ser un buen "servidor del derecho" presupone que la ley, el honor y la religión del juramento imponen al que ejerce la noble profesión del abogado,

examinar con escrupulosa atención las causas que le son confiadas y no someterlas a los Tribunales sino cuando le parezcan justas y fundadas.

No litigar por litigar. No afrentar a la verdad.

La misión del abogado no es vil, no es mercenaria; está dirigida precisamente para la demostración y sostén de la justicia, de la verdad.

Si pudiera darse que ni un solo abogado amparase una mala, una injusta causa, el ministerio de los jueces sería hartamente limitado.

¿Cómo hacerlo? una vez más Santo Tomás nos da la respuesta en el "Tratado de la Justicia" (II-II q. 71).

He aquí una verdadera deontología jurídica, que siguiendo a Royo Marín puede resumirse:

Deber profesional:

En causas civiles

- a) no tomar causas injustas (venciendo se daña injustamente al otro).
- b) si durante el proceso se advierte la injusticia de la causa, dejarla impulsando al cliente para que ceda o arregle sin daño al otro.
- c) si la causa es dudosa, defenderla hasta que se aclare en el proceso para ver así, si debe seguirse o no.

En causas criminales

- a) defender al reo culpable con medios legítimos y honestos.
- b) si el reo es inocente (al menos probablemente) no es justo defender las partes del acusador.

Antes de aceptar las causas

Examinar su capacidad para patrocinarla y al hacerlo aconsejar al cliente, durante el juicio no ser negligente, no abogar por la causa contraria, luego de defender la causa, exigir sólo el estipendio justo.

Ejemplos de estas normas morales existen en antecedentes de nuestro derecho.

Recordaba Carlos Octavio Bunge en su discurso al asumir como miembro de la Academia de Derecho una ordenanza de Felipe II que disponía: los abogados juren que no ayudarán en causas injustas, ni acusarán injustamente,

y luego que conocieran que sus partes no tienen justicia, desamparán las causas.

Y más atrás aún, en la ley 13, título 6 de la Partida 3ª se dice: "Non se trabaxará a sabiendas de abogar en ningún pleyto que sea mintiroso o falso, o de que entienda que no podrá haber bona cima".

¿La actual ley de Ética para Abogados llevará a una deontología jurídica, iluminada por esos principios?

INÉS PILAR CRESTAR

Acerca de la amistad

El amigo fiel es seguro refugio,
el que le encuentra, ha encontrado un tesoro.
El amigo fiel no tiene precio,
no hay peso que mida su valor.
El amigo fiel es remedio de vida,
los que temen al Señor le encontrarán.
El que tiene al Señor endereza su amistad,
pues como él es, será su compañero

Eclesiástico, 6, 14-17

Nadie tiene mayor amor que el que da su vida
por sus amigos.

San Juan, 15,13.

Amigos son dos que marchan juntos.

Homero, *Iliada*, X, 224

Un alma que habita en dos cuerpos.

Aristóteles según
Diógenes Laercio, VI, 1.20.

Bien dijo uno de su amigo que "era la mitad de su alma".

San Agustín, *Confesiones*
L. IV, 6, 11
Horacio, *Carmina*, I, 3.

El amigo es en primer lugar el que no juzga. Lo he dicho, es el que abre su puerta al caminante, a su muleta, a su vara dejada en un rincón y que no le pide bailar para juzgar su danza. Y si el caminante habla de la primavera en la ruta de afuera, el amigo es el que recibe en sí la primavera. Y si cuenta el horror del hambre en el pueblo de donde viene, sufre el hambre con él. Porque te lo he dicho: el amigo en el hombre es la parte que es para ti y que abre para ti una puerta que no abre en otro lugar.

Antoine De Saint-Exupéry

Documentos

RENOVACION DE LAS LEYES UNIVERSALES DE LA IGLESIA

Discurso de S. S. Juan Pablo II a los miembros de la Pontificia Comisión para la Revisión del Código de Derecho Canónico, del 29 de octubre de 1981.

Venerables hermanos:

1. El día 25 de enero de 1959, fiesta de la Conversión de San Pablo, mi antecesor Juan XXIII, de venerada memoria, anunció a la Iglesia su propósito de convocar un Concilio Ecuménico, así como de emprender la revisión del vigente Código de Derecho Canónico.

La Divina Providencia quiso que Juan XXIII viera sólo el comienzo de aquel evento tan importante para la Iglesia, como fue el Concilio Ecuménico Vaticano II, y que pudiera apenas iniciar la planeada revisión de las leyes universales de la Iglesia latina. Pudo, sin embargo, trazar las líneas generales de la futura tarea de renovar las leyes eclesiásticas, instituyendo ya, terminada la primera sesión del Concilio, el día 28 de marzo de 1963, la Pontificia Comisión para la Revisión del Código de Derecho Canónico y decretando que esa Comisión emprendiera su importantísima tarea de común acuerdo con las Comisiones conciliares, así como con la Secretaría general del mismo Concilio; por tanto, su plan era bien claro, en el sentido de que el nuevo código llevara a la práctica todo lo que el Concilio iba a afirmar y decretar.

2. En efecto, el nuevo código no sólo ha sido ideado al mismo tiempo que el Concilio, sino que, sobre todo, está íntimamente ligado a él.

Los padres conciliares en sus deliberaciones trataron ya del futuro nuevo código, dando materia y directrices para el mismo. Así, de acuerdo con su pensamiento, el código debía ser fruto del Concilio, o mejor, instrumento para realizar sus propósitos y conseguir los frutos deseados por el Concilio.

Y dado que el Concilio Ecuménico Vaticano II, como es bien sabido, puso su atención en el misterio de la Iglesia (Constitución *Lumen gentium*) y en la tarea y misión de ésta en el mundo actual (Constitución *Gaudium et Spes*), nos dio una visión mucho más plena de la eclesiología y abrió fronteras mucho más vastas en orden a valorar las relaciones de la Iglesia con el mundo.

De ahí la necesidad de que las leyes de la Iglesia estén estructuradas de tal manera que correspondan a esa visión y se adecuen a esos fines; por lo demás, tal necesidad ya ha sido declarada explícitamente por el mismo Concilio, cuando dice que en la exposición del Derecho Canónico se tenga presente el misterio de la Iglesia (Decreto *Optatam totius*, 16).

Así, pues, las leyes de la Iglesia tienen toda su razón de ser y su fundamento en ese misterio al que, a tu modo, deben ayudar a manifestarse y realizarse. La función primera y necesaria de la disciplina misma de la Iglesia es, pues, indicar y transmitir, de forma clara, el don salvífico operante en la historia. Al respecto, el Concilio dice oportunamente que "así como la naturaleza asumida sirve al Verbo Divino como de instrumento vivo de salvación, unido indolublemente a Él, de modo semejante la articulación social de la Iglesia sirve al Espíritu Santo, que la vivifica, para el acrecentamiento de su Cuerpo" (*Lumen gentium*, 8).

Además, la disciplina misma de la Iglesia tiene como función circunscribir y defender el ámbito en que se realice la caridad eclesial; eso es lo que hace cuando ayuda a los individuos a avivar la conciencia de sus derechos y deberes, a coordinar el ejercicio de esos derechos y deberes con los de los demás, a proveer el verdadero bien de toda la comunidad, mediante la buena armonía de propósitos y obras. A este respecto, Pablo VI, mi predecesor, de venerada memoria, dice: "El derecho no es impedimento, sino apoyo pas-

toral; no mata, sino vivifica. Su función peculiar no es reprimir u oponerse, sino estimular, promover, proteger y defender el espacio de la verdadera libertad" (Alocución a los participantes en el Congreso Internacional, celebrado en la ciudad de Roma, bajo los auspicios de la Pontificia Universidad Gregoriana, al cumplirse el centenario de la fundación de la Facultad de Derecho Canónico en dicha Universidad, 19 de febrero de 1977: AAS 69, 1977, pp. 211-212).

3. Estas consideraciones ponen justamente de relieve la importancia que tiene el que la Iglesia se manifieste, mediante las instituciones jurídicas, como "sacramento o signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano" (Lumen gentium, 1); realizando esto en sí misma con el fin de conducir a todos los hombres a la salvación, mediante su obra pastoral, de acuerdo con el mandato y ejemplo de su divino fundador, que vino "no para juzgar al mundo, sino para que el mundo se salve por medio de él" (Jn 3, 17).

Estas mismas consideraciones manifiestan también la singular prudencia, las grandes dificultades y la inmensa mole de trabajo con que la "Pontificia Comisión para la Revisión del Código de Derecho Canónico" ha tenido que realizar la propia tarea ya desde su constitución. A esta obra han dado su aportación 93 padres cardenales y otros obispos de los diversos continentes, como miembros; 185 consultores de todas las partes del mundo, las Conferencias Episcopales, los dicasterios de la Curia Romana, universidades de estudios e instituciones culturales, así como hombres y mujeres especialistas en temas canónicos y pastorales.

Para realizar la obra pretendida, fue necesario, ante todo, examinar diligentemente los documentos conciliares y postconciliares; preparar luego "los principios directivos de la revisión del Código de Derecho Canónico" que el Sínodo de los Obispos discutió y aprobó en el año 1977; y, finalmente, mediante una amplísima consulta, utilizar los consejos de todos los obispos, de las Conferencias Episcopales, de los dicasterios de la Curia Romana, de las universidades o de aquellos grupos de per-

sonas interesadas de un modo u otro en el contenido de cada uno de los libros.

Por otra parte, se ha tenido en gran consideración la opinión pública y, principalmente, la de los especialistas: las observaciones y juicios, a veces severos, de éstos fueron de no poca utilidad para una definición más sutil de las cuestiones.

4. Durante estos días, vosotros, los padres de la asamblea plenaria, en la que está representado de algún modo todo el cuerpo de la Iglesia, no sólo geográficamente, sino también por lo que se refiere a las culturas e indoles de los pueblos, habéis sido llamados para juzgar lo realizado.

Al respecto, veo con gran gozo que habéis llevado a cabo la tarea encomendada con sumo empeño, con notable sabiduría, con admirable concordia, con viva solicitud pastoral, con cierta visión de las cosas, con ánimo y confianza. Habéis procurado examinar con diligente atención las cuestiones; habéis manifestado prudentemente vuestras opiniones, cualesquiera que fuesen; y lo mismo habéis hecho al proponer observaciones y al dar nuestro voto.

Como Pastores de la Iglesia, habéis tenido presente la importancia que el derecho canónico tiene en la comunidad cristiana; habéis hecho ver la necesidad de que los sacerdotes sean instruidos en la ciencia del derecho canónico para realizar las diversas tareas en orden a la tutela y fortalecimiento de la comunión eclesial.

En particular, sabéis muy bien que la Iglesia tiene necesidad de un derecho preciso; consecuentemente, ha surgido el consejo y el deseo, expresado por vosotros mismos, de que se concluya la labor preparatoria del nuevo código, para que, definida ya la forma del derecho, entre finalmente en vigor, para el bien de toda la Iglesia.

5. Por mi parte pondré sumo interés en considerar atentamente los últimos frutos de vuestro trabajo, y tendré presente vuestros deseos de que termine ya de forma conveniente la revisión de las normas canónicas.

Entretanto, quiero daros las gracias por la valiosa labor que todos habéis realizado en esta asamblea plenaria.

La ocasión me brinda igualmente la oportunidad de elogiar el servicio que durante estos años ha realizado la "Pontificia Comisión para la Revisión del Código de Derecho Canónico", cuyo personal no escatimó esfuerzo alguno para ayudarnos, haciendo así posibles estos felices resultados de los que tanto nos congratulamos ahora.

Manifiesto mi mayor gratitud conjuntamente a todos: en primer lugar, al Presidente, cardenal Pericle Felici, así como a los dirigentes secretarios, el obispo Rosalío Castillo Lara y el rvdto. sr. Willy Onclín, y también a los consejeros y ayudantes de la misma Comisión. Todos ellos se han dedicado largos años al estudio de las cuestiones, al trabajo de confrontación y a las reuniones con la mirada siempre puesta en la edificación del Pueblo de Dios. A ellos, pues, gracias de corazón.

No puedo por menos de recordar también al primer Presidente de esta Pontificia Comisión, el cardenal de la Santa Iglesia Romana Pietro Ciriaci y a los primeros secretarios, Giacomo Violardo, luego cardenal de la Santa Iglesia Romana, y al rvdto. p. Raimundo Bidagor; igualmente a los miembros y consultores que, terminada su vida, emigraron hacia la patria.

También deseo tener un recuerdo para cuantos se han interesado por esta obra dando, a su modo, la propia aportación.

A todos les conceda el Señor su abundantísima remuneración, de la que espere la bendición apostólica que, con sumo agrado, imparto para vosotros y para todos aquellos a quienes estrecho con un abrazo de fraterna comunión en el Señor.

Notas bibliográficas

"UTILIDAD Y METODO DEL DERECHO COMPARADO", por Marc Ancel, comentario a la traducción al portugués de Sergio Porto, 1980.

El décimo aniversario de la publicación de la obra de Marc Ancel —miembro del Instituto de Francia, Presidente emérito de cámara de la Corte de Casación— intitulada *Utilidad y método del derecho comparado*, trae a su autor una gran alegría: la traducción de ese apreciado libro al portugués, efectuada con talento por Sergio Porto, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Río de Janeiro.

En verdad, la obra de Marc Ancel en su idioma original fue publicada en 1971, mientras que su traducción portuguesa, en 1980. Pero esta última no llegó a París para alcanzar su plena difusión hasta el décimo aniversario de las conferencias dadas en febrero de 1971 por Marc Ancel bajo los auspicios de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas cuyos textos forman el armazón del trabajo de referencia. Recordemos que el

subtítulo de este ensayo es "Elementos de introducción general al estudio comparativo de los derechos". Es importante destacar ese subtítulo, ya que es indicativo del proyecto del autor que trata no sólo de desarrollar de manera tan concreta como posible la utilidad actual de la investigación comparativa y los métodos pertinentes, sino de percibir igualmente las líneas de fuerza de su movimiento, expresar su metodología, y determinar sus objetivos. Por la novedad del análisis, ello representa materia suficiente para constituir efectivamente las bases de una introducción general al estudio comparativo de los derechos.

El profesor Marc Ancel se propuso tratar sólo lo esencial de un vasto programa. Sin embargo, en virtud de su genio, talento, erudición y esfuerzo, realizó una obra que constituye el fundamento del verdadero estudio comparativo de los derechos. Ha expresado la esencia de las nociones básicas de la materia, para alcanzar en forma acabada el significado.

del derecho comparado, en su función y métodos de desenvolvimiento. Sergio Porto supo traducir con brillo toda la fertilidad y el vigor del original, reflejando fielmente el pensamiento del autor, cuyo estilo revive en el traspaso del francés al portugués. Ello es un gran mérito. De ese modo, en la versión francesa, como en la traducción, el texto se erige en un acto de fe y de esperanza, abriendo el camino a la búsqueda comparatista, la cual constituye a criterio de Ancel una de las grandes actividades jurídicas de imperiosa necesidad para nuestra época. Es que la humanidad si no tiende a la unificación de los sistemas jurídicos, al menos persigue su compenetración.

En armonía con el pensamiento de Marc Ancel, esta concepción es compartida por Sergio Porto, tal como tuvo ocasión de exponerla en una comunicación que efectuó en el Centro de Estudios Jurídicos, Económicos y Políticos de París, en junio de 1981, relativa al tema "Concurrencia cultural y solidaridad económica". La ciencia jurídica comparatista brasileña fue expuesta por Sergio Porto con plenitud, fecundidad y perfección. Brasil es tierra de asilo para esta materia de su predilección y, tanto sus juristas, como el pueblo, se han nutrido del derecho foráneo para tomar de los distintos ordenamientos los caracteres esenciales y las técnicas, sin renunciar a su propio genio fertilizado en la diversidad y en el número de las escuelas jurídicas brasileñas. El más prestigioso de sus juristas, comparable a Pothier por la abundancia y calidad de sus obras, es indiscutiblemente Pontes de Miranda (fallecido en 1979) autor de casi doscientos trabajos, de los cuales se destaca un Tratado de Derecho Civil en sesenta volúmenes; su más cercano discípulo ha sido el profesor Conto e Silva, redactor de un anteproyecto de código civil brasileño. Además, se puede asegurar que cada universidad, tribunal, foro, administración pública o privada, es hoy día hogar de ciencia jurídica, de donde surgen variadas disciplinas y talentos, y se producen muchísimos trabajos que llaman la atención en todos los países activos.

Es decir, en la concurrencia jurídica internacional de los talentos, la elección que se hizo de la obra de Marc Ancel para ser traducida por un jurista brasileño de alto renombre, es un honor particular hacia el autor y su escuela. (Véase mi trabajo *Contribución al estudio del derecho comercial comparado* editado en Buenos Aires).

Por los trabajos que se dispersan transitando de continente a continente, se ejerce la competencia jurídica, bienhechora del progreso del derecho, y se llega a la compenetración de los sistemas que engendra un bien común internacional y crea la solidaridad universal.

JEAN GUYENOT

(Encargado de conferencias en la Universidad de Derecho de París, profesor asistente, jefe de redacción de la *Revue des Sociétés*, decano-director del Centro de Estudios Jurídicos, Económicos y Políticos del Instituto Católico de París).

"EL PENSAMIENTO JUS-FILOSOFICO DE ARISTOTELES Y DE SANTO TOMAS", por Michel Villey. Buenos Aires, Ghersi, 1981, 195 pp.

Precedido de un interesante prólogo crítico e introductorio a la vez del Dr. Carlos Ignacio Massini, este nuevo libro de la "Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho" reúne varios trabajos del maestro francés Michel Villey de indudable valor para penetrar el permanente significado del derecho a partir de dos figuras cumbres de la Filosofía universal: Aristóteles y Santo Tomás.

Los estudios publicados en este volumen se agrupan en dos partes referidas a "la filosofía del derecho en Aristóteles" y "La Doctrina del Derecho de Santo Tomás", con el complemento de tres "apéndices": "De la laicidad del derecho según Santo Tomás"; "Precedentes de la Antigüedad griega" y "Los principios del Derecho Romano".

Con esta obra, el autor concreta otro importante aporte para resolver el problema filosófico planteado por las modernas doctrinas que reducen el concepto de Derecho solamente a reglas generales preestablecidas, con independencia de las situaciones reales.

Sobre los postulados nucleares del pensamiento aristotélico, Villey formula su tesis de que la norma, si bien necesaria, no está separada de la concreta realidad humana, del "ser" al que la normatividad del "deber ser" no puede ignorar (es, al respecto, particularmente ilustrativo el capítulo III: "Las fuentes del Derecho", p. 29 ss).

Recrea así el autor con claridad y sencillez la cosmovisión antigua que subordinaba la creación del derecho a un orden natural preestablecido y metapositivo cuya fuente es la también inmutable y universal naturaleza humana, aunque sin negar con ello que el derecho es por esencia móvil, y que siempre ha de adecuarse a las circunstancias cambiantes o particulares (*Eth. Nic.*, V. 7, 1 ss.). De aquí extrae Villey la importante conclusión de que "del estudio de lo justo natural no pueden extraerse reglas...", que "la pretensión de Aristóteles no fue la de establecer reglas de derecho natural", y que "lo justo natural no tiene forma de norma expresa..." (p. 41).

En todo el laboreo de los temas, el autor precisa la vinculación existente entre la gnoseología realista y el derecho natural aristotélico, acotando formalmente los conceptos de moral y derecho, de justicia, de ley, etc.

En la segunda parte, Villey acomete el estudio de temas cardinales de la Ius-filosofía tomista, demostrando que la verdad de sus postulaciones resultan tan antiguas y tan modernas "como los primeros principios del pensamiento y de la realidad en que se fundan" (*León XIII, Aeterni Patris*, 1879).

El desenvolvimiento de los temas jurídicos que desde aquella perspectiva realiza Villey es una nueva muestra de su conocida preocupación por ser fiel a la "realidad de las cosas".

Con ese objeto pasa revista a la concepción tomista del derecho natural, a la teoría de las leyes positivas y el aporte nutricional de la fe cristiana. Establece las diferencias y vinculaciones entre lo ético y lo jurídico en el concepto de ley (II-IIae. q. 90, arts. 1 y 4) y, tratando específicamente la ley positiva, desbroza el pensamiento del Aquinate en su búsqueda de la justificación racional de estas leyes, las cuales serían para Santo Tomás, derivación de la ley natural explicitada de dos modos: "como las conclusiones que se derivan de los principios", al igual que las ciencias especulativas, y "como determinación de ciertas nociones comunes".

En el "Apéndice I", es de interés el estudio relativo a la ley divina positiva, esto es, a las verdades de fe manifestadas en la Escritura, a cuyo fin Villey las analiza en su doble manifestación: Antigua y Nueva. Precisamente, ha sido la desinterpretación de los textos sagrados —fenómeno sobre el que nos alerta el autor— el fundamento de pretendidas dogmatizaciones a partir de aquéllos, dando así origen a una suerte de "clericalismo jurídico".

El libro concluye con un esquemático, pero esclarecedor análisis de los precedentes clásicos (Sofistas, Sócrates y Platón; Apéndice II); y otro sobre "Los principios del derecho romano" (Apéndice III), cuya filosofía —especialmente el estoicismo— recoge e informa la concepción aristotélica del derecho natural que se transmitirá a la Escolástica.

La edición de la valiosa obra que comentamos —cuidada hasta el detalle en las traducciones de los Dres. Massini, Sanz y De Nápoli— al tiempo que engrosa la ya no tan "Pequeña" Biblioteca que dirige el Dr. Carlos Raúl Sanz, consolida el propósito de sus mentores de poner en contacto a los estudiosos con textos claros y serios que, como éste, ayudarán a comprender y a superar la crisis que sufre la conciencia jurídica de Occidente.

CARLOS ALBERTO MAHIQUES

**Impreso en los Talleres Gráficos de
UNIVERSITAS, S. R. L.
Ancaste 3227 — Buenos Aires**
