

APORTES DE ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO PARA LA TEORIA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO

(Con especial referencia a la formación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

I. Nociones básicas

1. La *teoría trialista del mundo jurídico*, construida dentro de la gran corriente *integrativista* y en el marco del *tridimensionalismo*, propone edificar el objeto de la ciencia del Derecho como un conjunto de repartos de lo que favorece al ser y la vida (“potencia” e “impotencia”) (dimensión sociológica), captados por normas que los describen y los integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica) ¹.

Como lo destacó el fundador del trialismo, Werner Goldschmidt al menos ya en la cuarta edición de su “Introducción al Derecho” (de 1972), el trialismo presenta una *complejidad pura*, integradora de las tres dimensiones y superadora de la complejidad impura que mezcla

(*)Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

¹ Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958; “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

² GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. XVII/XVIII.

³ Cabe tener en cuenta nuestro estudio “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, “Filosofía, Historia y Derecho”, Bs. As., Abeledo, 1953, págs. 121/2.

las dimensiones pero también de la simplicidad pura que aísla el despliegue jurídico dejando fuera aspectos que nos parecen de enorme interés ². Venimos destacando desde hace largo tiempo que el trialismo, filosofía de la complejidad pura, presenta un sistema abierto a la integración de *aportes* de otras investigaciones ³. El maestro Goldschmidt subrayaba que el hombre filósofo, como ser “cosmocéntrico”, rima “*et-et*”, no “*aut-aut*” ⁴.

En este marco de una teoría “abierta” para mentes “abiertas”, el trialismo puede enriquecerse con múltiples contribuciones de otro origen y, en nuestro caso, sin desconocer las diferencias entre las dos corrientes, nos referimos a las posibilidades de nutrir el despliegue trialista con desarrollos que, luego de la fundación del trialismo (en 1958), ha venido produciendo el *análisis económico del Derecho* ⁵.

2. Suele decirse que lo común y definitorio del análisis económico del Derecho es la “aplicación de la teoría económica en la explicación del Derecho” y que este análisis “tiene

⁵ Panoramas generales del análisis económico del Derecho pueden v. por ej. en MERCADO PACHECO, Pedro, “El análisis económico del derecho”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; DURAN Y LALAGUNA, Paloma, “Una aproximación al análisis económico del Derecho”, Granada, Comares, 1992; también c. por ej. “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 21, “Derecho y Economía”, especialmente v. gr. TAVANO, María Josefina, “¿Qué es el análisis económico del Derecho?”, págs. 11 y ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Análisis económico del Derecho”: valoración, crítica”, págs. 61 y ss.; GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación”, en “Doxa”, 15-16, II, págs. 929 y ss, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volII/doxa15_24.pdf (14-7-2004); HIERRO, Liborio, “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, en “Doxa”, 15-16, II, págs. 945 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volII/doxa15_25.pdf (14-7-2004); BAYON, Juan Carlos, “Eficacia e inalienabilidad”, en “Doxa”, 15-16, II, págs. 971 y ss.; http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volII/doxa15_26.pdf (14-7-2004); CRAOGNA, Dante, “Aproximación al análisis económico del Derecho”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, t. 12, págs. 257 y ss. Cabe c. por ej. POSNER, Richard, “The Economics of Justice”, 6ª. ed., Cambridge, Massachussets – Londres, 1996; CALABRESI, Guido, “Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law”, Syracuse University Press, 1985; COASE, R. H., “La empresa, el mercado y la ley”, trad. Guillermo Concome y Borel, Madrid, Alianza, 1994. Es posible v. nuestro estudio “Notas sobre Economía y Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 23, págs. 43 y ss. Cabe c. The Journal of Law, Economics, & Organization, <http://jleo.oupjournals.org/> (9-7-2204); Berkeley Center for Law, Business and the Economy, http://www.law.berkeley.edu/institutes/law_econ/ (9-7-2004); Encyclopedia of Law and Economics, <http://encyclo.findlaw.com/> (9-7-2004); “Los economistas” de ecobachillerato. com, Ronald H. Coase, <http://www.educa.aragob.es/iespgaza/ecobachillerato/economistas/coase.htm> (10-7-2004); msn. Encarta, Ronald H. Coase, http://es.encarta.msn.com/Ronald_H_Coase.html (10-7-2004); Ronald Harry Coase, 1991, <http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/ecoleg/addem12.htm> (10-7-2004); Yale Law School Faculty, Guido Calabresi, <http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/gc3/profile.htm> (9-7-2004); The University Of Chicago, The Law School, Richard A. Posner, <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r/> (9-7-2004); Law and Economics; Susan Rose-Ackerman (Yale Law School), <http://www.csweb.org/ackerman.html> (14-7-2004); Universidad Externado Colombia, Página de Análisis Económico del Derecho, <http://atecx.ueexternado.edu.co/~aed/> (9-7-2004); Gaceta de Economía, Año 5, Núm. 9, Comentarios a los fundamentos filosóficos del Análisis Económico del Derecho de Robert Cooter, Rodolfo Vázquez, <http://www.itam.mx/eventos/>

su origen en dos trabajos aparecidos a principios de los años sesenta, uno de un economista, Ronald H. Coase, y otro de un jurista, Guido Calabresi”⁶.

Sin desconocer las muy importantes diversidades internas en el panorama de la corriente del análisis económico del Derecho (escuelas de Chicago, de Yale o de New Haven, de Virginia, de Génova ...⁷), cabe señalar algunas características comunes del movimiento indicado que pueden contribuir al *desenvolvimiento* del trialismo⁸. Es relevante, sin embargo, reconocer asimismo las *anticipaciones* de temas que formuló el trialismo y que aparecen también en el análisis económico del Derecho.

3. Nada nuevo se dice si se afirma que las personas toman sus decisiones según sus intereses y que ordenan medios a fines, y no compartimos la creencia de que los seres humanos son “racionales” maximizadores de sus satisfacciones, en el sentido de las decisiones de mercado o en sus proyecciones a las otras actividades de la vida; de modo que un aparato

publicaciones/geconomia/vazquez9.PDF (13-7-2004); The University of Chicago Press, Journals Division, The Journal of Law & Economics, <http://www.journals.uchicago.edu/JLE/home.html> (14-7-2004); American Law & Economics Association, <http://www.amlecon.org/> (14-7-2004); Journals Kluwer online, European Journal of Law and Economics, Kluwer <http://www.kluweronline.com/issn/0929-1261/contents> (14-7-2004); FindLaw for Legal Professionals, Law and Economic Resources, <http://lawecon.lp.findlaw.com/> (14-7-2004); Canadian Law and Economics Association, <http://www.chass.utoronto.ca/clea/> (14-7-2004); Enciclopedia Multimedia Virtual Interactiva Economía, El teorema de Coase y sus implicaciones según “el problema del coste social”, por Pablo Miró Rocasolano, <http://www.eumed.net/coursecon/colaboraciones/Miro-Coase.htm> (14-7-2004); Methodology in Law & Economics, Antonio Nicita, Esnie 2004, file:///C:/WINDOWS/Archivos%20temporales%20de%20Internet/Content.IE5/R3HRFLKS/256,1,Methodology in LAW & ECONOMICS (15-7-2004). V. Maestría en Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, <http://www.fder.uba.ar/posgrado/meconomia/m1.htm> (11-7-2004); Masterin.it, Università di Bologna, Master in Diritto ed economia dei trasporti e della logistica, <http://www.masterin.it/scuole/unibo20.asp> (14-7-2004).

A semejanza de la egología, el trialismo, como filosofía elaborada en una zona y un lenguaje periféricos debe soportar un “embotellamiento” por parte de las propuestas elaboradas en los espacios “centrales” que “redescubren”, a veces ingenuamente y a menudo con grados de desarrollo mucho menor, posibilidades de conocimiento expuestas por esas corrientes marginadas, décadas antes. Como consecuencia, las posiciones dominantes “flotan” en la historia. Habría que ahondar en una historiografía dikelógica de la ciencia, en este caso de la ciencia jurídica, rescatando a los grandes científicos que el centralismo, a menudo alienante, pretende olvidar (acerca de la historiografía dikelógica puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 411 y ss.).

⁶ MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 27.

⁷ Íd., págs. 58 y ss.; TAVANO, op. cit., págs. 17/8; PAOLANTONIO, Martín Esteban, “La retribución de los directores y el análisis económico del Derecho: reflexiones sobre el caso de las sociedades abiertas”, en “Derecho y Economía” cit., págs. 291 y 294/5. En cuanto a la historia del análisis económico del Derecho desde Adam Smith, v. por ej. POSNER, op. cit., págs. 3 y ss..

⁸ Incluso vale atender a las polémicas sobre la interpretación del análisis económico del Derecho (v. por ej. LORENZETTI, op. cit., págs. 63 y ss.).

⁹ POSNER, op. cit., págs. 1/2.

¹⁰ En el marco del utilitarismo, ya Mill criticaba la radicalización de Bentham (pueden v. RYAN, Alan (ed.), “Utilitarianism and other Essays - J. S. Mill and Jeremy Bentham”, Londres, Penguin, 1987; GONZALEZ AMUCHASTEGUI, op. cit., pág. 943; en cuanto a la justicia y la utilidad en los planteos utilitaristas, cabe v. por

explicativo de la conducta en el mercado pueda ser usado para explicar la conducta fuera del mercado ⁹. A nuestro entender, el “hombre económico” es sólo una *perspectiva* del hombre, incluso sólo una perspectiva del hombre en sociedad ¹⁰. Según nuestro criterio, la *eficiencia*, cuya noción es básica en el análisis económico del Derecho, al punto que su definición suele ser la clave del planteo, resulta sólo *uno* de los valores a los que ha de referirse el Derecho y no es siquiera el valor supremo ¹¹.

Como suele ocurrir con diversas teorías, el análisis económico del Derecho es satisfactorio en cuanto *incluye*, en tanto contribuye a aclarar el objeto y es insatisfactorio en cuanto *excluye* otros aportes. Nos resulta inadmisibles, v. gr., la limitación que dicha corriente de análisis hace respecto de la consideración de posiciones como el sansimonismo o el marxismo, que explican de modos a menudo tan interesantes las relaciones entre Derecho y Economía¹². Estamos lejos de admitir que la teoría económica y mucho menos la teoría económica específica del análisis económico del Derecho, sea el único conocimiento relevante en el estudio del Derecho ¹³.

4. No negamos que, como a veces afirman sus críticos, el análisis económico del Derecho entrega al fin una “imágenes tan falaz y tan reductora de la realidad” como la que pretende superar ¹⁴. Compartimos que en él la complejidad de la realidad es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a “hombre económico”, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado donde la política y el derecho son racionalizados sobre la base de esa realidad para convertirlos en “metamercados institucionales” que reproducen la lógica de la racionalidad maximizante. Sin embargo, pensamos que algunas perspectivas del análisis económico del Derecho son muy interesantes y vale *integrarlas* a la construcción trialista¹⁵.

Sin desconocer cierto entubamiento de dicha corriente de análisis económico en la lógica referida a la economía, de algún modo el análisis económico del Derecho puede ser comprendido como un intento, posterior al realismo, de abrir el pensamiento jurídico a la realidad social, para algunos enfoques incluso como una apertura interdisciplinaria, aunque para otros sea como una sujeción del Derecho al imperialismo economicista.

Al fin, el análisis económico del Derecho establece al Derecho como objeto de estudio

ej. FARELL, Martín Diego, “Utilitarismo y ética política”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, págs. 341 y ss.).

¹¹ Es posible v. TAVANO, op. cit., págs. 22 y ss, esp. pág. 30.

¹² En relación con los vínculos de la Economía y el Derecho puede v. por ej. nuestro artículo “Problemática jusfilosófica de la empresa en el fin del milenio”, en “Derecho y Economía” cit., págs. 91 y ss.

¹³ MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 36.

¹⁴ Íd., pág. 283.

¹⁵ Íd.

¹⁶ Íd., pág. 34.

¹⁷ En cuanto a la autonomía del objeto jurídico, puede v. también por ej. The Internet Encyclopedia of Philosophy,

desde el punto de vista económico y a menudo *somete* el Derecho a la Economía ¹⁶. El trialismo, en cambio, se remite a una fuerte consideración del enfoque jurídico relativamente *autónoma*, referida en definitiva al valor justicia ¹⁷.

El trialismo integra dimensiones y se abre a la interdisciplinariedad; el análisis económico del Derecho ha sido denunciado, no sin razón, como la exclusión de la interdisciplinariedad o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, como la sustitución de un saber por otro¹⁸.

5. La teoría trialista puede dialogar con el análisis económico del Derecho sobre todo desde las dimensiones sociológica y axiológica, en los despliegues del enfoque “positivo” y el enfoque “normativo” del análisis económico del Derecho ¹⁹.

El trialismo que presentó Goldschmidt tenía magníficas posibilidades de apertura a lo “macrojurídico”, pero se centró en gran medida en lo “*microjurídico*”. El análisis económico del Derecho se centra en lo microeconómico ²⁰. Creemos que al trialismo le es significativo no sólo integrar las dimensiones jurídicas sino las perspectivas micro y macrojurídicas ²¹. El excesivo apego a lo “micro” es una limitación del análisis económico del Derecho.

6. En el presente caso, referiremos los aportes del análisis económico del Derecho a la posibilidad de comprender la tal vez recomendable formación de fondos para el “rescate” de la vida humana nueva *incentivando* su conservación, superando el “desinterés” de los progenitores que suele llevar al aborto o al abandono de los niños al nacer ²². Hay que *beneficiar* a los sujetos que respeten la vida nueva a fin de que se decidan en ese sentido y no la destruyan.

II. Perspectivas de vinculación del análisis económico del Derecho y

Law and Economics, <http://www.iep.utm.edu/law-econ.htm> (15-7-2004). Cabe c. un panorama del pensamiento jurídico, discutible pero relativamente representativo, en word i q, Law, <http://www.wordiq.com/definition/Law> (15-7-2004).

¹⁸ MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 176.

¹⁹ Puede v. por ej. TAVANO, op. cit., pág. 18.

²⁰ Es posible c. por ej. LORENZETTI, op. cit., págs. 72 y ss.

²¹ El análisis económico del Derecho suele marginar los efectos “dialécticos” de la llamada “contrafinalidad” que se produce por las consecuencias no deseadas de la proyección grupal de las acciones con las que un individuo se beneficia. Si en un teatro un individuo se pone de pie ve mejor, cuando todos lo hacen, casi todos ven peor.

²² Puede v. nuestro estudio “Comprensión filosófica de los incentivos jurídicos”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 8, págs. 109 y ss.

la teoría trialista del mundo jurídico

1. El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

7. La vertiente del análisis económico del Derecho es coincidente con la apertura de la posición trialista de apertura a la *causalidad*, a las relaciones del ser.

El trialismo posee, en esta dimensión sociológica, la noción de *adjudicación*, a la que considera jurídica cuando se relaciona con seres humanos²³. La noción de adjudicación es, a su vez, de gran importancia en el desarrollo del análisis económico del Derecho. Según el trialismo, se adjudican potencias e impotencias, es decir, lo que favorece o perjudica al ser y sobre todo a la vida. En este sentido resulta que las adjudicaciones jurídicas, por su referencia a la vida, sobre todo a la vida humana en su plenitud, son más ricas que las adjudicaciones a las que se remite el análisis económico el Derecho. El “tener” ha de integrarse en el “*ser*”²⁴.

Las adjudicaciones de la teoría trialista abarcan *repartos* que provienen de la conducta de seres humanos determinables y *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar²⁵. La noción de distribución posee una riqueza especialmente satisfactoria para la incorporación de las referencias a la economía, también del modo que lo hace el análisis económico del Derecho.

El mercado, al que tanto se refiere el análisis económico del Derecho, llegando a sostener que el sistema jurídico (sobre todo en el common law) está proyectado según las exigencias de la “lógica del mercado”, tiene en el trialismo una importante puerta de ingreso

²³ “Adjudicar” significa principalmente Declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> (15-7-2004). La idea es afín a juzgar y juez (COROMINAS, Joan con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, t. III, Madrid, Gredos, 1980, págs. 536/7).

²⁴ En relación con el tema cabe recordar, por ej. FROMM, Erich, “¿Tener o ser?”, trad. Carlos Valdés, 3ª. reimp. (Argentina), México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

²⁵ En cuanto a la conducta en psicología y la relación con los estímulos puede v. por ej. Clinica Psi.com, Conductismo, <http://www.clinicapsi.com/conductismo.html> (14-7-2004). La idea de “reparto” es afín a “repartir” y a “parte”. Las acepciones más interesantes de repartir son: Entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir; Dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -15-7-2004-). Puede v. COROMINAS, op. cit., 1ª. reimp., t. IV, 1985, págs. 414/5.

La noción de distribución es afín a distribuir y atribuir; distribuir es principalmente Dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho; Dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente; Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -15-7-2004-; puede v. COROMINAS, op. cit., t. I, 1980, págs. 405/6).

²⁶ MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 282.

al pensamiento jurídico ²⁶.

El empleo de las nociones de adjudicación, reparto y distribución evidencia la *clara y profunda conciencia económica* que, antes de la aparición del análisis económico del Derecho, poseía el fundador del trialismo.

8. La construcción del trialismo que utilizamos en la actualidad ha incorporado hace tiempo la noción dinámica de *oportunidad* y más recientemente la problemática de la toma de *decisiones*. Asimismo hace mucho nos hemos referido a los *incentivos* jurídicos²⁷. Sin embargo, es importante acentuar la atención a los móviles de los repartos y a los incentivos que pueden nutrirlos aprovechando la perspectiva “futuriza” del análisis económico del Derecho. Es más, importa reconocer que en el marco general de los incentivos es significativo atender también específicamente a los *estímulos*, que quizás tengan un sentido más dinámico, de provocar una reacción en el material existente ²⁸.

La Economía es de cierto modo una teoría de las *elecciones* y la conducta a la que se refiere el trialismo también es un gran ámbito de elección. La teoría de la decisión y el análisis económico del Derecho puntualizan la importancia del *costo de las oportunidades* por pérdida de otras posibilidades y para el trialismo, que incluso puede utilizar al respecto el método de las variaciones, se trata de enfoques significativos ²⁹.

9. En la consideración del reparto, el trialismo atiende a los *móviles*, las *razones alegadas* y las *razones* sociales que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso.

²⁷ El incentivo mueve o excita a hacer algo, es un estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/-11-7-2004>). En cuanto a las afinidades de “incentivo” con acento, tono musical, puede v. por ej. COROMINAS, op. cit., t. I, págs. 2/3. Cabe c. BIANCHI LOBATO, Juan F. G. (Dr.), “Incentivación”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XV, págs. 347 y ss., esp. págs. 350 y ss.

En el panorama tradicional general, los incentivos son particularmente relevantes en ramas donde se desea intensificar en especial el logro de un resultado, como la protección en el Derecho del Trabajo, la recaudación o el desarrollo en el Derecho Administrativo y el Derecho Tributario, etc. Sin embargo, pueden llegar a ser una manera de pensar el Derecho todo.

En sentido amplio, los incentivos pueden ser no sólo favorables sino también desfavorables a los beneficiarios directos, por ej. en el pago de daños positivos.

²⁸ Es posible v. los significados de “estímulo” en Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, [http://www.rae.es/\(14-7-2004\)](http://www.rae.es/(14-7-2004)); Comité Interinstitucional para la Aplicación del Estímulo Fiscal a los Gastos e Inversiones en Investigación y Desarrollo de Tecnología, http://www.conacyt.mx/dat/estimulo_fiscal/reglas_2003.doc (14-7-2004).

La idea de estimular es afín a aguijonear, incitar, excitar, citar, poner en movimiento (es posible v. COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, págs. 789/90 y 92).

²⁹ En general el método de las variaciones cambia imaginariamente el caso para reconocer qué es lo significativo en una decisión.

³⁰ Acerca de la palabra “coste” son especialmente significativas las siguientes acepciones: Gasto realizado para la

La teoría fundada por Goldschmidt abarca ya la atención a los *móviles* de los repartidores, pero es relevante considerar cómo pueden promoverse a través de incentivos criterios de razonabilidad que “muevan” a conducirse y repartir de las maneras que se desean.

Sin caer en el exclusivismo con que la plantea el análisis económico del Derecho, ni desconocer que cada individuo la concibe de diferentes maneras según sus propias características personales (por ej. económicas, religiosas, científicas, técnicas, artísticas, etc.), la relación entre “*coste*” y “*beneficio*” es significativa en las decisiones de todos los participantes de la vida jurídica³⁰. Si se quieren obtener ciertos comportamientos, es relevante incentivar a los sujetos para que los produzcan. Aunque con distintos alcances, el trialismo y el análisis económico del Derecho brindan gran atención a la teoría de la *acción*.

A través de las razones alegadas y las razones sociales del auditorio el trialismo puede integrar los despliegues de la argumentación, actividad que reaparece también como tarea del funcionamiento de las normas³¹. El análisis económico del Derecho se remite en gran medida a *móviles* y a las razones sociales, ciñéndolos a la economía.

10. El enfoque jurídico más tradicional se refiere, en el mejor de los casos, a la conducta gubernamental, en tanto el trialismo y el análisis económico del Derecho coinciden de cierto modo en referirse a *todas las conductas* que adjudican. El análisis económico del Derecho se explica mejor como continuidad a veces polémica del realismo, pero en relación con el cambio de enfoque hacia la apertura a la conducta en general ha podido decirse que “mientras para el instrumentalismo pragmático de los realistas el centro de atención estaba puesto en la conducta efectiva de los jueces, administradores y otros oficiales jurídicos, en el AED (análisis económico del Derecho) ocupa el lugar central de estudio la respuesta de los destinatarios de las normas ante un cambio jurídico”³².

En el análisis económico del Derecho los individuos no son sólo destinatarios o cumplidores de normas que en sí llevan el sello de la autoridad y la obligación de obediencia, sino *creadores* del Derecho porque son sus referencias y sus intereses los que determinan en última instancia las decisiones que ponen fin a los conflictos³³. La manera en que una norma influye en el comportamiento de los individuos no es diferente del modo en que el precio de un producto influye en la conducta de un consumidor en el mercado. Las normas jurídicas procuran establecer *precios implícitos* para los comportamientos a los que ellas inducen. Hay

obtención o adquisición de una cosa o de un servicio; Coste de Producción. Conjunto de gastos para la producción de bienes y servicios; Coste Marginal. Aumento de los costes de producción al incrementar en una unidad la cantidad producida. (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -11-7-2004-).

³¹ El trialismo supera el deslumbramiento argumentalista brindando también importante atención a los *móviles* de los repartidores.

³² MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 272.

³³ Íd., pág. 254.

una remisión al cálculo autointeresado de los individuos. Los individuos procuran al fin el menor coste posible.

Junto al reparto autoritario, realizador del valor poder, e incluso en principio prefiriéndolo, el trialismo ubica al reparto *autónomo*, al que es inherente la satisfacción del valor cooperación. La apertura a toda la conducta, compartida con el análisis económico del Derecho, conduce a una más fácil jerarquización del reparto autónomo. En cierto sentido, los incentivos en que mucho se apoya la concepción del análisis económico del Derecho, ponen a la autoridad al servicio del desenvolvimiento de la autonomía.

11. Según la construcción trialista el orden de repartos puede producirse por planificación gubernamental en marcha y por ejemplaridad. La primera indica quiénes son los supremos repartidores (conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (de conducción) y realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad surge del modelo y el seguimiento en el curso de la razonabilidad y satisface el valor solidaridad. En principio la construcción trialista prefiere la ejemplaridad a la planificación. El análisis económico del Derecho potencia la importancia de la *ejemplaridad* y destaca el papel de la planificación a su servicio.

12. El trialismo reconoce *límites* necesarios de los repartos, surgidos de la “naturaleza de las cosas”, de carácter principalmente físico, psíquico, lógico, sociopolítico y socioeconómico. El análisis económico del Derecho se remite sobre todo a límites socioeconómicos y sociopolíticos.

El análisis económico del Derecho plantea criterios de elección que desde la perspectiva trialista resultan interesantes, pero muy limitados. El análisis económico del Derecho no brinda suficiente atención a las *fuerzas sociales* en cuyo marco y a través de las cuales viven las decisiones jurídicas, por ejemplo, a la constitución material. La limitación en este aspecto es una de las perspectivas en las que el análisis económico del Derecho parece una ideología que oculta la realidad.

b) Dimensión normológica

13. El trialismo establece categorías de enlace entre las normas que captan los repartos proyectados y las adjudicaciones captadas: la fidelidad, referida a la descripción acertada del contenido de la voluntad de los repartidores; la exactitud, relacionada con el acierto en la descripción del cumplimiento de esa voluntad, y la adecuación, referida a la correspondencia de la integración de sentidos por los conceptos con la voluntad de los repartidores. A estas categorías el análisis económico del Derecho pretende superarlas a través de la *eficiencia*.

³⁴ Cabe c. por ej. La evaluación de las leyes, Osvaldo Oelckers Camus y otros, http://www.euv.cl/archivos_pdf/libros_nuevos/evaluacionley.pdf (14-7-2004); GONZALEZ AMUCHASTEGUI, op. cit., págs. 931 y ss.

En el análisis se afirma que la fuerza normativa de una norma jurídica surge de que traduzca una decisión eficiente, ya que si no es así las partes, al margen del Derecho, negociarían el acuerdo que maximice sus intereses de la forma más óptima. El análisis puntualiza, aunque desde una perspectiva limitada, la conveniencia de “evaluar” las fuentes de las normas ³⁴.

14. Según el tiempo pasado o futuro en que están los casos captados en los antecedentes de las normas, éstas pueden ser principalmente individuales o generales, correspondiéndoles de modo respectivo los valores inmediatez y predecibilidad. Las normas individuales resuelven casos concretos, las generales lo hacen con casos futuros. Aunque el análisis económico se desenvuelve mejor ante los casos concretos, el carácter “futurizo” del planteo que realiza lo hace más próximo a la *abstracción* que a la concreción, a la *predecibilidad* que a la inmediatez.

Tal vez el apego al modelo de las ciencias exactas que suele caracterizar a los planteos económicos esté relacionado con el nacimiento de la Economía en la Edad Moderna (quizás en 1776 ³⁵), época signada por el predominio de los modelos de las Ciencias Naturales y Exactas.

15. Según el trialismo, entre los grandes conceptos normativos utilizados al captar la realidad social, que generan materializaciones, se encuentra el concepto de *juez* ³⁶. Aprovechando enseñanzas de un sector del análisis económico del Derecho, puede decirse que “si el Derecho fuera lo que Dick Posner (antes de su (...) paso al tribunal) pensó que era, todos los jueces deberían ser economistas (...) si fuera lo que Ron Dworkin dice que es, todos los jueces deberían ser filósofos. De hecho, el Derecho es mucho más que lo que Posner y Dworkin dicen que es, y por tanto la mayoría de los filósofos y de los economistas harían juicios terribles. Pero esto no quiere decir que los jueces deban ignorar Filosofía o Economía al hacer sus decisiones, porque otros son mejores en tales disciplinas de lo que ellos son. Las cortes deben ser mejores en la combinación de tales tareas, y como los competidores de un declatón, deben procurar algunas de esas cosas que otros harían mejor” ³⁷. Goldschmidt creía que los gobernantes en general debían parecerse a los filósofos, pero creemos que la formulación analítica recién expuesta es una interesante perspectiva para apreciar la complejidad de la tarea judicial.

³⁵ Ese año Adam Smith publicó su célebre investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones.

³⁶ Es posible v. nuestro estudio “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

³⁷ CALABRESI, Guido, “Too much, too little, or both: Some thoughts on law making by american courts”, en “The Cambridge Lectures”, 1983, Elizabeth G. Baldwin editor, Butterworths, 1985, págs. 1 y 2, cit. por TAVANO, op. cit., págs. 58/9.

³⁸ MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 256/7.

El análisis económico del Derecho abandona la perspectiva relativamente tradicional del sistema jurídico como sistema de obligaciones y prohibiciones acompañadas de sanción para concebir el derecho como un *sistema de incentivos* de determinados cursos de acción, deja una teoría imperativa y en su lugar aparece una teoría incitativa ³⁸. Por su parte, aunque no desconoce despliegues de imperatividad, el trialismo brinda amplia acogida a la consideración de la autonomía y a la ejemplaridad y a los incentivos para encauzarlas y promoverlas.

c) Dimensión dikelógica

16. En base al llamado “teorema” de Coase, en el análisis económico del Derecho se traducen todos los problemas jurídicos como problemas de asignación *eficiente* de recursos ³⁹. Algunos partidarios del análisis económico del Derecho se refieren más a la maximización de la riqueza, otros atienden también a su distribución. Incluso se suele señalar que Calabresi muestra un importante interés en la *justicia* ⁴⁰. El trialismo se remite al fin a la *justicia*, en la versión originaria con caracteres de objetividad, en nuestro caso, marginando la discusión acerca de la objetividad o subjetividad mediante la propuesta de construir su contenido a través de la exigencia goldschmidtiana de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona. En este sentido, el trialismo es, de cierto modo, afín a las posiciones de Calabresi y, de alguna otra manera, a críticas de Dworkin ⁴¹.

El valor amor, al que la construcción trialista del horizonte del mundo político que sustentamos adjudica tanta significación, en el análisis económico más duro llega a significar una búsqueda más o menos eficiente de la seguridad en condiciones de posible amenaza.

17. El *hombre* de la construcción trialista es mucho más complejo que el del análisis económico del Derecho. No sólo se trata de maximización de la riqueza y de distribución sino, como hemos de señalar, de la debida adjudicación de todo lo que contribuye al desenvolvimiento pleno del individuo ⁴². Siguiendo ideas que sostuvo Pound, el análisis económico del Derecho considera al jurista como un ingeniero social, en gran medida vinculado como ingeniero a la utilidad, pero desde el punto de vista trialista se trata de un

³⁹ Íd., pág. 273.

⁴⁰ Dice Posner “It is that efficiency as I define the term is an adequate concept of justice that can plausibly be imputed to judges, at least in common law adjudication” (POSNER, op. cit., pág. 6). V. por ej. TAVANO, op. cit., págs. 55 y ss. (“No caben dudas de que en Calabresi la eficiencia es tributaria de la justicia, de una justicia que no es ciega, que quiere “dar a cada uno lo suyo”, pero que no se desinteresa en tener “el algo” para dar. Además es también un examen que la eficiencia debe pasar.” (TAVANO, op. cit., pág. 56).

⁴¹ En cuanto a la relación entre eficacia y justicia puede v. además por ej. BAYON, op. cit.

⁴² TAVANO, op. cit., págs. 30/1

“ingeniero” que no sólo ha de realizar la utilidad, sino la justicia.

18. El análisis económico del Derecho es de cierto modo un *privatismo*, en tanto el trialismo reconoce el pensamiento de la justicia desde enfoques privatistas y publicistas, al fin identificables por exigencias de justicia particular y de justicia general. La proyección futuriza del análisis económico del Derecho es afín a la noción de justicia “*de llegada*” que el trialismo diferencia de la justicia “*de partida*”⁴³.

19. El trialismo reconoce despliegues en el pensamiento del valor como valencia, como valoración y como orientación a través de criterios generales orientadores. Con una actitud que al trialismo le puede resultar excesivamente simplificadora, una pretensión básica del análisis económico del Derecho es que la totalidad del sistema jurídico puede analizarse y reformarse mediante la aplicación de un número pequeño de conceptos económicos fundamentales⁴⁴. Suele plantearse en base a criterios generales; en términos de abstracción diversos de las valoraciones completas.

El trialismo señala que la justicia es “*panónoma*”, es decir, tiene como material estimativo a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (pan=todo; nomos=ley que gobierna). La justicia se remite a un complejo interrelacionado en que se influyen recíprocamente consideraciones de pasado, presente y porvenir, que hay que “*fraccionar*” porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes; los fraccionamientos producen seguridad jurídica. Los planteos jurídicos tradicionales se centran en la corrección del pasado; siguiendo caminos de Dewey, el análisis económico del Derecho se centra en el porvenir, en la construcción del futuro más eficiente posible⁴⁵. En el despliegue trialista es posible integrar la tensión del planteo tradicional y el del análisis económico del Derecho.

La referencia a la pantonomía permite consideraciones equilibradas de la historia y la razón; en nuestro enfoque personal, en cierto sentido diverso del de Goldschmidt, consideramos de muy alta significación el reconocimiento de la historicidad. Lamentablemente, el análisis económico se remite a un futuro limitado por su fuerte referencia a la lógica del mercado y tiene un sentido de cierto modo “*ahistórico*”.

La teoría trialista ubica claramente el centro de gravedad del Derecho en la adjudicación y no en las virtudes y vicios (podría decirse, en cierto sentido, en la Moral); llevando la diferenciación entre Derecho y Moral a la exclusión de ésta, el análisis económico del Derecho procura apartar la relación entre efectos jurídicos y efectos morales sobre la conducta de los

⁴³ Es posible v. nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss..

⁴⁴ TAVANO, op. cit, pág. 15.

⁴⁵ MERCADO PACHECO, op. cit., págs. 265/66.

individuos.

20. Los desarrollos del trialismo permiten reconocer, con base en la jerarquía que se asigne a los valores, relaciones de *coadyuvancia* y *oposición* entre ellos. La coadyuvancia es legítima y puede desenvolverse en sentido vertical, como contribución, o en sentido horizontal, como integración. La oposición puede producirse de modo legítimo, por sustitución, o por secuestro ilegítimo del material que corresponde a un valor por otro valor, sea en sentido ascendente, de subversión, en sentido descendente, de inversión o en sentido horizontal de arrogación. En estos términos, según la jerarquía del mismo nivel que asignamos a la justicia y a la utilidad, la propuesta del análisis económico del Derecho llega a significar, más allá de la necesaria integración entre los dos valores, una arrogación del material que corresponde a la justicia por el desarrollo de la utilidad. Es más: puede hablarse de un desborde de la contribución ascendente y descendente de la eficiencia con la justicia de modo que se produce la *subversión* de la eficiencia contra la justicia. El análisis económico puede contribuir, no obstante, a evitar la inversión de la justicia contra la eficiencia.

21. Los títulos de *legitimación* de los *repartidores* según el trialismo son la autonomía y la aristocracia (es decir, la superioridad moral, científica y técnica). Aunque tiene cierta referencia a la decisión individual, el análisis económico del Derecho tiende a la legitimación tecnocrática ⁴⁶.

El trialismo actual reconoce en los beneficiarios *merecimientos* derivados de la necesidad y *méritos* derivados de la conducta. El análisis económico del Derecho subraya la importancia de los méritos económicos de las partes.

El trialismo señala objetos repartidores de diverso alcance: la vida, la libertad, la propiedad, los quehaceres, etc. El análisis económico del Derecho subraya la importancia de la propiedad y de la libertad de contratación.

En cuanto se vinculan más al consentimiento o al interés, las corrientes del análisis económico del Derecho se relacionan más con la legitimación de los repartidores o los objetos repartidos.

En el trialismo la audiencia real tiene gran significación; en el análisis económico del Derecho la audiencia se hace a través de referencias directas o eventuales al mercado.

En el marco trialista la fundamentación de los repartos posee diversas líneas de posible desenvolvimiento; en el análisis económico la fundamentación se hace economicista.

⁴⁶ Íd., págs. 259 y ss.

El interés del Derecho por los incentivos es antiguo, pero se acentúa ante posiciones como las del análisis económico del Derecho (pueden v. Liberalismo.org, La plausibilidad conceptual de la propiedad intelectual, Eugene Volokh, <http://liberalismo.org/articulo/167/-14-7-2004->; mailxmail.com, Conceptos básicos del derecho, <http://www.mailxmail.com/cursos/excelencia/derecho/capitulo1.htm> -14-7-2004-).

22. En la construcción trialista, el régimen ha de ser *humanista*, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. El humanismo puede concretarse a través de la abstención, que es preferible, o de la intervención del régimen. Aunque difiere del abstencionismo radical del “laissez faire”, el análisis económico del Derecho puntualiza la importancia de la abstención.

El trialismo requiere que el régimen respete la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres que requieren respectivamente el liberalismo, sobre todo político; la democracia y la “res publica”. El análisis económico del Derecho se refiere, de modos predominantes según sus diversas orientaciones, más radicales o moderadas, a la unicidad o la igualdad y deja en la penumbra a la comunidad ⁴⁷.

La construcción trialista propone una cantidad de recursos a utilizar, según las circunstancias, para proteger al individuo contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Para resguardar a los individuos se ha de recurrir a ellos mismos, el régimen y todo “lo demás” que resulte idóneo. El análisis económico destaca la importancia del amparo contra los demás, como individuos y como régimen. Si bien no ignora la importancia de la intervención del régimen, la deja con carácter relativamente subsidiario. El gran instrumento de amparo es la propiedad.

2. Las ramas del mundo jurídico

23. La teoría trialista del mundo jurídico brinda una clara perspectiva de la complejidad integrada por todas las ramas del mundo jurídico. Esa complejidad es estudiada en una de las perspectivas (no común sino *abarcatadora*, o “*abarcativa*”) de la Teoría General del Derecho ⁴⁸. Desde hace décadas, venimos ocupándonos de las ramas jurídicas en sus diversidades tridimensionales y especialmente en el particular sentido de justicia que al fin caracteriza a cada una de ellas ⁴⁹. Aunque con un enfoque unilateral, el análisis económico del Derecho también realiza un planteo abarcativo. Ese análisis brinda una perspectiva privatista ⁵⁰ del

⁴⁷ El óptimo de Pareto, del que suele valerse el análisis económico del Derecho, muestra una interesante tensión entre igualdad y unicidad (cabe c. por ej. Diccionario de economía y finanzas, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/O.htm> -13-7-2004-).

⁴⁸ Es posible v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 33/76.

⁴⁹ Puede v. nuestro estudio “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1967.

⁵⁰ En general, sobre la historia de la Filosofía del Derecho Privado, pueden v. nuestras “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003. Cabe c., en cuanto a la radicalización del privatismo, nuestro estudio “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 20, págs. 119 y ss.

conjunto jurídico señalando las diversas maneras en que un derecho puede ser protegido en el complejo.

Un derecho puede ser resguardado por una regla de propiedad, en la que corresponde asignar y distribuir los derechos sobre los recursos según ciertas máximas de atribución a quienes más los valoren en términos monetarios. La libertad de mercado instituye un Derecho de Contratos que debe hacer posible la asignación óptima de los recursos por la vía de la negociación privada. Otro despliegue de la lógica del sistema es el de la responsabilidad civil. Por último, aparece el Derecho Penal, que impone costes adicionales a las conductas ilícitas cuando los mecanismos de protección convencionales no sean capaces de limitar dichas conductas al nivel eficiente.

En el sistema del análisis económico del Derecho el Derecho Penal suele ser entendido como la cobertura de seguridad del sistema comercial privado en su conjunto, que procura disuadir de las acciones que no respeten las normas de intercambio de los derechos establecidas por el mercado ⁵¹.

Calabresi sostiene que “Each part of law must not only achieve relatively specific functions, but also must answer to a key aspect of our sense of justice: the need to be reasonably consistent with the requirements of other parts of the law” ⁵².

El trialismo ha crecido en su preocupación por la *estrategia* jurídica, y el análisis económico del Derecho posee importantes despliegues de estrategia individual ⁵³.

III. Incentivos para el rescate de la vida humana nueva

24. La problemática del origen de la vida humana produce gran cantidad de debates, especialmente intensos entre quienes procuran resguardarla reprimiendo el aborto y quienes adoptan una actitud más permisiva al respecto ⁵⁴. Creemos notorio que, en la continuidad de la vida, su origen y su fin son contrarios, de modo que es comprensible que existan diversas opiniones al respecto. Sin embargo, consideramos que es relevante amparar la vida humana al menos desde su presencia en el seno materno. Múltiples *derechos humanos*, entre los

⁵¹ MERCADO PACHECO, op. cit., págs. 235 y ss.

⁵² CALABRESI, op. cit., pág. 115.

⁵³ Es posible v. por ej. nuestro artículo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación ...” cit., N° 36, págs. 21/31.

En cuanto a la estrategia en el análisis económico del Derecho cabe c. por ej. LORENZETTI, op. cit., págs. 80 y ss.

⁵⁴ Acerca del aborto y el debate al respecto pueden v. por ej. http://html.rincondelvago.com/aborto_16.html (10-7-2004); Datos estadísticos de los informes públicos sobre el aborto y la pena de muerte, <http://www.provida.es/valencia/estadistica.htm> (10-7-2004); Unicef, <http://www.unicef.org/spanish/>; Ni un centavo más para UNICEF, <http://www.trdd.org/B0101FS.HTM> (10-7-2004). También cabe c. v. gr. Instituto Interamericano del Niño, <http://www.iin.oea.org/> (10-7-2004).

que se encuentra el derecho de todo niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y a ser protegido contra el abandono (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 6, 19, 39, etc.) confluyen en el reconocimiento del derecho a nacer y al cuidado necesario para continuar la existencia.

Por diversas causas, entre las que se encuentran los conflictos interculturales, la descomposición de los títulos de solidaridad y la limitada necesidad económica de la vida humana, en un tiempo como el actual, en que incluso se reduce la intervención del hombre en la producción y se llega a hablar del “fin del trabajo”⁵⁵, la represión del aborto y del abandono o la venta de los recién nacidos suele no tener los efectos buscados⁵⁶. El “síndrome de Medea” se presenta con frecuencia en la paternidad de nuestros días. El hombre postmoderno está solo y ahonda su soledad⁵⁷.

25. En el campo de los “*contactos de respuestas jurídicas y vitales*”, puede decirse que hay un gran conflicto entre el sistema biológico y el sistema cultural economicista donde impera el mercado, en el cual la economía tiende a dominar a la vida, “calificándola” y admitiéndola o rechazándola según sus requerimientos⁵⁸.

Sin desconocer que el análisis económico puede reforzar esa dependencia, creemos que uno de los caminos que está en condiciones de iluminar es el *incentivo* a la protección de la vida nueva, no sólo mediante los subsidios a la paternidad, que existen con frecuencia, y la liberación de la vida nueva del peso calificador de otras instituciones como el matrimonio, que afortunadamente se va alcanzando, sino a través de la consolidación general de la familia de origen; la facilidad de la adopción en tanto respete la voluntad de la familia de origen; la consideración de las posibilidades de no reprimir la “venta” de bebés y, sobre todo, de

⁵⁵ Vale recordar las discusiones en relación con el libro de Jeremy Rifkin “El fin del trabajo” (pueden v. RIFKIN, Jeremy, “The End of Work”, Nueva York, Putnam’s Sons, 1996; eListas.net., Producir más bienes con menos trabajadores, <http://www.elistas.net/lista/humboldt/archivo/indice/2681/msg/2887/-17-7-2004->).

⁵⁶ Es posible v. por ej. Sos-Kinderdorf International, http://www.sos-childrensvillages.org/cgi-bin/sos/jsp/retrieve.do?lang=es&site=ZZ&nav=5.4&cat=%2Farchives%2F543q_archives2003Q2&ed=63976 (17-7-2004); Desde la Fe, Punto de Vista, Filicidio, hoy, <http://www.alfayomega.es/estatico/antiores/alfayomega294/desdelafe/puntodevista1.html> (10-7-2004); Otras culturas, http://www.encolombia.com/epoca%20pre4_ginecobstetricia.htm (10-7-2004).

⁵⁷ En cuanto a los períodos históricos pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁵⁸ Es posible c. nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, esp. págs. 59 y ss.; también “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 83 y ss.

⁵⁹ Puede c. por ej. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, <http://www.trabajo.gov.ar/legislacion/ley/> (10-7-2004); régimen de Asignaciones Familiares, Ley 24.714, http://www.safjp.gov.ar/DIGESTO_2/index/normas/LEY%2024241/ley_24714.htm (10-7-2004); Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Subsidios, http://www.cpcecf.org.ar/Beneficios/pgs/subsidio_lista.htm (10-7-2004); Noruega. El portal oficial en Argentina, Ayudas a la Familia, <http://www.noruega.org.ar/policy/family/allowance/>

la asignación de *fondos para estimular la entrega* a instituciones oficiales de protección ⁵⁹. Sabemos que se trata de una idea audaz, pero estimamos que el objetivo bien lo merece. El desarrollo de la Seguridad en muy diversos aspectos, también en la Seguridad Social de la vida naciente, es una de las grandes exigencias de nuestro tiempo. Es cierto que a menudo el atentado contra la vida nueva proviene de causas muy profundas que constituyen verdaderos límites necesarios a su preservación, pero vale reunir toda la fuerza vital que sea conducente para resguardarla.

26. Las posiciones que favorecen el aborto tienden a la “*minusmodelación*” conceptual y fáctica de la noción de vida nueva a través de la minusmodelación temporal de la noción de persona; el apoyo económico a la vida nueva conduce a la “*plusmodelación*” fáctica de ésta, que estimamos puede ser eficiente ⁶⁰.

Consideramos que, en última instancia, es mejor salvar la vida nueva pagando a los padres “abandónicos” que dejar un espacio a menudo incontrolable al filicidio. Lo fundamental no es reprimir la culpa del padre irresponsable, sino salvar la vida del hijo. Creemos que la generación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva es viable e importante; si es necesario, hay que “comprar” la vida para salvarla ⁶¹.

No se nos escapa que, en la dialéctica vital, el propósito humanista de comprar la vida nueva para dignificarla de cierto modo la convierte en mercancía y que al fin puede promover

allowance.htm (10-7-2004); Noruega. El portal oficial en España, Ayudas económicas por maternidad (paternidad) y por adopción, <http://www.noruega.es/policy/family/benefits/benefits.htm> (10-7-2004). Asimismo cabe c. http://ar.dir.yahoo.com/Sociedad/Culturas_y_grupos/Familias/ (10-7-2004).

⁶⁰ Es posible v. nuestros “Aportes ...” cit.

⁶¹ El incentivo para el nacimiento es afín a la discriminación inversa reclamada por las actuales tendencias de los derechos humanos (puede v. por ej. La discriminación inversa o discriminación positiva, <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh235.htm> -17-7-2004-).

⁶² En cuanto a la conversión capitalista del mundo en mercancía, cabe recordar por ej. los magníficos párrafos de Marx y Engels en MARX, Karl (-ENGELS, Friedrich), “El Manifiesto Comunista”, en MARX, Karl, “El Manifiesto Comunista y otros ensayos”, Madrid, Sarpe, 1985.

⁶³ Es posible v. Fluvium, La vida, una espera de la Navidad, la venida de Cristo, <http://www.fluvium.org/textos/lectura/lectura302.htm> (17-7-2004).

⁶⁴ Aunque el evolucionismo puede argüir la necesidad de la selección de la especie, creemos que el respeto a la vida nueva contribuye a la diversidad que reclama el sostenimiento de la especie (es posible v. BUCAN, Denis, “Historia de la Biología”, trad. José Luis Checa Cremades, Madrid, Acento, 1995; Naturaleza educativa, Biología evolutiva, http://www.iespana.es/natureduca/bio_teorias_evol.htm -17-7-2004-; Hipertextos del Area de la Biología, Conceptos de biodiversidad, <http://www.biologia.edu.ar/biodiversidad/biodiversidad.htm> -17-7-2004-; El Club de los Caminantes, El sistema reproductivo humano, <http://caminantes.metropoliglobal.com/web/biologia/reproduccion.htm> -17-7-2004-; CienciHoy, Volumen 4 - Nº 21, Clasismo y diversidad biológica, Juan J. Marrone y otros, <http://www.ciencia-hoy.retina.ar/hoy21/cladismo.htm> -17-7-2004-; laverdad.es, Ciencia y Salud, Elogio de la infidelidad (Moderada), http://canales.laverdad.es/cienciaysalud/8_5_6.html -17-7-2004-; wanadoo, Cultura y subcultura, <http://apuntes.rincondelvago.com/cultura-y-subcultura.html> -17-7-2004-).

la “producción” de vida nueva a los fines de su venta, ahora, al fondo de rescate, pero creemos que el incremento de este riesgo no es significativo ⁶².

27. Muchas culturas, entre la que se encuentra la Occidental, que lo evidencia incluso en la referencia a la Navidad, tienen en gran valor a la vida humana nueva ⁶³. Su importancia sociológica y biológica parece evidente ⁶⁴. La vida humana nueva es un objeto repartible valioso (un objeto “repartidero”, que merece ser repartido), al que importa “rescatar” ⁶⁵.

Según hemos señalado, a través del incentivo, se incrementan la autonomía y la ejemplaridad, que el *trialismo* prefiere en principio respectivamente a la autoridad y la planificación gubernamental. Mediante el incentivo se pueden lograr normas más exactas y eficientes. Sin desconocer los riesgos de que la utilidad se *arroque* el material de la justicia y el amor, creemos que a través del incentivo la utilidad puede *contribuir* al desarrollo de estos valores. En general, pero sobre todo en temas como éste, muy vinculados a la vida, el Bioderecho debe valerse menos de la represión y más del incentivo.

Tal vez no carezca de sentido profundo la oposición significativa que indica la etimología entre el “*nacimiento*” y la “*nada*” ⁶⁶.

⁶² En algunas de sus acepciones, rescatar es Liberar de un peligro, daño, trabajo, molestia, opresión, etc.; Recobrar el tiempo o la ocasión perdidos; Recuperar para su uso algún objeto que se tenía olvidado, estropeado o perdido (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/-11-7-2004->). Rescatar viene de “catar”, tratar de coger (COROMINAS, op. cit., t. I, págs. 920/1).

⁶⁶ COROMINAS, op. cit., t. IV, págs. 201 y ss.; Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, “nada”, [http://www.rae.es/\(22-7-2004\)](http://www.rae.es/(22-7-2004)).

Pueden v. por ej. nuestros artículos “Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida “inútil””, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 41/42; “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 22, págs. 19 y ss. (y en “Bioética ...” cit., N° 2, págs. 11 y ss.); “El Bioderecho y la teoría *trialista* del mundo jurídico”, “Bioética ...” cit. N° 4, págs. 17/23.