



REVISTA
SEMESTRAL DE
DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION

Año VII - Número 16
NOVIEMBRE 2016

ISSN: 2618-4133

DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

Perspectivas Jurídicas

Reg. Dirección Nacional de Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina ISSN: 2618-4133

editorialperspectivasjuridicas@gmail.com



SUMARIO

SECCION ENSAYOS

- BANCHIO, Pablo R.: "Consideraciones axiológicas sobre la justicia (Dikelogía)".....3

SECCION JURISPRUDENCIA

- "Rabinovich, Ricardo David s/ Medidas Precautorias". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. Buenos Aires, 3 de diciembre de 1999 (Segunda Parte) 38



DOCTRINA JURÍDICA

Año VII – Número 16
Noviembre de 2016
ISSN 2618-4133
Director/Editor responsable:
Pablo R. Banchio
Secretario de Redacción:
Marta S. Marín
Redacción:
Amenábar 465 1° "B" (C1426AJE)
Ciudad de Buenos Aires
Argentina
Tel: (+54-11) 5119-4444
editorialperspectivasjuridicas@gmail.com



SECCION ENSAYOS

CONSIDERACIONES AXIOLÓGICAS SOBRE LA JUSTICIA (DIKELOGÍA)

Por Pablo Rafael Banchio

Contenido

I. ELABORACIÓN DE LA LLAMADA "CIENCIA DE LA JUSTICIA" O DIKELOGÍA.....	4
a) Horizonte de Historia del Derecho	4
II. SOMERAS CONSIDERACIONES AXIOLÓGICAS PREVIAS	5
a) Horizonte de Historia de la Filosofía.....	5
b) Aclaración preliminar.....	8
c) Justicia en el reino de los valores.....	12
III. AXIOLÓGÍA DIKELÓGICA	15
a) Axiología en lo general	15
b) Axiología diacrónica.....	16
c) Clases de Justicia sincrónica	17
d) Clases de Justicia diacrónica	24
IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA	30



I. ELABORACIÓN DE LA LLAMADA “CIENCIA DE LA JUSTICIA” O DIKELOGÍA

a) Horizonte de Historia del Derecho

Uno de los temas que atrajo una entusiasta admiración en la filosofía a finales del siglo XIX y principios del XX fue el, hasta entonces, poco explorado reino de los valores. A principios del siglo pasado, se convirtió en uno de los temas filosóficos de moda, y dio lugar en el marco de la filosofía de los valores, a la llamada “ética material de los valores” elaborada por pensadores como Max SCHELER (1874-1922) y Nicolai HARTMANN (1822-1950)¹.

Después de la segunda guerra mundial aquel interés perdió vigencia y la mencionada ética fue sometida a durísimas críticas por parte del neopositivismo, por un lado, y de la filosofía de la existencia, por otro. Estas críticas, estaban, al menos en algún sentido justificadas, pero impugnaron la ética axiológica en bloque, sin discriminar los aportes auténticos que ella contenía y que no eran pocos. El caso es que la problemática de los valores, o de las valoraciones, como señala MALIANDI (1930) no debe ni puede considerarse cerrada para la Ética según afirma el autor citado².

En esta inteligencia, también en el marco del deslumbramiento que produjeron las monumentales éticas de los autores alemanes señalados, Werner GOLDSCHMIDT (1910-1987) trasladó esas elaboraciones al Derecho, analizando especialmente un valor, la justicia, en torno al cual construyó una axiología especial, a la que denominó Dikelogía o Ciencia de la Justicia, dividida en dos grandes capítulos, la Axiología Dikelógica (cuyo objeto es la estructura formal del valor) y la Axiosofía Dikelógica (enfoca su contenido)³.

Según lo señala el propio fundador de la Dikelogía, la ciencia de la justicia despierta en la antigüedad dentro de la Filosofía. PLATÓN escribe *La República* el primer libro clásico de la Axiosofía Dikelógica, donde esboza el contenido de un régimen justo, según el parecer de su autor. ARISTÓTELES, al trazar la línea divisoria entre la justicia distributiva y correctiva, lleva a cabo la primera gran contribución a la Axiología Dikelógica ya que ahonda decisivamente en el análisis de la estructura formal de la justicia. No obstante, ambos autores eran filósofos; y así, desde el principio mismo, la Dikelogía quedaba confinada en el recinto de la filosofía.

La Edad Media poco cambió en este aspecto. Los iusnaturalistas siguen sus estudios volcados a la Axiosofía Dikelógica en tanto muy pocos lo hacen por los

¹MALIANDI, Ricardo; *Ética, conceptos y problemas*. Biblio, Buenos Aires, 1991, p. 30.

²Ibidem.

³GOLDSCHMIDT, Werner; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958, p. 18.



caminos de la axiología. La novedad del Medievo consiste en que la Dikelogía filosófica de la antigüedad recibe una coronación teológica. Durante el reinado del positivismo en la Edad Moderna la Dikelogía enmudece. Y cuando a su vez, dice GOLDSCHMIDT, se logra silenciar al positivismo, la Dikelogía aparece de nuevo en la referida vestimenta filosófica de la teoría de los valores⁴.

Por considerar que si bien las aportaciones filosóficas y teológicas en el campo dikelógico son imperecederas, distan mucho de ser suficientes para las necesidades de los juristas y por ello GOLDSCHMIDT elabora en 1958 la Jurística Dikelógica⁵, la que dos años más tarde incluye como una dimensión del mundo jurídico al elaborar la teoría trialista del mundo jurídico en 1960, con la primera edición de *Introducción al Derecho que en 1967*, en la tercera edición que lleva precisamente el subtítulo de "La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes"⁶.

II. SOMERAS CONSIDERACIONES AXIOLOGICAS PREVIAS

a) Horizonte de Historia de la Filosofía.

Si bien lo designado por la palabra valores tan antiguo como la filosofía misma y se encuentran antecedentes referidos a ella en Grecia o en la Edad Media⁷, su uso como término técnico fue reinsertado en la circulación filosófica - con sentido económico- a fines de la modernidad, en el siglo XVIII por Adam SMITH (1723-1790) David RICARDO (1772-1823) y otros⁸.

Sin embargo estas preocupaciones quedaron restringidas al campo de la economía política, debiéndose a Rudolf Hermann LOTZE (1817-1881) la reflexión sistemática sobre el valor, y sobre todo, su separación de los distintos elementos metafísicos que lo "impurificaban" en las reflexiones de la filosofía antigua y medieval, donde el concepto, aunque no el vocablo, -presente en todo el pensamiento occidental a partir de PLATÓN-, fue designado con palabras como *bonum*, *perfectio*, paradigma, arquetipo, etc., con idéntico significado al que

⁴GOLDSCHMIDT; *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 29-30.

⁵ Videre PERUGINI, Alicia Mariana, "La creación de la Jurística Dikelógica durante la década 1958/1967 por Werner Goldschmidt", *La Ley*, t. 146, ps. 820-ss.

⁶BANCHIO, Pablo; *La noción trialista del derecho*, 2º ed. 1º reimpr., Perspectivas Jurídicas, Buenos Aires, 2010, p. 40.

⁷FRONDIZI, Risieri; *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 42. Puede verse los antecedentes citados por el autor: Louis LAVELLE, *Traité des Valeurs*, tomo 1 (Paris, Presses Universitaires de France, 1951), libro I, parte 2, pp. 33-91; Corrado Rosso, *Figure e dottrine della filosofia dei valori* (Torino, Ed. Filosofia, 1950) y R. MÜLLER-FREIENFELS, *Metaphysik des Irrationalen* (1927), pp. 364-433.

⁸MALIANDI, Ricardo; *Ética convergente. Fenomenología de la conflictividad*, Tomo I, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2010, p. 296.



ahora asignamos a esa palabra, que surgida de la economía, finalmente se ha impuesto en el nivel filosófico, es decir, *valor*⁹.

En una época de la filosofía, en que el positivismo se esforzaba por establecer una realidad libre de valores que hiciera posible la aplicación rigurosa de los métodos naturalistas, LOTZE concibió la idea de los valores como algo libre de realidad. Tal concepción le permitió circunscribir una zona a cubierto de cualquier invasión naturalista e introducir, de ese modo, la distinción entre el ser y el valer con su famosa afinación de que los valores no son sino que valen (*der Wert gilt*)¹⁰.

Sirvió al comienzo, además, para refutar la opinión positivista de que la filosofía no tenía ningún tema propio (pues todo el conocimiento sistemático estaba presuntamente en manos de las ciencias "positivas"), y por tanto, su única tarea podía consistir en resumir los resultados de las investigaciones científicas, y mostrar sus interrelaciones (el filósofo era un especialista en generalidades). La tematización del valor abarcaba aspectos culturales del arte, la moral y el conocimiento que no interesaban a ninguna ciencia particular, salvo lo dicho en referencia a la economía, que se concentraba solo en una de sus especies¹¹.

Esta introducción del valor permitió separar las ciencias culturales, en germen de constitución, de las ciencias naturales que se encontraban ya en la edad adulta. Con esta separación se evitaban los referidos embates del positivismo, pues la naturaleza era ajena al valor y, por consiguiente, los métodos de las ciencias naturales no serían aplicables a una realidad donde el valor asumía una importancia de primer orden. Esta fue la tarea de la Escuela Neokantiana de Baden, y en particular de Wilhelm WINDELBAND (1848-1915), influido por LOTZE, y de su sucesor en la Universidad de Heidelberg, Heinrich RICKERT (1863-1936)¹².

Fue mérito de la Escuela Sudoccidental alemana rescatar del pensamiento de KANT (1724-1804), pese a la división hecha por éste entre ser (*Sein*) y deber ser (*Sollen*), un elemento clave para la comprensión del mundo histórico: el valor. A partir de estos postulados, entre la realidad (ser) y el valor (deber ser), se interpuso un elemento intermedio de conexión, la cultura (el ser referido al deber

⁹ MÉNDEZ, José María; *Valores éticos*, Estudios de Axiología, Madrid, 1985. *Videre* además; STERN, Alfred; *La Filosofía de la Historia y el problema de los valores*, Eudeba. Argentina. 1963; DUJOVNE, León; *Teoría de los valores y filosofía de la historia*, Paidós, Buenos Aires, 1959 *inter alia, apud* MATEOS GARCÍA, Ángeles; "La Teoría de los Valores en Miguel Reale. Fundamento de su pensamiento Filosófico-Jurídico"; Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, s.d.

¹⁰LOTZE distingue cuatro tipos de realidad: la calidad irreductible de la valencia (*der Wert gilt*), distinta del ser de las cosas (*ist nicht*), del acaecer de los acontecimientos y de la subsistencia de las relaciones. ZUCCHI; Héctor; *El derecho como objeto tridimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 140.

¹¹MALIANDI; *Ética convergente*, *cit.*, p. 296.

¹²FRONDIZI; *op. cit.*, p. 43. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "El pensamiento de Windelband y de Rickert, el Derecho y el tiempo", *Revista de Ciencias Sociales*, N° 20, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Edeval, Valparaíso, 1982.



ser), complejo de las realidades (bienes materiales y espirituales construidos por el hombre a lo largo del tiempo -historia-) referidas a los valores. Esta nueva comprensión del valor permitió una nueva comprensión de la cultura, concebida por la escuela de WINDELBAND y RICKERT como un reino intercalado para unir dos mundos (el de la naturaleza y el del valor) ontológica y gnoseológicamente declarados incomunicables¹³.

Poco antes de esos filosóficos, Friedrich NIETZSCHE (1844-1900) convierte a los valores en el tema vivo y apasionante de la época y en su obra hay ya una filosofía plenamente axiológica, exaltadora de los valores vitales, tomando la palabra *vida* en su más amplio sentido. Proclama NIETZSCHE la necesidad de la "trasmutación de los valores" que permitirá el surgimiento de una nueva cultura humana, en sustitución de la civilización que él llama cristiana. Interpreta el sentido dinámico de la historia como una continua creación y aniquilamiento de valores. Tales valores, para él creados por el hombre, se estabilizan en una tabla que adquiere vigencia pasajera, pues más tarde será suplantada por otra. Si bien su pensamiento no se cristaliza en una doctrina axiológica rigurosa, fue sin dudas quien convirtió a los valores en el tema apasionante del fin del siglo¹⁴.

Estas observaciones sobre la que desarrolló la filosofía de los valores fue enriquecida por las contribuciones provenientes de la sociología de Max WEBER (1854-1920), Wilhelm DILTHEY (1833-1911) y Georg SIMMEL (1858-1918) o la psicología de Franz BRENTANO (1838-1917) y sus discípulos Alexius MEINONG (1853-1920) y Christian von EHRENFELS (1859-1932) hasta construir la filosofía de la cultura con horizontes más amplios que los previstos por los neokantianos de Baden¹⁵. La "filosofía de los valores" no designaba entonces simplemente una corriente filosófica, como ocurre con la "filosofía de la vida" o, más tarde, con la "filosofía de la existencia", sino un ámbito de problemas que eran enfocados desde muy diversas perspectivas y posturas filosóficas¹⁶ que culminaron en el siglo XX con la monumental obra de Max SCHELER y Nicolai HARTMANN principalmente, los desarrolladores más completos de una filosofía del valor o axiología (del griego *axio*, digno, que vale).

Respecto de este último término, ilustra MALIANDI, si bien nada garantiza que haya sido su inauguración, aparece por primera vez en un artículo publicado en 1890, en francés, de Eduard von HARTMANN (1843-1906) quien desarrollará luego, en alemán, su *Grundriss der Axiologie* publicada póstumamente en 1909.

¹³ En 1905, LASK aplicará estas enseñanzas para iniciar el camino tridimensional en la Ciencia Jurídica, al señalar que dentro de ese "reino" intermedio se encuentra el Derecho, que como producto cultural, supone un soporte natural o real que adquiere significado y forma propios en virtud del valor al que se refiere. BANCHIO; *op. cit.*, p. 23.

¹⁴ FRONDIZI; *op. cit.*, p. 44.

¹⁵ REALE, Miguel; *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo Edeval, Valpa-raíso, 1978, ps. 118-119.

¹⁶ MALIANDI; *Ética convergente* *cit.*, p. 297.



Cronológicamente, respecto de ese primer uso, aparece en la obra de Paul LAPIE (1869-1927), *Logique de la volonté* (1902) y finalmente en la del filósofo norteamericano Wilbur Marshal URBAN (1873-1952), en su libro *Valuation. Its Nature and Laws* (1906)¹⁷. En el mundo de habla hispana fue José ORTEGA Y GASSET (1883-1955) quien difundió la concepción axiológica de SCHELER. En Argentina, Alejandro KORN (1860-1936), publicó su *Axiología*, en 1930¹⁸.

Actualmente, nos enseña MALIANDI, si bien no puede considerarse desterrado el sustantivo "axiología", y de hecho, el lo emplea, al menos de modo circunstancial, se prefiere usar denominaciones como "teoría de los valores" o "filosofía de los valores"; pero sin duda el adjetivo axiológico sigue siendo útil para indicar referencia a los valores, y también (lo que ocasiona cierta ambigüedad) referencia a los estudios sobre los valores, aunque siempre distinto de "valioso", cuyo significado es que tiene valor¹⁹.

b) Aclaración preliminar

Dada la dificultad de determinar sumariamente que son los valores, seguiremos, para el Derecho las proposiciones teóricas de GOLDSCHMIDT en materia de estimativa jurídica, no obstante considerar necesario volcar el siguiente comentario de MALIANDI que nos aclara al respecto que "un problema importante y difícil es distinguir, sobre todo, si los valores son "objetivos" o "subjetivos": es decir, si se descubren o se "crean. Sin entrar en el problema de si existen o no valoraciones objetivas (que equivale al de si hay o no valores en sí mismos independientes de la valoración, es decir, de que se los reconozca o no como tales), interesa destacar el hecho de que tanto la praxis como la *theoria* implican siempre alguna *aestimatio* y, a la vez, puede decirse que en toda *aestimatio* interviene tanto el *logos* como el *pathos*"²⁰.

Para el fundador del trialismo los valores son existencias (entes) en tanto para otros autores como SCHELER, son esencias alógicas ya que no pertenecen al mundo de la razón ni siguen sus leyes y se encuentran en una esfera emocional (SAN AGUSTÍN Y PASCAL entre otros).

Para GOLDSCHMIDT, los valores son captados por la razón que no los inventa, pero los descubre (ya que existen y valen por sí). La facultad que aprehende los

¹⁷Ibidem

¹⁸KORN, Alejandro; *Obras*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1939.

¹⁹MALIANDI; *op. cit.*, p. 297.

²⁰MALIANDI; *Ética convergente cit.*, p 298. Sobre el conflicto logos-phatos puede verse la misma obra, ps. 200-ss.



valores se llama estimativa. Para otros son captados por la intuición²¹, ya que al no ser objetos lógicos no pueden ser conocidos por razonamiento ni intelectualmente: se conocen mediante la intuición emocional y para Risieri FRONDIZI (1910-1985) y otros, por la experiencia (que ORTEGA Y GASSET siguiendo a SCHELER decía que era una experiencia de valores independiente de la experiencia de cosas –además *a priori*–)²² aunque lúcidamente plantea que, v.g., la experiencia de artistas y críticos (estética) no capta de igual forma porque se le agregan elementos intelectivos y si se pasa del plano estético al ético o al jurídico la presencia de los elementos racionales es aún mayor, por ejemplo en el valor utilidad lo intelectual suplanta totalmente a lo emotivo ya que no puede captarse el carácter útil de un objeto sin un previo conocimiento del fin que debe cumplir y la justicia o injusticia de una sentencia no resultan evidentes a primera instancia en todos los casos²³.

No entraremos aquí al examen a fondo del problema de la naturaleza de los valores, pero si adoptaremos una posición objetiva enrolada en la corriente filosófica expresada por los ya mencionados HARTMANN y SCHELER quienes asignan a los valores carácter absoluto y *a priori* y afirman que pueden ser aprehendidos emocionalmente.

Según la terminología de SCHELER, hay actos emocionales intencionales, como el sentir o percibir sentimental (*Fühlen*), el preferir (*Vorziehen*)²⁴ y el amar (*Lieben*)²⁵. Para mostrar el sentido profundo de la captación de los valores por medio del percibir distingue fenomenológicamente (siguiendo a Edmund HUSSERL -1859-1938-, su maestro) dos "capas" de la esfera emocional, el "sentimiento intencional" (*intentionales Fühlen*) y el "estado sentimental sensible" (*Gefühlzustand*)²⁶. Este último se refiere a la pura vivencia del estado, mientras que el primero tiene que ver con su captación v.g., un dolor sufrido es distinto a un dolor observado.

En el estado sentimental o afectivo no hay ningún elemento intencional,

²¹ El intuicionismo afirma que hay en el hombre intuiciones emocionales por medio de las cuales se aprehenden valores objetivos, de modo semejante a como por los sentidos corporales se aprehenden objetos sensibles. Idem, p. 320.

²² También HARTMANN se empeña en separar la experiencia de lo real de la experiencia de lo valioso y sus propios argumentos podrían ser la base, según MALIANDI, para afirmar lo contrario, es decir, la estrecha relación entre ambas clases de experiencia en lo que el autor alemán llama "la dureza de lo real", por ejemplo, la experiencia de una acción injusta posibilita la experimentación del valor justicia, MALIANDI; *Ética convergente* cit., p. 303.

²³ FRONDIZI; *op. cit.*, p. 40.

²⁴ El preferir es un acto especial de conocimiento sirve, por ejemplo, para captar la superioridad de un valor. No hay que confundirlo con elegir ya que este último es una tendencia que supone el previo conocimiento de la superioridad del valor. FRONDIZI; *op. cit.*, p. 110 y SCHELER, *Ética*, Vol. I, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1948, p. 129.

²⁵ MALIANDI; *Ética convergente* cit., p. 321.

²⁶ Sobre el método fenomenológico puede verse MALIANDI; *Ética: conceptos y problemas*. Biblos, Buenos Aires, 1991, ps. 67-ss.



cuando se refiere a un objeto la referencia es mediata, esto, es, posterior al momento de darse el sentimiento. La referencia puede ser de orden causal, así, por ejemplo, el fuego es el objeto que me ha causado el dolor que tengo. La relación se establece mediante el pensar²⁷.

En el sentimiento intencional, en cambio, hay una referencia directa e inmediata al objeto y dicha referencia no es de carácter intelectual; es en ella donde se nos revelan los valores. El percibir sentimental no está unido al objeto exteriormente o a través de una representación, ni el objeto aparece como un signo de algo que se oculta tras él. Captamos los valores por medio de las vivencias (*Erlebnis*) emocionales del percibir sentimental²⁸.

Para explicar la naturaleza del valor SCHELER utiliza la comparación de éstos con los colores para mostrar que, en ambos casos, se trata de cualidades que existen independientemente de los respectivos depositarios. Podemos referirnos al rojo como un puro color del espectro, sin tener necesidad de concebirlo como la cobertura de una superficie corpórea, sino como un *quale extensivo*. Del mismo modo, el valor que descansa en un depositario con el que constituye un "bien" es independiente del depositario. No es a través de una inducción generalizadora, según SCHELER, como llegamos a captar los valores de lo agradable o lo estético, por ejemplo. En ciertos casos nos basta un solo objeto, o acto, para que aprehendamos plenamente el valor que en él se da. Por otra parte, la presencia del valor confiere el carácter de "bien" al objeto valioso. Así, no extraemos la belleza de las cosas bellas, sino que la belleza las antecede²⁹.

Los valores, en tanto cualidades independientes, no varían con las cosas. Así como el color azul no se torna rojo cuando se pinta de rojo un objeto azul, tampoco los valores resultan afectados por los cambios que puedan sufrir sus depositarios. La traición de mi amigo, v.g., no altera el valor, en sí, de la amistad. La independencia de los valores implica su inmutabilidad; los valores no cambian.

Son, además, absolutos; no están condicionados por ningún hecho, cualquiera que sea su naturaleza, histórica, social, biológica o puramente individual. Por mas que la esclavitud haya sido legal durante gran parte de la historia de la humanidad siempre ha sido ilegítima e injusta y eso no relativizó jamás al valor libertad.

Ello pasa por que sólo nuestro conocimiento de los valores es relativo; no los valores mismos, es decir varía nuestra capacidad de percibir los valores (conciencia de los valores) HARTMANN lo llama la "revolución del *ethos*". La conciencia está limitada como, v.g., la visión del caballo lo está por las orejas y se comporta, dice, de manera similar a un faro que ilumina zonas nuevas y a su vez deja otras en la oscuridad no permitiéndonos ver todo a la vez y explicando

²⁷FRONDIZI; *op. cit.*, p. 107.

²⁸Ibidem

²⁹Idem, p. 95



así el porqué de las variaciones sin caer en el relativismo³⁰.

En conclusión, el valor no es puesto en personas, cosas (cuando son valiosos: bienes) o acciones por el acto que estima o valora (valoración) sino meramente reconocido. Está en las cosas y en las acciones de los hombres y no en nuestra apreciación. Los valores son permanentes en su valencia, pero la valoración (implica una forma de conocimiento del valor real, trascendente y cognoscible) cambia según los individuos, clase social, educación, tiempo, espacio, pueblos y cultura³¹.

Empero, los valores no son dados como cualidades de un ente. No existen, pues, como seres independientes (sustancias) sino como seres residentes en otro. GOLDSCHMIDT sostiene lo contrario, y si hablamos de valores en si y preguntamos en que mundo se encuentran, nos dirá que están en el mundo del deber ser: los valores son algo que hay que hacer (exigentes). Esta consideración de los valores en si como pertenecientes al mundo de lo posible que por la actividad de un ser personal ha de pasar al acto, se toma de la metafísica aristotélica para aplicarla en este caso a la Dikelogía³². En sentido análogo, aunque por otros caminos, Cossio, concluye que los valores son categorías materiales de futuridad.

Louis LAVELLE (1883-1951) no ve contradicción entre el valor y la realidad y piensa, a diferencia de SCHELER y HARTMANN que contraponían lo real y lo ideal que el valor es lo que otorga un sentido a la realidad³³ y Jean Paul SARTRE (1905-1980) sostiene que el valor tiene ser en tanto que valor pero no lo tiene en tanto que realidad: su ser es ser valor, es decir no ser ser" por eso resulta inaprehensible: si se lo toma por ser, se pasa por alto su "irrealidad" pero tampoco puede negársele el ser³⁴. El valor es algo, viene al mundo por la realidad humana y su sentido consiste en ser aquello hacia lo cual un ser trasciende su ser. POLIN, para quien el valor es un irreal reconoce que es principio de creación y transformación de lo real. La valoración es fuente de la realidad de las obras humanas ya que solo ella les da sentido y permite comprenderlas³⁵.

MALIANDI, en su *Ética Convergente* desarrolla el concepto de "negación axiológica" que se convierte en la condición de posibilidad de la experiencia de los valores positivos o de la realidad axiológicamente positiva que no solamente es índice del valor que queda fuera de lo real sino también de lo valioso en lo

³⁰ "La validez depende de la vigencia" según los relativistas: si hay quien cree, vale para los que creen. Para HARTMANN el valor tiene una validez que, aunque momentáneamente no la entendamos, sigue estando, encontrando así una forma de explicar los cambios en las valoraciones. No se considera un fenomenólogo y propone una metodología más compleja que la de SCHELER. Puede verse MALIANDI; *Ética: conceptos y problemas* cit. p. 69.

³¹ Ver también *infra*.

³² DIEZ BLANCO, Alejandro; *La filosofía y sus problemas*; Scientia, Barcelona, 1960, p. 159.

³³ MALIANDI; *Ética convergente* cit., p. 308 y LAVELLE, Louis; *Traité des Valeurs*, tomo 1 (Paris, Presses Universitaires de France, 1951), libro I, parte 2, pp. 33-91, allí citado.

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Idem*, p. 313.



real y que si la valoración puede bien comenzar en lo irreal (o imaginario) no puede quedarse allí. Mientras se use la palabra valor se puede hablar de realización de valores o valorización o axiologización de lo real (para designar así el producto de la acción basada en el valorar (real/irreal)³⁶.

LOPEZ QUINTAS (1928) intenta superar las tendencias objetivistas adaptando este pensamiento a las exigencias de las realidades relacionales que permiten ver el entrecruzamiento de realidades "superobjetivas" que más que objetos son campos de realidad o ámbitos (campos de posibilidades de acción con sentido) donde se alumbran los valores³⁷ explicando así que el valor existe en relación al sujeto mas no creado por este. Adapta así la ideal del pensamiento en suspensión de JASPERS (*Denken in der Schwebe*)³⁸ que le permite pasar de una *ratio realitatis* sustancialista, un tanto rígida, modelada sobre el análisis de los objetos y las cosas a una *ratio realitatis* sustantivista, relacional, constelacional, tan firme como flexible, modelada sobre el estudio de las realidades superobjetivas no mensurable, no asibles, no delimitables, no verificables por cualquiera³⁹.

No pretendemos agotar aquí las exposiciones al respecto, pero como queda planteado, realidad, irrealidad o convergencia son postuladas vivamente y captan, desde sus enfoques, el sentido, profundidad y complejidad de la problemática axiológica que, como disciplina de nivel filosófico, continúa abierta y con revitalizada actualidad.

c) Justicia en el reino de los valores

La justicia es un valor. GOLDSCHMIDT parte del postulado ya señalado que los valores son entes ideales (abarcán la parte de la realidad asequible por la razón en tanto los materiales lo hacen con el segmento apreciable por los sentidos). Los entes ideales pueden ser enunciativos (conceptos, vocablos) o exigentes (constituyen valores que exigen su realización). En este punto sigue a HARTMANN, ya que SCHELER no cree que deban buscarse los valores en la esfera de los objetos ideales, junto a los números y las figuras geométricas o entes matemáticos⁴⁰. Es cierto que los conceptos de bondad, belleza, justicia, utilidad, etcétera, pertenecen a ese reino, pero todo lo axiológico- no se agota en el reino de las significaciones ideales⁴¹ ya que hay que distinguir, para SCHELER, entre el

³⁶MALIANDI; *Ética convergente* cit., p 315-316.

³⁷LOPEZ QUINTAS, Alfonso; *El conocimiento de los valores*, Verbo Divino, Navarra, 1992, p. 25.

³⁸ No procede linealmente de un punto a otro sino que contempla a la vez las diversas vertientes de la realidad que integran cada fenómeno.

³⁹LOPEZ QUINTAS; *op. cit.*, p. 18

⁴⁰Vide FRONDIZI; *op. cit.*, p. 16.

⁴¹PLATÓN cayó en el error de incorporar los valores a esa esfera porque partió de una falsa división del espíritu en "razón" y "sensibilidad". Como los valores no pueden reducirse a contenidos de la



concepto de un valor y el valor mismo. Un niño pequeño siente la bondad y el cuidado de la madre sin haber captado, ni ser capaz de captar, la idea de lo bueno⁴². Siendo realidad, entonces, para GOLDSCHMIDT, los valores son objetivos ya que la razón los capta, pero no los inventa⁴³.

Basándose en el realismo genético creacionista cristiano⁴⁴, el fundador del trialismo rechaza el relativismo de los valores y afirma que Dios como creador de todo el universo lo es también de los entes ideales, sin perjuicio de la fabricación humana debida al libre albedrío que provoca la distinción entre valores naturales y fabricados. A su vez respecto de la bondad o no de los valores, sostiene que Dios crea un mundo necesariamente bueno (*bonus et ens convertuntur*) empero se abre una brecha entre hecho y valor a partir del pecado original. La posibilidad del libre albedrío hace que la conducta humana solo indirectamente se vincule a Dios, ya que en primer plano es fabricación humana y por el pecado original no necesariamente buena. Rechaza el voluntarismo divino ya que afirma que si Dios creara valores caprichosamente solo accederíamos a su conocimiento por revelación, pero como los crea racionalmente podemos descubrirlos mediante nuestra razón a través de la introspección, la lenta averiguación, etc.⁴⁵.

Dentro de esa conceptualización, el trialismo en la elaboración original, reconoce valores naturales, que existen con independencia del hombre y valores fabricados, producidos por éste, lo cual lo coloca en un juego de realidad/idealidad porque admite, la posibilidad de creación humana, por ende de idealidad construida, aunque sobre este punto avanzaremos mas adelante al considerar el complejo axiológico, aunque adelantaremos ahora que los valores naturales pueden ser absolutos o relativos (según sean valiosos en toda instancia o se subordinen a otro valor) y los valores fabricados, en tanto que no se oponen a los naturales, son auténticos y los que los contrarían son falsos.

Valor absoluto en la perspectiva jurídica sólo es la justicia. Valores relativos son el poder, la cooperación, el orden, la utilidad, la coherencia, etc. Un ejemplo de valor fabricado auténtico es ser un buen jugador de fútbol, cuando para ello no se atacan los valores naturales salud, utilidad o justicia, y otro, de valor fabricado falso, la superioridad humana de una raza, evidentemente contrario al valor justicia y a la misma humanidad⁴⁶.

La justicia (ente ideal exigente entonces), es el único valor absoluto del derecho al hilo de cuyas valoraciones se constituye la dimensión axiológica

sensación, los agrupó junto a los números y las figuras geométricas, esto es, en el reino de la razón. FRONDIZI; *op. cit.*, p. 105.

⁴²Ibidem

⁴³GOLDSCHMIDT; *La ciencia ...*, ps. 77-78 y ps. 71-72 respectivamente.

⁴⁴Vide BANCHIO; *op. cit.* p. 153.

⁴⁵GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. 371 y 372. Vide BANCHIO; *op. cit.* p. 153.

⁴⁶CIURO CALDANI; "Dos notas de Teoría General del Derecho", *Boletín...*, N° 1, p. 37.



(como vimos del griego *axio* -digno, que vale-), que GOLDSCHMIDT denomina Dikelógica (del griego *dike* -justicia-).

En el momento de su formulación, esta teoría fue considerada en el ámbito del Derecho, como una continuación y superación de los descubrimientos realizados por el iusnaturalismo aristotélico-tomista. GOLDSCHMIDT manifiesta que esta doctrina del derecho natural no consiste en reglas originadas en la razón del individuo humano (Derecho natural estoico y protestante) sino en "soluciones justas de problemas de reparto de bienes y males⁴⁷, con fuente en la naturaleza cósmica (naturaleza toda, no sólo la razón o la naturaleza humana). ARISTÓTELES parte de las agrupaciones humanas, ya que el hombre es un ser político. Desde este punto de partida llega a soluciones concretas, llenas de contenido y variables según las circunstancias"⁴⁸.

La posición del trialismo, como sostuvimos en LA NOCIÓN TRIALISTA⁴⁹, se considera superadora porque, si bien sostiene la existencia del Derecho Natural, reconoce también, -como vimos en esa obra y como ampliamente lo haremos posteriormente en los ejemplos de las clases de justicia-, los valores fabricados a los que se remiten las posiciones críticas. No ataca la idea que el conocimiento de los valores se obtenga también de la Religión -v.g. LEGAZ Y LACAMBRA o en parte SCHELER - sino que el Derecho y la Filosofía deban recurrir a ella para lograrlo⁵⁰. La doctrina presenta el equilibrio en el reconocimiento del hombre como protagonista de un mundo que en parte sólo descubre, más significativo que en el agustinismo, el tomismo y el racionalismo moderno e implica también un amplio reconocimiento de la jerarquía humana, arraigada en la realidad cósmica⁵¹.

Cossio tiene en cuenta al valor como uno de los caracteres principales para elaborar su clasificación general de los objetos, que distingue en ideales, naturales, culturales y metafísicos, pero lo excluye como género de las ontologías regionales que desarrolla. El problema del valor aparece indirectamente en la Egología como consecuencia que, al ser el Derecho un objeto cultural egológico aquel se encuentra ínsito en la conducta, que como tal, implica preferencia en la elección entre posibilidades cuyo ejercicio requiere necesariamente valores que la orienten⁵².

REALE, separándose de la teoría tradicional de los objetos, considera al valor como un *tertium genus* de objeto⁵³, destacando que mientras los objetos

⁴⁷ GOLDSCHMIDT; *Introducción* ... ,p. 382.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ BANCHIO; *op. cit.*, p. 81.

⁵⁰ SCHELER afirma que por encima de los valores espirituales están los religiosos, la última modalidad de los valores, de lo santo y lo profano. FRONDIZI; *op. cit.*, p. 117

⁵¹ CIURO CALDANI; "Perspectivas trialistas de la crítica y del Derecho Natural", *Boletín*..., N° 15, p. 63.

⁵² ZUCCHI; *op. cit.*, p. 138

⁵³ Videre MATEOS GARCÍA; *op. cit.* *passim*.



ideales valen independientemente de lo que ocurre en el espacio y en el tiempo, los valores sólo se conciben en función de algo existente, o sea, de cosas valiosas⁵⁴, en afinidad con la conceptualización de "cualidades terciarias" de Samuel ALEXANDER, que explica que al no poder las cualidades existir por si mismas pertenecen a los objetos que HUSSERL llama "no independientes"⁵⁵.

Como la justicia, en tanto valor natural no puede definirse, vimos que la teoría trialista presenta una exposición de la misma desde su estructura formal (Axiología Dikelógica) y desde su contenido (Axiosofía Dikelógica)⁵⁶.

La axiología tiene por objeto la estructura formal del valor, su delimitación, el ejercicio y la realización de la justicia, las leyes formales que la gobiernan y la relación en la que se encuentran los criterios de justicia con los objetos reales e ideales que enjuician. Como es referida a valores se ocupa de idealidad libre. La Axiosofía, en cambio, enfoca los contenidos de los valores. Es estimativa y enfoca idealidad adyacente⁵⁷.

III. AXIOLOGÍA DIKELÓGICA

a) Axiología en lo general

GOLDSCHMIDT se basa entonces para su Axiología Dikelógica en la Axiología General de SCHELER. Si bien faremos consideraciones específicas en cada desarrollo puntual de la Dikelogía que sigue, diremos a manera de introducción heurística y necesariamente simplificadora que SCHELER intentó establecer reglas generales para todos los valores, incluyendo desde ya la justicia y determinó así la existencia de relaciones formales de esencia, como, por ejemplo las referidas por las proposiciones de que todos los valores-se dividen en valores positivos y negativos o de que el ser de algo que debe ser es bueno y el ser de algo que no debe ser resulta malo. Otras relaciones apriorísticas existen entre materias de valores y los valores mismos; por ejemplo, la relación entre valores éticos y personas y sus actos como materia de aquéllos. Otras relaciones se refieren a la jerarquía de los valores⁵⁸.

En la perspectiva de SCHELER los valores tienen un rango tanto más alto cuanto más duraderos son e igualmente son tanto más elevados cuanto más extensión y divisibilidad poseen o cuanto menos fundados estén en otros valores, ó cuanto más intensa es la satisfacción que produce su intuición, o cuanto menos su intuición es limitada a determinadas personas. Además, hallamos relaciones apriorísticas entre jerarquía axiológica y materia valorativa. Los valores

⁵⁴REALE; *Teoría cit.*, p. 103.

⁵⁵FRONDIZI; *op. cit.*, p. 14 y 15.

⁵⁶GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, ps. 374-375.

⁵⁷GOLDSCHMIDT; *La Ciencia...*, ps. 18-19 y 51.

⁵⁸Idem, p. 22



personales son más altos que los valores referentes a- objetos. Los actos que realizan valores referentes a otras personas resultan de mayor valor que los que llevan a cabo valores egoístas. Los valores de actos (amar, odiar, etc.) son más altos que los valores de funciones (escuchar, ver, tocar, etc.), y éstos a su vez, poseen un rango mayor que las reacciones a algo (alegrarse por algo, etc.)⁵⁹.

b) Axiología diacrónica

b.1) Introducción

Ya anteriormente habíamos manifestado que la doctrina jurídica permanece apegada a planteos estáticos, considerando al Derecho, independientemente de la postura filosófica que se adopte, como un conjunto de meros objetos inmovilizados, sean éstos conductas, normas o valores o aquello que, con criterio relativamente ontológico, se considere el objeto de la disciplina jurídica⁶⁰.

Incluso desde "dentro" del Derecho, muchos análisis de Teoría General o de Filosofía Jurídica Menor descuidan el aporte que la Ciencia Jurídica debe realizar para la comprensión del cambio de era que nos plantea la problemática posmoderna y las soluciones que ella nos demanda.

En aquella oportunidad aprovechamos los avances del trialismo para evidenciar las "respuestas jurídicas" como soluciones a la existencia actual esencialmente problemática del cambio histórico, y a las categorías dinámica y estática social en las relaciones cambiantes entre los valores.

Si bien en LA NOCIÓN TRIALISTA para aludir a la existencia de cambios o desplazamientos de los elementos de una estructura, o de las estructuras dentro de un sistema utilizamos el término "dinámico"⁶¹, en el presente fascículo desarrollaremos las perspectivas dinámicas de la justicia con énfasis en el eje temporal que las teorías estructuralistas y los desarrollos del trialismo han puesto en la consideración diacrónica.

b.2) Ideas básicas de Jurística Dikelógica

Los conceptos de "sincronía" y "diacronía" fueron introducidos por la lingüística estructural y adoptados asimismo por las diversas teorías

⁵⁹Idem, p. 33.

⁶⁰ BANCHIO, Pablo; "Desarrollos metodológicos trialistas", *Revista Doctrina Jurídica* n° 1, Buenos Aires, 2010, ps. 3-27.

⁶¹MALIANDI; *Ética convergente cit.*, p. 30-31.



estructuralistas⁶². SAUSSURE⁶³ sostiene que todas las ciencias deberían señalar los ejes sobre los que están situados sus objetos de estudio: un "eje de simultaneidades", referido a las relaciones entre cosas coexistentes -es decir, donde se excluye la intervención del tiempo- y un "eje de sucesiones" -donde sólo se puede considerar una cosa cada vez, pero donde se sitúan todas las cosas del primer eje con sus respectivos cambios⁶⁴. Para dar cuenta de la complejidad de los asuntos lingüísticos propone hablar de una "lingüística sincrónica" y una "lingüística diacrónica"⁶⁵ y, a partir de ahí utilizará con gran frecuencia los términos "sincronía" y "diacronía"⁶⁶.

Por ser un valor, la justicia exige que el "ser" en sentido estricto llegue a satisfacer el "deber ser". Tiene, en consecuencia, un sentido dinámico, que se acentúa porque no es, como otros valores naturales (v.g. los estéticos), un valor "de resultado", sino un valor que incluye también simultáneamente su propio desenvolvimiento⁶⁷.

No se trata, desde luego, de una relación sencilla y estática, sino compleja y cambiante. La complejidad tiene un doble origen; los dos factores que entran en relación -el sujeto y el objeto- no son homogéneos ni sencillos; por otra parte, la interrelación misma es compleja. El otro aspecto que cabe señalar es que ambos factores, y la relación, son dinámicas⁶⁸, como lo revelará un rápido examen de la cuestión. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la justicia es comprendida con sentido relativamente estático y no dinámico⁶⁹.

c) Clases de Justicia sincrónica

c.1) Las clases de justicia en el trialismo originario

Al desarrollar la exposición de la Jurística Dikelógica GOLDSCHMIDT plantea que, siendo la justicia un valor absoluto en el Derecho, es perfectamente aplicable el célebre adagio latino "*Fiat justitia et pereat mundus*"⁷⁰. Sin embargo, el cumplimiento riguroso de la función pantónoma es humanamente imposible,

⁶² *Videre* SAUSSURE, Ferdinand de; *Curso de lingüística general*, trad. Mauro Armiño, Barcelona, Planeta Agostini, 1984, ps. 100-ss. y PIAGET, Jean, *Estudios sociológicos*, trad. Miguel A. Quintanilla, Barcelona, Planeta Agostini, 1986, ps. 43-ss y 92-ss.

⁶³ SAUSSURE, op. cit., ps. 146-ss.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 147.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 149.

⁶⁶ MALIANDI, Ricardo; *Ética convergente. Fenomenología de la conflictividad*, Tomo I, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2010, p. 82.

⁶⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en "El Derecho", t. 123, ps. 715- ss.

⁶⁸ *Vide* FRONDIZI, Risieri; *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 152.

⁶⁹ CIURO CALDANI; *op. cit.* ps. 715-ss.

⁷⁰ GOLDSCHMIDT; *Introducción...*, p. 381.



porque no podemos abarcar todos los repartos pasados, contemporáneos y menos aún los futuros. Entonces hacer justicia supone llevar a cabo fraccionamientos y desfraccionamientos permanentemente y aunque la solución justa para cada caso es siempre sólo una, las diferentes clases de justicia son distintos caminos con los que la limitación humana debe ir obteniendo la objetividad (no neutralidad) de las valoraciones⁷¹.

Esto último, como señalamos *supra* no es una relación sencilla y estática, sino compleja y cambiante, por los sujetos y objetos de la relación y -como veremos *infra* en el acápite d), cuando analicemos esa cuestión, porque además, cada línea del tiempo podría considerarse un fractal de otra línea de tiempo mayor, una percepción diferente dentro de una sucesión que depende del observador y no del agente⁷².

Siendo entonces todas las clases de justicia vías para descubrir la solución justa única que corresponde a cada caso, cualquiera que sea el caso examinado, siempre nos encontraremos con la presencia de las dos caras de la cuestión: subjetiva y objetiva. En esta comprensión GOLDSCHMIDT utilizó las enseñanzas de ARISTÓTELES sobre las variaciones de la justicia subrayando el carácter relativo de la justicia distributiva y el carácter absoluto de la justicia correctiva⁷³.

Clases Aristotélicas. Según esa clasificación del Estagirita⁷⁴, la justicia total (general) relacionada con la virtud total o perfecta, consiste en obrar conforme a las leyes⁷⁵ y la justicia parcial (particular), relacionada con la igualdad (ya que si las personas no son iguales tampoco deberán dársele cosas iguales), que abarca la justicia distributiva y la justicia correctiva⁷⁶.

⁷¹ Una valoración neutral carecería de sentido y sólo es posible procurar la imparcialidad en la forma (camino previo) de la adjudicación. (CIURO CALDANI "Derecho ..." op. cit., pág. 107). Cada individuo (legislador, juez, científico, particular, etc.) *hace lo que quiere dentro de lo que puede y dice lo que quiere dentro de lo que puede*, de modo que en un marco de tantas tensiones de factores de poder la propuesta *"desenmascaradora"* trialista encuentra motivos de admisión y de rechazo, siendo claro que su admisión es más fácil para la ciencia que para quienes por su posición repartidora "más directa" benefician su poder mediante el "enmascaramiento". CIURO CALDANI; *Metodología dikelógica*. Rosario, FIJ, 2007, ps. 9-10.

⁷² Puede verse PANCHELYUGA V. A.-SHNOLL S. E.; *On the dependence of local- time effects on spatial direction*. Progress in Physics, 2007, v. 3., 51-54.

⁷³ BANCHIO, Pablo; *La Noción ...*, p. 87

⁷⁴ BANCHIO, Pablo; *Bases Trialistas. Para una comprensión tridimensional de la historia de las ideas iusfilosóficas sobre el mundo jurídico*. Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2010, ps. 120-121.

⁷⁵ Por ello también se la llama "legal" y a veces "universal". Para ARISTÓTELES van en su contra el cobarde (que arroja las armas en la guerra) y el usurero y para GOLDSCHMIDT son sus aplicaciones, que el súbdito pague los impuestos y el varón preste el servicio militar (cuando era obligatorio). GOLDSCHMIDT; *Introducción...*, p. 377.

⁷⁶ "Puesto que el carácter de lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual y si lo igual es un medio, lo justo debe ser igualmente un medio. Pero la igualdad supone al menos dos términos ya que es una consecuencia no menos necesaria que lo justo sea un medio y una igualdad con relación a una cierta cosa y a ciertas personas. Lo justo se compone igualmente de cuatro términos por lo menos y la relación es la misma, porque hay la misma división exactamente con relación a las personas que a las cosas". ARISTÓTELES, *Ética ... cit.*, p. 134 y 135.



La justicia distributiva reparte cargas y bienes con miras a los respectivos méritos, guardando las proporciones en sentido geométrico (A:B=C:D), de modo que se respeta la igualdad en lo adjudicado según lo que corresponde a cada uno⁷⁷. ARISTÓTELES denomina a la proporción "geométrica" porque se toman en cuenta cuatro términos: el distinto mérito de las personas y el distinto valor de las cosas que se le asignan⁷⁸.

La justicia correctiva o equiparadora regula las relaciones de cambio⁷⁹, sea la prestación y contraprestación v.g. en los contratos (relaciones sociales voluntarias) o el delito y la pena (relaciones involuntarias), con una proporcionalidad aritmética (A+B=C)⁸⁰. Es "aritmética" porque encuentra su propio tipo en una ecuación de dos miembros y mide el daño o el beneficio impersonalmente, las cosas y las acciones por su valor objetivo "de manera que lo igual viene a ser el justo medio entre lo más y lo menos ... en consecuencia, la justicia correctiva será el justo medio entre la pérdida del uno y la ganancia del otro"⁸¹, analógicamente a cómo, v.g. $3 + 4 = 7$, sería la mercadería igual al precio o el delito igual a la pena⁸².

La justicia correctiva, que vale para toda clase de cambios e interferencias (tanto de índole civil como penal) se diferencia a su vez según sea una relación de cambio conforme a una cierta medida (justicia sinalagmática –trueque- o en la tradición escolástica medieval⁸³, comutativa –equivalencia de las prestaciones-) o provenga de la intervención del juez (justicia judicial –un magistrado decide las controversias civiles o penales-). La justicia correctiva es concebida con prescindencia de las personas (merecimientos), en cambio, la justicia distributiva las tiene más en consideración (méritos)⁸⁴.

c.2) Las clases de justicia en los desarrollos trialistas

La evolución de la teoría trialista ha ampliado el panorama de las clases de justicia, profundizando en las categorías vistas y con base en ellas, estableciendo

⁷⁷ GOLDSCHMIDT nos ilustra con el siguiente ejemplo: si el examen del alumno A (primer miembro) mereció la calificación de "aprobado" (segundo miembro), al alumno B, que tuvo más méritos (tercer miembro), se le debe adjudicar una calificación más elevada, v.g. "distinguido" (cuarto miembro). Una de sus aplicaciones se verifica cuando la comunidad pone a disposición de los habitantes del país los servicios públicos. GOLDSCHMIDT; *Introducción...*, ps. 376 y 377.

⁷⁸ ARISTÓTELES; *Ética ... cit.*, ps. 137-139, V, IV. 1130 b, 3 y 1131 ab.

⁷⁹ También llamada "rectificadora" o "reparadora" y "represiva". ARISTÓTELES; *Ética... cit.*, ps. 137.

⁸⁰ Siguiendo el ejemplo de GOLDSCHMIDT, así, v.g., a un buen examen corresponde una buena calificación; a un mal examen una mala calificación. CIURO CALDANI; *op. cit.*, p. 96.

⁸¹ ROJAS PELLERANO, Héctor; *Introducción al Derecho*, Lerner, Buenos Aires, 1989, *op. cit.* p. 214. En la teoría de los juegos se los denomina "de suma cero" ya que todo lo que gana un miembro de la ecuación, lo pierde el otro.

⁸² GOLDSCHMIDT; *Introducción...*, p. 376.

⁸³ FASSÒ, Guido; *Storia della Filosofia del Diritto*, v. I, Antichità e Medioevo, Il Mulino, Bolonia, 1966.

⁸⁴ CIURO CALDANI; *op. cit.*, p. 97.



nuevas que responden a los elementos del reparto considerado: a) en aislamiento –reparto individual- y b) en conjuntos –orden de repartos-.

a) Desde el reparto aislado, podemos reconocer las clases en las perspectivas de: a.1) los sujetos – a su vez a.1.1) los repartidores y a.1.2) los destinatarios-, a.2) el objeto, a.3) la forma y a.4) las razones. b) Lo propio podemos hacer desde el orden de repartos, es decir, en este caso: b.1) los sujetos – a su vez b.1.1) los repartidores y b.1.2) los destinatarios-, b.2) el objeto, b.3) la forma y b.4) las razones⁸⁵.

c.2.1) Las clases de justicia en el reparto aislado

a.1) Siguiendo el esquema anterior, veremos entonces que desde los sujetos del reparto aislado, a.1.1) la justicia de los repartidores se reconoce por vías consensual y extraconsensual⁸⁶, según sea descubierta a través del consenso o prescindiendo de él⁸⁷. En el primer caso (*consensual*) dos personas pactan una compraventa conviniendo el lugar y el plazo de entrega de la mercadería, monto total de la transacción, fecha y modalidades del pago, costo del flete de la mercadería, etc. ajustando toda la operación al convenio entre ambos. En el segundo caso (*extraconsensual*) una persona regala o dona a otra determinada parte de la mercadería o realiza una bonificación unilateral en el precio, etc⁸⁸.

a.1.2) A su vez la justicia de los destinatarios se reconoce, con o sin acepción (consideración) de personas⁸⁹. Es *con acepción de personas* cuando se toma en consideración a los destinatarios en sí mismos, independientemente de las funciones que cumplan en la vida social⁹⁰; por ejemplo: una persona sufre un accidente automovilístico en la calle y recibe el auxilio de la sanidad pública. En

⁸⁵ CIURO CALDANI; "Perspectiva trialista de la Axiología Dikelógica", *El Derecho*, t. 86, ps. 915- ss. reedición en *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. II, ps. 40/62.

⁸⁶ Como vimos supra, Aristóteles distingüía, en la justicia correctiva, las soluciones que provienen de las mismas partes y la justicia de una tercera persona, que consideró justicia judicial ARISTÓTELES, "Ética nicomaquea", en *Obras*, trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, libro V, p. 1231.

⁸⁷ BANCHIO; *La Noción ...*, cit, p. 87.

⁸⁸ También puede verse el arco de posibilidades que se abre entre la justicia de los repartidores descripto en *La Noción*, ps. 53 y 54.

⁸⁹ Esta clasificación fue evidenciada por ARISTÓTELES en sus respectivas ejemplificaciones de la justicia correctiva y de la justicia distributiva vistas supra; ARISTÓTELES, "Ética...", cit, ps. 1229-ss.; videre SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, trad. de P.P. Dominicos - Fr. Francisco Barbado Viejo, O. P., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, t. VIII, "Tratado de la Justicia", ps. 407-ss. (2-2, q. 63 a. 1).

⁹⁰ Cuando este criterio clasificador de la acepción de las personas comprende el cambio del destinatario se constituyen la justicia *inmanente*, que hace acepción de los destinatarios que fundamentan el reparto y la justicia *trascendente*, que abarca a destinatarios relativamente irrelevantes CIURO CALDANI; "Perspectiva trialista de la Axiología Dikelógica", *El Derecho*, t. 86, ps. 915- ss y ARISTÓTELES, *op. cit.*, v.g., p. 1241 allí citado.



tanto es *sin acepción de personas* cuando no se repara tanto en la personalidad de los recipientes sino más bien en el rol que ellos desempeñan; por ejemplo: una persona se alista en el Ejército y se arma en defensa de la patria ante un ataque exterior, luego el estado lo recompensa con una jubilación especial como reconocimiento a su obrar heroico⁹¹.

a.2) Relacionada con el objeto, la justicia se puede clasificar en simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias)⁹². Es *simétrica* cuando lo que se gana (potencia) y lo que se pierde (impotencia) resiste comparaciones ceñidas a relaciones proporcionales⁹³; por ejemplo: una persona le presta dinero a otra y luego ésta se lo restituye. En tanto es *asimétrica* cuando las adjudicaciones de potencia e impotencia no admiten comparaciones; por ejemplo: una persona que recibe una suma de dinero en concepto indemnización por la muerte de su hijo⁹⁴. La permuta puede realizar una justicia más simétrica que la compraventa y ambas se diferencian nítidamente de la asimetría de la indemnización por daño moral. Como lo advertía ARISTÓTELES la justicia simétrica es limitada porque "no puede haber comunidad de relaciones entre dos médicos" y, "en cambio, sí es posible entre un médico y un labrador"⁹⁵. Para salvar las dificultades de la justicia asimétrica se cuenta con el formidable auxilio intermediario de la moneda que "lo mide todo"⁹⁶.

a.3) Vinculada con la forma hay también dos clases, dialogal o monologal, según haya o no participación o intercambio discursivo de los protagonistas – argumentación como médium de encontrar la justicia para algo que lo sea⁹⁷. En tal sentido es *dialogal* cuando es sostenida por una pluralidad de razones repartidoras⁹⁸, por ejemplo: entre las conclusiones de un encuentro ecuménico e interreligioso con organizaciones sociales y representantes de los legisladores se aconseja la necesidad de incluir en la legislación nacional la salud sexual y la procreación responsable, en cambio es *monologal* cuando es asistida por una única razón repartidora; por ejemplo: una confesión religiosa que rechaza las prácticas abortivas. La justicia dialogal es más afín al Derecho Privado y la justicia monologal se relaciona más con el Derecho Público. Sin embargo, el Derecho

⁹¹ PREGNO, Elian; La metodologización de la Dikelogía en el pensamiento de Miguel Ángel Ciuro Caldani, *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Facultad de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Vol 20 (2011), ps. 1-66.

⁹² BANCHIO; *La Noción ... cit.*, p. 87.

⁹³ ARISTÓTELES comprendió claramente esta diferenciación cuando dijo que "es necesario que todas las cosas sean de alguna manera comparables cuando se las quiere intercambiar". ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 1232, también SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, ps. 407-ss.

⁹⁴ PREGNO, *op. cit.*, ps. 1-66.

⁹⁵ ARISTÓTELES, *op. cit.*, pág. 1232.

⁹⁶ Id., p. 1233, ambos *apud* CIURO CALDANI; "Perspectiva ... cit, ps. 915- ss.

⁹⁷ MALIANDI, Ricardo; *Ética convergente. Fenomenología de la conflictividad*, t. I, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2010, p. 194

⁹⁸ PREGNO, *op. cit.*, ps. 1-66



Comercial da amplia acogida a la justicia monologal, por ejemplo, en el contrato de adhesión, y el Derecho Penal liberal impone estrictamente la justicia dialogal a través del proceso⁹⁹.

a.4) En correspondencia con las razones la justicia puede ser *comutativa* o *espontánea* (con o sin contraprestación)¹⁰⁰. Es *comutativa* cuando median contraprestaciones; por ejemplo: para la atención domiciliaria de un afiliado a una empresa de medicina prepaga hace falta tener la cuota del mes en curso abonada y es *espontánea* cuando no median contraprestaciones; por ejemplo, el personal de policía acude ante el llamado urgente de una víctima de robo, que es, a su vez, un evasor impositivo¹⁰¹. En una clase los fundamentos son plurilaterales, al igual que, por ejemplo, en la compraventa, la permuta, etc., y en la otra son unilaterales, como en la donación¹⁰².

Varios ejemplos del uso de estas categorías (comutativas) lo encontramos en la clasificación de los contratos innominados del Derecho Romano según el esquema: "*do ut des*" (doy para que des); "*do ut facias*" (doy para que hagas); "*facio ut des*" (hago para que des), y "*facio ut facias*" (hago para que hagas)¹⁰³.

c.2.2) Las clases de justicia en el orden de repartos

b) Con miras al orden de repartos se utilizan para: b.1) los sujetos, puntualmente b.1.1) los repartidores, las clases de justicia *partial* y *gubernamental* (proveniente de parte del conjunto o del todo)¹⁰⁴. Vg. *partial* cuando un empresario dispone aumentar el salario de sus empleados y *gubernamental* cuando aparece atada a la totalidad del régimen; por ejemplo: si el presidente de la nación dispone por decreto un incremento del 10 % en todas las jubilaciones y pensiones¹⁰⁵.

En relación con b.1.2) los recipientes; la justicia puede ser *sectorial* o *integral* (según se refiera a sectores o a la totalidad)¹⁰⁶. Es *sectorial* cuando la adjudicación impacta en algún o algunos de los destinatarios de la medida; por ejemplo, el menor de tres hermanos se ha visto favorecido por sus abuelos paternos al ser invitado a vacacionar con ellos. A su vez es *integral* cuando la adjudicación afecta a la totalidad de los recipientes; por ejemplo: un corte de electricidad que ha afectado a todos y cada uno de los hogares.

⁹⁹ CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915- ss

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ PREGNO, *op. cit.*, ps. 1-66.

¹⁰² CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915- ss

¹⁰³ ORGAZ, Arturo; *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, Assandri, Córdoba, 1961, p. 129.

¹⁰⁴ CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915- ss.

¹⁰⁵ PREGNO, *op. cit.*, ps. 1-66.

¹⁰⁶ BANCHO; *La Noción ...*, cit, p. 87.



Referida a b.2) los objetos, pueden reconocerse las clases de aislamiento o de participación¹⁰⁷. La justicia *de aislamiento* se produce cuando lo que se gana (potencia) y lo que se pierde (impotencia) resulta en alguna medida separable del complejo objeto de adjudicaciones, por ejemplo: alguien es dueño de vastas extensiones de tierra que decide donar para la construcción de una escuela o aún como cuando durante la Organización Nacional, los dueños de terrenos las donaban para el ferrocarril y la estación del lugar llevaba su nombre. En cambio la *de participación* se verifica cuando las adjudicaciones de potencia e impotencia aparecen "entremezcladas" (compartidas) con el resto de los beneficios y perjuicios, circundantes en la cadena de repartos; por ejemplo: el gobierno ha decidido convertir una serie de terrenos fiscales desaprovechados en fuente de recursos financieros genuinos ingresando en el mercado inmobiliario, razón por la cual ha licitado los predios para que inversores privados del sector inmobiliario los loteen. Ocurre que las tierras están ocupadas, desde hace aproximadamente seis años, por familias que han edificado allí sus precarias viviendas¹⁰⁸.

Si bien la justicia de aislamiento es más afín al Derecho Privado y la justicia de participación tiene más influencia en el Derecho Público. La primera, de carácter excluyente, es el fundamento de las estructuras de estilo societario; la segunda, de tipo abierto, identifica a las formaciones de alcance comunitario. Sin embargo, la diferenciación de estas áreas no es absoluta y en el Derecho Privado las cooperativas están fuertemente signadas por la justicia de participación en tanto que en el Derecho Público existen bienes del dominio privado del Estado¹⁰⁹

Vinculada a b.3) la forma puede ser absoluta o relativa¹¹⁰. Es *absoluta* cuando se apoya en premisas estrictas de observancia incondicionada. Vinculada al trato universal; por ejemplo: Todas las personas son iguales ante la ley. Es *relativa* cuando descansa en pautas que, sin ser menos rigurosas, contemplan la adecuación a contingencias. Vinculada al trato particular; por ejemplo: Las mujeres embarazadas tienen una protección especial en materia de estabilidad laboral¹¹¹.

¹⁰⁷ ARISTÓTELES encontró esta diferenciación cuando señaló la justicia distributiva, que se inicia en la participación y culmina en el aislamiento, y la justicia correctiva, de carácter más aislacionista ARISTÓTELES, *op. cit.*, ps. 1229-1230.

¹⁰⁸ PREGNO, *op. cit.*, ps. 1-66.

¹⁰⁹ CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915-ss.

¹¹⁰ Es éste el sentido último de las clases de justicia que ARISTÓTELES denominó respectivamente correctiva y distributiva ARISTÓTELES, *op. cit.*, ps. 1229-ss.; *videre* también SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, especialmente 2-2, q. 61a. 1 a 3.

¹¹¹ En el año 1952 la OIT realizó el Convenio sobre la Protección de la Maternidad (C-103) y la recomendación de la protección de la maternidad para brindar protección a las mujeres trabajadoras en el embarazo. En el año 2000 se adopta el Convenio sobre la protección de la maternidad. La República Argentina como Estado Miembro de la OIT cumple a través de la Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, con los convenios internacionales donde se establece las



Desde el punto de vista de b.4) las razones que fundamentan los repartos en la totalidad del régimen se diferencian la justicia *particular* y la justicia *general*. En la primera se reparte con mira al bien de los individuos y en la segunda la atención está dirigida al bien común que sólo se comprende con claridad en relación con el régimen¹¹². Es *particular* cuando está encaminada al bien particular o individual; por ejemplo, el pago de las asignaciones familiares a los trabajadores (con empleo registrado y cargas de familia) y es *general* cuando se endereza hacia el bien general o común; por ejemplo, la asignación universal por hijo, la educación pública gratuita, etc.

La justicia particular es la característica principal del Derecho Privado y la justicia general es el rasgo último que distingue al Derecho Público, de modo que todas las demás características de uno y de otro sector responden en última instancia a esos fundamentos. La expropiación por causa de utilidad pública es una muestra de la generalización de la justicia particular y la asistencia social es un ejemplo de particularización de la justicia general¹¹³.

d) Clases de Justicia diacrónica

d.1) Introducción

Como vimos en c.1) la solución justa para cada caso es una y la diversidad de clases de justicia, como caminos para el descubrimiento de esa única solución, procuran al menos, la imparcialidad en la forma (camino previo) de la adjudicación ya que una valoración neutral es imposible, porque, como también señalamos *supra* en c.1), los aspectos subjetivos y objetivos se entremezclan ineluctablemente en las valoraciones¹¹⁴.

Pero la complejidad no se acaba con esto ya que a esas clases sólo las describimos estáticamente y no tenemos aún el movimiento incorporado en la diversidad de las valoraciones de justicia como posibilidad profunda de comprensión de la solución justa del caso y no sólo como parte de los fraccionamientos con que el trialismo originario los había ya previsto de manera magistral¹¹⁵.

Esto se logra de manera significativa si los planteos teóricos de las clases

responsabilidades del empleador respecto a la Protección de la Maternidad en los artículos 177 al 186.

¹¹² Ambas clases fueron advertidas por ARISTÓTELES cuando hablaba de justicia parcial y de justicia total ARISTÓTELES, *op. cit.*, ps. 1228-1229; SANTO TOMÁS DE AQUINO; *op. cit.*, 2-2, q. 58 a. 7 y 8. Cabe aclarar que la justicia "partial" no siempre es particular y la justicia gubernativa no siempre es general, *apud* CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915- ss.

¹¹³ CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915- ss.

¹¹⁴ *Vide, supra*, acápite c.1) del presente fascículo.

¹¹⁵ BANCHIO; *La noción ...*, ps. 84-85.



de justicia permiten comprender mejor el desarrollo temporal dentro de su clasificación. Independientemente de las orientaciones, como rectas o semirrectas, como circunferencias o espirales, etc. con que pueden representarse los cursos del tiempo y los sentidos de nuestras vidas, es dado emplear dos perspectivas básicas de comprensión de las clases de justicia como ya vimos en b.2): una "sincrónica", que se centra en la simultaneidad de los fenómenos y otra "diacrónica", que se remite principalmente a su carácter sucesivo¹¹⁶.

Empero, estos dos fenómenos están además interrelacionados. Lo que sigue no es un juego de palabras, sino un intento de mostrar que es más fácil operar con dos fenómenos (*multiplicidad*) que con uno solo (*unidad*). Nos valdremos para ello de un ejemplo tomado de MALIANDI, para quien es comprensible la afirmación de que, desde un punto de vista diacrónico, la multiplicidad es un cambio simultáneo; pero los auténticos cambios son cambios sucesivos¹¹⁷. De modo similar, puede pensarse diacrónicamente la unidad como una permanencia simultánea, aunque, en sentido estricto, la permanencia tiene que ser también durable, es decir, sucesiva. Vistas las cosas desde el lado sincrónico, el cambio podría definirse como una multiplicidad sucesiva, pero ésta es fácilmente distinguible de una multiplicidad simultánea (la experiencia de ver muchas cosas a un mismo tiempo -por ejemplo, un cardumen- no tiene mucho en común con la de ver una sola cosa en distintos estadios -por ejemplo, un pez que se convierte en pescado y luego en harina o en aceite, etc.-). Y asimismo, sin duda, e incluso con provecho retórico o didáctico, podría definirse la permanencia como unidad sucesiva; pero seguimos entendiendo que una cosa es observar que un determinado pez sigue siendo pez (nadie lo pescó) y otra, claramente discernible, es observar la unidad de este pez, que es uno solo y no un cardumen¹¹⁸.

La unidad puede, por otra parte, vincularse al cambio: algo unitario puede ser reemplazado por otra instancia también unitaria, con lo cual hay cambio ("multiplicidad sucesiva" o diferencia diacrónica) sin multiplicidad sincrónica (ejemplo: un presidente termina su mandato y otro asume ese cargo, lo sucede), y una multiplicidad puede vincularse a la permanencia, en el caso de un conjunto de cosas que permanece idéntico a lo largo del tiempo, con lo cual habrá "unidad sucesiva" (como vimos, metáfora de la permanencia), es decir, identidad diacrónica, sin unidad sincrónica (ejemplo: un gabinete de ministros -distintos entre sí, e incluso quizá conflictivamente enfrentados- que se mantiene sin

¹¹⁶ CIURO CALDANI; "Significados jusfilosóficos de los cursos vitales", Rosario, Fundación para las Investi-gaciones Jurídicas, ps. 25-28.

¹¹⁷ MALIANDI; *Ética ...*, ps. 92-93

¹¹⁸ Idem, p. 93



cambios durante todo un período de gobierno)¹¹⁹.

Para comprender mejor aún lo expuesto, recurriremos al cine, como mero ejemplo de percepción de movimiento aparente (*sincrónico* y *diacrónico*) que revela además la coparticipación de los dos factores tratados en c.1) (*subjetivo* y *objetivo*).

Como es sabido, se proyectan en la pantalla fotografías estáticas; si tales imágenes se suceden a una determinada velocidad, no vemos imágenes estáticas sino en movimiento. A un espectador que no esté enterado del mecanismo de la percepción de movimiento aparente, le resultará difícil admitir que los rápidos "movimientos" de la bailarina que tiene ante sus ojos, de las ruedas del auto, o las patas del caballo a la carrera, que "ve" en la pantalla, son el resultado de su propia contribución. A su vez, quien descubriera el aporte del sujeto, podría cometer el error del subjetivismo axiológico y afirmar que todo lo que vemos es una mera proyección del sujeto¹²⁰. La verdad es que el aporte del sujeto nos permite ver el objeto en movimiento, pero si no se proyectaran las imágenes estáticas no habría ninguna percepción. La percepción en el cine es la síntesis de una doble contribución: las imágenes estáticas constituyen el aspecto objetivo y el movimiento lo agrega el sujeto¹²¹. Algo semejante acontece con la justicia, que es también la síntesis de reacciones subjetivas frente a cualidades que aprecia en el objeto, a lo que cabe agregar la dinámica de la simultaneidad sincrónica y la sucesión diacrónica en movimiento¹²².

Veamos entonces si podemos ahora, -a la luz de las ideas justicia distributiva y correctiva de ARISTÓTELES vistas en c.1)¹²³, las clases de justicia consideradas estáticamente que expusimos en c.2)¹²⁴ y aprovechando las contribuciones de SAUSSURE anticipadas en b.2)- explicar la clasificación desde el punto de vista dinámico, de la justicia rectora y correctora, de partida, de llegada

¹¹⁹ Este abanico de posibilidades, que aquí apenas puede insinuarse, es a juicio de MALIANDI la principal razón que hace necesario distinguir (sin desconocer sus mutuas relaciones) las dos estructuras sincrónica y diacrónica. Para el autor citado, fue Henri BERGSON (1859-1941) el pensador que percibió este tipo de confusiones y las denunció en su peculiar metafísica de la conciencia, cuando distinguió entre la "duración" y el tiempo "objetivo". Este último, espacialmente mensurable (mediante la representación de una línea, el movimiento de las agujas del reloj o la trayectoria de un astro en la esfera celeste), tiene que ser distinguido de aquella, de un modo similar a como deberíamos distinguir lo diacrónico de lo sincrónico. MALIANDI; *Ética* ..., p. 93.

¹²⁰ Pese a no ser la temática del presente también podríamos hablar de diferentes líneas de tiempo, donde cada una sería un fractal de otra línea de tiempo mayor y la justicia sería "predictiva", si como sostiene la teoría cuántica la medición objetiva del tiempo depende del observador y nunca del agente que se desplaza en el tiempo. PANCHELYUGA V. A.-SHNOLL S. E.; *On the dependence ... cit*, ps. 51-54

¹²¹ FRONDIZI; *op. cit.*, p. 152.

¹²² CIURO CALDANI; *Estudios de Filosofía ... cit*, p. 62.

¹²³ ARISTOTELES, *Ética* ... cit., Libro 5, Capítulos 2 y ss., ps. 1228-ss.

¹²⁴ CIURO CALDANI; "Perspectiva ...", cit, ps. 915- ss.



y de trámite¹²⁵ apenas nombrada en LA NOCIÓN TRIALISTA¹²⁶ y agregarle la de crítica y construcción.

d.2) Justicia rectora y correctora

En la dirección antes expuesta podemos distinguir una justicia rectora básica, que se muestra en relación con el mantenimiento o el desarrollo de lo justo, y otra justicia correctora, que -como su nombre lo indica- "endereza" o "corrige" las injusticias¹²⁷.

Por ejemplo, cuando se celebra un contrato puede suponerse, además de las clases desarrolladas en el acápite c.2.1), que interviene la justicia rectora; pero cuando se interrumpen las prestaciones, el desequilibrio ("divalencia") de las potencias e impotencias requiere la intervención de la justicia correctora. Esto mismo sucede, por ejemplo, cuando ha sucedido un delito y debe aplicarse la pena, aunque a veces pueda intervenir la justicia de partida o llegada según veremos infra (ej. Indultos).

Las dos clases de justicia referidas son necesidades permanentes, porque la dinámica del mundo provoca cambiantes situaciones de justicia e injusticia. Con miras a su coincidencia es especialmente esclarecedora la idea de "justicia constantemente renovada"¹²⁸.

d.3) Justicia de partida, de llegada y de trámite

Para ser cabal, lo justo ha de descubrirse reconociendo cómo debe resolverse el caso según su realidad actual (en su situación de partida) y cuál ha de ser el resultado de la solución con mira a un mundo mejor (en su situación de llegada). A estas perspectivas, dinámicas por la referencia, cabe agregar la perspectiva de la justicia de trámite, en la que la dinámica está en la manera de establecerse lo que se ha de hacer. La perspectiva de trámite puede remitirse a la partida o a la llegada, reconociendo la tensión entre ambas, o bien radicalizarse al extremo de limitarse a tener por justo lo que se ha establecido por la vía que se considera debida, de modo que la manera de establecer lo justo eclipsa la referencia a lo que se ha de descubrir. En verdad, la justicia de trámite es un elemento de la justicia de partida o de llegada, tomado desde otro punto de vista también dinámico, pero puede llegar a desbordarse monopolizando la

¹²⁵ Videre RAWLS, John, *Justicia como equidad*, trad. Miguel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986, ps. 137-ss; *A Theory of Justice*, 10º ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980 (*Teoría de la justicia*, trad. María D. González, México, Fondo de Económica, 1978).

¹²⁶ BANCHIO; *La noción ...*, ps. 87-88.

¹²⁷ CIURO CALDANI; *Estudios de Filosofía ... cit*, p. 62.

¹²⁸ Ibidem



consideración de lo justo¹²⁹.

Para evitarlo, el enfoque sincrónico de la justicia ha de integrarse con el dinamismo ya señalado de la comprensión diacrónica, respecto de la partida y la llegada y también del trámite. Así, por ejemplo, en el caso del homicidio, las exigencias referentes a la situación en que se hallaban el muerto y el matador y a los fundamentos en favor o en contra de la acción de éste constituyen la perspectiva de partida; los requerimientos respecto de qué ha de resultar de la solución para que surja un mundo mejor -que pueden incluir el indulto, por ejemplo-, hacen a la justicia de llegada, y las exigencias acerca de cómo establecer lo que se hará con el matador pertenecen a la justicia de trámite. Si bien la justicia es una sola, y profundizando en cada perspectiva debe encontrarse la justicia plena, la debida consideración de la partida, la llegada y el trámite favorece la comprensión¹³⁰.

En cierto modo, sin embargo, ha de darse especial atención a la llegada, porque la partida y el trámite quedan integrados con mayor claridad en la referencia cabal a la llegada y porque así se sirve mejor a la expansión axiológica y al papel protagónico del hombre, principalmente en la culminación del acontecer temporal. Ahora que el fin del hombre puede ser obra humana, y que podemos cambiar con alcances asombrosos las realidades básicas (la genética está abriendo posibilidades revolucionarias) el interés por la justicia de llegada es más urgente y ha de ser mayor. La justicia será cada vez más la construcción de un mundo mejor y no la corrección, de una realidad que se formará en creciente dependencia de nuestra voluntad¹³¹.

d.4) Justicia crítica y de construcción

Muy vinculadas a la comprensión de las referencias de la justicia a la partida y a la llegada es posible reconocer dos vías de justicia especialmente vinculadas a una y otra: la justicia crítica y la justicia de construcción. Si en cuanto a la partida la justicia tiene un sentido frecuente de disconformidad, de referencia negativa y orientado a la reforma, en cuanto a la llegada posee un sentido de aspiración, de referencia positiva y orientado a la creación. La justicia es crítica y reforma del mundo existente, pero también construcción, creación de un mundo nuevo, y es éste el significado último del progreso¹³².

La posmodernidad, que como todo cambio de era implica una profunda transformación de los valores, presenta una justicia de crítica a "valores negativos" que no forman parte de la justicia de construcción de la nueva

¹²⁹ CIURO CALDANI; "Hacia una comprensión ... cit", p. 716.

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ Ibidem

¹³² Idem, p. 720.



civilización, como, por ejemplo, racismo, belicismo, machismo, patriotismo, fundamentalismo ideológico, vg. comunismo, marxismo, fascismo y religioso, esclavitud, sexism, odio, exclusión, envenenamiento terapéutico, contaminación y de valores fabricados falsos como el del paraíso artificial de la droga.

Por otro lado, la justicia de construcción apunta en un complejo axiológico de valores tales como fraternidad, unidad, integración, paz, perdón, verdad, reconciliación donde tener implique compartir, saber no sea imponer, mandar servir (poder como servicio), solidaridad con el mundo, el ambiente, el vecino, el compañero, etc., donde el que cree contagia.

En un sentido de crítica la justicia en el Derecho se une al silencio de las víctimas de la violencia, que ya no pueden gritar, sobre todo los inocentes y los indefensos; defiende con sus adjudicaciones a las familias que se encuentran en dificultad, y que lloran la trágica pérdida de sus hijos, protege a todas las personas que sufren hambre, en un mundo que, por otro lado, se permite el lujo de tirar diariamente toneladas de alimentos. Castiga a los traficantes que producen el sufrimiento de las madres y padres que ven a sus hijos víctimas de paraísos artificiales, como la droga. Con la justicia de construcción se une a quien es perseguido por su religión, por sus ideas, o simplemente por el color de su piel o condición sexual y aparece para sancionar el egoísmo y corrupción en las instituciones políticas que lleva tantos jóvenes a perder la confianza en la construcción de un mundo mejor¹³³.

d.5) Conclusiones

En la justicia de partida predomina su despliegue "corrector" y en la justicia de llegada prepondera la proyección "rectora". Al considerar la justicia "correctora" debe reconocerse que nunca es posible "corregir" totalmente las desviaciones de una situación de partida, principalmente porque nunca dos momentos son equivalentes, de modo que hay que estar en guardia contra los riesgos del querer corregirlo todo o del desánimo que conduce a no corregir nada¹³⁴.

A su vez, al considerar la justicia "rectora" hay que advertir que nunca es posible regirlo todo, porque lo que se realiza es siempre más complejo que lo proyectado, de modo que hay que estar atentos contra las desviaciones utópicas que quieren conducirlo todo y los desvíos abandonistas, que no desean regir nada. Las adjudicaciones de responsabilidad, penales y civiles han de tener especialmente en cuenta los límites inherentes a la justicia correctora, y los modelos que se elaboran para construir el porvenir han de tener presentes sobre todo, los límites de la justicia rectora, solo así la justicia será cada vez más la

¹³³ Vide, "Discurso del Santo Padre Francisco"; Paseo marítimo de Copacabana, Río de Janeiro, Viernes 26 de julio de 2013, *Ecclesia Digital*, www.revistaecclesia.com (27-07-2013).

¹³⁴ CIURO CALDANI; "Hacia una comprensión ... cit", p. 720.



construcción de un mundo mejor y no la crítica de las situaciones de "partida"¹³⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BANCHIO, Pablo; *La noción trialista del derecho*, 2º ed., Perspectivas Jurídicas, Buenos Aires, 2010.

- "Desarrollos metodológicos trialistas", *Revista Doctrina Jurídica*, n° 1, Buenos Aires, 2010.

BOBBIO; *Contribución a la teoría del Derecho*, Torres, Valencia, 1980.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Acerca de las características y la dialéctica de los valores", *Investigación y Docencia*, N° 24.

-"Comprensión jusfilosófica de la equidad", *ED*, 155-685.

-"Comprensión integrada de la Jurística Dikelógica", *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 13.

-*Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

-"Dos notas de Teoría General del Derecho", *Boletín*..., N° 1.

-"El pensamiento de Windelband y de Rickert, el Derecho y el tiempo", *Revista de Ciencias Sociales*, N° 20, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Edeval, Valparaíso, 1982.

-"Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", *ED*, 123.

-*La conjetura en el funcionamiento de las normas. Metodología Jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

-"La "endoaxiología" jurídica y el diálogo jusfilosófico", *Boletín* ..., N° 7.

-"La realización de la justicia como valor (El funcionamiento del valor justicia)", *Boletín* ..., N° 2.

-"Meditación sobre el ser y el deber ser", *Investigación* ..., N° 17.

-"Notas sobre los valores inherentes al funcionamiento de los valores", *Investigación* ..., N° 4.

- "Perspectivas trialistas de la crítica y del Derecho Natural", *Boletín* ..., N° 15.

-"Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos", *LL*, 10 de junio de 2004, ps. 1-2.

-"Werner Goldschmidt y las proyecciones sistemáticas de la "pantomomía" de la justicia", *Boletín* ..., N° 22.

DERISI, Octavio Nicolás; *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, El Derecho, Buenos Aires, 1980.

DIEZ BLANCO, Alejandro; *La filosofía y sus problemas*, Scientia, Barcelona, 1960.

¹³⁵ Ibidem



FRONDIZI, Risieri; *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1968.

GOLDSCHMIDT, Werner; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958.

- *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

- *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978.

KORN, Alejandro; *Obras*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1939.

LAVELLE, Louis; *Traité des Valeurs*, tomo 1, Paris, Presses Universitaires de France, 1951.

LOPEZ QUINTÁS, Alfonso; *El conocimiento de los valores*, Verbo Divino, Navarra, 1992.

LUHMANN, Niklas; *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

- *Fin y racionalidad en los sistemas*, trad. Jaime Nicolás Muñiz, Nacional, Madrid, 1983

MALIANDI, Ricardo; *Ética: conceptos y problemas*. Biblos, Buenos Aires, 1991, ps. 67-ss.

- *Ética convergente. Fenomenología de la conflictividad*, Tomo I, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2010, p. 296.

NIETZSCHE, Friedrich; *El nacimiento de la tragedia*, Alianza Editorial, Madrid, 1973.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael; *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Jus, México, 1960.

REALE, Miguel; *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo Edeval, Valparaíso, 1978.

Rosso, Corrado; *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Ed. Filosofia, Torino, 1950.

SANTO TOMÁS; *Suma Contra los Gentiles*, T. I, trad. Fr. Jesús M. Pla Castellano, Madrid, B.A.C., 1952.

SCHELER, *Etica*, Vol. I, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1948.

SCHOPENHAUER; Arthur; *El mundo como voluntad y representación*, Porrúa, México, 1987.

ZUCCHI; Héctor; *El derecho como objeto tridimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.



SECCION JURISPRUDENCIA

Fallo sobre la protección de embriones crioconservados y la realización de un censo de ovocitos pronucleados. "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" (Segunda Parte)

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala: I - Fecha: 3-dic-1999

Viene del número anterior: VII.- Ello supuesto, es claro que todas aquellas teorías que de diversos modos solo reconocen al ser humano la condición de persona en etapas posteriores a su concepción, resultan incompatibles con dicho ordenamiento.

Desde ya, las que lo hacen a partir del nacimiento, como las prevalecientes en el antiguo Derecho Romano. Y entre ellas -ciertamente- las actuales doctrinas que circunscriben ese reconocimiento a los ya nacidos en tanto alcancen y conserven cierto grado de desarrollo en sus capacidades mentales. Así, no todo ser humano es visto como persona, sino quienes por hallarse en posesión actual de su razón y conciencia de sí pueden considerarse moralmente autómonos. Entre sus exponentes más representativos se encuentran H.Tristram Engelhardt ("Los fundamentos de la bioética", Ed.Paidós, 2a.edición) y Peter Singer ("Etica práctica", Ed.Cambridge University Press, 2a.edición, 1995). Este último distingue dos significados del término "ser humano": uno, biológico, "equivalente a miembro de la especie homo sapiens"; otro, como ""persona" en el sentido de ser racional y consciente de sí mismo" (pág.109/10). Y luego de preguntarse si ""tiene un valor especial la vida de un ser racional y consciente de sí mismo, a diferencia de un ser que es meramente sensible" (pág.112), sostiene: "lo que sugiero es que acordemos no dar más valor a la vida del feto que a la vida de un animal no humano dado un nivel similar de racionalidad, conciencia de sí mismo, conocimiento, capacidad de sentir, etcétera. Ya que ningún feto es persona, ningún feto tiene el mismo derecho a la vida que una persona" (pág.187). Afirma también que "se debe admitir que estos argumentos se aplican tanto al recién nacido como al feto. Un bebé de una semana no es un ser racional y consciente de sí mismo, y existen muchos animales no humanos cuya racionalidad, conciencia de sí mismos, conocimiento, capacidad de sentir, etcétera, exceden las de un bebé humano con una semana o un mes. Si el feto no tiene el mismo derecho a la vida que una persona, parece que el recién nacido tampoco, y la vida del recién nacido tiene menos valor para él que la vida de un cerdo, un perro, o un chimpancé para un animal no humano" (pág.210). Y añade: "En este sentido Bentham tenía razón al describir el infanticidio como "de una naturaleza que no da la más leve inquietud a la imaginación más tímida"" (op.cit.,pág.211).-



Pero no solamente esas posturas extremas son incompatibles con nuestro sistema legal. También aquellas que, aunque admitiendo la existencia de la persona por nacer, lo hacen a partir de distintos estadios de su gestación ulteriores a la implantación definitiva del embrión en el endometrio uterino -y de ese modo a su concepción- como son los caracterizados por la aparición de la denominada línea primitiva o surco neural y con ella los rudimentos del sistema nervioso, la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables -efectuándose así una analogía con la muerte cerebral-, o la conformación orgánica o morfológica del feto (Stella Maris Martínez, "Manipulación genética y Derecho Penal", Ed.Universidad, Bs.As.1994, pág.72 y sigts, y sus citas).-

Por el contrario, la cuestión dista de presentar esa claridad en lo concerniente al período previo al mencionado anidamiento, de especial importancia en la aplicación de las técnicas de fecundación asistida. En efecto, los conocimientos actuales de la biología muestran que el surgimiento del nuevo ser humano acontece en el marco de un complejo y dinámico proceso en el que se suceden distintos momentos; y las opiniones no son concordes a la hora de precisar en cuál de esos momentos se produce ese acontecimiento o, si se quiere, la concepción de aquél.-

De acuerdo con una conocida posición sólo cabe admitir la existencia del ser humano a partir de los primeros catorce días de la fecundación, con la implantación estable del denominado pre-embrión en la pared del útero materno, convertido así en verdadero embrión. Hasta entonces, su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo la individualidad propia de la persona, arguyéndose en tal sentido que la comprobada existencia de gemelos monocigóticos que comparten un mismo genotipo y cuya separación sucede habitualmente en el momento de la implantación avala la eventualidad de esa división. Se estaría así ante una formación vital que consiste en un conglomerado de células pero no ante un ser humano pues, al poder devenir en dos o más sujetos, carece de individualidad.-

Tal posición, sostenida -v.gr.- en los citados informes "Warnock", "Palacios" y del "Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences", así como por el conocido genetista Juan Ramón Lacadena ("Status del embrión previo a su implantación", en "La vida humana. Origen y desarrollo", Ed.Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1989), en autos encuentra respaldo en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología (fs.419/25). En el plano jurídico -en nuestro país- adhieren a ella Gloria Hilda Arson de Glimberg, "La libertad de procreación" (J.A. 1989-IV-875); Alberto J.Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", 2a.edición, tºI, pág.280, Ed.Hammurabi, Buenos Aires 1992; Stella Maris Martínez, op.cit.; Miguel A.De Dios, "El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida (Junior Lewiw Davis v.Mary Sue Davis)" (E.D. 153-900); Andrés Gil Domínguez, "Límites punitivos a la



procreación asistida" (J.A.1995-III-982); Santos Cifuentes, "Derechos personalísimos", 2a.edición, Editorial Astrea, Bs.As.1995, nº45, págs.241 y sgts. Otro modo de ver las cosas conduce a reconocer un ser humano en el embrión no implantado. Al producirse en el ovocito fertilizado la singamia, la unión de ambos pronucleos con la consiguiente unificación de la información genética, se estaría ante un nuevo ser distinto de sus progenitores. La singularidad de su código genético, fruto de una original combinación de los veintitrés cromosomas maternos y los veintitrés cromosomas paternos, cualitativamente distinto e independiente de los códigos materno y paterno, determinaría la individualidad propia del nuevo ente y las reglas de su futuro desenvolvimiento, de modo que todo lo que cada hombre pueda llegar a ser está ya programado -en ese plano- por dicho código genético. A lo que no obsta la eventualidad de la segmentación del embrión en el supuesto de gemelos monocigóticos pues individualidad se opone a universalidad y no a divisibilidad, manteniéndose aquélla en el embrión mientras ésta no suceda y luego en los gemelos resultantes.-

En esa línea se inscriben -entre otras- la opinión del no menos renombrado genetista Jerome Lejeune ("La vida humana", CIAFIC ed., Bs.As.1982; ""Qué es el embrión humano", Ed.Rialp, Madrid 1993), y en autos los informes producidos por la Academia Nacional de Medicina (fs.414/17) y la Universidad del Salvador (fs.440/5); así como el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar que "la unión del material genético de ambos progenitores que se produce durante la singamia, marca el inicio de una nueva vida con la potencialidad de generar un ser humano" (fs.461).-

A su vez, desde una óptica jurídica, un amplio sector de la doctrina nacional reconoce al embrión, desde ese momento, la condición de persona y por ende como sujeto de derecho. Así, entre otros, Jorge Adolfo Mazzinghi, "Breve reflexión sobre la fecundación in vitro" (L.L.1978-C-993); César P.Astigueta, "Algo más sobre el derecho a nacer" (E.D.117-421); Roberto L.Andorno, "Fecundación in vitro y valor de la vida humana" (E.D.120-947), "El derecho a la vida:"cuándo comienza"" (E.D.131-904) y "La distinction juridique entre les personnes et les choses a l'epreuve des procréation artificielles", L.G.D.J., París 1996; Pedro Federico Hooft, "Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente" (E.D.124-685); Graciela Medina, "Genética y derecho" (J.A.1989-IV-839); Silvana Chiapero de Bas y Victoria Tagle de Marrama, "La protección jurídica del embrión" (J.A.1989-IV-878); José Ignacio Cafferata, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino" (E.D.130-729); Pierre Kayser, "Documentos sobre el embrión humano y la procreación médicaamente asistida" (J.A.1990-III-679); Atilio Aníbal Alterini, "Cuerpo humano. Persona y familia", en "Derecho de Familia", obra en homenaje a María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Cullzoni editores, Santa Fe 1990; Enrique Carlos Banchio, "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida"



(L.L.1991-B-826); Eduardo Martín Quintana, "Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida" (E.D.147-847) y "Control judicial en la fecundación asistida" (E.D.163-229); Armando S.Andruet (h), "El derecho frente a las amenazas contra la vida humana" (E.D.149-941); "La personalidad del que está por nacer" (E.D.140-961); Aldo Luís De Cunto, "Aborto y derechos humanos" (E.D. 149-967); Luís Guillermo Blanco, "El "preembrión humano"" (E.D.155-581); Claudia E.Baigorria y Néstor E.Solari,"El derecho a la vida en la Constitución Nacional" (L.L.1994-e-1167); Dolores Loyarte y Adriana E.Rotonda, "Procreación humana artificial: un desafío bioético", Ed.Depalma, Buenos Aires 1995; Alberto Rodríguez Varela, "La persona antes de nacer" (E.D.163-972); Liliana A.Matozzo de Romualdi, ""Por qué "no al proyecto Laferriere-Storani de regulación de la fecundación asistida"""(E.D.163-985); Carlos José Moso, "Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial" (E.D.167-959); Jorge Bustamante Alsina, "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho" (L.L.1996-C-1015) y "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial" (L.L.1997-D-1212); Domingo Cura Grassi, "Fecundación asistida y manipulación genética. Ciencia y conciencia" (L.L.1996-C-463); Rodolfo C.Barra, "Embriones expósitos" (L.L. 1996-D-1271), "La protección constitucional del derecho a la vida", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996, y "El estatuto jurídico del embrión humano" (E.D. del 19-10-99); Catalina Elsa Arias de Ronchietto, "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados" (E.D.182-1645).-

Y bien, el Tribunal comparte en general los fundamentos en que se sustenta esta interpretación, habida cuenta su conformidad con nuestro derecho positivo. Al respecto cabe reiterar lo expuesto "supra" en orden a que en el Código Civil el comienzo de la persona acontece con la concepción, buscando con ello su protección a partir de un estado inicial, incipiente, primario, solución reafirmada en las modificaciones introducidas por la ley 23.264 y en la reforma de nuestra Constitución Nacional, con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre Derechos del Niño, esta última con el alcance fijado en la ley ratificatoria 23.849; como también que resulta irrelevante que la concepción acontezca dentro o fuera del seno materno. Ciertamente, la relativa amplitud del término concepción no resuelve con precisión el interrogante en torno al momento del surgimiento del nuevo ser, producido -según lo registran los actuales conocimientos científicos- en el marco de un complejo y dinámico proceso. Pero el mismo Código Civil ofrece un criterio para responder a ese interrogante. Como ya se puntualizó, el art.51 expresa que "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". Y aunque es obvio que al incluirse esta norma no se tuvo en miras la situación aquí examinada, sino otras vinculadas



a personas ya nacidas y en función de sus rasgos morfológicos o simplemente de antiguas creencias sobre la existencia de monstruos o prodigios (Digesto, Lib.I, Tit.5, L.14; Partida 4a., Tit.23, L.5), ello no obsta a que el criterio subyacente en dicho precepto pueda aplicarse en casos distintos, no previstos entonces. Por el contrario, una interpretación analógica del mismo conduce a esa solución (art.16, Cód.cit.). Pues, en definitiva, aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier "signo característico de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes"; y no parece dudoso que la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento, de suerte que en potencia ya está en él - biológicamente- todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de "cualidades o accidentes", o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte.-

Una consideración especial merece la situación del ovocito pronucleado, es decir -según caracterización del Cuerpo Médico Forense- el ovocito que poco después de haber sido penetrado por el espermatozoide "demuestra la existencia de dos pronúcleos, uno aportado por la gameta femenina y otro por la masculina" (fs.454/5).-

Al respecto, aun entre quienes en el campo de la ciencia biológica reconocen en el embrión, luego de la singamia, la existencia de un nuevo ser humano, las opiniones no son uniformes tratándose de aquellos ovocitos; discrepancia que se advierte inclusive en estos autos. Pues mientras uno de los informes acompañados por la Universidad del Salvador (fs.435/7) y el dictamen del Cuerpo Médico Forense (fs.453/65) limitan al embrión aquel reconocimiento, otro de los informes producidos por dicha Universidad (fs.440/5) y la Academia Nacional de Medicina (fs.414/7) lo extienden al ovocito pronucleado. Hay así en el campo de la ciencia -y también en la filosofía- controversia sobre el tema; y controversia inconclusa, por lo demás, ya que los vertiginosos avances producidos en la biogenética impiden tener a sus actuales conocimientos como una última palabra y descartar futuros esclarecimientos en torno a las relaciones y procesos que acontecen en el ovocito pronucleado.-

Tal estado de la cuestión incide naturalmente en las posturas jurídicas. Entre los autores ya citados desconoce la condición de persona al ovocito pronucleado Aldo De Cunto (op.cit.); admitiéndola en cambio Luís Guillermo Blanco (op.cit.), Carlos José Moso (op.cit.), Rodolfo C. Barra (op.cit.), Roberto L. Andorno ("El derecho argentino ante los riesgos de cosificación de la persona en la fecundación in vitro", en "El derecho frente a la fecundación artificial", Ed. Abaco, Buenos Aires 1997) y Catalina Elsa Arias de Ronchietto (op.cit.). También se inscribe en esta última posición el Señor Asesor de Menores de Cámara.-



Ahora bien, sobre el punto el Tribunal comparte el criterioso dictamen del Señor Fiscal de Cámara. El mencionado desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado no puede ser dirimida por los jueces. Y ello supuesto, las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente -concepción, signos característicos de humanidad- no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo, sin extender indebidamente la analogía; pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el ovocito pronucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión. Subsiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal.-

Y en tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea -se reitera- sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre. Lo cual, a su vez, en los hechos obliga a respetar su vida e integridad, como si fuera una persona, sujeto de esos derechos. Si en el orden especulativo la duda conduce a suspender el juicio, en el orden práctico, cuando no se trata de juzgar sino de obrar y cuando la opción es insoslayable, lo indicado es proceder de modo de preservar lo que sería un bien mayor -en el caso, la vida de personas- o al menos estar al mal menor postergando toda conducta que pudiera comprometer ese bien. Adviértase que si -por hipótesis- la duda se resolviera en términos que llevasen a reconocer en el ovocito pronucleado una persona, el hecho ilícito que significaría causarle un daño podría imputarse a título de culpa e inclusive -utilizando conceptos propios del Derecho Penal- de dolo eventual, ya que mediaría representación de la posibilidad de aquel ilícito y, aunque no se lo propusiera como tal, se asentiría a esa posibilidad para lograr otros fines.-

VIII.- Como quedó dicho en el apartado VI de la presente, en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos humanos a la vida y a la integridad personal, física y psíquica.- En tal sentido, no es ocioso recordar también el carácter fundamental del derecho a la vida, en tanto constituye una condición o presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios; carácter que, análogamente, cabe extender al derecho a la integridad personal, estrechamente ligado al anterior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado el derecho a la vida como el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes" (Fallos 302:1284) y el "primer derecho de la persona humana" (Fallos 310:112). Se ha



dicho también al respecto: "...cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentales, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre" (C.S.J.N., Fallos 316:479, voto de los Drs. Barra y Fayt, consid. 12º).- Ello supuesto, es claro que ninguna decisión que comprometa el derecho a la vida o a la integridad personal puede ampararse en el art. 19 de la Constitución Nacional, ya que trascendería el ámbito de las acciones privadas y afectaría a terceros. Por otra parte, aunque ambos derechos son relativos, como todos los demás derechos, de ello no se sigue que sobre los mismos puedan prevalecer derechos de menor jerarquía. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Más aun tratándose de niños -recuérdese: "todo ser humano desde el momento de su concepción..."- cuyo interés superior debe considerarse primordial en virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna.-

Consecuentemente, en lo que atañe a la cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal y al margen de otros problemas jurídicos que plantean posibles alternativas previas a la fecundación in vitro -ajenas a dicho pronunciamiento-, una vez producida esta última y concebido el nuevo ser humano cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y los derechos antes mencionados, que son su consecuencia. Por cierto, no se trata de desconocer el derecho de los padres a procrear y al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, ni de los médicos a desempeñar su profesión y a trabajar, ni de las sociedades y asociaciones a comerciar y perseguir sus propios objetivos, ni de



los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica; derechos que, explícita o implícitamente, cuentan con claro sustento en los arts.14, 19, 33 y concordantes de la Ley Fundamental. Se trata de que ninguno de estos derechos -también relativos, como todo derecho- puede ejercerse a costa del derecho a la vida y a la integridad de aquel nuevo ser.- Ahora bien, lo expuesto es sin duda aplicable al embrión no implantado, habida cuenta su ya referida condición de persona y por ende de sujeto de derechos. Mas también, en cierto modo, al ovocito pronucleado, equiparable a aquél -por las razones y con el alcance explicado- en cuanto a su tutela jurídica. -

IX.- Sin perjuicio de ser pública y notoria en el país la crioconservación de embriones y ovocitos pronucleados, según se desprende de frecuentes manifestaciones vertidas por profesionales y entidades vinculadas con los problemas de la fecundación in vitro, tal circunstancia consta además en autos. En efecto, el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción S.A. (CEGYR) informó a fs.57 que "se realizan congelamientos de lo que técnicamente se llaman ovocitos pronucleados (cuando el espermatozoide penetró en el óvulo pero no se ha producido la unión de los cromosomas del padre y de la madre)". Y como se indicó al inicio, a fs.346/7 luce la respuesta de la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, acompañando la nota enviada el 5 de julio de 1995 a su Presidente por el Dr. Guillermo Marconi, Presidente de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad (SAEF). Dice así: "De acuerdo a lo expresado ayer, le hago entrega de las cifras de embriones crioconservados: N° de embriones criopreservados: 1333. N° de pacientes que han criopreservado: 295. Promedio de embriones por paciente: 4.5. De esta cifra, 238 se encuentran preservados en forma de pronucleos...Nota: Estas cifras pertenecen a los 7 centros que crioconservan" (fs.346). Por lo demás, la criopreservación de ovocitos pronucleados es un hecho expresamente admitido en la expresión de agravios de fs.289/305.- En consecuencia, con relación a esos embriones y ovocitos pronucleados, así como con relación a los que puedan existir crioconservados a la fecha de este pronunciamiento, el Tribunal considera necesario adoptar las siguientes medidas a fin de asegurar su tutela jurídica en los términos ya puntuados: Primero: disponer que el Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización. Cabe destacar, al respecto, que al evaluar la factibilidad de esta



medida se tienen en cuenta sendas resoluciones adoptadas por el Honorable Senado de la Nación, en términos similares (S-1637/96 y S-2166/97).- Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción o experimentación. Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento.- Cuarto: encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo de marras, proceda a notificar el fallo a todos los interesados.-

Quinto: comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos.-

X.- Asimismo y habida cuenta lo dispuesto en el art.2 de la ley 340, el Tribunal considera oportuno dirigirse al Señor Ministro de Justicia de la Nación a fin de hacer saber la imperiosa necesidad de una legislación que, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida.-

Por ello y lo dictaminado en sentido concordante por el Señor Asesor de Menores de Cámara y el Señor Fiscal de Cámara, se RESUELVE: 1º) modificar el pronunciamiento de fs.119/121, aclarado a fs.123, en los términos puntuizados precedentemente; 2º) disponer que el Señor Secretario de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha de este pronunciamiento en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización; 3º) prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción y experimentación; 4º) ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con consentimiento del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien



deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento; 5º) encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo dispuesto, proceda a notificar el fallo a todos los interesados; 6º) comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos;; 7º) hacer saber al Señor Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que, en términos concordes con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida.-

Regístrese, notifíquese, ofície al Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Señores Ministros de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación acompañándoles copia íntegra del presente pronunciamiento y, fecho, devuélvase.-

El Doctor Eduardo Leopoldo Fermé no interviene por hallarse en uso de licencia (art.109, R.J.N.).-

Fdo: Delfina M.Borda- Julio M.Ojea Quintana.-

Buenos Aires, 10 de febrero del año 2.000.-

AUTOS Y VISTOS:

Habida cuenta lo pedido por el Señor Defensor de Menores de Cámara en el apartado IV del escrito de fs. 511, que el Tribunal juzga atendible, corresponde aclarar el punto 4º del pronunciamiento de fs. 494/509 en el sentido de que, en caso de efectuarse los implantes previstos en la dadora de los gametos femeninos de embriones u ovocitos pronucleados censados de conformidad con lo prescripto en el punto 2º, las instituciones o profesionales a cargo del tratamiento, notificados en virtud de lo dispuesto en el punto 5º, deberán comunicarlo al juez de esta causa dentro del plazo de cinco días de practicado dicho tratamiento, proporcionando los datos que permitan individualizar en el censo los embriones u ovocitos implantados.-

Asimismo, cabe aclarar lo resuelto en el punto 7º del pronunciamiento y establecer que la comunicación al Ministerio de Justicia de la Nación se practique con copia de los dictámenes emitidos a fs. 356/81 por el Señor Asesor de Menores de Cámara -hoy Defensor de Menores de Cámara- y a fs. 475/82 por el Señor Fiscal de Cámara.-

En cuanto a los restantes tópicos mencionados en el escrito de fs. 511, la sentencia de fs. 494/509 es suficientemente clara, por lo que no procede hacer lugar a lo pedido.-

Así se resuelve (arts. 36 inc. 3º y 166 inc. 2º, Cód. Proc.).-

Regístrese y notifíquese.//-