



## **SECCION JURISPRUDENCIA ANOTADA**

### **Índice**

A. Introducción.....	4
B. Fallo "B., G. C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ sumarísimo de salud" - CNCIV Y COMFED – 11/04/2017 .....	4
1. La sentencia.....	4
1.1 Elementos de análisis económico existentes en la sentencia .....	5
1.2 Consecuencia atribuible al magistrado en la sentencia .....	5
2. Análisis del fallo desde el análisis económico del Derecho (AED).....	6
2.1 La creación de vida humana.....	7
2.2 <i>Homo economicus</i> .....	7
2.3 <i>Homo familiae</i> .....	8
2.4 <i>Homo economicus</i> y <i>homo familiae</i> .....	9
2.5 Análisis iusfilosófico y económico del Derecho .....	9
2.6 Vinculación del análisis económico del Derecho y el trialismo.....	13
3. Conclusión .....	14
4. Referencias bibliográficas .....	15
4.1 Bibliografía .....	15
4.2 Fuentes de información.....	16
C. Fallo del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza.....	16
1. Hechos.....	16
2. Análisis del caso.....	17
3. Conclusión .....	20
4. Referencias bibliográficas .....	22
4.1 Bibliografía .....	22
4.2 Fuentes de información.....	22



## **A. Introducción**

El método del caso constituye una herramienta importante para la enseñanza del derecho ya que en su análisis confluyen diversas ramas jurídicas resaltando la importancia tanto de lo particular del caso como de lo general del derecho. La construcción y la solución de los *casos* por los operadores jurídicos tienen relevancia para éstos y para el resto de la sociedad.

Ello es lo que intentamos plasmar con los dos trabajos que se incluyen a continuación en este número de la revista y que fueron realizados en el marco de los Seminarios de Doctorado en Derecho Privado (UCES) a cargo del Dr. Carlos GHERSI (Análisis económico del Derecho) y Dr. Elian PREGNO (Derecho de la Salud) que esperamos sean de utilidad para la dinámica del método del caso.

## **B. Fallo “B., G. C. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ sumarísimo de salud” - CNCIV Y COMFED – 11/04/2017**

### **1. La sentencia**

Salud reproductiva. Solicitud de tratamiento de fertilización asistida. baja complejidad del tratamiento. inseminación intrauterina con donación de gametos –semen donante-. Ley 26.862 y decreto reglamentario 956/13. acreditación de la verosimilitud del derecho. Acción de amparo. admisión. cobertura integral de la prestación requerida

1.1 Las partes del proceso son:

(a) por la parte actora, concurren B., G. C.

(b) la requerida – la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación que es una persona jurídica, (artículo 1º de la Ley N° 23.660). con individualidad administrativa, contable y financiera y con carácter de sujeto de derecho.

1.2. La amparista pretende la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida con donación de gametos a través del semen de un donante por parte de la Obra Social en virtud de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13.

El medio procesal interpuesto es la acción de amparo, utilizando un proceso de naturaleza constitucional con reconocimiento normativo en la cima



del ordenamiento jurídico argentino a partir de la reforma a la Carta Magna en 1994.

El juez que previno fue el titular del Juzgado Federal Civil y Comercial, con asiento en la Capital Federal, y llega a la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en carácter de Alzada que confirma el fallo y admite la acción de amparo.

El fundamento del fallo es que tanto la ley 26.862 (artículos 1 y 8) como su decreto reglamentario 956/13 garantizan el acceso integral a los procedimientos y la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud y las personas con infertilidad deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, inclusive el semen de un donante con el que no cuenta, pero que en tratamiento de los arts. 7 y 8 presenta una "laguna", pero el artículo 9º establece que a los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ley el Ministerio de Salud de la Nación deberá proveer la correspondiente asignación presupuestaria,

### **1.1 Elementos de análisis económico existentes en la sentencia**

Tanto el Juzgado de primera instancia como la Cámara remarcan la existencia del costo y beneficio respecto de la aportante al sistema de salud y la prestadora para la reproducción medicamente asistida. Se parte que el PMO es un piso de costos y no un techo y la cobertura económica del 3 por ciento del sueldo de la actora y el 12 por ciento de la empleadora tomados ambos del salario bruto más el artículo de cobertura presupuestaria nacional de la ley amparan la pretensión esgrimida de cobertura contra la financiadora de la misma que se niega a costearlo.

### **1.2 Consecuencia atribuible al magistrado en la sentencia**

Los problemas económicos que plantea la sentencia son positivos, en el caso de cumplir con la ley que busca generar vida nueva, una relativa eugenésia en la selección del donante, (alta calidad y bajo riesgo) pero que solventen los costos quienes tienen "voluntad procreacional".

Lo negativo de las consecuencias serían los costes, que sería bueno; para los laboratorios, que los financie un tercero, malo la comunidad (financie o contribuya), y el riesgo de la venta del producto "financiado" o pagado.



Si se toma al ser humano como unidad de producción, las consecuencias positivas sería la generación de nuevas “unidades de producción” (eugenésicas) y las consecuencias negativas que haya a futuro exigencias, indemnizaciones o vicios redhibitorios de esas unidades de producción, o problemas psíquicos de no tener parentesco, etc. ya que la sentencia estima que no hay leyes especiales (como podría considerarse la 26.862 y decreto reglamentario) que las diferencien del derecho común, por ello las consecuencias futuras son impredecibles con el cambio del rol del derecho a la económica.

## **2. Análisis del fallo desde el análisis económico del Derecho (AED)**

El cambio de era pone al derecho frente a graves limitaciones producidas por el deductivismo silogístico, atrapado en la actividad tribunalicia y estatal (con un modelo declinante) cuyos postulados, correspondían solamente al legislador apartando el pensamiento jurídico de la realidad social con un formalismo ajeno a su dinámica, actualmente acelerada de manera espiralada por los cambios producidos en la llamada posmodernidad, un tiempo que todavía no se define con un nombre propio de sí, quizás porque no puede saber con claridad su significado.

La comprensión dinámica del Derecho, exige el aprovechamiento de las oportunidades para su realización y se nutre con la problemática de la toma de decisiones, marginada por la creencia en un mecanicismo y un formalismo ajenos a la realidad que ha quedado excesivamente desplazada a los ámbitos de la Economía que ya se ha globalizado y arrastra consigo con poderosas fuerzas a nuestra disciplina que aún se encuentra en los prolegómenos fracturados de la legalidad estatal con la frecuente referencia a normas hechas en el pasado, ignorando la velocidad espiralada de los cambios y el fuerte sentido de futuro que tiene el Derecho, que parece haberse perdido.

De manera paralela a la jerarquización de las particularidades de los casos en el enfoque "microjurídico", como el fallo en análisis, hay que atender al Derecho en su conjunto, ya que el Derecho debe reasumir el punto de vista "macrojurídico", que ha dejado demasiado en manos de economistas y políticos, con detrimento de lo que a él le corresponde aportar.



## 2.1 La creación de vida humana

Ya CIURO CALDANI al referirse a los aportes del análisis económico al Derecho y la Bioética planteaba la posibilidad de la 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 para beneficiar a los sujetos que respeten la vida nueva a fin de que se decidan en ese sentido y no la destruyan.

Pero en este fallo se plantea la posibilidad de “creación” de vida humana, hoy que, al encontramos frente a un sujeto débil, de modo tal vez más real o imaginario, el hombre es considerado un «producto social» que asume una perspectiva personal bio-sico-social y familiar pero también se ha dado un paso al concepto de persona como unidad de producción y así puede verse en nuestro Código Civil y Comercial del juego de los arts. 15, 51, (personas es inviolable), 1737 (daño cuando se lesiona la persona) y 1738 (víctima y su salud psico-social).

## 2.2 Homo economicus

El “hombre económico” es sólo una perspectiva del hombre, incluso sólo una perspectiva del hombre en sociedad<sup>1</sup> y es así definido ya que la persona se convierte en unidad productiva cuando, como sostiene GHERSI, alquila su trabajo, obtiene remuneración , consume, paga impuestos y si está dotada del espíritu austero del ahorro produce acumulación capitalista generando un patrimonio diferenciado en la realidad económica por una multiplicidad de factores (geográficos, sociales, culturales de carga cognitiva, etc).

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 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”<sup>2</sup>.

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 según la posición que adoptamos.

<sup>1</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Aportes de Análisis Económico del Derecho para la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, (Con especial referencia a la formación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva)”, *Investigación y Docencia*, ps. 21-ss.

<sup>2</sup> Idem



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 jurídica<sup>3</sup>.

El hombre actual está en crecientes condiciones de reproducirse y de generarse como antes lo hacían sus dioses. Varios milenios después del paso del *myhtos al logos*, la "civilización eugenésica", en el sentido en que la pintaba la imaginación de Aldous HUXLEY en 1932, en "*Un mundo feliz*", hoy ha dejado de ser una fantasía merced a la biotecnología y se ha convertido según MALIANDI, en una posibilidad estremecedora<sup>4</sup> de la mano de las posibilidades económicas<sup>5</sup>.

### **2.3 Homo familiae**

Con variantes no carentes de significación, la vida humana se viene apoyando desde la más remota antigüedad en papeles familiares que incluso fueron parcialmente sacramentalizados por el cristianismo con del matrimonio y la consagración de la familia de Jesús como pilares fundamentales de la idea de familia que todavía impera en nuestro medio, pero hoy está profundamente conmovida.

La familia tradicional fue, el cauce de la reproducción y la transmisión del patrimonio genético. Históricamente las tribus, clanes, comunidades e incluso naciones son sujetos emergentes de esta trama de vínculos y relaciones sociales que lo determinan, como el resultado de circunstancias históricas, espirituales, sociales y familiares que lo han conformado. Sin embargo, el análisis económico se remite a un futuro limitado por su base de cálculo en ciclos de producción e historiogramas económicos, por su fuerte referencia a la lógica del mercado y tiene un sentido de cierto modo "ahistórico".

Ya no se valora a la familia en sí misma, como una institución primariamente jurídica; sino como un instrumento de realización de las personas convertido en emocional y flexible<sup>6</sup> acorde a los requerimientos de la economía

<sup>3</sup> Idem

<sup>4</sup> RIFKIN, Jeremy; *El siglo de la biotecnología. El comercio genético y el nacimiento de un mundo feliz*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 117-ss.

<sup>5</sup> BANCHIO, Pablo; "Aproximaciones Bioéticas a las Respuestas Jurídicas sobre las técnicas de reproducción humana asistida". *Ratio Iuris* V(2), 115-166.

<sup>6</sup> LIPOVETSKY, Giles; *La felicidad paradójica: Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*. Barcelona, Anagrama, 2006.



capitalista, para la cual la familia es un centro más de consumo (incluyendo el nivel de carga cognitiva).

## **2.4 Homo economicus y homo familiae**

Con el significante de bebe de diseño se caracteriza al resultado del proceso médico que produce como manufactura o colosal “creatura” humana, (si se permite el horrible neologismo), niños cuya herencia genética (genotipo) es seleccionado mediante la utilización de varias tecnologías reproductivas (reprogenética) con el objetivo de alcanzar una óptima recombinación del material genético de sus “progenitores”. Es en este punto donde las respuestas jurídicas, presentan una gran tensión. El mercado, la ciencia y el derecho se valen de modelos argumentativos diferentes para justificar axiológicamente sus conductas repartidoras.

Los varones fértiles tienen unidades de producción, las madres con capacidad ovulatoria tienen unidades de producción en venta, las madres con reservorios gestatorios tienen unidades de producción en alquiler.

Hoy vemos que en medios de difusión pública<sup>7</sup> se pueden leer noticias tales como una persona, luego de ser “padre” de 26 hijos como donante de esperma sigue “trabajando” para producir más “donaciones”<sup>8</sup> o que el mercado (que todo lo incorpora -como turismo reproductivo-) de las “*baby carrier*” se ha trasladado geográficamente en el espacio por una cuestión de costos<sup>9</sup>, o se agradece a los objetores de conciencia haber permitido desarrollar nuevas técnicas de cirugía cardiacas sin transfusión de sangre<sup>10</sup> y los más novedoso, que se ha modificado genéticamente un embrión humano<sup>11</sup>.

## **2.5 Análisis iusfilosófico y económico del Derecho**

Entre los desafíos que significa la ingeniería genética respecto de la vida humana para las teorías jurídicas, se encuentra el que provoca a las doctrinas

<sup>7</sup> DEBORD; Guy; *La sociedad del espectáculo* (*La société du spectacle*). Ediciones La Flor, Buenos Aires, 1974.

<sup>8</sup> The “Sperminator” Ari Nagel is back. On a recent visit to Israel, a man named Ari Nagel, commonly known as the “Sperminator” for his role in fathering twenty-six children as a sperm donor, worked to spread even more of his genes. <http://www.timesofisrael.com/sperminator-ari-nagel-spreads-more-seed-on-recent-israel-visit/>.

<sup>9</sup>[http://www.huffingtonpost.com/entry/surrogacy-ukraine-russia-georgia-czech-republic\\_us\\_595fa776e4b02e9bdb0c2b47?q76](http://www.huffingtonpost.com/entry/surrogacy-ukraine-russia-georgia-czech-republic_us_595fa776e4b02e9bdb0c2b47?q76)

<sup>10</sup> <http://www.jornadas2012.samct.org.ar/pdf/TestigosJehova.pdf>

<sup>11</sup><https://www.technologyreview.com/s/608350/first-human-embryos-edited-in-us/?set=608342>



iusfilosóficas. Desde el punto de vista de la dimensión sociológica en cuanto a las posibilidades de la procreación asistida. Vale tener en cuenta que los repartidores no son siempre los que aparecen en las formalizaciones, y conducciones ocultas, por ejemplo. de grandes empresarios de laboratorios, pueden intervenir en las decisiones de la procreación asistida. También es relevante advertir, por ejemplo, que estas adjudicaciones se extienden mucho más allá de los embriones, sus padres, etc., para adjudicar al fin potencia e impotencia de manera significativa a toda la vida y al universo en su conjunto, v.g., mediante la reprogenética.

Las normatividades pueden tener mayores cargas institucionales (o sea de ideas -y valores- que se realizan en el tiempo) o negociales (con más participación libre de los protagonistas). Así, en el caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto se dará espacio a la institucionalidad tradicional del matrimonio y cuánto se abrirán otros cauces para la generación de la vida. En la ley se habla y se presume que hay una pareja y no una mujer que exige que le donen gametos y financie todo el proceso la obra social y si esta no puede, el Estado.

La procreación asistida pone en cuestión las relaciones entre los valores particulares, como la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, etc. y el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), cuya satisfacción mínima es característica de todo hombre. Hay que lograr que los valores contribuyan entre sí y evitar que unos (utilidad, eficacia, eficiencia) secuestren el espacio correspondiente a los otros (justicia, amor, identidad). Aquí el económico impera sobre todo (porque genera una unidad de producción, pero obliga al sistema a pagar el coste de su producción).

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 análisis económico del Derecho ocupa el lugar central de estudio la respuesta de los destinatarios de las normas ante un cambio jurídico"<sup>12</sup>.

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

<sup>12</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Aportes ...." cit,



y que al fin puede promover la “producción” de vida nueva a los fines de su venta, aunque ahora, creemos que el incremento de este riesgo no es significativo<sup>13</sup>.

Finalmente, el coste para el sistema de salud es muy elevado en cuanto a las consecuencias económicas si este tipo de sentencias se generalizan en su confronte permanente con los derechos humanos (en general), y con el derecho humano a la atención de la salud (en particular), donde se exaltan los desafíos que la utilidad le plantea a la justicia. Desde luego, es tan incomodo preguntarse cuánto cuestan los derechos como imprescindible formularse tal interrogante, sobre todo porque no es cierto que la atención de la salud sea gratuita. En otras palabras: que las personas no paguen para atender su salud, no significa que no haya costos<sup>14</sup>.

Con Elian PREGNO podemos afirmar que no es sostenible un sistema de salud que observe simultáneamente las siguientes tres premisas: a) todas las prácticas-procedimientos-actos-intervenciones, sean diagnósticas, terapéuticas y/o preventivas o autosatisfactivas, que la biotecnología habilita para atender la salud de la población; b) para todas las personas; y, c) en condiciones de gratuidad sea “todo, para todos y gratis”. Por obvio que sea, no es ocioso explicitar que los recursos son escasos, y las necesidades son múltiples, lo cual nos obliga a elegir (teoría de la decisión racional).

A todo esto, se suma que si hay algo que guarda un verdadero comportamiento antistémico en la Argentina, entre otras cosas, es el sistema de salud formado por tres sub-sistemas: (a) el sub-sistema privado; (b) el sub-sistema de la seguridad social: que nuclea a las obras sociales, y (c) el sub-sistema público: operado por el estado (nacional, provincial, municipal) para atender la salud de quienes no cotizan en ninguno de los dos sub-sistemas anteriores.

Para Elián PREGNO la tensión entre utilidad y justicia exige siempre resolver de alguna manera. Conscientes de lo espinoso de la cuestión y de que no todo lo que resulta útil puede estimarse justo, un criterio para adjetivar como justo un curso de acción en materia sanitaria quizá sea la observancia de ciertos niveles de utilidad como plantea el análisis económico del derecho<sup>15</sup>.

Es cierto que no necesariamente la utilidad reclama a la justicia y para PREGNO esta si necesita a aquella; ergo, entre las condiciones de la justicia, presumiblemente, figure la realización de la utilidad, para CIURO CALDANI, una

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> PREGNO, Elian; “Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”, *Revista do Direito sanitario*, São Paulo v.17 n.2, p. 176-186, jul./out. 2016.

<sup>15</sup> Idem



sentencia diversa a la comentada sería exclusivamente un fraccionamiento de la justicia.

En la dimensión normológica hay que tener en cuenta la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales. Por ejemplo, podría calificarse como contrato de donación la relación jurídica que se establece entre el receptor y el dador de gametos cuando no se admite el pago de un precio en dinero. También sería posible calificarla como compraventa, cuando se paga un precio retributivo de "gastos y honorarios". En ambos casos estarían reunidos los elementos esenciales particulares de esos contratos

Si un juez debiera calificar la relación como contrato de donación, luego, aplicaría el régimen legal del mismo y, por ejemplo, podría declarar procedente la revocación de la donación por ingratitud quedando por tanto el donatario obligado a restituir la cosa donada o abonar daños y perjuicios.

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

También existe la necesidad de dar respuestas jurídicas eficaces a los requerimientos de la sociedad. En este sentido una corriente, ampliamente resistida en el derecho comparado, entiende que la solución eficaz a todos los problemas de la biotecnología se brinda con el dictado de leyes especiales, pero estas leyes microsistema, dada su multiplicidad van obteniendo sentencias judiciales como la analizada y van horadando el sistema jurídico, que, como sabemos constituye un todo orgánico y coherente con vocación de completitud.

Actualmente la corriente jurisprudencial como la que estamos analizando abarca estadísticamente el 45 % de las sentencias del fuero correspondiente al Tribunal del fallo bajo análisis, entonces a nuestro entender no se repara en que las contradicciones que están surgiendo rápidamente entre la atribución de derechos y el costo o financiamiento de los mismos para el cual el análisis económico del Derecho brinda herramientas esclarecedoras.

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 Ronald 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 decatlón, deben procurar algunas de esas cosas que otros harían mejor”<sup>16</sup>.

## **2.6 Vinculación del análisis económico del Derecho y el trialismo**

Para el análisis económico del Derecho, el sistema jurídico, especialmente en el sistema del *common law*, está proyectado según las exigencias de la “lógica del mercado”. El mercado tiene en el trialismo una importante puerta de ingreso al pensamiento jurídico ya que los desarrollos trialistas a partir de CIURO CALDANI incorporaron la noción dinámica de oportunidad y también la problemática de la toma de decisiones en la dimensión sociológica del Derecho. A esto último nosotros pretendemos sumarle los conceptos de sincronía y diacronía a la Teoría General del Derecho que permiten analogar la proyección futuriza del análisis económico del Derecho con la noción de justicia “de llegada” para un mundo mejor, diferenciada ya varios lustros atrás por CIURO CALDANI de la justicia “de partida”<sup>17</sup>.

Según el diccionario de la Real Academia Española, 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<sup>18</sup>.

En el panorama tradicional general, los incentivos jurídicos son particularmente relevantes en ramas donde se desea intensificar en especial el logro de un resultado. Esto puede verse particularmente en el Derecho Procesal y el Derecho Comercial, pero también en el Derecho Laboral, el Derecho Tributario, el Derecho Administrativo en muchos sistemas europeos y en el Derecho Civil, como podemos apreciar en el caso analizado.

A través del incentivo, se incrementan la autonomía y la ejemplaridad, que el trialismo privilegia frente a la autoridad y la planificación gubernamental respectivamente, en la dimensión sociológica y mediante el incentivo se pueden lograr normas más exactas y eficientes en la dimensión normológica, ello sin desconocer los riesgos de que la utilidad se arroge el material estimativo de la

<sup>16</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Aportes ....” cit,

<sup>17</sup> Idem

<sup>18</sup> <http://www.rae.es/>



justicia que el trialismo postula en su principio supremo como el marco de libertad necesaria para la personalización del individuo en la dimensión dikelógica.

Otro punto de encuentro es que la Economía en gran parte es teoría de las elecciones y la conducta a la que se refiere el trialismo también es un importante ámbito de elección por la acción repartidora de los hombres. 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 GOLDSCHMIDT uno de los enfoques más significativos para desarrollar la justicia es el método de las variaciones, que consiste en cambiar imaginariamente el caso para reconocer qué es lo significativo en una decisión<sup>19</sup>.

### 3. Conclusión

En el caso analizado para el mercado sería preferible un bebe de diseño<sup>20</sup> a uno "tradicional" con carga cognitiva baja y poca capacidad de consumo futuro<sup>21</sup>. El propósito mercantil de comprar la vida nueva la convierte en mercancía y puede promover esa "producción" de vida nueva a los fines de contratos comerciales de compraventa de óvulos y espermatozoides, locación de vientres, contratos de turismo y hotelería, locación de servicios de médicos, clínicas, laboratorios, técnicos, abogados, enfermeros y personal sanitario en general y largos etcétera<sup>22</sup>.

Frente a ello CIURO CALDANI postula un fondo de rescate a la vida nueva en referencia a que muchas culturas, especialmente la occidental, tienen en gran

<sup>19</sup> GOLDSCHMIDT, Werner; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*. Madrid, Aguilar, 1958.

<sup>20</sup> Según la tesis de que la Metafísica surge del modelo produccionista de usar las cosas -entes-(prágmata) que forman parte de mi "hacienda" -presencia, sustancia- (ousia) y nombrarlas como yo uso, las cosas que me sirven para hacer algo (enseres), el diseño de la propia especie a través del manejo del genoma, sería la consagración más audaz del titan benefactor Prometeo.

<sup>21</sup> 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. *Vide* BUICAN, Denis, "Historia de la Biología", trad. José Luis Checa Cremades, Madrid, Acento, 1995; El Club de los Caminantes, El sistema reproductivo humano, <http://caminantes.metropoliglobal.com/web/biologia/reproduccion.htm>; Ciencia Hoy, Volumen 4, Nº 21, Clasismo y diversidad biológica, Juan J. MARRONE y otros, <http://www.cienciahoy.retina.ar/hoy21/cladismo.htm>.

<sup>22</sup> En análogo parangón con la conversión capitalista del mundo en mercancía sostenida por Marx y Engels.



valor a la vida humana nueva como lo evidencia incluso la referencia a la Navidad<sup>23</sup>.

Si bien su importancia sociológica y biológica parece evidente, 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, v.g. la asignación universal por hijo (AUH) en Argentina conduce a la “plusmodelación” fáctica de ésta, que puede ser eficiente para evitar no solo la minusmodelación sino la sustitución conceptual y fáctica de las prácticas abortistas y del gran negocio articulado en torno a ella<sup>24</sup>.

La vida humana nueva es para el trialismo un objeto repartible valioso - objeto “repartidero” que “merece” ser repartido- al que importa “rescatar” pese a que desde el punto de vista de un análisis económico resulte un desincentivo, en última instancia, es mejor la “plusmodelación” de salvar la vida nueva pagando a los padres “abandónicos” que dejar un espacio incontrolable al filicidio<sup>25</sup>.

Lo fundamental no es la represión jurídica de la culpa de los progenitores irresponsables, sino salvar la vida del hijo con, v.g. la generación de un fondo de incentivo económico para el rescate de la vida nueva, que es viable e importante, incluso, si es necesario, “comprando” la vida para salvarla como “unidad de producción” y volcar así un consumidor más al mercado de productos de todo tipo y a futuro no solo primarios.

#### **4. Referencias bibliográficas**

##### **4.1 Bibliografía**

BANCHIO, Pablo; “Aproximaciones Bioéticas a las Respuestas Jurídicas sobre las técnicas de reproducción humana asistida”. *Ratio Iuris* V(2), pp. 115-166.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Aportes de Análisis Económico del Derecho para la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, (Con especial referencia a la formación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva)”, *Investigación y Docencia*, ps. 21-ss.

<sup>23</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Aportes ...” cit.

<sup>24</sup> International Planned Parenthood, la multinacional del aborto más grande del mundo, <https://avemariaradio.net/planned-parenthoods-fetal-body-part-trafficking-a-resource-page/>

<sup>25</sup> El incentivo para el nacimiento es afín a la discriminación inversa reclamada por las actuales tendencias de los derechos humanos. *Vide* La discriminación inversa o discriminación positiva, <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh235.htm> en CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Aportes ... cit.



RIFKIN, Jeremy; *El siglo de la biotecnología. El comercio genético y el nacimiento de un mundo feliz*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 117-ss.

LIPOVETSKY, Giles; *La felicidad paradójica: Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*. Barcelona, Anagrama, 2006.

DEBORD; Guy; *La sociedad del espectáculo (La société du spectacle)*. Ediciones La Flor, Buenos Aires, 1974.

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

PREGNO, Elian; “Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”, *Revista do Direito sanitario*, São Paulo v.17 n.2, p. 176-186, jul./out. 2016.

#### **4.2 Fuentes de información**

<http://www.timesofisrael.com/sperminator-ari-nagel-spreads-more-seed-on-recent-israel-visit/>.

[http://www.huffingtonpost.com/entry/surrogacy-ukraine-russia-georgia-czech-republic\\_us\\_595fa776e4b02e9bdb0c\\_2b47?q76](http://www.huffingtonpost.com/entry/surrogacy-ukraine-russia-georgia-czech-republic_us_595fa776e4b02e9bdb0c_2b47?q76)

<http://www.jornadas2012.samct.org.ar/pdf/TestigosJehova.pdf>

<https://www.technologyreview.com/s/608350/first-human-embryos-edited-in-us/?set=608342>

<http://www.rae.es/>

<https://avemariaradio.net/planned-parenthoods-fetal-body-part-trafficking-a-resource-page/>

<http://www.ipeala.es/DDHH/ddhh235.html>

### **C. Fallo del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza**

#### **1. Hechos**

El tratamiento conjetural del futuro fallo del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza es efectuado a partir del artículo “Tiene síndrome de Down y quiere donar un riñón a su hermano” del Diario Los Andes, Mendoza, sábado, 23 de abril de 2016.

En él cuenta que Alfredo tiene un hermano, Jorge (60), su único familiar, quien tiene síndrome de Down y se contempló la posibilidad de que fuera él



quién le donara un riñón a Alfredo. Jorge ha manifestado su consentimiento pero para avanzar ambos requieren el aval de la Justicia, y fue justamente allí donde el Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza durante un año de tramitación tiene a Alfredo con su vida pendiendo de un hilo y a Jorge con su futuro en vilo, lo que han hecho que el Diario Los Andes de Mendoza, haya tratado la cuestión en su edición impresa del sábado, 23 de abril de 2016 con los pormenores que pueden leerse en esa edición<sup>26</sup> y que más o menos repite el Diario La Nación de Buenos Aires<sup>27</sup>.

## 2. Análisis del caso

Como hipotética solución al caso en análisis corresponder situarlo efectivamente -como sostiene el artículo en tratamiento- dentro del contexto de los cambios en que se encuentra el Derecho, todavía en los prolegómenos de la globalización.

El mundo jurídico (Goldschmidt, 1985), tanto en la perspectiva "contemporánea en sentido estricto", como en la actual "posmoderna", presenta una estructura jerárquica de las dimensiones que lo componen y conforma un sistema cerrado y autosuficiente. Nada hay que sea derecho fuera del sistema y todo lo que integra el sistema es derecho (Grun, 1995).

En la perspectiva posmoderna, es visto como un sistema abierto donde las diferencias, según el modelo jurídico que se adopte, resultan importantes no sólo respecto de la conceptualización ontológica del Derecho, sino también y principalmente, por las consecuencias que se siguen de la elección.

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 jurídica (Banchio, 2009).

Sin embargo la concepción del derecho como un sistema cerrado y estático es inconveniente para manejarse en la compleja realidad social de nuestros días, debiendo avanzar la disciplina en la consagración de la complejidad pura con la

<sup>26</sup> <http://www.losandes.com.ar/article/tiene-sindrome-de-down-y-quiere-donar-un-rinon-a-su-hermano>

<sup>27</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1893864-tiene-sindrome-de-down-y-quiere-donarle-un-rinon-a-su-hermano>



que consideramos el mundo, superadora de la conceptualización "atrapada" en el pasado de una simplicidad pura basada en la estructura jerárquica de la dimensión normológica, pero que es, como hoy, debe resolverse la cuestión *sub lité*.

"Casos difíciles" como el que se presenta en estudio, ayudan a esa comprensión ya que se ve cabalmente que para la solución del problema se necesitan "respuestas jurídicas" como soluciones a la existencia actual intensamente problemática del cambio histórico, y a las categorías dinámica tanto sociales como dikelógicas, ya que la nueva era presenta una impactante ruptura de la lógica y una gran conmoción del complejo de valores que se relaciona de modo profundo con la caracterización de este tiempo de la razón y de la cultura débiles (Vattimo, 1990) ya que caso comienzan a reinar nuevas manifestaciones de la lógica y la axiología de la vida humana, en cuanto a su evolución, desarrollo y duración (Ciuro Caldani, 2007), que se manifiestan en el presente caso.

De esta perspectiva, triplemente considerada, según esas dimensiones, se presenta la siguiente problemática.

La dimensión nomológica, indicaría mantener la vigencia extra temporal de la declaración de insania de Jorge, jurídicamente incapaz, cuando la nueva normativa civil ha cambiado sus conceptos y que esa calificación legal anterior a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26994), le impida, según la ley de Trasplantes (Ley 24193, actualizada por Ley 26066 y 25281), la donación del riñón a su hermano al ser persona incapaz y a favor de quien es precisamente su curador,

La razón de esa fuente formal es que, una persona, con esa declaración legal carece de la capacidad para expresar su voluntad y por ende se encuentra disminuida en su carácter jurídico para afrontar las imputaciones normativas que lo rodean. Para ello se lo declara insano y se le designa una persona capaz, tutor o curador, al que se traslada el poder de decisión y voluntad, del que el discapacitado ha sido privado, en resguardo a su protección jurídica y sus intereses.

En tal carácter, se encuentra privado de autorizar el trasplante, según la ley y paradójicamente, como señalamos, a favor de quien, si pudiera decidir por él que es Alfredo, su tutor legal.

Desde la dimensión sociológica, señala también la crónica, efectivamente se produjo el cambio de paradigma que ha ocurrido a nivel jurídico en cuanto al



concepto de persona con discapacidad ya que el nuevo Código Civil argentino adapta el país a normativas internacionales, que curiosamente, también tienen reconocimiento en la dimensión nomológica anterior, ya que la nueva concepción social va de la mano de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad (de 2006), que fue aprobada por Argentina en 2008 y tiene jerarquía constitucional desde 2014.

En este sentido se plantea que para ejercer sus derechos de manera jurídica y, de hecho, es decir la misma persona, nadie puede decidir por ella y que para tomar decisiones puede requerir apoyos de diferente intensidad, con información suministrada en sus propios términos, de manera tal que la comprenda y como textual señala Jorge “me lo han explicado un montón de veces y aseguró querer hacerlo” (*sic*).

Aplicando las categorías dinámica y estática sociales a las relaciones cambiantes entre los valores se podría apreciar un criterio utilitarista y protectorio de la realización del trasplante a favor de Alfredo, que el Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza debe conciliar con la seguridad, tanto de los profesionales médicos intervenientes, como de las instituciones involucradas, entre ellos, además de la Universidad, la Segunda Asesoría de Menores e Incapaces del Juzgado de Familia.

En el aspecto dinámico de su funcionamiento (Goldschmidt, 1987), están en juego por ello, tres valores diferentes en relación de contribución o coadyuvancia con justicia, vida y salud. Esos valores son utilidad por cuanto la vida de Alfredo “pende de un hilo”, el valor tuitivo protección en cuanto al futuro de Jorge que se encuentra en vilo frente al situación anterior y el valor seguridad para evitar la comisión de actos quirúrgicos ilícitos y parojojalmente también para evitar la sustitución (legítima) por oposición utilitarista ya que Jorge depende de Alfredo afectiva y también económica.

Queda, planteado esto en las dimensiones analizadas, pasar a la dimensión dikelógica, donde se toma en cuenta el orden de valores que en derecho es la justicia y que aquí además del anterior se encuentran vida y salud. Vida de Alfredo y salud de Jorge, pero también salud en cuanto a calidad de Alfredo y vida de Jorge también en cuanto a calidad de la misma.

Si Jorge efectivamente posee cierta capacidad de abstracción porque terminó la primaria, lee el diario, escribe, dibuja (“Sé leer, escribir y dibujar”) y es encuadernador, puede analizar más allá de lo afectivo, con cierta abstracción temporal de futuro como sería la situación que se presentaría viviendo con un



solo riñón luego de practicada la ablación a favor de su hermano, que a su vez ya realizó las pruebas de histocompatibilidad, con el resultado del 100%, uno de cada cuatro casos.

Aun cuando se puede vivir una vida normal y saludable después de *donar* un riñón, existen riesgos involucrados, que el Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza debe tener en cuenta para tutelar los intereses del incapaz y perfeccionar el consentimiento que al menos liminarmente puede prestar Jorge para asegurar el valor seguridad ya que materialmente ha manifestado su voluntad de donar (“y aseguró querer hacerlo”), pero el Derecho efectivamente debe velar por su libre, voluntaria y discernida declaración de voluntad para producir la consecuencia jurídica de su decisión.

Aquí se presenta una ruptura de la lógica de los antecedentes y si se considera que los valores vida salud y justicia valoran tanto el régimen social como el ordenamiento normativo esta revolución axial que presenta la posmodernidad y sus variantes menores que conlleva al Derecho, se produce una ruptura de la consistencia axiológica (Ciuro Caldani, 2007).

### **3. Conclusión**

El ordenamiento normativo caracterizado *supra* como un sistema (característico de la contemporaneidad en sentido estricto) y el funcionamiento de las normas de un sistema material debe integrar sus lagunas, teniendo en cuenta, en este tiempo actual de cambio de valores y de normas, el ingreso de múltiples consideraciones de justicia y donde el mismo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 4 de Mendoza está obligado a “llenar” las lagunas, en este caso axiológicas que se presentan frente al cambio de interpretación histórica de las normas contrapuestas por la reforma de la normativa civil y los valores en juego en decisión *sub lite*.

La primera tarea de funcionamiento de la norma es el “reconocimiento” y no habría lagunas puesto que hay normas (ley de trasplantes), pero las segunda, es la “interpretación” y aquí podría verse una diferencia literal e histórica adecuada a los cambios sufridos en la concepción jurídico-teorica de la “discapacidad” y se produce la laguna axiológica que debe ser llenada.

La demora de un año, comentada en el artículo, es porque el sistema jurídico está obligado a dar la “audiencia”, a todos los interesados y tomar las precauciones necesarias, como esperar el informe de realizado por el Ministerio



de Justicia a través del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (Adajus)<sup>28</sup>, a favor de tutelar los intereses de Jorge, para en este caso autointegrar el sistema con las propias normas interpretadas de manera acorde al cambio de valores y a los que están presentes en este caso (vida, salud, teniendo en cuenta que la solución justa al caso es una sola.

En la contraposición de valores, justicia y vida, hay que inclinarse por el segundo, que si bien no es un valor absoluto en el Derecho si lo es el principio supremo de justicia que consagra, de manera un tanto dogmática, la esfera de libertad necesaria para que todo individuo se convierta en persona que es lo que ha manifestado Jorge cuando afirma "Mi hermano es muy bueno conmigo, me acompaña a la cancha a ver a Godoy Cruz".

Para lograrlo hay que tomar el enfoque sincrónico de la justicia, que debe integrarse con el dinamismo de una comprensión diacrónica (que lleva a demorar un año), respecto de la partida y la llegada y también del trámite (Ciuro Caldani, 2007).

Con las categorías sincrónicas de justicia (partida, llegada y trámite) en la situación actual (de partida) la aceptación del trasplante, como dicen las autoridades de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Cuyo "sin ir mas allá" -hasta ahí es construcción del hombre- porque la justicia de llegada que hay que adoptar es cada vez más la construcción de un mundo mejor y, de una realidad que se formará en creciente dependencia de la voluntad humana (Ciuro Caldani, 1989). Y el juez civil del caso debe aplicar la justicia, también sincrónica de la corrección.

Ahora, que el fin del hombre puede ser obra humana, y que el podemos cambiar con alcances asombrosos las realidades básicas, el interés por la justicia de llegada es más urgente y ha de ser mayor cada vez en Derecho porque permitiendo el trasplante la justicia será la construcción de un mundo mejor en el que Jorge y su hermano Alfredo puedan vivir plenamente como personas fraterna, emocional y vitalmente unidas

<sup>28</sup> [https://www.clarin.com/sociedad/historia-Jorge-Alfredo-Gandur\\_0\\_Bk1ot35L.html](https://www.clarin.com/sociedad/historia-Jorge-Alfredo-Gandur_0_Bk1ot35L.html)



## 4. Referencias bibliográficas

### 4.1 Bibliografía

- Banchio, P. (2009). "Desarrollos metodológicos trialistas", *Revista Doctrina Jurídica*. Buenos Aires, Año I, n° 2-3, ps. 3-27.
- Ciuro Caldani, M. A. (2007). *Metodología dikelógica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro Caldani, M. A. (1989). "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", *El Derecho*, t. 123, ps. 715- ss.
- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho* (6° ed., 5° reimpr.). Buenos Aires: Depalma.
- Grün, E. (1995). "Una visión sistémica y cibernetica del derecho". Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vattimo, G. (1990). *El fin de la modernidad* (Trad. Alberto L Bixio) (3°ed.). Barcelona: Gedisa.

### 4.2 Fuentes de información

- <http://www.losandes.com.ar/article/tiene-sindrome-de-down-y-quiere-donar-un-rinon-a-su-hermano> .
- <http://www.lanacion.com.ar/1893864-tiene-sindrome-de-down-y-quiere-donarle-un-rinon-a-su-hermano> .
- [https://www.clarin.com/sociedad/historia-Jorge-Alfredo-Gandur\\_0\\_Bk1ot35L.html](https://www.clarin.com/sociedad/historia-Jorge-Alfredo-Gandur_0_Bk1ot35L.html) .