

Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Ed.)

Abducción, prueba y género en la argumentación judicial



bubok
EDITORIAL

Abducción, prueba y género en la argumentación judicial

PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ
(Ed.)

Actas del III Encuentro Internacional sobre razonamiento jurídico y administración de justicia

Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

Abril de 2013

Director Académico: Mario Alberto Portela

Coordinadoras: Paula Muniagurria y Andrea Zarini

Comité Académico:

Juan Antonio García Amado (*Universidad de León, España*)

Gianfranco Ferrari (*Università Degli Studi di Trento, Italia*)

Mario Alberto Portela (*Universidad de Mar del Plata, Argentina*)

Juan Igartua (*Universidad del País Vasco, España*)

Pablo Raúl Bonorino Ramírez (*Universidad de Vigo, España*)

Financiado por el Proyecto de Investigación MICINN y FEDER

DER2010-19897-C02-01/02

www.razonamientojuridico.es

Ayudas a Grupos de Investigación de Potencial Crecimiento

Xunta de Galicia - GPC2013-002

© 2014 Bubok Publishing S.L.

2ª edición

ISBN: 978-84-686-4953-5

Impreso en España / Printed in Spain

Impreso por Bubok

TABLA DE CONTENIDOS

1. ABDUCCIÓN Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO Pablo Raúl Bonorino Ramírez	9
2. LA IMPORTANCIA DEL INTÉRPRETE EN LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Marcela Benavidez	19
3. ¿SERÍA INJURIOSO SI ALGUIEN DIJERA QUE ESTE JUEZ ES UN PREVARICADOR? Juan Antonio García Amado	35
4. ARGENTINA: EFECTO CONTAGIO-IMITACIÓN EN LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN Martina Garra	45
5. RESPUESTA JUDICIAL ANTE LA CRIOCONSERVACIÓN DE CÉLULAS MADRES PROVENIENTES DEL CORDÓN UMBILICAL EN ARGENTINA Ofelia Cecilia Garrido	55
6. EL USO INTERESADO DE LA HOMOSEXUALIDAD POR PARTE DEL ESTADO María Concepción Gimeno Presa	69

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LAS DECISIONES JUDICIALES José Agustín González-Ares Fernández	79
8. COMORIENCIA Y PREMORIENCIA: PROBLEMAS SUSTANTIVOS Y PROBATORIOS Pilar Gutiérrez Santiago	95
9. DECISIÓN JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: VIOLENCIA SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS Paula Susana Muniagurria	121
10. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN CASATORIA Andrea Verónica Zarini	133
11. EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Mario Alberto Portela	155

ABDUCCIÓN Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO¹

Pablo Raúl Bonorino Ramírez

Profesor Titular de Universidad, Universidad de Vigo (ESPAÑA)
bonorino@uvigo.es

La relevancia de la abducción para comprender la actividad probatoria en el derecho no pasa por ofrecer criterios de corrección en el plano de los argumentos que se utilizan para conectar las evidencias con las afirmaciones jurídicamente relevantes. La abducción, entendida como el procedimiento capaz de generar nuevo conocimiento a través de la formulación y evaluación de conjeturas, es un procedimiento inferencial, no un tipo de inferencia. La actividad probatoria es amplia y compleja, e incluye momentos discursivos –los más importantes son los de tipo argumentativo–. Entre ellos resaltan el momento de decidir sobre la verdad o falsedad de las hipótesis fácticas y el momento de justificar esa decisión. Al justificarla el juez construye “argumentos probatorios” que se pueden controlar lógicamente según su naturaleza (deductiva o inductiva). La pregunta es si en la actividad de valorar las pruebas el juez puede hacer algo más que controlar los argumentos probatorios que le proponen las partes y el cumplimiento de las normas procesales en la incorporación de las evidencias. La hipótesis que defiende en esta ponencia es que sí, ya que también podría controlar el procedimiento abductivo que se desarrolló durante el proceso (llegando incluso en su escrutinio a las fases pre-procesales). Tener criterios racionales para valorar este procedimiento es importante, porque la evaluación de las abducciones –propias y de las partes– puede ser un factor que aporte un elemento independiente de la evaluación de los argumentos probatorios y del control del ingreso de la información al proceso.

El profesor Rafael Hernández Marín, durante las discusiones llevadas a cabo en el *Workshop Internacional sobre Razonamiento abductivo y decisión judicial* (Universidad de León, enero de 2013), hizo un esquema en la pizarra en la que dejó constancia que los argumentos probatorios son formaciones discursivas que pueden consistir en cadenas (o árboles como el prefiere llamarlas) de argumentos. Llamó premisas iniciales a las que no son conclusiones de otros argumentos. Con esto creyó zanjar alguna de las cuestiones debatidas. Pero no fue explícito al respecto: debemos abducir cuál habrá sido su intención al

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN y FEDER titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

hacerlo. Creo que al mostrar que en ese esquema no hay lugar para otra cosa que para enunciados y relaciones de inferencia, sostuvo que al renunciar a considerar a la abducción como un tipo de inferencia capaz de ocupar un espacio en esa cadena hay que concluir la futilidad de su estudio para comprender el razonamiento probatorio de un juez. Ahora bien, si las partes realizan abducciones –y logramos diferenciarla de la actividad argumentativa– y también proponen argumentos inductivos y deductivos en algún momento de ella –el momento justificatorio–, ¿no es razonable pensar que el juez debe ser capaz de evaluar tanto la abducción como la argumentación probatoria? ¿No es razonable pensar que dicha evaluación forma parte de la valoración de la prueba?

Tomemos un ejemplo de otro dominio de conocimiento. Si aceptamos la explicación del holocausto que ofrece Bauman (1997), por analogía o inducción los judíos europeos no podían pensar la posibilidad del exterminio (porque nunca antes había ocurrido), lo que los llevó a colaborar con las autoridades nazis. Los nazis construyeron un sistema en el que las opciones para decidir qué hacer llevaban irremediablemente a considerar que la única opción racional era la que, de hecho, hacía que las víctimas colaboraran con su propio exterminio. Es un caso claro de abducción manipuladora². Frente a ella, ¿tiene sentido evaluar únicamente los argumentos justificatorios que podrían dar las víctimas para colaborar? O mejor aún, ¿al evaluar esas justificaciones, no deberíamos evaluar también las abducciones realizadas y de esa manera introducir en el análisis la manipulación Nazi? Podríamos acercarnos aún más al ámbito jurídico si pensamos el problema desde el punto de vista de un órgano institucional judío y no desde un individuo. En ese momento se debió “decidir” sobre las opciones teniendo en cuenta las evidencias y lo que a partir de ellas se podía justificar como “conocimiento”. Es innegable que considerar la manipulación Nazi de su procedimiento abductivo a través de la manipulación de las conjeturas disponibles resulta indispensable para lograr una cabal comprensión de las decisiones adoptadas³. Pienso que los ejemplos tomados de las disputas sobre el pasado son los más afines a los problemas de conocimiento en un proceso judicial. Por eso la disputa posterior con los negacionistas del holocausto puede también ser fuente de inspiración o de evidencia para nuestro debate⁴. La analogía con el médico o el científico es menos importante que la analogía con el historiador. En todos los casos hay que ver si las cosas en común son más relevantes que las cosas que los separan, pues ahí se juega la suerte de la analogía. Y luego en que

² Lorenzo Magnani llama “abducción manipuladora” a aquella que consiste en “manipular las observaciones para obtener nuevos datos y construir ‘activamente’ experimentos” (cf. Magnani 2001). Este tipo de prácticas es muy popular en la literatura y el cine judicial, cuando a partir de simular ciertos hechos –guiados por una conjetura sobre el comportamiento del sospechoso– el fiscal/defensor/investigador logra reacciones que permiten corroborar alguna de sus hipótesis, como si tratara de un experimento controlado. El caso de los Nazis sería un ejemplo espeluznante de abducción manipuladora exitosa.

³ En la primera temporada de la serie televisiva *The Twilight Zone*, en el capítulo titulado “The Monsters Are Due in Marple Street”, los alienígenas hacen una abducción manipuladora sumamente exitosa –la contrastan y se van a otro sitio a hacer las cosas mejor–. Los nazis, para volver al holocausto, no concibieron el exterminio deductivamente ni inductivamente: lo desarrollaron de forma abductiva. Ver el documental y el libro sobre Auschwitz de Laurence Rees (2005), como las hipótesis se testan y se cambian a medida que se obtiene más información.

⁴ Ver el capítulo que dedica Michael Shermer al tema (Shermer 2008).

aspectos nos interesa proyectar lo que allí ocurre al campo del derecho⁵.

Se podrían establecer algunos criterios de corrección en ese sentido. Por ejemplo, un criterio que invite a evitar el llamado “anclaje” en las primeras impresiones. Esta falencia del razonamiento consiste fijar las creencias en las primeras observaciones y datos y, sobre todo, en las primeras conjeturas que realizamos para explicarlos. Una vecina ve llegar a la joven que vive en la casa de al lado con un hombre distinto a su novio y se da cuenta que el hombre ha pasado la noche en su casa cuando lo ve salir al otro día a primera hora de la mañana. Su primera hipótesis es que la chica ha engañado a su novio. Esa tarde en el parque comenzará su conversación en el parque diciendo lo indecente (seguramente no será esta la expresión literal que utilizará) que es la joven, porque le consta que engaña a su novio de manera descarada. Ya nunca más volverá a revisar sus creencias, meses después, si le preguntan por la joven, seguirá afirmando lo mismo sin inmutarse y agregando como evidencia “que ella lo vio con sus propios ojos”. El “anclaje” le pudo haber impedido, por ejemplo, conocer al hermano de su joven vecina o conectar la visita del hombre con el incendio que esa tarde destruyó tres pisos en el centro de la ciudad en la que vive (cf. Bunge 2012: 82).

Pero el contexto es fundamental para evaluar las abducciones. Lo que puede ser malo en algunos puede no serlo en otros. Hemos dicho: el anclaje en las primeras conjeturas es un criterio que permite identificar una mala abducción. ¿Pero lo es en todos los contextos en los que es necesario abducir? ¿Es generalizable a todos los contextos y situaciones abductivas? Incluso esta indicación sumamente débil no lo es: un médico en urgencias debe hacer una conjetura rápidamente, a partir de las primeras impresiones, y tomar las decisiones sobre como tratar al paciente. Esas primeras decisiones es razonable que se tomen sin dilación y por lo tanto mediante abducciones que -si el caso no es urgente- no serían aceptables por no estar corroboradas con evidencia independiente de la que le dio origen y sin considerar otras hipótesis alternativas.

Debemos estar atentos a dos frentes (a) mostrar que tiene sentido hablar de abducción en historia, medicina, derecho, y (b) mostrar que tiene relevancia para quienes analizan el problema de la justificación judicial. Para esto último es importante poder poner ejemplos reales tomados de sentencias judiciales –tal como haré al final de esta ponencia con el *Caso Contador*–.

La etapa de la justificación (discursiva y argumentativa) forma parte del procedimiento abductivo. Si no se pueden encontrar buenas razones (acordes con las exigencias del contexto del que se trate) esa puede ser una buena razón para reconsiderar la conjetura que llevó hasta ahí y cambiarla/ajustarla/abandonarla. En el *Caso Contador* insinuaré que posiblemente es fundamental para comprender la justificación que se adoptó no solamente considerar los argumentos que se construyeron o

⁵ Esto se puede apreciar en el obrar del Dr. House, por ejemplo, otro personaje que abduce para vivir (ver Irwin, y Jacoby (eds.) 2009). Sobre el personaje histórico sobre el que se basa el personaje, famoso por sus capacidades abductivas, ver Roueché 2011.

se pudieron construir en la sentencia según las reglas procesales –sino también la conjetura que los miembros del tribunal hicieron sobre los tres escenarios que se podían desarrollar si adoptaban las distintas hipótesis enfrentadas: impunidad, castigo y descrédito, y castigo sin descrédito–. Al no existir razones de peso suficientes para decantar claramente la adopción de alguna de las hipótesis pudieron tener en cuenta ese otro nivel abductivo.

¿Qué hacemos los filósofos del derecho frente a la actividad judicial? No la describimos, hacemos reconstrucciones racionales que nos permiten (a) comprenderla mejor, (b) explicitar criterios con los que poder valorar dicha práctica judicial. Nuestros enunciados describen o prescriben. Tiene razón Dworkin cuando afirma que no tiene sentido plantearse la discusión términos dicotómicos absolutos y la distinción ni es tan tajante ni es tan relevante como para hacerla la piedra de toque en el debate filosófico (Dworkin 1982). Lo mismo pasa con el contexto de descubrimiento y de justificación –útil distinción pero solo para algunas cosas–. No puede ser el corsé de nuestros argumentos epistemológicos (cf. Mazzarese 1995). La abducción recorre actividades que se encuentran ambos lados de esa frontera, porque si no se logra una buena justificación se debe reconsiderar todo el camino recorrido hasta ese momento –que es un elemento más en la lógica del descubrimiento–.

El análisis de la lógica de los problemas y de la formulación de problemas también es importante – porque es otra actividad mas que se hace al abducir–. Decía el profesor Ricardo Gómez que si aceptamos la formulación del problema de otro filósofo ya estamos casi entregados –si el filósofo es bueno– a aceptar la respuesta que nos ofrece, porque el rango de las hipótesis que se pueden aceptar como respuestas posibles está determinada por la propia formulación del problema –así como los conceptos para explicar y comprender la situación también lo están–. Por eso nos decía que no hay que aceptar el problema sin más, sino que en muchos casos la labor del filósofo consiste en discutir la formulación de los problemas, redefinirlos y a partir de ahí desarrollar nuestras posiciones. Algo similar ocurre en el caso del abducción.

La abducción nos ofrece una herramienta para explicar muchas actividades en el derecho. La interpretación, la prueba, la justificación de sentencias judiciales, la investigación policial o fiscal o del juez de instrucción, la postulación de principios (en sitios como EEUU donde no están recogidos constitucionalmente) o su conformación allí donde solo se mencionan pero luego hay que darles contenido (Europa) o aplicarlos (la ponderación, por ejemplo, se puede considerar una etapa del procedimiento abductivo en el que pretende terminar con la formulación de un contenido determinado para un principio (dogmática jurídica) o en la tarea más amplia de formularlo para resolver un caso con él (actividad jurisdiccional). La clasificación que propone Tuzet puede ser útil en ese tema, porque también la labor del dogmático o científico del derecho puede ser reconstruida como un procedimiento abductivo⁶. La tarea de

⁶ Ver Tuzet 2006.

debatir sobre políticas legislativas futuras (aquí podría entrar el tema del cambio climático⁷, por ejemplo,) sean sobre cuestiones no legisladas o sobre cuestiones legisladas de una manera que se considera defectuosa, también se pueden entender como un procedimiento abductivo. Y comprenderlo a partir de esta reconstrucción sirve para llamar la atención sobre ciertos aspectos que van más allá de la valoración de los argumentos formulados. Para discutir hay que considerar un contexto más amplio, que incluye la formulación de conjeturas y problemas y su confirmación y refutación, además de su justificación mediante argumentos expresados en un discurso argumentativo.

Es muy difícil encontrar ejemplos tomados de fallos reales que permitan poner a prueba nuestras afirmaciones teóricas sobre el razonamiento jurídico, y en particular sobre la abducción. Por eso proliferan los experimentos mentales y los ejemplos hipotéticos. Pero en esta ocasión hemos dado con un fallo que se ajusta a una caracterización de la abducción como procedimiento probatorio (y no como conjunto de argumentos justificatorios). Se trata del laudo arbitral en la que el Tribunal Arbitral del Deporte decidió sancionar al ciclista Alberto Contador luego de que se hallarán trazas de sustancias prohibidas en su orina⁸. El caso recibió mucha atención en los medios de comunicación y generó cierta intoxicación informativa. Muy pocos analistas prestaron atención a la sentencia –en parte porque sus casi cien páginas en inglés, plagadas de argumentos y tecnicismos, no admitían un tratamiento rápido y atractivo para el gran público–. Pero su impacto mediático nos permite acceder a información sobre el proceso y las actividades de las partes y de los decisores que no suelen estar disponibles más que para los principales protagonistas en otro tipo de procesos.

Las normas del dopaje en el ciclismo determinan que, hallados restos de sustancias prohibidas en las muestras de orina de un deportista y habiéndose practicado las pruebas y contrapruebas correspondientes, se debe imponer un sanción. Esta sanción puede ser suspendida si el atleta logra demostrar que la forma en la que sustancia se incorporó a su cuerpo no se debió a una falta o negligencia de su parte. En los medios de comunicación se presentó el caso como una siniestra inversión de la carga de la prueba, en la que se obligaba al deportista a probar un hecho negativo. Pero el caso muestra que es el organismo sancionador quién tiene que probar de forma fehaciente que el deportista tenía en su cuerpo sustancias prohibidas –es lo que hizo mediante las pruebas antidopaje, con su sistema de doble muestra y de doble análisis–. En ambos casos quedo demostrado que Contador tenía una baja concentración de clenbuterol en su orina, lo que sería razón suficiente para que se le impusiera una sanción deportiva. Las normas del deporte no exigen nada más como condición de aplicación de las sanciones correspondientes –

⁷ La ética y la justicia del cambio climático puede ser un interesante objeto de reflexión por ser un área en el que podemos apreciar la génesis de principios y legislación casi en tiempo real. Es un problema fundamental pero que ha sido asumido como tal sólo de forma reciente. Se podría apelar a la abducción de manera diversa (a) para someter a prueba las posiciones y propuestas, (b) para hacer propuestas razonadas en el terreno del campo climático mediante inferencias abductivas lo mejor posibles –siendo conscientes de su carácter abductivo–, etc. Sobre el tema ver Gardiner y otros (eds.) 2010.

⁸La sentencia se puede descargar íntegra en <<http://dl.dropboxusercontent.com/u/55837108/SentenciaContador20120206.pdf>>, consultada el 18 de julio de 2013.

ni estados mentales, ni mejoras en el rendimiento deportivo, ni cantidades determinadas-. La sola presencia detectable de sustancias prohibidas en el cuerpo del atleta lo hacen susceptible de ser sancionado. La afirmación “Alberto Contador tenía escasos restos de clenbuterol en su cuerpo” encuentra fundamento en un procedimiento abductivo impecable: se toman dos muestras de orina, se realiza una prueba en una de ellas, se obtiene un primer dato, pero no se acepta la conjetura sin más, sino que se plantea la hipótesis de que puede ser una contaminación posterior durante el proceso de medición, para ponerla a prueba se envía a analizar la segunda muestra en otro laboratorio y con los datos obtenidos se descarta la hipótesis de la contaminación de la muestra y se acepta la primera conjetura por considerarla la más cercana a la verdad. Las inferencias que se realizan desde la muestra a los resultados y de ahí a la conjetura de la existencia de la sustancia en la muestra pueden considerarse abducciones hipercodificadas –están apoyadas en argumentos deductivos o inductivos muy fuertes–⁹. Los mecanismos de detección y las evaluaciones realizadas se apoyan en conocimientos científicos asentados, lo que permite reducir el grado de incerteza de la conjetura a mínimos. Esto explica que una vez terminada esta primera etapa abductiva ninguno de los interesados haya cuestionado la verdad de la afirmación, sino que hayan dirigido el debate hacia otra cuestión.

Las normas de dopaje autorizan al deportista que tuviera restos de sustancias prohibidas en su sangre durante la competición a solicitar que se suspenda la sanción establecida para esos casos. Para ello deberá demostrar que no fue por una falta o una negligencia de su parte que la sustancia llegó al interior de su cuerpo. Aquí la carga de la prueba es de quién aboga por la suspensión de la sanción, y es su obligación legítima probar (a) cómo llegó la sustancia a su cuerpo, y (b) que esa vía de acceso no implicó falta o negligencia de su parte. Estamos ante un escenario probatorio muy específico, pero fácilmente generalizable. Hay afirmaciones con elementos empíricos e intencionales cuya verdad deberá ser justificada ante el órgano que debe decidir si corresponde suspender la sanción o si debe ser aplicada.

La primera autoridad que debió juzgar si correspondía la aplicación de una sanción fue el *Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva* (en adelante CNCDD) de la *Real Federación Española de Ciclismo* (en adelante RFEC). El 25 de enero de 2011 propuso un año de suspensión (reducción a la mitad de la sanción establecida en el reglamento) por considerar que la sustancia no ingresó en el cuerpo por culpa o negligencia del atleta, decisión que el atleta rechazó el 7 de febrero de 2011 reclamando la suspensión total de la sanción. El 14 de febrero el CNCDD tomó la decisión de exonerar a Contador de la sanción. La motivación de esa decisión se puede resumir como sigue:

⁹ Umberto Eco llama abducciones hipercodificadas a aquellas que se apoyan en argumentos que pueden considerarse deducciones (cuando ciertos condicionales dejan de interpretarse como tales y pasan a ser considerados como bicondicionales, lo que ocurre sólo en cierto tipo de abducciones, como la que lleva de ver una huella en el barro a conjeturar que algo con peso y que tenía las terminaciones inferiores con la forma de la huella pasó por ese sitio) y abducciones hipocodificadas a las que se apoyan en inferencias más débiles –como argumentos confirmatorios o analogías–. (Eco 1989).

(1) Existe la posibilidad cierta de que el clenbuterol detectado en la orina de Contador se debiera – con un alto grado de probabilidad- a la ingesta de carne contaminada.

(2) Contador debería demostrar que comió carne y que esa carne contenía la sustancia prohibida detectada, pero esta prueba es imposible de practicar, porque el elemento de prueba (el trozo de carne ingerido) ha desaparecido.

(3) Teniendo en cuenta la documentación aportada por la *Agencia Mundial Anti-dopaje* (en adelante AMAD) y la *Unión Internacional de Ciclistas* (UIC) se pueden descartar las hipótesis del doping voluntario para aumentar el rendimiento deportivo, el uso de suplementos vitamínicos, las micro dosis o las transfusiones de sangre, y se puede afirmar que la causa más probable para explicar los restos hallados en los análisis es la ingesta de carne contaminada.

(4) La dieta de un atleta debe contener carne y su consumo en el interior de la Unión Europea debe considerarse una práctica segura. Por ello es posible pensar que Contador no sabía ni podía sospechar – aún ejercitando al máximo su prudencia– que estaba comiendo carne contaminada con una sustancia prohibida.

(5) La CNCDD hace hincapié para apoyar su decisión en que la concentración de sustancias prohibida hallada en la muestra es insuficiente para mejorar el rendimiento deportivo, en que los controles realizados en los días previos el resultado fue negativo, en que no hay trazas de transfusiones de sangre en el pasaporte biológico del atleta en esos días, y en que la docena de controles practicados durante la temporada al atleta los resultados fueron negativos. Todos estos elementos (más las afirmaciones precedentes) permiten concluir, según su criterio, que resulta altamente probable que la prueba positiva sea la consecuencia de la ingesta de comida contaminada, la que no puede ser considerada un comportamiento negligente del atleta.

El 24 de marzo la UIC y la AMAD apelan la decisión de la CNCDD ante el Tribunal de Arbitraje para el Deporte (en adelante TAD). La UCI sostuvo que la probabilidad de la hipótesis que atribuye la presencia de la sustancia prohibida a la ingesta de carne contaminada es cercana a cero, su probabilidad es menor –o no mayor– a la de las otras hipótesis que se debían considerar: la transfusión de sangre o la ingesta de suplementos alimenticios contaminados. Por su parte, la AMAD sostuvo que la decisión aceptó la hipótesis de Contador porque ninguna de las otras hipótesis fue supuestamente probada, pero no obstante considera que hay razones suficientes para considerar mas plausible la hipótesis de la transfusión de sangre y de una probabilidad bajísima (cercana a cero) a la hipótesis de la ingesta de carne. En términos abductivos, no se está cuestionando los argumentos con los que se apoya la conjetura de Contador, sino el no haber tenido en cuenta las razones que podían apoyar las conjeturas alternativas mostrando que había razones comparativas para considerar más cercana a la verdad a una de ellas sobre las otras. El

cuestionamiento no es a la justificación tal como ha sido formulada, sino al proceso inferencial que está detrás de la motivación. Esto muestra que la base abductiva puede influir en la valoración de una sentencia, aportando razones independientes de las que pueden surgir evaluando los argumentos que aparecen expresamente formulados en el texto.

Es en el fallo arbitral del TAD donde creemos haber hallado el ejemplo más claro de abducción –en el sentido en el que se ha usado la expresión en la primera parte de este trabajo–. El procedimiento comienza con el hallazgo de clenbuterol en la orina de Contador. Esta observación permite plantear el problema: ¿Cómo llegó la sustancia al cuerpo del ciclista? Una vez eliminadas las hipótesis imposibles (la producción de la sustancia por el propio cuerpo y su consumo directo para mejorar el rendimiento deportivo), las dos principales conjeturas que se disputan ser la respuesta verdadera al problema son:

(1) Los escasos restos de clenbuterol hallados en la orina de Alberto Contador ingresaron a su cuerpo por la ingestión de carne contaminada con clenbuterol.

(2) Los escasos restos de clenbuterol hallados en la orina de Alberto Contador ingresaron a su cuerpo por la realización de una transfusión de sangre durante la competencia.

Si la abducción se redujera a constatar que una afirmación puede ser considerada una hipótesis explicativa de un hecho sorprendente, sería un primer filtro para dar cuenta de los fenómenos sorprendentes, pero sería un filtro que es capaz de dejar pasar varias hipótesis como razonablemente verdaderas. No sería totalmente inútil, porque hipótesis como el uso directo de la sustancia para doparse quedan descartados como posibles explicaciones, porque de ser ciertas requerirían una presencia considerable de sustancia en la sangre y no los escasos restos que de hecho fueron detectados. Si la abducción también puede ser relevante para la justificación de una afirmación, entonces debe poder ir más allá un esquema para la producción de hipótesis explicativas plausibles. Debe consistir en un procedimiento para poder elegir entre las hipótesis rivales, ya que no pueden ser ambas verdaderas y porque las consecuencias en relación con la falta propia que traen aparejadas son muy diferentes. No es negligente contaminarse la sangre con clenbuterol comiendo un trozo de carne, ya que la sustancia es indetectable por los sentidos, pero si el ingreso se produjo por una transfusión de sangre (práctica prohibida en el ciclismo) estaríamos en presencia de una falta grave por parte del atleta. De determinar cuál de las dos es la mejor explicación en este caso dependía la suerte procesal del deportista. El procedimiento de justificación de la verdad de una de las hipótesis en desmedro de la otra es un procedimiento dialógico. Diálogo que puede estar protagonizado por distintos actores detrás de las distintas voces (como ocurre en este caso, en el que la defensa de Contador asume la voz que defiende la primera hipótesis mientras que la UIC y la AMAD hacen lo propio con la segunda), pero que podría reflejar el procedimiento de un sólo sujeto puesto en la necesidad de elegir racionalmente por alguna de

las dos (en este escenario el órgano decisor debería desarrollar las actividades probatorias que exigen las distintas voces del diálogo). En el caso Contador ocurrió en parte esto, porque a pesar de existir dos hipótesis explicativas opuestas que acapararon la mayor actividad probatoria de las partes, el TAD examinó también una tercera hipótesis:

(3) Los restos de clenbuterol hallados en la sangre de Alberto Contador ingresaron a su cuerpo por la ingestión de complementos alimentarios contaminados con clenbuterol.

La justificación del fallo arbitral consistió en establecer cuál de las tres hipótesis debía considerarse la mejor explicación en este caso. Reconstruyendo este procedimiento podemos echar luz sobre la naturaleza del procedimiento abductivo. El TAD resolvió examinando la evidencia a favor y en contra para cada uno de los posibles escenarios planteados por el atleta y los apelantes, y luego realizó un juicio comparativo para justificar cuál de las tres hipótesis debía considerarse la más plausible. Llegó a la conclusión de que tanto la hipótesis de la carne contaminada como la de la transfusión de sangre eran posibles explicaciones para el hallazgo de sustancias prohibidas en el cuerpo de Contador, pero que ambas resultaban igualmente improbables. Para el TAD la tercera hipótesis, la que atribuía la presencia de sustancias prohibidas en la orina de Contador a la utilización de suplementos alimenticios contaminados, no sólo era posible sino que también era la más probable de las tres.

El TAD evitó el “anclaje” en las dos hipótesis a las que se aferraban las dos posiciones en pugna, planteando y evaluando una tercera hipótesis que no había recibido una gran atención hasta el momento. Al ser consciente que se trataba de un procedimiento abductivo, el órgano juzgador no se sintió obligado sólo a evaluar los argumentos producidos por los actores procesales, sino que fue capaz de introducir una hipótesis novedosa. Este movimiento inferencial le permitió llegar a una sentencia que satisfizo a ambas partes: los organismos internacionales consiguieron que la sanción a Contador fuera efectiva, mientras que el ciclista quedó libre de la sospecha de haber incurrido en actos de dopaje durante la competición¹⁰.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bauman, Zygmunt. 1997. *Modernidad y Holocausto*. Madrid: Sequitur.

Bunge, Mario 2012. *Filosofía para médicos*, Barcelona: Gedisa.

¹⁰ Tal como dijimos, puede incluso que haya sido una inferencia abductiva en la que comparara las consecuencias de los distintos fallos posibles lo que haya llevado al tribunal a aceptar la tercera hipótesis. Pero esta abducción no pasaría el filtro de racionalidad que hemos propuesto anteriormente (evitar el anclaje). No es descabellado pensar que fue eso lo que en realidad ocurrió, solo carecemos de evidencias independientes que lo corroboren.

- Dworkin, Ronald M. 1982. "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, 60, pp. 527-550.
- Eco, Umberto. 1989. "Cuernos, cascos, zapatos: Algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción", en Eco, U. y Sebeok, T. (eds.), *El signo de los tres*, Barcelona: Lumen, pp. 265-294.
- Gardiner, Stephen M., Simon Caney, Dale Jamieson, y Henry Shue (eds). 2010. *Climate Ethics. Essential Readings*. New York: Oxford University Press.
- Irwin, William, y Jacoby, Henry (eds.). 2009. *La filosofía de House*. México: Selector.
- Magnani, Lorenzo. 2001. *Abduction, Reason and Science: Processes of Discovery and Explanation*. New York: Kluwer Academic-Plenum Publishers.
- Mazzarese, Tecla. 1995. "Scoperta vs. Giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali", *Analisi e Diritto*, pp. 145-196.
- Rees, Laurence. 2005. *Auschwitz. Los nazis y la "solución final"*. Barcelona: Crítica.
- Rouché, Berton. 2011. *El médico detective*. Barcelona: Alba.
- Shermer, Michael. 2008. *Por qué creemos en cosas raras: Pseudociencia, superstición y otras confusiones de nuestro tiempo*. Barcelona, Alba.
- Tuzet, Giovanni. 2006. *La prima inferenza*. Torino: Giappichelli.

LA IMPORTANCIA DEL INTÉRPRETE EN LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Hacia una democratización de la interpretación constitucional

Marcela Benavídez

Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)

*“...Cubre tu cielo Zeus/con bruma y con nubes, / e igual que el infante/
que juega a desmontar el cardo, ejerce tu poder sobre
Las encinas en la cumbre del monte, /Pero deja mi tierra,
y mi pobre cabaña, que no es obra tuya,/y mi hogar,
que al iluminarme/enciende tu envidia...”
Goethe - Prométhee*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad resaltar la primordial función del intérprete de la ley, es decir del Juez, y de la sociedad en su conjunto, en la existencia de un estado constitucional, cuyo signo característico se instaura en el respeto a la dignidad humana como premisa antropológica, y en la democracia como una consecuencia organizativa, en la que se renueve el pacto social, se fortalezca la libertad y se respeten las diversidades. Para ello, tomaremos como punto de partida el fallo de fecha 12 de junio de 2012, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "NN s/ Protección y guarda de personas" confirmó la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que dispuso intimar a los presuntos padres de N.N. o V.U. -bajo apercibimiento de ejecución compulsiva - para que administren al niño el plan de vacunación oficial según corresponda a su edad y estado.

Comenzaremos haciendo una crítica a cada uno de los argumentos del fallo, y plantearemos las cuestiones que, a nuestro entender, resultan trascendentes para poner en estado de duda una resolución que podría calificarse de hermética, ya que por su simpleza podría llevar a concluir en la ausencia de argumentos capaces de rebatirla. A posteriori, desarrollaremos lo que a nuestro juicio resultaría la solución adecuada al caso dentro de un sistema constitucional, para esto hemos elaborado una propuesta consistente

en un programa de vacunación que comience con un completo y responsable plan de información por parte del Estado -tanto de los componentes, como de las fechas de vencimiento, efectos y posibles contraindicaciones de las vacunas-, y culmine con el consentimiento informado de los padres de los menores, para la aplicación de todas y cada una de las vacunas estipuladas en el calendario. En el supuesto de negativa a la vacunación de los menores, después de una exposición fundada de los motivos, la propuesta incluye la posibilidad de revisión judicial, en la que el Juez no actúe solo, sino asesorado por un conjunto de intérpretes de diferentes áreas sociales.

A este respecto, en un intento de mayor equidad judicial, con miras a lo que podría considerarse un avance en la democratización de la justicia, nos proponemos aquí, siguiendo la concepción del derecho como un elemento cultural, demostrar que el Estado, en la figura del juez, no debe ser el único interprete de la Constitución Nacional, resultando necesario, en casos como el sub examine, la opinión de otros grupos que permitan una resolución multidisciplinaria y democrática. En este sentido, seguiremos el pensamiento de jurista alemán Peter Häberle, quien hace una crítica a la interpretación de la constitución por una sociedad cerrada, centrada en un modelo cultural determinado que excluye a las minorías por la apropiación de conceptos, propugnando lo que él llama una "democratización de la interpretación constitucional".

No obstante, para avanzar en este modelo, resulta necesaria una profunda concientización en la sociedad toda, de manera que el cambio propugnado sea la consecuencia natural de una modificación cultural que se exteriorice en el ámbito legal, y no la consecuencia de una imposición forzada. Haremos hincapié entonces, en que cada individuo asuma la responsabilidad que su carácter de ciudadano le otorga y avance, no sólo hacia la exigencia de la protección de los derechos que la constitución le asigna, sino también hacia la concreción efectiva de los límites al Estado y a la exigencia del cumplimiento de las responsabilidades de que éste es titular. Y esto, porque estamos de acuerdo con Häberle en que: *"...El estado constitucional es, para expresarlo sumariamente, un Estado integrador en el que la sociedad dispone de órganos específicos para el ejercicio del poder, pero en el que ella misma ocupa un espacio central..."*¹

2. DESARROLLO

2.1 Hacia una limitación a las excesivas facultades del Estado: Crítica al fallo.

¹ Häberle Peter, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, Año 2007, pág. 44

Como fundamento a la decisión en análisis, la CSJN tuvo en cuenta: la ley 22.909 - que instituye el sistema de vacunación obligatoria de las vacunas indicadas en las nóminas elaboradas por la autoridad sanitaria nacional-, lo que tal tribunal considera el interés social comprometido, el interés superior del niño y la afectación de derechos de terceros. Con tales fines, escasos argumentos y haciendo uso de un excesivo paternalismo ejercido, de manera compulsiva y violenta sobre el cuerpo de un menor, avasalló los derechos y el plan de vida de una familia, y de toda una minoría, a la que juzga, desechando cuestiones que resultan fundamentales para el tratamiento de la cuestión.

A este respecto:

- Se apropia del concepto de interés superior del niño

- Viola el derecho a elegir el proyecto de familia, como así también el principio contenido en el art. 19 de la CN., en el sentido que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los Magistrados”*.

- Asimismo, el fallo omite considerar a la persona como individuo conforme entiende que para todas las personas son necesarias e igualmente beneficiosos las mismas vacunas e idénticos tratamientos.

- Omite considerar el derecho de nueva generación considerado a partir de la segunda mitad del siglo XX, que contradujo el concepto paternalista de la medicina y estableció el derecho de informar al paciente como una consecuencia más de la autonomía de su voluntad.

- También hace caso omiso a la jurisprudencia nacional y del derecho comparado, en virtud de la cual se han establecido indemnizaciones cuantiosas a personas que han reclamado daños provenientes de vacunaciones en masa.

- Por otra parte, se ignora la prohibición en muchos países de la aplicación de ciertas vacunas por su contenido de drogas peligrosas, que siguen aún vigente en nuestro país.

- Asimismo, entra en franca contradicción con los últimos criterios de la Corte, en los que se ha tendido al afianzamiento de los derechos de las minorías, que se condicen con un criterio generalizado del Estado todo. Las leyes sobre fertilización asistida, cirugía bariátrica, salud mental, elección de sexo, casamiento entre personas del mismo sexo son claros ejemplos de ello.

- En otro orden de ideas, en cuanto al fundamento expuesto por la Corte respecto a que con la decisión de no vacunación se pone en riesgo la salud de terceros, entendemos que tal criterio es contrario al principio de inviolabilidad de la persona y se abona en las teorías utilitaristas que justifican el tratamiento de los hombres como meros medios en beneficios de otros. Desde esta perspectiva, el incitar a que un bebé sea violentado físicamente, agrediendo su cuerpo, por el supuesto beneficio que otros

obtienen gracias a ello, es utilizar al menor como medio para incremento en la utilidad social. Asimismo, tal argumento resulta contrario a la tendencia actual en la materia, en la que se propugna, por ejemplo, la obligación de respetar el derecho a trabajar –como consecuencia directa del derecho a la dignidad humana- a personas portadoras de enfermedades infecciosas. Este principio se subsume en el imperativo Kantiano que dice: “Actúa de tal modo que trates a la humanidad, sea en tu propia persona, sea en la persona de cualquier otro, no como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma”. Lo contrario conduce directamente a la adopción de un principio básico de índole utilitarista, que en palabras de Carlos Nino se traduce de la siguiente manera:

“... un principio que prescribe materializar las acciones, medidas e instituciones que satisfagan el mayor número de intereses de mayor jerarquía. Esto constituye, como ya se dijo, una concepción ética agregativa, según la cual los efectos beneficiosos o perjudiciales de una medida para los intereses de individuos son sumados o restados con el fin de determinar su justificabilidad, sin tomar en cuenta como se distribuyen esos efectos entre distintos individuos. El utilitarismo procura el bienestar global de un grupo que se toma como marco de referencia, sin considerar relevante que un incremento de ese bienestar global se consigna a costa de un disminución del bienestar neto de algunos de los miembros del grupo...”²

Ahora bien, las conclusiones a las que arriba el Tribunal, son el resultado de un razonamiento lógico y coherente, pero, a nuestro entender, obsoleto, discriminatorio y hasta contrario a la tendencia actual que viene marcando la Corte en fallos recientes. Es que el Tribunal, en representación del Estado, se apropia de conceptos, los define, los tiene por verdaderos y absolutos, y los aplica a toda la comunidad sin distinción. Esto implica resolver desde un único punto de vista que se cree el verdadero, pero ¿quién está en condiciones de determinar qué es lo bueno?, sobre todo en un sistema que se presupone constitucional. En este sentido, es dable traer a colación que las teorías que centran la historia alrededor de un punto único, han sido fuertemente cuestionadas en los últimos tiempos, viniendo a develar el carácter ideológico de tales representaciones. A este respecto Vattimo en su reconocido artículo “Las sociedades transparentes” ha sostenido: “... Así, Walter Benjamin, en un breve escrito de 1938 (*Tesis sobre filosofía de la historia*), sostiene que la historia como curso unitario es una representación del pasado construido por los grupos y clases sociales dominantes...”³, y es así como se sigue escribiendo la historia, con las ideas de los portadores del poder que establecen los valores, los definen y se los imponen a todos sin respetar las individualidades. Esto es lo que históricamente viene sucediendo, a este respecto el autor citado continúa relatando: “...la historia se piensa unitariamente sólo desde un determinado punto de vista que se coloca en el centro (sea este la venida de Cristo o el Imperio Sacro Romano) el progreso se concibe sólo asumiendo como criterio un determinado ideal de hombre, que, en la modernidad coincide

² Nino Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos, En ensayo de fundamentación*, Editorial ASTREA, pág. 256

³ Vattimo, Gianni, “Posmodernismo: ¿Una sociedad transparente?”, España, Editorial PAIDOS Ibérica, 1990, Pág. 76

*siempre con el del hombre moderno europeo –es algo así como decir: nosotros los europeos somos la forma mejor de humanidad, todo el curso de la historia se ordena en función de realizar, más o menos acabadamente, este ideal...”*⁴

En este sentido, el Tribunal establece un ideal de familia, una mejor manera de educar a los hijos, una única forma de cuidarlos y planificar su futuro, si alguien no está de acuerdo, se lo persigue, se lo priva de derechos fundamentales y se los compele a actuar de la manera que ellos creen correcto. Y esto, lo hacen sin tener en cuenta la conducta de la familia ni el estado general del niño. Así las cosas, a esta altura del análisis, resulta esencial traer a colación la opinión de la madre del menor, Sra. K.U., quien en entrevista personal nos manifestó: “... *¿Quién dijo que la forma que ellos tienen de educar a sus hijos es mejor que la nosotros elegimos? Yo personalmente cuido a mis hijos, cultivo y cocino lo que comen, les coso sus ropas, juego con ellos y estoy enterada y atenta a todo cuanto les sucede en el momento que les está sucediendo. Ellos dejan sus hijos 8 horas en una guardería, desde que nacen, al cuidado de desconocidos, como si fuera un depósito de niños, se despreocupan, les dan de comer comida envasada, llena de conservantes y componentes artificiales sumamente nocivos para la salud, pero ¡claro!, ellos vacunan a sus hijos, les dan chatarra, los dejan con desconocidos pero les meten virus en su cuerpo y esto está aceptado y bien visto por todos. No soy yo quién para juzgar la forma de vida que eligen los demás, pero me parece que tampoco es correcto que juzguen la mía y obliguen a agredir el cuerpo de mi hijo con sistemas que se hallan severamente cuestionados en todo el mundo.*”

Al construir el modelo de familia que al Estado le parece ideal, en desmedro de otra, a la que obliga y usa de ejemplo para terceras que pudieran asumir una conducta similar, lo que hace es crear una sociedad de dominantes y dominados –no compatible con los principios de nuestra constitución–, ello a través del uso de su poder simbólico en el sentido de Bordieau, que así lo define:

“... Los símbolos son los instrumentos por excelencia de la “integración social”: en cuanto que instrumentos de conocimiento y de comunicación (cf. el análisis durkeimiano de la festividad), hacen posible el consenso sobre el sentido del mundo social, que contribuye fundamentalmente a la reproducción del orden social: la integración “lógica” es la condición de la integración moral [...]. En cuanto instrumentos estructurados y estructurantes de comunicación y de conocimiento, “los sistemas simbólicos” cumplen su función de instrumentos o de imposición de legitimación de la dominación que contribuyen a asegurar la dominación de una clase sobre otra (violencia simbólica) aportando el refuerzo de su propia fuerza a las relaciones de fuerza que las fundan, y contribuyendo así, según la expresión de Weber, a la “domesticación de los dominados”⁵.

⁴ Vattimo, Gianni Op. Cit, Pág. 77

⁵ Bourdieu, Pierre, “Sobre el poder simbólico”, en *Intelectuales, política y poder*, traducción de Alicia Gutiérrez, Buenos Aires, UBA/ Eudeba, 2000, pp. 65-73.

Por otra parte, con una superficialidad conceptual, a nuestro criterio, asombrosa, menciona, sin detenerse ni profundizar, que la familia ha elegido la medicina ayurvédica. Es nuestro entender que el Tribunal debió haber investigado tal tipo de medicina y exponer los fundamentos por los cuales le parece disvaliosa frente a la tradicional. A este respecto referiremos que la medicina ayurvédica es preventiva, por lo tanto no ataca el síntoma y resulta de fundamental importancia lo que se come, de dónde proviene y la forma en que está preparado. Es primordial resaltar también, que los médicos ayurvédicos no son curanderos, ni similares, sino profesionales egresados de Universidades nacionales con especialización en medicina ayurvédica y una mirada diferente respecto de las enfermedades, su origen y su tratamiento. Como consecuencia de que es preventiva, no se acude al médico ayurvédico cuando la persona está enferma, sino que el profesional tiene un trato periódico con los pacientes, realizando una asistencia integral que incluye tanto el aspecto físico como el emocional.

El error del fallo radica entonces, a nuestro criterio, en tomar como punto de partida una premisa que considera verdadera y aplicable a todos sin distinción, en un evidente acto absolutista, discriminatorio y contrario a las luchas que desde antaño vienen sosteniendo las minorías en el reconocimiento de sus derechos. Y aquí, nuevamente, resulta esclarecedor traer a colación las palabras del filósofo italiano citado que aleccionadoramente refiere:

“...En cuanto cae la idea de una racionalidad central de la historia, el mundo de la comunicación generalizada estalla en una multiplicidad de racionalidades “locales” – minorías étnicas, sexuales, religiosas, culturales, o estéticas- que toman la palabra, al no ser, por fin, silenciadas y reprimidas por la idea de que hay una sola forma verdadera de realizar la humanidad en menoscabo de todas las peculiaridades, de todas las individualidades limitadas, efímeras y contingentes. Este proceso de liberación de las diferencias, dicho sea de paso, no supone necesariamente el abandono de toda regla, la manifestación bruta de la inmediatez: también los dialectos tienen una gramática y una sintaxis, es más, sólo cuando adquieren dignidad y visibilidad descubren su propia gramática. La liberación de las diversidades es un acto por el que estas toman la palabra, hacen un acto de presencia, y, por tanto, se ponen en forma a fin de poder ser reconocidas: todo lo contrario a cualquier manifestación bruta de inmediatez. Sin embargo, el efecto emancipador de la liberación de las racionalidades locales no reside en el mero garantizar a cada uno un mayor reconocimiento y autenticidad: como si la emancipación consistiera sólo en que pudiera venir a manifestarse finalmente lo que cada uno es de verdad (en términos todavía metafísicos espinosistas); negro, mujer homosexual, etc. El sentido emancipador de la liberación de las diferencias y los dialectos, está más bien añadido en el efecto de extrañamiento que acompaña al primer efecto de identificación, Si hablo mi dialecto en un mundo de dialectos seré consciente también de que la mía no es la única lengua, sino precisamente un dialecto más entre otros. Si profeso mi sistema de valores –religiosos, éticos, políticos, étnicos- en este mundo de culturas plurales, tendré también una aguda conciencia de la historicidad, contingencia y limitación de todos estos sistemas, empezando por el mío...”⁶

⁶ Vattimo Giani, Op. Cit., Pág. 85

Así las cosas, determinar la vacunación compulsiva en el cuerpo de un bebé que se encuentra en excelentes condiciones de salubridad, perfectamente contenido y cuidado, implica, a nuestro juicio, un acto de violencia y autoritarismo del Estado, quien, con la excusa del interés superior de la comunidad, monopoliza esta actividad y se irroga de manera absoluta la facultad de decidir sobre cuestiones tan íntimas y delicadas. Ahora bien, ¿es válida esta actividad sin ningún tipo de controles por parte de los progenitores de los menores? El derecho comparado viene mostrando la tendencia en el asunto. En EEUU la Dirección Nacional de la Infancia Ley de Daños por Vacunas (NCVIA) de 1986 requiere que los profesionales de la salud y los fabricantes de vacunas informen específicamente al Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU sobre eventos adversos que se producen tras la administración de vacunas recomendadas rutinariamente (In response To NCVIA, los CDC y la FDA established the Caccine Adverse Event Reprting System (VAERS) in 1990 (Chen, Vaccine, 1994). En respuesta a NCVIA, los CDC y la FDA estableció el Vaccine Adverse Event Reporting System (VAERS) en 1990 (Chen, Vacunas, 1994).

Debido al aumento dramático del número de daños causados por las vacunas infantiles durante las pasadas décadas, el Congreso promulgó el National Childhood Vaccine Injury Act en 1986, poniendo en marcha un fondo para compensar a los padres por el daño o la muerte causada a sus hijos (como si unos padres pudieran ser compensados por la pérdida o la disminución de las capacidades de su hijo debido a la vacunación). Los padres tienen que hacer una solicitud a este fondo como primer paso cuando su hijo haya sido dañado, así, el fondo sirve para proteger a la compañía farmacéutica de toda responsabilidad inicial.

El sistema VAERS (Sistema de Notificación sobre los Efectos Adversos de las Vacunas) fue establecido por el Congreso de EEUU bajo el Acta Nacional de Compensación por Daños causados por Vacunas a Niños de 1986. Recibe anualmente unas 11.000 notificaciones de reacciones adversas serias a las vacunas, entre las cuales se cuentan una cientos o doscientas muertes, y un número varias veces mayor de casos de invalidez permanente. (Vaccine Adverse Events Reprting System (VAERS); National Technical Information Service, Springfield, VA 22161, 703-487-4650, 703-487-4600, see also NVIC, Infra note 7, and the VAERS website at <http://www.fda.gov/cber/vaers/vaers.htm>).

El Programa Nacional de Compensación por Daños causados por las vacunas (NVICP), del gobierno federal de los EE.UU ha pagado más de 1.200 millones de dólares desde 1968 hasta hoy a las familias de niños dañados y muertos por las vacunas.- (National Vaccine Injury Compensation Program (NVICP) <http://bhpr.hrsa.gov/vicp/>).

En España desde 2009, las Asociaciones AVA (Asociación para vencer el Autismo) y ANDCO (Asociación para Prevenir y Sanar Enfermedades Infantiles) y junto a algunos socios de MERCURIADOS

(Asociación española de Afectados por Mercurio de enfermedades Dentales y otras Situaciones) se han unido en representación de un grupo de personas afectadas por el mercurio para formular una demanda judicial contra el Ministerio de Sanidad y Consumo por haber introducido el mercurio en sus programas de vacunación y como responsable de la utilización permisiva de amalgamas dentales de mercurio, y contra los laboratorios responsables de las vacunas por haber introducido un componente altamente nocivo para la salud, para reclamar indemnización económica por daños y perjuicios causados en la salud de los pacientes (<http://www.autismoava.org/noticia/demanda-judicial-por-utilización-de-vacunas-con-mercurio-en-sus-componentes>) ANEXO 43. En marzo de 2011 en la Audiencia Nacional (Sección 4a de lo contencioso administrativo) se celebró la primera vista del primer juicio sobre la demanda interpuesta por 70 familias con hijos autistas contra los laboratorios fabricantes de vacunas con el conservante Tiomersal o Timerosal (elaborado a base de mercurio) y el Ministerio de Sanidad (comienza el juicio sobre los daños que pueda provocar el mercurio conservante de vacunas. Miguel Jara el 16 de marzo de 2010. <http://www.migueljara.com/2010/03/16/comienza-el-juicio-sobre-los-daños-que-pede-provocar-el-mercurio-conservante-de-vacunas/>).

En muchos países de Latinoamérica el debate es serio y existen avanzadas investigaciones, a modo de ejemplo a continuación citaré alguna lectura recomendada, pero con las limitaciones del caso porque la gravedad del tema hace que los ejemplos excedan al presente trabajo:

* ASOCIACIÓN MÈDICA PERUANA: Nota 4 de abril de 2008 <http://www.amp.pe/ELIMINSA.htm>, Anexo N° 46.

* Nota al Congreso de Perú con fecha 23 de abril de 2008 <http://www.amp.pe/vacunas/carta.pdf>, Anexo N° 47.

* El timerosal y las enfermedades del neurodesarrollo infantil Dres. Luis Maya, y Flora Luna, Anexo N° 48 (en 10 hojas) <http://www.scielo.org.pe/pdf/afm/v67n3/a09v67n3.pdf>.

*VACUNAS INFANTILES Y PRESERVANTE THIMEROSAL Anexo: n° 49. Sociedad Chilena de pediatría, <http://sochipte.cl/aporta.php/el-estereocopio/ver-articulo/filial-concepcion/vacunas-infantiles-y-preservante-thimerosal/>

*FUE APROBADO POR UNANIMIDAD EL PROYECTO QUE PUDE ELIMINAR EN CHILE EL
TIMEROSAL DE LAS VACUNAS Anexo n° 49.-
[http://sitiosgoogle.com/site/noticiasbiotautismo/home/fueronaprobadosporunanimidadproyectoquepideeli
minareltimerosalde lasvacunaschile](http://sitiosgoogle.com/site/noticiasbiotautismo/home/fueronaprobadosporunanimidadproyectoquepideeliminareltimerosalde lasvacunaschile).

Por otra parte, tanto en Japón. EEUU, Bélgica, España, Dinamarca, Austria, Suecia, Gran Bretaña e Italia la tendencia es similar. En nuestro país, existen investigaciones y algunas recomendaciones respecto de ciertas drogas, pero no hay una actitud seria y comprometida al respecto. Es más, el ANMAT no brinda

información adecuada y completa. En una demanda iniciada en la ciudad de Mar del Plata, por la Dra. M. D. C., quien además es la madre del niño perjudicado por las vacunas, narra las investigaciones que debió realizar y la ausencia de información sobre el contenido, prospecto, vencimiento, contraindicaciones y demás datos relevantes de las vacunas, autos "E. C. A., C. M. D. c/ Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios", de trámite por ante la Secretaria Federal Nro. 1 del Juzgado Federal Nro. 2.

Nuestro Estado con el fallo en análisis, se irroga la facultad de decidir de manera absoluta sobre la vida de las personas, pero lo hace en el entendimiento de que su actividad se limita a controlar y compeler el cumplimiento del calendario de vacunas, perdiendo de vista los deberes que le competen si va a tomar el ejercicio de tamaño derecho. Es decir que, a nuestro criterio, quien se irroga la potestad de resolver qué virus entrarán en el cuerpo de nuestros hijos, deberá hacerlo de manera responsable, rindiendo cuentas y manteniendo informada a la sociedad, caso contrario se transforma en actividad monopólica y autoritaria, sumamente perjudicial para los avances conseguidos hacia un pleno estado de derecho. Y es nuestra responsabilidad como ciudadanos y como padres supervisar la actividad del estado, limitando su poder e impidiendo el avasallamiento de nuestra intimidad, de nuestras decisiones y de la de nuestros hijos. Somos una sociedad inmadura, bajo la permanente potestad del Estado, quien se aprovecha y ejerce este excesivo paternalismo a su antojo. Hoy las minorías han ganado grandes batallas, algunas que hasta en otros tiempos no se hubieran ni empezado. El Estado ha cedido, pero debemos ser conscientes que los temas son muchos, que existen gran número de minorías en el mundo actual y todas acreedoras del mismo respeto, sin embargo, hacemos nuestro el interrogante que señala Vattimo: *"...¿Deberíamos contraponer a este mundo la nostalgia de una realidad sólida, unitaria, estable y con "autoridad"? Una nostalgia de tal índole corre continuamente el riesgo de transformarse en una actitud neurótica, en el esfuerzo por reconstruir el mundo de nuestra infancia donde las autoridades familiares eran a la vez amenazadoras y afianzadoras..."*⁷

Es nuestro entender que debemos crecer como sociedad y avanzar por el camino que nos conduce a homogeneizarnos con las minorías integradas. A esos efectos será tan indispensable que permanezcamos activos e informados como ciudadanos, como que nos resolvamos a poner un coto claro al excesivo poder del Estado a partir de 2 premisas fundamentales:

- 1) Consistente en exigirle el cumplimiento de su deber de información respecto a su función de contralor de la salud que se irroga.
- 2) Consistente en limitar la exclusiva interpretación de las normas constitucionales en la figura del juez, propugnando la interpretación a través de de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales

⁷ Vattimo, Gianni, Op. Cit., pág. 82

2.2 Propuesta

2.2.1. *Hacia una mayor intervención de los interesados. El consentimiento informado*

El ejercicio personalísimo a la disposición de la prestación de la salud frente a los profesionales y los establecimientos públicos o privados es un derecho de nueva generación a partir de la segunda mitad del siglo XX que contradujo el concepto paternalista del ejercicio de la medicina. El ejercicio del derecho de disposición del paciente, requiere como condición la obligación de información del profesional y de los establecimientos (art. 4 Ley del Paciente)

Si bien el desarrollo del concepto y la evolución del consentimiento informado excede el objeto del presente trabajo, consideramos que es necesario realizar algunas consideraciones que resultarán útiles a los efectos de fundar los motivos por los que lo proponemos como parte de las obligaciones exigibles al Estado en su hasta ahora omnipotente facultad de disponer, controlar y compeler a la vacunación de nuestros hijos.

El derecho a ser informado quedó plasmado tanto en la Ley de Consentimiento como en la Ley del Paciente, y el sentido –diverso a como se construía en el art. 1198 del Cód Civil para la contrastación – es que debe ser su contenido comprensible para el receptor paciente, en términos claros y concretos: en lo que hace a la vacunación se trata de explicitarle a los padres que se muestren interesados al respecto, no sólo los componentes químicos de cada una de las vacunas sugeridas, sino también la fecha de vencimiento, contraindicaciones y los riesgos que la ciencia conoce. Es entonces deber del Estado, como mediador entre los laboratorios y los menores sujeto a vacunación, brindar tal información y es nuestro deber como padres y como sociedad toda controlar que tal prerrogativa se cumpla en defensa de los derechos que nos compete porque, como sostiene SAGUES con acierto: “...*En concreto, puede comprobarse cotidianamente que la lesión de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, puede operarse tanto por la actividad, como por la inactividad estatal. Esta última sin embargo, es apreciada con cierta benignidad, rayana a la indulgencia En algunos sectores sociales, un resignado consenso convalida incluso la omisión, o la tardanza del agente público. Las decisiones de éste, alguna vez, más que actos de servicio parecen concesiones generosas y graciabes, emitidas por puro espíritu de filantropía y beneficencia. Bueno es, no obstante poner las cosas en su lugar. El Estado no constituye un fin en si mismo, sino un medio para alcanzar el bien común. De ahí el rol servicial del Estado, como bien*

*enseña Romen. En ese quehacer, el Estado siempre se justifica siempre que actúe en pro de tal bien común, y no justifica en la medida en que no lo hace... ”*⁸

Es decir que si el Estado justifica vacunar compulsivamente a un niño en el interés general de terceros, debe hacerlo previendo los riesgos serios y concretos que tal medida puede acarrear, y es deber de todos los ciudadanos ejercer el contralor sobre esa prerrogativa del Estado, asegurándonos que tal medida se cumpla de manera seria y responsable. No debemos perder de vista que el principio que aquí está en juego es El principio liberal que puede denominarse “principio de autonomía de la persona, el cual prescribe, según Carlos Nino, que: “...siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de planes de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución...”⁹ De ahí que tal lo adelantado en puntos anteriores, resulta fundamental el ejercicio pleno y consciente de nuestros derechos como ciudadanos, exigiendo el efectivo cumplimiento de tal prerrogativa. Es tiempo de madurar como sociedad y de que nuestra Constitución deje de ser un compendio de derechos para que se transforme en una experiencia propia ejercida por todos y cada unos de nosotros, incluido del Estado, quien si se irroga la facultad de disponer, controlar y compeler a la vacunación debe de asumir a obligación de informar a la población sobre todos los detalles relevantes respecto al tema.

Tal vez, en vez de criticar, la actitud deba ser de escucha al carácter preventivo de la medicina ayurvédica, para no tener que actuar después cuando los síntomas y los efectos ya son irreversibles. Es reiteratorio este proceder en nuestra sociedad en delegar en el Estado controles e inspecciones que no realizan con la seriedad, con consecuencias nefastas para nuestros hijos, Sin embargo seguimos confiando en su actividad sin dudar. Aquí hay casos concretos, la Sra. C en su demanda contra el Estado después de narrar los infructuosos recorridos realizados por las instituciones responsables de la vacunación para que le den algún tipo de información respecto a las vacunas recibidas por su hijo, concluye: “...Cómo puede ser que el ANMAT no informe (prospectos, archivos) sobre las vacunas obligatorias y no prevean las consecuencias de las mismas Basta ver las reacciones adversas de los prospectos como para pensar dos veces si aplicarlas o no ...” y en otra parte dice respecto de las vacunas aplicadas a su hijo detalla: “...15 inyecciones para 31 enfermedades en un lapso de 18 meses. A los seis meses ya había recibido vacunas para 21 enfermedades...Siete (7) inyecciones aplicadas tenían como conservante TIMEROSAL y casi todas tienen aluminio, entre otros componentes....mi hijo el día 27 de septiembre de 2004 tuvo sobredosis de timerosal ya que se le aplicó la vacuna de la hepatitis B junto con la cuádruple. Lo mismo sucedió el

⁸ Sagues, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, Año 2007

⁹ Nino, Carlos, Op. cit., pág. 205

22 de febrero de 2005 con otra sobredosis el mismo día". Pero esto lo supo mucho después, cuando su hijo, un niño que había nacido sano (según las constancias agregadas al expediente) fue diagnosticado de autismo, y comenzó las investigaciones para determinar el origen de tal enfermedad, descubriendo que, si hubiera estado debidamente informada, hubiera tomado las precauciones

Resulta entonces fundamental tomar conciencia acerca de la gravedad del tema que nos convoca y exigirle al Estado su obligación de brindar información para obtener el consentimiento de los padres en los casos de vacunación. Si bien la ley 26529 sobre Derechos del paciente, no incluye expresamente a la vacunación en los casos en los que el consentimiento informado es obligatorio, menciona a los "...Procedimientos que implican riesgos...". Desde esta perspectiva consideramos más que riesgoso que introducir virus en los cuerpos de bebés recién nacidos y de niños de escasa edad, como así también químicos que en combinaciones excesivas pueden resultar nocivos y hasta fatales. No debemos olvidar que el espíritu de la ley tiene el de considerar al paciente como principal valor ético aun por sobre la práctica médica que redundara en el bienestar del paciente. Y en este sentido resulta relevante no perder de vista la reglamentación a la ley que prevé una serie de situaciones que merecen puntualizarse:

"...Información Sanitaria: El profesional de la salud deberá proveer de la información sanitaria al paciente, o representante legal, referida a estudios y/o tratamientos, y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, o en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente. El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente. Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Aún en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá –bajo su responsabilidad como tratante/, poner en conocimiento de aquí la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública. Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que la justifican Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una declaración e voluntad efectuada por escrito, que deberá quedarse asentada en su historia clínica. Ante la circunstancia descripta, deberá indicar la persona o personas que autoriza a disponer de dicha información y a decidir sobre su tratamiento, o en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por él o por los profesionales tratantes con los alcances y el modo previsto en los arts 4to y 6to de la Ley 26.529, modificada por la ley 26742 y esta reglamentación El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda por razones objetivas el

conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar de manera grave. En ese caso, deberá dejar sentado en la historia clínica esa situación y comunicarla las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, según lo previsto en los artículos 4to y 6to de la Ley Nro 26529, modificada por la ley 26.742 y esta reglamentación. Estas situaciones deben ser valoradas de modo restrictivo y excepcional, consultando al Comité de Ética”

2.2.1. Hacia una democratización de la justicia. La función de los auxiliares del Juez en la toma de la decisión final.

De acuerdo al ideal que venimos desarrollando, la propuesta de solución adecuada al caso en análisis está compuesta de dos partes: una primera que expusimos en el ítem anterior, tendiente a obtener el consentimiento informado de los padres del menor después de una acabada y profunda información por parte del Estado de los compuestos, indicaciones y contraindicaciones de las vacunas; y una segunda, que expondremos a continuación, aplicable al caso de que los progenitores opten de manera justificada por no vacunar al niño. En tal caso, las circunstancias podrán ser llevadas a decisión judicial, pero el Juez no actuará solo interpretando, evaluando y jerarquizando, sino con un grupo interdisciplinario formado por diferentes representantes de la sociedad que colaboraran en la tarea desde una perspectiva social, médica, psicológica, religiosa tendiente a garantizar la salud y el respeto por la elección del proyecto de vida elegido por esa familia.

Para esto, tomaremos como base la teoría del eximio jurista alemán Peter Häberle, que si bien está construida en función de la crítica y análisis de constituciones europeas, nos parece un referente adecuado a seguir en lo relativo, no sólo de la interpretación de las normas constitucionales, sino también en los conceptos de fortalecimiento de sociedad. A esos fines dos son los conceptos que tomaremos de su teoría: por un lado, el concepto cultural de la Constitución, y por otro, el de sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

No obstante lo dicho, resulta necesario explayarnos en algunos conceptos que ayudaran a comprender la relación entre cultura –como ciencia- y derecho –como praxis constitucional-. La aprehensión e internalización de tales conceptos y vínculo coadyuvarán a comprender el método de fortalecimiento de la práctica judicial, a partir del mejor aprovechamiento de las instituciones democráticas y de los métodos de interpretación, tanto jurídicos, como socio políticos.

Los culturalistas consideran a la Ciencia del Derecho como una ciencia cultural en oposición a las ciencias naturales. Desde esta perspectiva, tanto el derecho, como la sociología, la historia o la economía

se ocupan del espíritu humano y de las transformaciones que este introduce en la naturaleza, obrando siempre a partir de juicios de valor. Ahora bien, esos juicios están subordinados a una realidad social, a un entorno que marca la escala de lo bueno y lo malo, en este sentido, resulta relevante, lo que señalan Fappiano y Olivero en su interesante artículo cuando afirman: “...Para comprender en su significación o sentido un acto de la conducta humana, tenemos que tomarlo como expresión de algo. Y este algo, por ser la conducta un fenómeno de coexistencia, es el conjunto de creencias, aspiraciones, sentimientos, etc, que, como ideales reales para programar nuestras vidas, están vigentes en una sociedad determinada –la que vivimos- en un momento también determinado de su desarrollo histórico, el que nos toca vivir. Así entendidos, los ideales reales son un componente ineludible del conocimiento cultural. Sin hacerlos ingresar en nuestros conceptos de la realidad científicamente mentada por ellos, no hay, en rigor conocimiento científico-cultural de ninguna especie...”¹⁰

El Derecho continuamente valora el hecho, y esto lo hace a partir de la corriente cultural imperante. En un Estado constitucional de derecho existen criterios de moralidad que forman parte de la norma básica de identificación de normas que se centran fundamentalmente en la Constitución, en su núcleo esencial en forma de valores, de principios de organización y de derechos fundamentales. De ahí que, tal como señala Sola: “...la supervivencia de la Constitución es una expectativa ampliamente deseada por todas las sociedades democráticas que siguen el cuño del constitucionalismo. Esta es la razón por la que está redactada en términos generales y abstractos que permitan la inclusión de todos los sectores de la sociedad y al mismo tiempo de una interpretación que varíe según las necesidades de los tiempos. Sirve también como un elemento unificador de la sociedad aumentando la legitimidad del gobierno y de sus decisiones. La Constitución ha sido, virtualmente desde el momento de su ratificación, un símbolo sagrado, un emblema potente....de la Nación misma”¹¹

Es decir que la Constitución, como una manifestación cultural, deja las puertas abiertas a la interpretación adaptable a los tiempos sociales en que toca vivir. Resultan, entonces prioritarias dos cuestiones, por un lado, la de cada ciudadano como miembro de la comunidad en la que vive siendo consciente y estando alerta al tipo de sociedad a la que quiere pertenecer para exigir el cumplimiento de sus derechos, y, por otro, la del intérprete del derecho que será el encargado de contextualizar esa norma, de atender los reclamos sociales, y lograr que sus decisiones sean un vivo reflejo de lo que la realidad cultural exige.

Lo que proponemos en el presente trabajo entonces es lo que Härbele denomina La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales donde propone de una forma original la relación entre la norma suprema

¹⁰ Fappiano Oscary Olivero Eduardo, “El fortalecimiento de las instituciones democrática por medio de la interpretación y la praxis constitucional”, Suplemento LA LEY CONSTITUCIONAL, Jueves 9 de Agosto de 2012, Nro. 5.

¹¹ Sola Juan Vicente, “La Corte Suprema y el Nuevo proceso onstitucional”, LA LEY 2013-C, martes 18 de junio 2013.

y un amplio número de agentes culturales. A este respecto dice: “...Ya no se trata sólo de los agentes políticos (partidos dirigentes, representantes) ni de los agentes sociales (medios, líderes de opinión, organizaciones y dirigentes sociales), sino que se extiende hasta otra categoría a la que podemos denominar “cultural” porque comprende todas las expresiones susceptibles de producirse en un medio espacial determinado...en los procesos de interpretación constitucional se insertan todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos grupos. ¡No hay números clausus de los intérpretes constitucionales!...”¹²

Aplicado al caso en concreto, como lo venimos esbozando, nuestra propuesta consta de 3 pasos:

1.- Que el Estado informe a aquellos padres que así lo soliciten, el contenido de las vacunas, fechas de vencimiento, contraindicaciones y daños posibles.

2.- Que los padres firmen un consentimiento informado en los que manifiesten su voluntad de vacunar a sus hijos, eximiendo de toda responsabilidad al Estado para el caso de consecuencias daniosas.

3.- En el caso de oposición a la vacunación el caso será sometido a decisión judicial, pero la tarea de interpretar no será sólo del Juez, sino de éste con un conjunto de personas idóneas que evaluarán la decisión.

Así las cosas, se producirá la transformación de la interpretación constitucional en un supuesto democrático y se identificará la interpretación judicial como un elemento de la cultura, lo que es explicado de la siguiente manera en la teoría harbeliana: “...Lo primero ocurre en tanto que se produce una especie de descentralización de la facultad d interpretar la norma suprema, lo segundo porque sólo una comunidad que ha interiorizado la norma está en posibilidades de interpretarla...”¹³

3. CONCLUSIÓN

A manera de colofón, cerraremos concluyendo que el análisis del fallo del presente trabajo nos llevó a reflexionar acerca de la importancia de la función del intérprete en la protección de derechos constitucionales. Sin embargo, después de la tarea investiga, hemos advertido que la magnitud del poder que se le asigne al Estado para que ejerza esa función es delegada por nosotros. De ahí que resulta fundamental, entonces qué clase de ciudadanos somos, qué tipo de sociedad queremos, cuál es el poder que deseamos delegarle al Estado y cuáles son los límites dentro de los cuales debe actuar.

¹² Hárba Peter, Op. cit., pág. 18

¹³ Ibidem, pág. 19

Nuestra propuesta es la de una sociedad integrada, donde todas las minorías sin excepción, tengan un lugar digno en la que se respeten sus derechos; para eso propugnamos un ciudadano atento, activo y comprometido que sepa lo quiere y lo realice. Por otra parte, entendemos que el poder del Estado debe ser limitado y que es nuestra función exigirle el acabado cumplimiento de nuestros derechos y de sus obligaciones. Pero nunca lo lograremos si continuamos siendo una sociedad desinformada, egoísta y prejuiciosa que la única propuesta que tiene es –desde la pasividad- responsabilizar al Estado y arengar por la mayor severidad de las penas.

La Constitución está ahí con todas las garantías, somos nosotros los responsables de exigirle al Estado como las aplica, de ahí la fundamental actividad del intérprete. Proponemos una interpretación abierta e integrada, que no quede sólo en manos de técnicos del derecho, sino, además de personas que, desde sus diversas aéreas colaboren con estos. Pero para ello es necesario que todos estemos comprometidos con nuestro rol de ciudadanos, primero para exigir los derechos, después para ejercerlos, pero resulta fundamental que maduremos como individuos, como sociedad y como cultura, esto nos llevará a reconocernos, a identificarnos, y a actuar en consecuencia.

Todavía soñamos que la patria grande que imaginaron los hombres de mayo es posible, que la utopía de la cultura propia puede cumplirse, trabajemos en eso, estemos atentos y despiertos. Consideramos que el primer paso es tomar conciencia. Este trabajo es nuestro pequeño aporte a ese fin.

¿SERÍA INJURIOSO SI ALGUIEN DIJERA QUE ESTE JUEZ ES UN PREVARICADOR?¹

Juan Antonio García Amado

*Profesor Catedrático de Universidad, Universidad de León (ESPAÑA)
jagara@unileon.es*

Vamos a echar un vistazo a la **sentencia de 14 de enero de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 11 de Madrid**. Se dirime una acusación de injurias contra unos periodistas de la COPE que se ensañaron bien a gusto con aquel director de cuidados paliativos del Hospital Severo Ochoa de Leganés, Madrid. ¿Se acuerdan? Hubo médicos acusados de homicidio o asesinato pues, se decía, mediante sedaciones irregulares practicaban eutanasias en enfermos terminales, sin el consentimiento de los enfermos ni de sus familiares. Hubo un proceso penal por eso, pero fueron completamente absueltos de tales imputaciones. Luego fueron esos médicos los que iniciaron procesos penales y civiles contra quienes habían propagado tales noticias.

Pues bien, en algunos programas informativos y de opinión de la cadena COPE le dijeron de todo a aquel médico (Dr. Eulogio, en la sentencia) y lo llamaron como les dio la gana. Puesto que los hechos son los hechos, estas que ahora copio son las expresiones proferidas por los periodistas (Ernesto y Josefa, nombres que se les da en la sentencia) tal como las recoge la propia sentencia que vamos a ver:

" (...) estamos hablando de casi trescientos casos de muertes, ...que les atizaban este beatico laico para mandarlos al otro barrio sin conocimiento ni permiso de su familia", (...) "... enviaba a algunos enfermos al box de sedación sin consultar a la familia", "... llega un señor para que le den oxígeno y lo manda para el otro barrio" --12 abril del mismo año-- (...) "... los médicos mandaban a la UCI o la Unidad de Cuidados Paliativos y el tío [Doctor Eulogio] rompía la orden y los despeñaba en el box", "... esto es homicidio, sin tu permiso no es eutanasia, es matarle, es un crimen" --13 abril--; "... si estamos discutiendo si va a ser casos de homicidio, de asesinato.." --19 abril--; "... que podrían haber seguido sedando, es decir, mandando al otro barrio a personas que no tenían por que irse al otro barrio", --27 mayo--; (...) ... *había diez veces más muertes que en otros sitios y esas cosas se saben porque en los*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado "Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial".

tanatorios se comenta" --29 mayo--; y Josefa, "...no se utilizaba con el fin de paliar el sufrimiento, sino directamente para provocar la muerte del paciente", (...) "... lo que se hace es matar gente sin su permiso", (...) "... al menos cuatro personas han sido directamente asesinadas en el Hospital Severo Ochoa de Leganés por la vía de la sedación irregular", "... y precipitó la muerte de los pacientes y, ojo, en otros sesenta y nueve casos la sedación fue inadecuada o no indicada" --26 mayo--, "... se ha comprobado que a la gente pues se la mató", (...) "yo creo que todavía la opinión pública distingue entre lo que es morir bien, el morir como uno desea, sin dolores, etc., y lo que es que otro te atire y además te quite de en medio de una manera infame", "... y tampoco se lo puedes dar a quien por darle un sedante en lugar de otro le provocas la muerte, porque eso se llama asesinato", "estamos hablando de setenta y tres asesinatos" --26 mayo--".

Repito, por razón de esas expresiones el médico aludido plantea una querrela por injurias y calumnias, y sobre eso resuelve esta sentencia. Ahora recordemos qué dicen las normas que tipifican esos delitos.

Según el art. 205 del Código Penal, "*Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*". A tenor del art. 208 del mismo Código, "*Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*". Si la injuria es de carácter leve, se castigará como falta, según el art. 620 del Código Penal.

Pues bien, para nuestro juez no hay delito ni falta en las expresiones periodísticas hace un momento reproducidas. Resultará interesante revisar la sentencia porque en ella veremos un variado repertorio de las falacias y argucias argumentativas que de vez en cuando exhiben con alegría algunos jueces.

1. Lo primero que observamos es el ***uso especioso de un principio fundamental***, en este caso el principio *pro reo*. Miren qué gloria de frases y qué joya de razonamiento. Después de exponer las alegaciones de los acusados y de los testigos y de relatar que se examinaron las pruebas documentales, declara el juez que "Así las cosas, entiende el Tribunal, (sic) que es de aplicación al caso y respeto de los acusados Ernesto y Josefa el principio *pro reo*, debiéndose dictar sentencia absolutoria" ¿Por qué? Porque el señor juez tiene dudas de si quedaron probados o no los elementos de la injuria, y el principio *pro reo* dice que en caso de duda sobre la prueba el juez debe absolver. Mano de santo: para absolver no hace falta más que eso, decir que se duda, y ni otro argumento necesitaremos. O de cómo el principio *pro reo* exime

de argumentar. O los jueces argumentan de modo razonable y convincente sus dudas, haciendo ver que cualquier en su lugar podría tener las mismas, o lo del pro reo es un coladero.

¿Sobre qué duda nuestro juez? No queda nada claro, es dudoso el objeto de su dudar, pero me parece que insinúa que no es evidente que concurra el elemento subjetivo del delito, *el animus iniuriandi*, en quienes profirieron aquellas lindezas y llamaron al Dr. Eulogio cosas tales como criminal, asesino, homicida infame y cosas así. Tal vez fue sin querer o pensando que eran piropos o expresiones neutras o hasta cariñosas.

2. En segundo lugar veremos el que podemos denominar argumento del *falso precedente*. No es tan inusual, pero aquí sale con particular descaro. Primero nos dice la sentencia que, en todo caso y aunque concurrieran en los hechos el elemento objetivo y subjetivo del delito de injurias, habría que ver si las expresiones estaban amparadas por el derecho fundamental de libertad de información o el de libertad de expresión, en cuyo caso no habría antijuridicidad ni, por tanto, delito. Es hábil la maniobra, ya que antes hemos quedado en que hay dudas probatorias sobre si la intención era injuriosa o no, pero ahora vamos a establecer que aunque la intención fuera mala y tuviéramos el *animus iniuriandi*, puede de todos modos no haber delito: nos hallamos ante un conflicto de derechos fundamentales, entre los citados y el derecho al honor, y “la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo de <<ánimus iniuriandi>> tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias”. Así que si la libertad de expresión o de información amparan, no hay delito de injurias, como es obvio.

¿Amparan? Se nos recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular y cómo en ella se da “valor preponderante” a las libertades del artículo 20 CE. ¿Por qué razón o en qué casos? Según el TC, en palabras que esta sentencia acoge, hay tal prevalencia de la libertad de expresarse e informar “cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política”, cuando está en juego “la formación de una opinión pública libre”. En esas ocasiones “quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, <<sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar>>”. Y pregunto yo dos cosas a este propósito: si yo aquí dijera (que no digo, es un suponer) que este juez está prevaricando, ¿eso sería injuria o calumnia o nada más que una crítica no indiferente y que disgusta, pero que no es delito y queda acogida bajo mi libertad de expresión, dado que este asunto es relevante para la formación de una opinión pública libre? Porque si relevante informativa y socialmente era el asunto del hospital, relevante en los mismos términos ha de ser una sentencia sobre el mismo, y si llamar asesino infame al Dr. Eulogio no es injurarlo, sino expresarse e informar legítimamente, tildar de prevaricador al autor de esta sentencia sería lo mismo. Al menos mientras a nuestro sistema legal no se incorpore con pleno valor la ley del embudo.

Se nos cuenta en la sentencia que “En el presente caso, y a la vista de la doctrina constitucional y jurisprudencial citadas, entiende el Tribunal que las expresiones proferidas por los acusados Ernesto y Josefa (...) lo habían sido *en el ejercicio de la libertad de expresión e información, encuadrándose dentro de un derecho a la crítica ejercida en su condición de periodistas, siendo algunas de aquellas expresiones no muy afortunadas, es cierto, pero dentro de los límites propios de la libertad de expresión y que, conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencia citadas, no tienen encaje en el delito de injurias por el que vienen siendo acusados. Es evidente que con tales expresiones los acusados están emitiendo su opinión sobre la conducta de los querellantes en relación con un asunto de trascendencia o relevancia social y mediática, ya que estaba en todos los medios de comunicación de la época, fuesen escritos -- prensa y revistas--, orales -radios- y audiovisuales -televisiones--, incluso en y entre los políticos, siendo éstos, precisamente, quienes hicieron “saltar” la noticia (...) por lo que debe afirmarse que las conductas de los coacusados, Ernesto y Josefa carecen de antijuridicidad material al estar amparada por la libertad de expresión e información, reconocida en el artículo 20 de la Constitución . Y faltando la indicada antijuridicidad, la conducta de los acusados no constituye delito de injurias y tampoco, a juicio del Tribunal, falta de injurias”.*

Antes que nada vamos con la mentada jurisprudencia constitucional. Porque es verdad que el TC viene manteniendo sin parar que cuando un tema es relevante para la opinión pública se acorta la protección del derecho al honor del negativamente afectado por las expresiones o informaciones y, con ello, el ámbito de los delitos contra el honor, pero lo que hemos de mirar es si un caso como este sería de aquellos a los que el TC aplica tal doctrina. Y mucho me temo que no. Basta ver de qué caso trata la sentencia aquí usada como referencia, la STC 39/2005.

En dicha sentencia del TC el recurrente en amparo había sido condenado por una falta de injurias y alega que se vulnera con dicha condena su libertad de expresión. Recuerda ahí el TC, en efecto, que “no cabe duda” de que “cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles <<especialmente resistente[s], inmune[s] a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar>> (SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; y 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5). Todo ello sin perder de vista, no obstante, que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información <<no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su

protección preferente>> (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 6)". Y agrega de inmediato que la libertad de expresión queda reforzada cuando es un cargo público el que se expresa y lo hace en ejercicio de su cometido.

Así que ya tenemos dos matices importantes: en el caso por el TC decidido en esa sentencia se trata de expresiones vertidas por un cargo público (un concejal) en el desempeño de tal cargo y, además, no está en juego la libertad de información, sino la de expresión. En cambio, en la sentencia del juez madrileño que estamos viendo se tratará el caso como de libertad de información y, además, son periodistas los querellados, no políticos en ejercicio.

¿Qué expresiones había utilizado ese concejal en amparo recurrente y que en las instancias judiciales había sido condenado como autor de una falta de injurias? Pues a un señor, director de una residencia de ancianos, lo había llamado "personajillo", "cacique" y "lameculos" y tales expresiones habían sido vertidas en un pleno municipal durante un debate sobre la firma de un convenio por el ayuntamiento. Aquella condena por injurias abundaba en lo gratuito e innecesario de tales expresiones como medio para ejercer la crítica, pues suponían un innecesario vejamen del así motejado.

Ahora permítame el paciente lector que le haga yo una pregunta: ¿qué prefiere usted que le llamen o qué le parece que dañará más su dignidad y su honor, lameculos o asesino infame? Y otra cuestión: ¿dónde nos parece que está más en juego un elemento relevante para la opinión pública libre y para la participación, al debatir en un pleno municipal sobre un convenio que ha de firmar el ayuntamiento y sobre la actitud de algunas personas relacionadas o al opinar unos periodistas sobre la gestión de un servicio hospitalario? Como máximo, concedo que igual, pero no me digan que más en el caso del hospital.

Pero la sorpresa crece cuando vemos qué resolvió el TC sobre el caso de concejal faltón: no le otorgó el amparo y dijo que bien condenado estaba, pues era injurioso llamar al otro aquello que lo llamó. Así que, supongo, habría considerado el TC que más injurioso sería decirle infame asesino. Y, sin embargo, nuestro juez trae esta sentencia del TC como argumento a favor de su absolución de los opinadores de la COPE.

Miren cómo argumenta el TC sobre aquel caso. Primero, nos recuerda que hay que ver si concurren o no expresiones vejatorias; si las hay, cabe el delito y no resguardan de él los derechos del art. 20 CE. "Resulta claro -escribe- que los calificativos empleados constituyen juicios de valor y, por esto mismo, se inscriben en la libertad de expresión (STC 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 3) del concejal de Fuente de Cantos. Ubicándose los hechos en el eventual ejercicio de la libertad de expresión, al limitarse a la emisión de un juicio de valor sobre la conducta de otro, nuestro análisis deberá escrutar la concurrencia en la conducta sancionada de los requisitos exigidos por los arts. 20.1 a) CE para que el acto comunicativo

merezca la protección constitucional, comprobando que las opiniones emitidas no contienen expresiones vejatorias”.

¿Es vejatorio etiquetar a alguien como cacique y lameculos? ¿Y como homicida doloso y asesino infame? Sobre lo primero, el TC lo ve claro: “Para llevar a cabo ese análisis hemos de tener en cuenta, en primer término, que las expresiones controvertidas surgen en el curso de un acto público (un Pleno municipal), que versa sobre asuntos de interés público, máxime en el ámbito local de un municipio de cinco mil habitantes (una discusión sobre el modelo de gestión administrativa de la residencia de ancianos local), y que atañe a personas con relevancia pública (uno de ellos, el recurrente era concejal municipal, y el otro, el denunciante, era director de la residencia de ancianos y representante sindical de los trabajadores). Ello amplía los límites de la crítica permisible, tanto por la pauta que representa el modo normal en que tales polémicas discurren cuanto por el interés público subyacente, amén de que el denunciante, en su calidad de representante sindical, había, en cierto modo, tomado parte en el debate exponiendo, por escrito, la posición de los trabajadores a los que representaba”.

Eso por el lado de la amplia extensión que puede tener la libertad de expresión cuando se usa por políticos y cargos públicos en temas de relevancia pública evidente. Pero hay un pero, e importante. Sigue el Tribunal Constitucional: “Ahora bien, "ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza (SSTC 190/1992, FJ 5; y 105/1990, FJ 8)" [STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5 a)]. También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena (art. 10.2 CEDH, SSTEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986, §§ 41, 43 y 45, y caso Bladet Tromso y Stensaas, de 20 de mayo de 1999, §§ 66, 72 y 73) y el honor, porque estos derechos <<constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar>>” (...) En efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate”.

Así que, en resumen, amplitud de la libertad de expresión en ese caso, pero sin que cubra el insulto y las expresiones innecesariamente vejatorias. Por ejemplo, se podrá informar de que el director de un

hospital es acusado de eutanasias ilegales o de homicidios o explicar que muchos lo critican acerbamente, pero no llamarlo, por ejemplo, cacique o personajillo o lameculos. ¿Y asesino infame? Hombre, digo yo que tampoco, por esa regla de tres; y con más razón. Porque miren *lo que concluye el TC sobre la conducta del que llamó al otro lameculos y cacique*:

“Las manifestaciones realizadas en el Pleno municipal por el ahora demandante de amparo constituyen, indudablemente, un ataque a la reputación del entonces director de la residencia de ancianos, y no tenían otro objeto que atacar a éste, en cuanto nada tenían que ver con el asunto que en el Pleno se estaba debatiendo, que era la toma de decisión sobre la encomienda o no a la Junta de Extremadura de la gestión de la residencia de ancianos, y no la evaluación del desempeño que su director venía realizando. Tampoco se expusieron, como alega el Ministerio Fiscal, como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto. Fueron simples frases despectivas desconectadas de cualquier razonamiento que las explicase o justificase. El empleado municipal, además, no estaba participando directa y personalmente en el debate en cuanto, como es obvio, no formaba parte del Pleno. Por todas estas razones, es claro que los epítetos empleados constituyeron un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión (vid. STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 7), procediendo, en definitiva, desestimar la demanda de amparo”.

¿Cómo es posible, pues, que el señor juez cite, para su caso y como justificación de la absolución que dicta él, esta sentencia del TC que llevaría, exactamente, a la justificación plena del fallo opuesto, de la condena a los que insultaron y vejaron con saña al Dr. Eulogio? Pues no sé por qué lo hará, si por inocente despiste, por ignorancia no culpable, por error vencible o con mala fe de libro, pero, como quiera que sea, estamos ante un magnífico ejemplo de cita torticera de un precedente judicial con autoridad.

3. Recoge la sentencia otros muchos titulares sobre el caso, incluso críticos, de otros medios informativos, de esos mismos días. Excelente, pero ¿qué comprobamos ahí? Que hay información, crítica, incluso severa, pero ninguna expresión del tipo “asesino infame” o “autor de sesenta asesinatos”, etc. Se da cuenta de cuáles son las acusaciones que contra el Dr. Eulogio se están vertiendo y se habla de posibles sedaciones irregulares y de dudosas actuaciones. Pero ni un insulto se detecta en la larga lista de titulares e informaciones. Con lo que la comparación no vale, ya que *el interés informativo no está en duda, solamente se debate sobre si la libertad de informar sobre un tema que a los medios informativos les parece bien interesante da derecho a llamar a alguien asesino*; y más, visto desde ahora, una vez que ha resultado esa persona absuelta de absolutamente todos los delitos que se le imputaban.

Ya es literalmente el colmo cuando dice este juez que “llama poderosamente la atención al juzgador” que, habiendo aparecido la información en tantos medios, “solo hayan encontrado motivo para querrellarse las acusaciones por las manifestaciones similares hechas por los acusados casi un mes más

tarde”. Pero es que *¡no eran similares las manifestaciones!* No será mala fe, pero lo parece. No digo que haya mala voluntad, tal vez es que existen problemas de otro tipo en la Administración de Justicia en España.

4. El truco más hábil ha estado en colocar el caso en la libertad de información y no en la de expresión. Al ponerlo allí, el argumento es sobre la veracidad de lo informado y sobre la importancia que todos los medios le están dando a lo informado. *Pero cuando lo que se dirime no es sobre qué se informó, sino qué expresiones se usaron, el tema hay que verlo en relación con la libertad de expresión. ¿Qué cambia? Pues lo siguiente: ya no importará meramente si lo que se desvela es legítimo objeto de la libertad para difundir información, lo cual aquí parece fuera de toda duda, y por eso no cabía querrela contra los otros medios que informaban de lo mismo, sino que cuenta muy destacadamente si el tipo de expresiones usadas eran necesarias o útiles para esa información o suponían un plus ocioso y traído con voluntad vejatoria. Sobre esto último podrá opinarse de una manera u otra, pero ahí no es argumento el de la relevancia de la información.*

Por tanto, es tramposo este modo de argumentar que en la sentencia encontramos: “Esto es y en definitiva --y así lo entiende el Tribunal-- que *los coacusados, ante un hecho que nadie puede negar que fuera noticiable y veraz, se limitaron en sus programas a valorar esta información publicada en otros medios (escritos, ya examinados, pero también en medios televisivos y otras cadenas de radio), siquiera, a veces --y como ya ha dicho-- con expresiones poco afortunadas, pero, en modo alguno y --debe reiterarse-- constitutivas de la infracción penal por la que venían siendo acusados* y a tal efecto, baste recordar la doctrina constitucional y jurisprudencial del TEDH, ya citada de que, dentro de las libertades de información y expresión quedan amparadas no solo las críticas inofensivas o indiferentes, sino también - y esto es lo importante a juicio del Tribunal en el presente caso - *<<otras que puedan molestar, inquietar o disgustar>>*”. O miren esto: “*En conclusión, la información transmitida era, por consiguiente, noticiable, relevante y veraz en el momento en que se difundió y las expresiones utilizadas por los acusados Ernesto y Josefa, por otro lado, no puede considerarse, a juicio de este Tribunal, incluibles entre las <<expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas>>* (vid. TC S 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, con más referencias). *No se trata, por tanto, de expresiones formalmente vejatorias que resulten gratuitas o innecesarias para la información que se pretende transmitir* (vid., en tal sentido, TC S 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7). Y al tratarse de una información relevante públicamente y que no infringe el límite absoluto de la prohibición constitucional de insultos, la legitimidad del ejercicio de la libertad de información viene determinada por la diligencia mostrada por el/los periodista/s en la comprobación, mediante fuentes solventes, de la conducta atribuida al protagonista de la noticia”.

No y no, si alguien dice en una emisora de radio que uno que no ha sido condenado penalmente (y que luego resulta completamente absuelto) es un redomado delincuente sexual, por ejemplo, eso no puede ser información veraz, eso es una expresión insultante y, si es insulto y hay propósito de vejar, se trata de injurias. Porque, de no ser así, imagínense las barbaridades que podría yo ahora mismo escribir aquí sobre ese juez, y todo quedaría disculpado y faltaría la antijuridicidad, pues es interesantísimo disertar sobre un tema de tanta relevancia informativa y no pasa nada si yo al señor juez lo llamo prevaricador y si digo que si ustedes tienen un pleito penal procuren no acercarse a él. No lo digo, pero él, sin duda, me absolvería en un caso así. Segurísimo.

ARGENTINA: EFECTO CONTAGIO-IMITACIÓN EN LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN

Martina Garra

Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)

RESUMEN: Este trabajo es una aproximación al plan de investigación en ejecución, cuyo título tiene por nombre el que preside este artículo. En el mismo se propone el abordaje de la perspectiva de género para luego poner en crisis el postulado dual: efecto imitación-medios de comunicación como forma de contagio en los casos de violencia física especialmente contra la mujer. Se intentará identificar, para analizar críticamente, la posible existencia de relaciones entre el incremento registrado en las estadísticas recientes y la difusión mediática, ello a fin de ratificarlas y describirlas o bien desesencializar la cuestión afirmando que la reproducción de información sólo contribuye a visibilizar el fenómeno. El objetivo, en relación al marco señalado, es delinear las principales aristas de la problemática. Para ello se propone como punto de partida el carácter sistémico de la discriminación de género y el reconocimiento de la misma como puntapié inicial para la configuración del actual paradigma en la materia.

PRECONDICIÓN: PERSPECTIVA DE GÉNERO

El análisis de género permite dar cuenta de la heterogénea participación de hombres y mujeres en la vida social, laboral, familiar y política. Evidencia cómo los recursos de la sociedad se distribuyen inequitativamente entre los géneros; subraya el modo en que las instituciones jurídicas y sociales facilitan o no la equiparación de las voces de hombres y mujeres en la toma de decisiones. También llama la atención sobre el diseño y la implementación de políticas públicas, lo que lleva o bien a naturalizar y perpetuar las diferencias de género, a tornarlas visibles para así promover su transformación y equiparación.¹

¹ Susana B. Gamba (2011): "Políticas Públicas sensibles al género", *Investigaciones y publicaciones, observatorio de Equidad de Género*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 1. Especialista en Estudios de la Mujer, licenciada en Ciencias de la Comunicación, docente universitaria, ex asesora del Consejo de Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y creadora de la Agenda de las Mujeres.

La problemática de género arrima a la idea de equidad de género y la consideración de las mujeres como sujetos políticos en el marco del ejercicio de la ciudadanía. Es indudable, la cantidad de logros obtenidos por las mujeres en la búsqueda de derechos, pese a ello es el propio seno social-cultural la sin razón de la discriminación subyacente en función del sexo.

La situación actual implica reconocer la existencia de relaciones de poder. Dichas relaciones han sido producto del contexto cultural e histórico y son constitutivas de las identidades que atraviesan todo el entramado social.

El paradigma de la sociedad patriarcal hacia el androcentrismo, permite explicar la instancia de subordinación de la mujer, ya que define la mirada masculina en el centro del universo, como medida de todas las cosas y representación global de la humanidad. Mirada que aún se perpetúa a través de las responsabilidades, pautas de comportamiento, valores, gustos, limitaciones, actividades y expectativas que se asigna en forma diferenciada a hombres y mujeres.

Necesariamente se debe comenzar por la distinción entre sexo y género. De este modo, es posible concebir al *género* como un constructo social, un conjunto de rasgos asignados a hombres y mujeres en una sociedad, adquiridos y naturalizados a través de procesos de socialización y de asignación de sentidos que instauran roles como expectativas sociales de comportamiento.

Frances Olsen, explica que nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. “Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior.(...)”²

Así, muchas diferencias no son biológicas en origen y no se fundamenta sino en aquello que la misma sociedad ha construido a través de distintos discursos y mecanismos de poder.

La igualdad es una construcción artificial, un concepto normativo ya que la situación fáctica es ser absolutamente desiguales. Éste es el punto de partida de análisis porque solo así a partir de la diversidad es posible concretizarla.

DISCURSO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

² Frances Olsen (2000): “El sexo del derecho” en Alicia Ruiz: *Identidad femenina y discurso* jurídico. Biblos. Buenos Aires. Pág. 1.

El abordaje de la cuestión requiere su consideración a la luz del funcionamiento de distintos discursos (jurídicos, mediáticos, políticos, sociales). El influjo que ejercen sobre el colectivo social es innegable: mediante ellos ocurre la afectación de los sujetos, confluyendo éstos en la estructura misma de la realidad social de los individuos.

A través de estos articuladores de la cultura, verdaderos sistemas moralizadores, se tiñen de sentido los pensamientos, las ideas y también la delimitación de las identidades como construcciones sociales.

La “violencia de género” -entendida esta como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal (Ley 26.485)- es un tema que empieza a preocupar a la sociedad entera y no escapa del discurso de los medios de comunicación.

El periodismo, por su parte, se encuentra ante la exigencia de comunicar e informar constituyéndose los medios de comunicación en un factor de gran connotación en la óptica o perspectiva de género por medio de la configuración de estereotipos, de las categorías ‘hombre’ ‘mujer’. En la actualidad, aún más, se representan como importantes vehiculizantes cognoscitivos de la cuestión frente al crecimiento del número de casos de violencia de género.

Se incorpora este problema a la agenda mediática por razón del caso de Wanda Taddei (asesinada por su esposo el músico [Eduardo Vázquez](#), quien la había quemado once días antes durante una discusión), el cual señala un hito en la sensibilización del tema. Su irrupción en los medios de comunicación impuso la difusión de la cuestión de la violencia de género. Asimismo, a partir de allí, comenzó imponerse la idea del “efecto Wanda Taddei”, para dar nombre al efecto-imitación de mujeres incineradas, víctimas de violencia de género.

Desde algunas disciplinas, se determina la eficacia o ineficacia de la imitación de ciertas conductas, como factor de tránsito individual –social.³ Se explica, en general, la hay cuando el acto tiene por antecedente inmediato la representación psicológica de un acto semejante, ejecutado anteriormente por otro; sin que entre esta representación y la ejecución, se intercale operación intelectual alguna. De modo que, se señala la frecuencia del tránsito de las mismas de una a otra persona, a modo de contagio, sumando a ello determinados ambientes y causas sociales.

En este sentido, se sostiene que las modalidades y formas de violencia mayormente difundidas por los medios de comunicación o aquellas que por su connotación social permanecen más tiempo en ellos, comienzan a reproducirse mediante imitación, como fenómeno social de aprendizaje.

³ Véase ‘Las penas del joven Werther’ de Johann Wolfgang Von Goethe y el análisis sociológico del suicidio por Emile Durkheim.

Su operatividad funcionaría como un circuito que se retroalimenta, las noticias que mayor recordación tienen, que son más vistas y más escuchadas, generan por parte de los medios el reforzamiento de conductas que son convenientes para asegurar la audiencia. Las circunstancias se delinearán frente a un embate en que el 'género' tiene sin lugar a dudas, intervención. Ahora bien... ¿Es posible afirmar una relación inmediata entre el incremento de casos violencia de género y la difusión de información de situaciones semejantes a través de los medios de comunicación? ¿Los medios masivos de comunicación legitiman de algún modo los comportamientos sociales? ¿Esta articulación se da, especialmente, mediante el efecto imitación o contagio? ¿La reproducción de datos sobre ciertas conductas de violencia de género alienta a aumentar en la sociedad estas tendencias?

En la configuración del tema por parte de los medios de comunicación pareciera recurrirse a la descripción detallada, a las especificidades en las modalidades de conductas de violencia, a las motivaciones de las mismas; empero el discurso crítico censurarlas.

A mi modo de ver el estado actual de cosas, pareciera que, naturalizando un conflicto expresado en esta compleja pos modernidad en la que de algún modo todos participamos, se refuerzan estereotipos, creencias, tendencias...sin más ¿cómo operan algunas publicidades en estos tiempos?

VIOLENCIA DE GÉNERO: ENFOQUE NORMATIVO

El fenómeno de la violencia contra las mujeres se sitúa en la agenda de género y constituye un verdadero problema de Derechos Humanos. El empoderamiento de estereotipos de género bajo la concepción de debilidad, sensibilidad y emotividad de las mujeres y agresividad del hombre en la instancia de la expresión de valor, se refuerza mediante mecanismos de aprendizaje expresados por ejemplo a través de la violencia.

La violencia como tal, tampoco es anatomobiológica, implica una forma de ejercer poder respecto de relaciones humanas que son de dominio-sumisión, tal como la que se expresa en la supuesta superioridad del hombre, colocando en el centro del debate a la legitimación de la subordinación moral de la mujer.

El Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación de la Mujer, en su Recomendación General N° 19 señala: “la violencia de género como una forma de discriminación que inhibe la capacidad de la mujer de gozar de los derechos y libertades sobre una base de igualdad con

el hombre” en concordancia con la definición de discriminación del artículo 1 de la Convención.⁴ Es decir, “Aquella dirigida hacia una mujer porque es mujer o que afecta a las mujeres en forma desproporcionada.”

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁵, en el artículo 1 entiende la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”

A nivel nacional obliga la Ley 26485/09 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y el decreto 1011/2010, de aprobación de la reglamentación de la misma. Por su parte, ya el femicidio encuentra asidero mediante la Ley 26791, modificatoria del Código Penal Argentino.

Se da cuenta de un importante entramado normativo y a su vez, es mediante los tratados internacionales de Derechos Humanos que quedaran incorporados a la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 y las obligaciones asumidas por el país en el fuero internacional que se brinda un marco conceptual a las normas locales. En función de lo expuesto, se destacan la Convención contra todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Interamericana para Sancionar, Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Son contestes en el reconocimiento de que este tipo de violencia constituye una manifestación de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres. Perspectiva que permite comprenderla como una forma más de discriminación.

Desde la fundamentación de los Derechos Humanos brindada por Carlos Santiago Nino, mediante la tríada autonomía-dignidad-inviolabilidad de la persona, se puede afirmar, de cara a la realidad imperante, la carencia del status moral de la mujer a diferencia del hombre. Es en esta instancia, que considero la violencia de género, un conflicto propio de Derechos Humanos. La situación de subordinación de la mujer, la naturalización de estereotipos jerarquizados y sexualizados, el no reconocimiento su status moral no operan sino constituyendo la categoría mujer en el espacio de discriminación de género.

⁴ Art. 1: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

⁵ Resolución de la Asamblea General 48/104 ,20/12/1993.

Los instrumentos internacionales consagran por sí, derechos y garantías que el Estado Argentino debe promover y proteger. No quedan dudas que en el orden internacional así como en el nacional se reconoce la gravedad del problema que representa la violencia de género y la urgencia en realizar esfuerzos para combatirla.

La consagración normativa es imprescindible para la implementación de políticas públicas idóneas para una sociedad que pueda conciliar el desarrollo, la equidad, la inclusión social y una defensa integral de los Derechos Humanos.

El discurso normativo ha ido desarrollando, “en cierta medida” una reformulación del paradigma de los Derechos Humanos que cuestiona la validez universal del androcentrismo y del modelo del hombre occidental, ello desde una perspectiva democrática y en el contexto del ejercicio pleno de la ciudadanía.

Asimismo, y por ello en el párrafo precedente digo “en cierta medida”, se debe tener en cuenta que el derecho dotado de características de racionalidad, ha ido arquitectándose –en gran parte- a través de figuras masculinas, lo que implica reconocer que las respuestas normativas son muchas veces concebidas desde una visión representativa de intereses masculinos.

Mediante operaciones de asignación de sentido en la construcción de identidades, el derecho, se constituye en un factor de gran connotación en la perspectiva de género dado que contribuye a la configuración de la categoría ‘mujer’ reconociéndole o no determinados derechos desde una óptica masculina, amén de la igualdad que promueven.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero igualmente es inviable exigir transformaciones sociales solo con respuestas normativas, es decir, pretender que el discurso jurídico resuelva cuestiones que se hayan instaladas en el propio núcleo social. Comparto las palabras de María José Gómez Fuentes, “la mera judicialización del problema no alcanza para su transformación y desgraciadamente, los medios la están tomando como principal marco del enfoque contribuyendo así a la opacidad de la situación de dominación que sustenta la violencia”⁶

Por lo que, estimo, la necesidad del consenso social sobre la gravedad de este fenómeno -que atraviesa todos los estamentos y generaciones- para el enfoque de la violencia de género en un andarivel de equidad y racionalidad. Del mismo modo, desesencializar la idea de criterios de moralidad diferentes para hombres y mujeres y despojar los factores culturales de sumisión de la mujer.

LAS CIFRAS, CONDICIÓN PARA EL ANÁLISIS

⁶ María José Gómez Fuentes (2012) “Sobre los modos de visibilización mediático-política de la violencia de género en España: consideraciones críticas para su reformulación”. OBETS. Revista de Ciencias Sociales. Vol. 7, N. 2. ISSN 1989-1385. Pág. 205.

La dimensión del problema alcanza escala global. Bajo la perspectiva de la OMS es un problema de salud pública que afecta a más de un tercio de todas las mujeres a nivel mundial, según el nuevo informe *Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*. El estudio revela que cerca del 35% de todas las mujeres experimentarán hechos de violencia ya sea en la pareja o fuera de ella en algún momento de sus vidas.

Para evitar exceder los límites de este trabajo, en cuanto al análisis de la violencia de género fuera de las fronteras del Estado argentino, simplemente menciono una de las críticas ante la revisión efectuada por la OMS: la falta de datos sobre determinados tipos de violencia y en ciertos contextos particulares. Circunstancia que no es extraña a Argentina.

Amen de registros internos de datos en algunos organismos, oficinas e instituciones públicas y el gran esfuerzo de las ONG, el estudio de la Violencia contra la Mujer, requiere estadísticas oficiales a nivel nacional, una deuda pendiente del país frente a la legitimidad de este paradigma. Por su parte, los comités que monitorean la implementación de la Convención Belem do Pará y de la CEDAW, reclaman por la ausencia de datos. También, en este sentido, la obligación que se infiere conforme Ley 26.485.

Son destacables las tratativas en torno al Registro Único de Violencia contra la Mujer, en el cual se centralizará la información de las denuncias que se realicen ante organismos públicos en todo el país.

Ante tal contexto, el “Observatorio de Femicidios en Argentina Adriana Marisel Zambrano” de la Asociación Civil la Casa del Encuentro, elaboró los Informes de los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012. Asimismo, remarcan la necesidad de estadísticas oficiales que incluyan los índices de femicidio.

Tales informes tienen el apoyo sostenido de Global Fund For Women y los informes de los años 2010 y 2012 el de Fortalecimiento de Sociedad Civil, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el año 2008 se registraron 208 femicidios; en el año 2009, 231; en el 2010, 260; en el 2011, 282 y en el 2012, 255 femicidios.

Las mujeres golpeadas, baleadas, apuñaladas son las modalidades con mayores porcentajes. Sin perjuicio de ello, la modalidad de mujeres incineradas es una de las que registra mayor aumento. El caso más emblemático de esa forma de agresión es el de Wanda Taddei mencionado anteriormente, ocurrido en el año 2010.

Año	Femicidios totales	Cantidad de mujeres incineradas	Porcentaje que representa del total
2008	208	3	1.44%
2009	231	6	2.60%

2010	260	11	4.23%
2011	282	29	10.28%
2012	255	19	7.45%

La importancia de las estadísticas deriva de la posibilidad de creación de nuevas estrategias y políticas públicas interdisciplinarias para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres y coadyuvar a la asistencia de las víctimas. En el punto específico de la observación del efecto contagio-imitación en las conductas de violencia física de género contra la mujer, se sitúa esta carencia como principal obstáculo para profundizar sobre su eficacia.

Los informes acabados descriptos precedentemente son elaborados mediante recopilación de información de las Agencias: Télam y DyN y 120 diarios de distribución nacional y/o provincial y mediante el seguimiento de cada caso en los medios, por lo que sólo reflejan los casos publicados en los medios de comunicación. La utilidad de los mismos es basta para estudiar como operan los casos de los medios, pero la inexistencia de estadísticas oficiales -mediante mismos índices a nivel nacional- se presenta como dificultad en la determinación precisa de la propensión actual, a la hora de parangonar con lo mediatizado.

Tarea harto difícil, con las herramientas existentes, es fijar la probabilidad de que se produzca un femicidio al día siguiente de la reproducción de uno en los medios. Del mismo modo, la incidencia de estos últimos frente a conductas futuras semejantes, tanto los métodos, medios y formas de violencia, las características, y en fin la determinación que puede tener la difusión de estos casos en la comisión de otros de violencia de género.

REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Es imprescindible lograr dar respuestas a los interrogantes planteados en el trabajo desde una visión integral, interdisciplinaria resultando esencial su tratamiento como problema de derechos humanos, dado que además de reflejarse la situación acerca de la agencia moral de la mujer como sujeto de derecho se halla como núcleo problemático la legitimación moral de su subordinación.

En ese orden, es de interés el aporte de la categoría sexo-género para lo que es indispensable desentrañar la contribución de los distintos discursos al fenómeno de la violencia de género.

El enfoque de la situación también implica su valoración de cara a la responsabilidad de los medios de comunicación, de la organización de los datos emitidos y su contenido, la publicidad, las herramientas y pautas necesarias para un mejorable tratamiento del tema, pero no se trata de reducir o acotar la

información. Las exigencias y demandas de la legitimidad del tema en la configuración estructural vigente, impone la necesidad de desmontar estereotipos ocultos propios de la mediatización.

Los medios de comunicación han operado a favor de la visibilización de la cuestión, traspolándose situaciones del ámbito privado al público, tornándose más difusos los límites de uno y otro. Pero lo que la sensibilización en pos de la verdadera desnaturalización requiere, es de un proceso de desmitificación, ahondando en las relaciones de poder que se desarrollan en el ámbito social-cultural. El compromiso, desde ya, no es solo de los medios, es de todos.

BIBLIOGRAFÍA

De Lucas, Javier (1996): “La igualdad ante la ley” en Garzón Valdez y Laporta: *El derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Trotta. Madrid.

Fernandez, Ana María (2009): *Las lógicas sexuales: amor, política y violencias*. Nueva Visión. Buenos Aires, Argentina.

Gamba, Susana B. (2011): “Políticas Públicas sensibles al género”, *Investigaciones y publicaciones, observatorio de Equidad de Género*. Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/des_social/mujer/observatorio_genero/pdf/polit_sens_genero.pdf

Gámez Fuentes, María José (2012) “Sobre los modos de visibilización mediático-política de la violencia de género en España: consideraciones críticas para su reformulación”. *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 7, N. 2. ISSN 1989-1385, pp. 185-213. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10234/62334>

García Amado, Juan Antonio (2002) “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho” en Mario Portela: *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Suarez. Mar del Plata, Argentina.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar (2011) “La no discriminación contra la mujer”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina.

Nino, Carlos Santiago (2005): *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Astrea.

Olsen, Frances (2000): “El sexo del derecho” en Alicia Ruiz: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Biblos. Buenos Aires, Argentina.

Muniagurria, Paula Susana (2008) “Principio de autonomía y salud reproductiva: campo de disputas en materia de discriminación de género”. XV Encuentro Nacional de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. La Plata, Argentina.

La Casa del Encuentro. [http:// www.lacasadelencontro.org](http://www.lacasadelencontro.org)

<http://razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/3536-ataques-con-acido-a-mujeres-icrimenes-por-imitacion-contagiosa.html>

OMS. 2013. http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2013/violence_against_women_20130620/es/.

RESPUESTA JUDICIAL ANTE LA CRIOCONSERVACIÓN DE CÉLULAS MADRES PROVENIENTES DEL CORDÓN UMBILICAL EN ARGENTINA

Ofelia Cecilia Garrido

Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)

I. INTRODUCCIÓN

El tema que constituye el objeto de este trabajo se presenta, en alguna medida, como excusa para el análisis de una práctica judicial que ha ido adquiriendo protagonismo en la justicia argentina en las últimas décadas. Refiero a la resolución rápida y provisoria de conflictos mediante el otorgamiento de medidas cautelares vehiculizadas a través de procesos de amparo.

Intentaré desarrollar casos significativos que han sido judicializados en virtud del dictado de la Resolución del INCUCAI Nro. 069/09¹, firmada el 15 de abril de 2009, que regula la actividad de los Bancos de Células Progenitoras Hematopoyéticas, provenientes de la sangre del cordón umbilical.

Ello a fin de realizar un análisis acerca de la motivación razonada de los fallos que resuelven la cuestión. Principalmente, considerando que la judicialización se ha efectuado a través de procesos de amparo², y con la petición de medidas cautelares. Dicho proceso es considerado de tipo rápido y expedito, sin perjuicio de lo cual no se encuentra exento de la obligación constitucional de ser fundado, tal como trataré de exponer a continuación.

La justificación de la selección del tema refiere –como anticipé- a la creciente inquietud en torno a la legitimidad de la generalización del otorgamiento de medidas cautelares –judiciales-, particularmente en relación a temas vinculados al derecho a la salud. A la vez que de la importancia que ha adquirido la crioconservación de células, que ha dado lugar por un lado, a que numerosos bancos privados de células

¹ Ver resolución en: http://www.infoleg.gov.ar/basehome/actos_gobierno/actosdegobierno8-2-2010-1.htm

² En nuestro país, que tiene control de constitucionalidad jurisdiccional difuso, el amparo constituye la única vía directa para solicitar la protección de los derechos fundamentales (Gonzaini, Osvaldo A. Derecho Constitucional. Amparo. Doctrina y Jurisprudencia. Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2004, pág. 251).

madres la comercialicen³ y, por el otro, a que el Ministerio de Salud de la Nación, dicte una resolución en un intento – hasta el momento estéril- de regularla.

Respecto a dicha normativa, cabe adelantar que en el año 2004, el INCUCAI⁴, había dictado las normas para la habilitación de bancos de Células Progenitoras Hematopoyéticas - en adelante CPH- provenientes de la sangre de la vena umbilical y de la placenta con fines de trasplante, que se obtendrían mediante la donación expresa de la madre. Se estableció, con dicha normativa, que los bancos debían ingresar las características de las unidades colectadas al Registro Nacional de Donantes - Resolución INCUCAI n° 319/04 modificada por la Resolución n° 60/09-.

Simultáneamente, se iban abriendo establecimientos que, al margen del control del INCUCAI, proponían a los padres la guarda de CPH provenientes de cordón umbilical, para su eventual trasplante autólogo. Por consiguiente, estas unidades no eran informadas al Registro Nacional de Donantes, en tanto se consideraban que no estaban disponibles para su uso alogénico ya que no se trataba de donantes sino de “depositantes” de CPH.

Posteriormente, como consecuencia de la proliferación de tal actividad el INCUCAI dictó la Resolución 69/09, ya mencionada y es la que da lugar al conflicto que me convoca en esta oportunidad.

Mediante dicha normativa, se subordinó la captación, colecta, procesamiento, almacenamiento y distribución de las referidas CPH al cumplimiento de dos condiciones: 1.- Habilitación de conformidad con las Resoluciones INCUCAI n° 319/04 y 60/09; 2.- inscripción en el Registro Nacional de Donantes, a fin de que, en caso de existir un paciente en nuestro país o en el exterior que necesite de un trasplante de CPH, cuya compatibilidad coincida con la unidad preservada, la misma sea destinada para el alotrasplante del mismo, no generando ningún tipo de resarcimiento económico.

Lo cierto es que las tensiones existentes entre las partes interesadas (padres que contratan la crioconservación de la CPH en un centro privado - el centro privado – (CUCAIBA) Ministerio de Salud de la Nación), producto de la normativa de referencia, ha dado lugar a una gran cantidad de amparos tendientes a obtener la paralización de los efectos de dicha resolución.

Entiendo oportuno efectuar unas breves consideraciones respecto del carácter y funcionamiento de los procesos de amparo en nuestro país, como así también de las medidas cautelares.

Siguiendo a Morello (2004:7), se puede decir que el amparo constituye una manifestación de la facultad jurídica consistente en acudir ante un órgano jurisdiccional (judicial) solicitando la concreción

³ En Argentina hay ocho bancos de preservación de células madre privados y uno oficial que funciona desde 2005 en el hospital Juan Garrahan, en la Ciudad de Buenos Aires.

⁴ El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (Incucai) es el organismo que impulsa, normaliza, coordina y fiscaliza las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células en nuestro país. Actúa en las provincias argentinas junto a 24 [organismos jurisdiccionales](#) de ablación e implante con el fin de brindar a la población un acceso transparente y equitativo al trasplante. (<http://www.incucai.gov.ar/institucional/index.jsp>)

de determinada consecuencia jurídica: la tutela, declaración o reconocimiento de un derecho o pretensión jurídica mediante la eliminación de la lesión constitucional.

Si bien ya había tenido recepción jurisprudencial desde 1957 - a través de los casos Siri y Kot-, en 1966 fue regulado mediante la ley 16.986 que estableció ciertas limitaciones que tornaban dificultoso el acceso a esta acción y le restaban efectividad.

En esta línea Gelli (2009:618) sostiene que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado varios tipos de amparo, cuyo impulso corresponde a diferentes categorías de sujetos legitimados. En el art. 43, primer párrafo se regula el amparo individual, personal o clásico.

La norma dispone que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista remedio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Se advierte que el art. 43 de la CN elimina la exigencia de agotar la vía administrativa que estaba prevista en la ley 16.986. Además, se amplía el ámbito de protección, ya que el amparo puede interponerse para salvaguardar derechos reconocidos por un tratado o una ley además de los reconocidos por la Constitución.

Se establece que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (se elimina la restricción impuesta por el art. 2 inc. d de la ley 16.986 que prohibía la declaración de inconstitucionalidad en un juicio de amparo).

En lo que respecta a las medidas cautelares, se dan para asegurar la providencia definitiva de otro proceso. Vale decir que operan como medios específicos en cuanto a su fin tutelar, pero dependientes de la suerte de la pretensión principal (Rivas: 2003:623).

Por tanto, son actuaciones que, en las que sin emitir opinión respecto del resultado final, un Magistrado, puede adoptar para que las resultas de la resolución judicial surtan plenos efectos para los interesados o para la parte procesal.

A esos fines, se exige para su concesión la concurrencia de dos requisitos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Recientemente en Argentina fue sancionada la ley 26.854 - Nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado⁵ - que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional o sus entes descentralizados. Dicha normativa fija un mecanismo tendiente a que, en las causas que involucran al Estado, las medidas cautelares tenga un plazo determinado, aunque exceptúa las

⁵ Sancionada: Abril 24 de 2013 Promulgada: Abril 29 de 2013

situaciones que afecten la vida, la salud, el medio ambiente o a los sectores vulnerables, y entiendo que, es justamente este punto el que será tenido en cuenta de ahora en más, al momento de conceder estas medidas, cuando quien las interponga sea una empresa privada.

Ahora bien, explicados los remedios judiciales seleccionados - en la mayoría de los casos - , para oponerse a la normativa del Ministerio de Salud, entiendo necesario efectuar algunas consideraciones en lo que respecta a qué son las Células Progenitoras Hematopoyéticas.

Solo a fin de ubicarnos en la temática, cabe recordar que las CPH se distinguen de otros tipos de células por dos características. La primera es que son células no especializadas que se renuevan ilimitadamente; y la segunda, es que se las puede inducir a que se conviertan en células con funciones especiales. Por lo expuesto, tienen la capacidad de reparar, restablecer, reemplazar y regenerar células que luego podrían utilizarse para el tratamiento de muchas afecciones y enfermedades. A esto se le llama medicina reparativa o medicina regenerativa.⁶

Ahora bien, en nuestro país el 20 de Abril de 2009 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución 69/2009 por la cual se regulan las actividades relacionadas con la captación, colecta, procesamiento, almacenamiento y distribución de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH).

Entre los considerandos de la resolución en cuestión se estipula como práctica corriente la ablación e implantación de cordón umbilical, vale decir, a las CPH presentes en la sangre del cordón umbilical (SCU) y la placenta luego del alumbramiento.

En este marco, la Resolución N° 610/07 del Ministerio de Salud faculta al INCUCAI para entender en las actividades vinculadas con la utilización de células de origen humano, para su posterior implante en seres humanos⁷.

De esta manera, las Resoluciones INCUCAI Nros. 319/04 y 060/09 regulan lo atinente a la habilitación de bancos de CPH provenientes de la vena umbilical y la placenta con fines de trasplante, además de las normas para la colecta, procesamiento, estudios, almacenamiento y envío de dichas células es justamente este punto el que aquí será puesto en discusión, veamos por qué.

La Res. 69/09 regula, por un lado, el uso autólogo (propio) de las células madre. A esos fines, distingue entre quienes criopreservaron las CPH antes de su entrada en vigencia y a posteriori de la misma.

Para quienes lo hayan hecho con anterioridad, refiere:

"Art. 12. - Los establecimientos que cuenten con unidades colectadas y preservadas con anterioridad al dictado de la presente, deberán darle opción a la madre/padre autorizante/s a

⁶ <http://www.celulasmadre.mincyt.gob.ar/celulasmadre.php>

⁷ http://www.incucai.gov.ar/docs/resoluciones/resolucion_msal_610_07.pdf

incorporar las mismas al Registro Nacional de Donantes de CPH para su utilización conforme lo dispuesto en el artículo 6° de la presente."

El punto más problemático es sin dudas, el artículo 6, en tanto suprime la necesaria voluntad en la donación de CPH, sin dar la posibilidad a los progenitores de optar por donarlas o no. El mismo expresa: *"Art. 6° - Las CPH provenientes de la sangre de cordón umbilical y la placenta que se colecten a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución para usos autólogos eventuales, usos para los que no haya indicación médica establecida, deberán ser inscriptas en el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas, mediante el Protocolo aprobado en el Anexo III de la Resolución INCUCAI N° 319/04 y en las que en un futuro la reemplacen, complementen o amplíen, y estarán disponibles para su uso alogénico, conforme lo establecido por la Ley N° 25.392."*

En este artículo se determina que automáticamente pasan a formar parte de la utilización pública las colectas realizadas de ahora en más.

Ante el conflicto generado números casos se judicializaron a fin de solicitar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

II. ALGUNAS DECISIONES RELEVANTES

Desde la entrada en vigencia de la ley, hasta el momento, numerosos fallos judiciales se han pronunciado sobre los amparos con medidas cautelares presentados por los centros privados y particulares, en contra de la resolución del Incucaí.

Se advierte que la respuesta jurisdiccional es consistente, esto es se pronuncia por la inconstitucionalidad de dicha normativa, por los argumentos que se verán a continuación:

- “No implica Donación”

En la causa "N° 12.320/2009 , caratulada: "C.H.F. y otro c/ EN- M° Salud- INCUCAI RESOL 69/09 s/ amparo ley 16.986" – CNACAF – SALA V – 22/02/2011" vino a aclarar los problemas interpretativos generados por el art. 11 de la Res. 69/09.

En este sentido, distinguió que la "notificación" mencionada en el citado artículo no implicaba donación: *" La Resolución N ° 69/09 no obliga a los actores a la donación de las "células madre" ya colectadas y almacenadas [con anterioridad a su dictado] y por ello no lesiona su autonomía de la voluntad, la que se encuentra protegida por la posibilidad de poder*

prestar su consentimiento para el hipotético caso en que decidan la inscripción en el Registro Nacional de Donantes de CPH" "Con arreglo al régimen instituido mediante la resolución cuestionada, en el caso de los actores se exige únicamente la "notificación" al Registro Nacional de Donantes de CPH mediante la entrega del formulario publicado en el Anexo C de la norma, del cual no surge identificación de las personas a los que se refiere la información requerida, por lo que no se evidencia la pretendida violación del derecho a la intimidad o a la privacidad (Del voto de los Dres. Guillermo F. Treacy y Jorge Federico Alemany)

- “Principio de voluntariedad - interés patrimonial - autonomía de la voluntad”

En la causa Nro.12.380/09, caratulada: “C., M. E. Y OTROS c/ EN –INCUCAI Resol 69/09- s/ amparo ley 16.986”, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, resolvió en fecha 2/12/2010, por mayoría, rechazar los recursos y confirmar la sentencia de primera instancia que había sido apelada.

En ella, se hizo hecho lugar a la acción de amparo promovida por M.E.C y otros padres y se declaró la inconstitucionalidad de la Resolución de CUCAIBA Nro. 69/09, en cuanto obliga a aquellos a ser donantes de las células progenitoras hematopoyéticas (CPH) que se obtengan en el momento del nacimiento de sus hijos; y rechazo la acción impetrada por MATERCELL S.A.

Para así decidir, se remitió a los fundamentos expuestos por el fiscal de la instancia, en cuyo dictamen sostuvo que la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos n° 24.193, dentro de la cual se encuentra comprendida la obtención y preservación de CPH, se asienta en el principio de voluntariedad de la donación, en tanto la resolución pretensamente reglamentaria establece la disponibilidad de las CPH para uso alogénico no decidido voluntariamente, razón por la que aquel principio resulta claramente vulnerado por esta última. En cambio, consideró distinta la situación de la sociedad anónima actora, pues su interés es fundamentalmente patrimonial, aspecto ajeno a la acción de amparo.

Aquí la Cámara refirió que la cuestión a decidir queda limitada al examen de constitucionalidad de los artículos 6º, 8º y 9º de la resolución 69/09.⁸

El camarista Luis María Márquez (a cuyo voto adhirió el juez Sergio Gustavo Fernández), entendió que la actividad vinculada a la conservación de CPH con destino a un eventual trasplante autólogo se rige por ley de trasplante N° 24.193, que deja librada a la voluntad del donante vivo la

⁸ El art. 6º establece que las CPH estarán disponibles para su uso alogénico; por su parte el art. 8º impone la exigencia de autorización previa del INCUCAI para la liberación de las unidades criopreservadas, y el art. 9º determina el contenido del consentimiento informado.

determinación del destinatario de órganos, tejidos o células (naturalmente para trasplante autólogo o con destino a personas relacionadas –art.14 ley cit-, según el caso).

Desde esta perspectiva, señaló, la restricción a los derechos de los progenitores en punto a la disposición autóloga de CPH, así como la imposición de su forzosa donación con fines de empleo alogénico, configura:

“claro exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias” por parte del INCUCAI, *“en tanto altera la ley, subvirtiendo su espíritu y finalidad perseguidos, contrariando la jerarquía normativa y derogando o modificando total o parcialmente el texto”*.

Por su parte el magistrado Jorge Eduardo Morán, - en disidencia -, dijo que: *“... respecto a “La ley aplicable” que dijo que la ley de trasplantes N° 24.193 “no establece la modalidad concreta de tal actividad, razón por la que no puede interpretarse que la preservación de CPH en bancos privados para uso autólogo exclusivo se encuentre literalmente prevista o prohibida por la ley 24.193. Ello no me exime de mi labor de intérprete (arg. art. 16 del Código Civil), por lo que habré de verificar la conformidad de la reglamentación del INCUCAI con los principios que inspiran la donación de órganos y tejidos humanos”*.

Posteriormente, contraargumento en relación a lo expresado en primera instancia respecto al fundamento en la afectación del principio de autonomía.

Esto es especialmente interesante, ya que es el único que analizar este argumento. Veamos, el Dr. Moran entiende que “la autonomía de los actores se encuentra protegida por la posibilidad de preservar o no las CPH, en tanto los padres prestan su consentimiento informado respecto de eventual donación en caso de que libremente decidan conservar las CPH”.

En relación a los principios de Justicia y beneficencia – no maleficencia, sostuvo que: Ahora bien, en caso de que las células preservadas por los actores no sea suficientes o aptas para el tratamiento que puedan necesitar en el futuro, aquéllos podrán acceder a las células de terceros en bancos públicos, en caso de que sean compatibles. De modo que los actores pretenden resguardar sus necesidades invocando el principio de autonomía de la voluntad, cuestionando la eventualidad de donar aún cuando ello no le causaría perjuicio, por tratarse de una parte separada del cuerpo que tal vez nunca más la necesite, y que —en cambio— puede ser útil, en el presente, para curar o salvar la vida de un tercero enfermo. Sin embargo, en virtud del sistema internacional al que adhirió el INCUCAI, los actores podrían beneficiarse por el altruismo y la generosidad de los demás. En este sentido, contrariamente a la pretensión de los actores, la solidaridad a la que propende la Resolución 69/09 no resulta ajena a los principios de beneficencia no maleficencia y justicia que inspiran la ley de trasplante.

Concluye finalmente que: *“la actora no ha logrado acreditar el carácter manifiesto de la arbitrariedad o ilegalidad invocada, en tanto resolución fue dictada por la autoridad competente (art. 44 ley 24.193 y Res. MSyA 610/07) y su contenido no se opone a ninguna de las previsiones de la ley 24.193 y responde a los principios que rigen la materia, circunstancias que no permiten sostener su inconstitucionalidad”*.

En igual sentido, en fecha 29/11/2010 la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en causa Nro. 14.831/2009 caratulada “C.G. y otro c/EN – INCUCAI amparo ley 163986”, confirmó un fallo que había hecho lugar a una acción de amparo presentada por una pareja y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la resolución 69/09 del INCUCAI.

En primera instancia, el juez hizo lugar al planteo y aseguró que en la resolución cuestionada “se estableció el carácter ‘obligatorio’ de la donación para uso alogénico del material referido, sin que dicha ‘obligación’ hubiera estado prevista por ley formal; por lo que se advertía una violación directa al principio de libertad individual y la omisión de observancia del principio de legalidad de las obligaciones (art. 19 C.N.), situación que convertía a la norma -en el aspecto cuestionado- en claramente inconstitucional”. Esa decisión fue apelada por el Estado nacional.

Ante ello, la Cámara señaló que la ley de trasplantes N° 24.193 resulta aplicable a la obtención y preservación de células madre y su posterior implante a seres humanos. Consecuentemente, corresponde reparar en las disposiciones y en los principios que emergen de esta ley como primera pauta de análisis a los fines de la inteligencia que pueda proponerse en torno a las previsiones contenidas en los arts. 6° y cctes. de la Resolución INCUCAI N° 69/09. De esta manera entendió: *“A tal efecto, y sin dejar de advertir las particularidades del material que origina esta controversia (en tanto no existe ablación o extirpación de órganos ni de materiales anatómicos, ya que se trata de células recolectadas de la sangre de la placenta y del cordón umbilical que se desprenden naturalmente del cuerpo de la madre en el momento del parto), en orden a la aplicación de la ley 24.193 (conf. art. 1°, según texto de la ley 26.066) y con el objeto de ponderar su correspondencia -en lo que ahora interesa- con la resolución reglamentaria dictada por el INCUCAI, cabe atenerse a las normas que -dentro del articulado de aquella- rigen ‘los actos de disposición provenientes de personas’ (donación entre personas vivas -conf. arts. 14 a 17-, por no tratarse evidentemente de materiales anatómicos cadavéricos, respecto a los que se halla prevista una regulación diversa -arts. 19 y ss.- en el sistema normativo implementado por la ley de trasplantes de órganos y tejidos no renovables)”*.

Resaltó, que de estas disposiciones resulta el ‘principio de voluntariedad de la donación’, al instituirse el consentimiento del dador como requisito indispensable, que no puede ser sustituido ni complementado y que, puede ser revocado ‘hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, ante cuya falta la ablación no será practicada.

Así, sostuvo, el acto de disposición de órganos y materiales anatómicos, prevalece la voluntad del interesado en el acto de donar, como expresión de su decisión de donar o no donar.

Señaló que en el caso: *“(…) los actores han cumplido determinados actos (al contratar con un laboratorio privado, tercero ajeno a esta litis), tendientes a materializar su voluntad de conservar células progenitoras hematopoyéticas que fueron extraídas de la sangre de la placenta y del cordón umbilical en el momento del parto de su hija. Por el contrario, no han manifestado su decisión de donar ese material biológico, que especialmente previeron mantener bajo un sistema de criopreservación, con una finalidad -exclusiva- de uso autólogo, para el caso que -en el futuro- debiese ser utilizada para el tratamiento de alguna enfermedad que padeciera su hija”.*

Por ello concluye que no es posible entender que haya existido expresión de voluntad sobre acto de disposición alguno por parte de los actores, padres de la menor.

- “Derechos Fundamentales vs. Normativa”

Ahora bien, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal también confirmó un fallo que había dispuesto como medida cautelar la suspensión de los efectos de la resolución 69/09.

En este caso la acción fue iniciada por una pareja, para que se permita a una clínica la obtención de las CPH y que, una vez extraídas, queden conservadas para su uso autólogo eventual, quedando excluidas de ser reportadas al Registro Público previsto por la ley 25.392. A esos efectos aseguraron que ellos optan por no donar las células madre y que se niegan a hacer estudios de Histocompatibilidad y a que se informe al Registro de CPH, ya que no son donantes.

En primera instancia, la jueza hizo lugar al planteo y resaltó, que en el caso, se encuentran en riesgo de conflicto los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional frente a la normativa que motiva esta causa.

La magistrada había afirmado que, de no hacer lugar a la presentación, se privaría a los padres de contar con las células para el tratamiento de patologías en el caso de una eventual enfermedad que pudiera acontecer a sus hijos.

Apelada esa decisión, la Cámara rechazó el recurso. El tribunal dijo que: *“el remedio otorgado trata de una medida de urgencia, por lo que prima facie no parece un exceso la decisión de la magistrada de autorizar que se colecten las células en el establecimiento privado con el que contrataron los actores, debiendo éstos asumir el riesgo que tal proceder pueda irrogarles y sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia definitiva en la acción declarativa promovida por aquéllos”.*

Y agregó que adoptar una decisión contraria al interés expresado por los accionantes podría convertir en abstracta la sentencia definitiva a dictarse, sin resarcimiento posible.

- Derecho a la salud en sentido amplio

En esta oportunidad no encontramos con lo que parecería una opinión contraria a la que se venía sosteniendo en los fallos anteriormente citados, pero veamos que ello no fue así:

En los autos caratulados: “PROTECTIA S.A. c/ INCUCAI – AMPARO”, La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones, integrada por los Dres. Ignacio María Velez Funes, Roque Rebak y Luis Rodolfo Martínez resolvieron revocar en todas sus partes la medida cautelar dictada en primera instancia por el Juzgado Federal N° 1, el 3 de julio de 2009, en favor de la empresa Protectia S.A., sociedad comercial dedicada a la criopreservación de células madre obtenidas del cordón umbilical y /o placenta para su destino autólogo.⁹

Una empresa - Protectia S.A.-, interpuso acción de amparo en contra del INCUCAI a fin que se declare la ilegalidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad de la Resolución. Como medida cautelar, solicitó: a) que se ordene al INCUCAI no innovar y dejar en suspenso la entrada en vigencia y/o aplicación de la Resolución n° 69/2009 y la normativa a ella asociada, hasta tanto recaiga sentencia definitiva y firme en la presente causa; b) se autorice a Protectia a cumplir con todos los contratos de criopreservación de CPH para uso autólogo, celebrados con anterioridad a la vigencia de la Resolución 69/2009 que estuvieren pendientes de ejecución, a fin de evitar que acaecido el nacimiento, se frustre la recolección, procesamiento y criopreservación de las CPH, omitiéndose su inscripción en el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas y la realización de los estudios de histocompatibilidad necesarios para su uso alogénico y c) se autorice a Protectia a continuar ejerciendo su actividad comercial y a celebrar los contratos conforme a los modelos que adjunta, pudiendo los contratantes optar por escrito si aceptan o no la aplicación de los arts. 6 a 10 de la resolución 69/2009; debiendo en caso negativo omitirse su registro en el Registro Nacional de Donantes y la realización de estudios de histocompatibilidad necesarios para su uso alogénico, hasta tanto se dicte sentencia definitiva y ésta quede firme.

Respecto a ello, el Juez de Primera Instancia en fecha 3/7/09, acogió parcialmente la medida cautelar solicitada. Para así resolver, tuvo en cuenta que resultaba improcedente lo solicitado como punto “c)”, entendiendo que la sociedad actora carece de legitimación para requerir en nombre de terceros la opción de acatamiento u oposición a la aplicación de los arts. 6 a 10 de la cuestionada normativa. No obstante, juzgó admisible la procedencia de la medida cautelar peticionada respecto a los demás puntos.

La accionada apela. Elevadas las actuaciones a la Cámara de referencia esta resuelve : a) Revocar

⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B • Protectia S.A. c. Incucaí • 11/05/2010 Ley nacional [16.986](#) (Adla, XXVI-C, 1491).

en todas su partes la medida cautelar otorgada a la empresa Protectia S.A. mediante providencia de fecha 3 de julio de 2009.

Ahora bien, lo que diferencia este caso, al resto, es precisamente que la acción es interpuesta únicamente por la empresa privada.

Sin perjuicio de ello, es interesante ver que en este caso, la cuestión a resolver se circunscribe a la procedencia o no de la tutela cautelar otorgada por el Juez Inferior respecto de la preservación de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) existentes en la sangre ubicada en el cordón umbilical (SCU) y la placenta luego del alumbramiento, depositadas por terceros antes de la vigencia de la Resolución 69/09 del INCUCAI, como ha reseñado la sociedad accionante en su demanda.

Confrontados estos parámetros de valoración con las constancias de este proceso se infiere que la apelación deducida debe prosperar.

En efecto, analizando la Resolución n° 69/2009 del INCUCAI se desprende que la misma consta de tres partes o aspectos reglamentarios de la cuestión traída a nuestra consideración ante este Tribunal. Por un lado, los arts. 1° a 5° se refieren a parámetros de habilitación y profesionales involucrados en la actividad regulada, lo que se enmarca en el irrenunciable ejercicio del poder de policía sanitario del Estado, con fundamento explicitado en los considerandos de la citada resolución.

La segunda parte de la norma (arts. 6° a 10°) se refiere a las unidades colectadas a partir de la entrada de vigencia de la norma, lo que de acuerdo a los términos de la providencia apelada, quedó fuera del alcance de la tutela jurisdiccional anticipada por cuanto el sentenciante entendió la ausencia de legitimación de Protectia S.A. para impugnar los referidos artículos, ya que el destino de las cédulas criopreservadas sólo puede ser cuestionado por los representantes legales de los menores, depositantes en los bancos de criopreservación.

Finalmente, los arts. 11° a 14° se refieren a las unidades colectadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reglamentación, y si bien son también pasibles a su respecto las prescripciones inherentes a aspectos sanitarios, dejan a opción de los padres o autorizantes su incorporación al Registro Nacional de Donantes, con lo cual, el objeto de la cautelar en este último aspecto deviene innecesario.

Por lo expuesto, encontrándose en juego el derecho a la salud en sentido amplio, y el interés público comprometido en el ejercicio del poder de policía del Estado en la materia, el Tribunal entendió que en este caso en particular, donde la actora era únicamente una empresa privada, debe ceder ante el calibre de estos bienes jurídicos el interés meramente económico de la actora en el mantenimiento de la cautelar otorgada.

III. CONSIDERACIONES FINALES

De las decisiones analizadas, se puede concluir que a fin de obtener la suspensión de la aplicación de la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación, los particulares y las empresas privadas, han seleccionado el amparo con medida cautelar como medio privilegiado de acceso a la jurisdicción.

Ello sucede en un contexto en el que la sentencia que dirima la cuestión se verá necesariamente demorada poniendo en riesgo el objeto del amparo y a cuya consecuencia las medidas cautelares vehiculizadas mediante dicha acción aparecen como aseguradoras de los derechos reclamados. Se trata de cautelas otorgadas contra el Estrado Nacional, circunstancia que las coloca en la coyuntura, obligando a su análisis considerando la reciente sanción de la ley 26.854¹⁰ - Nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado - que pone en crisis este tipo de medida, mas aun si evaluamos que entre quienes la solicitan se encuentran empresas privadas.

Ahora bien, los amparos aquí seleccionados han prosperado de manera positiva, en primera instancia y también en la oportunidad de su revisión por la Cámara de Apelaciones, a la que llegaron a consecuencia de los recursos impetrados por el Estado Nacional.

Entre las cuestiones que fueron debatidas rescato como nodales: 1) la determinación de la ley aplicable y 2) la vulneración al principio de voluntariedad de la donación.

La primera cuestión fue prontamente resuelta y no ha presentado mayor interés, puesto que se ha concluido que la misma resulta ser la ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos, texto según ley 26.066.

Pero la respuesta en cambio ha sido problemática respecto de la posibilidad de ver vulnerado el principio de voluntariedad de la donación que deriva de los artículos 13 y 15 de la ley 24.193, según los cuales queda librada a la voluntad del donante la decisión que al respecto corresponde adoptar, sin que el consentimiento del dador o de su representante legal pueda ser sustituido o complementado, pudiendo incluso ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, ante cuya falta la ablación no será practicada.

Las soluciones al respecto han concurrido a la formulación de una jurisprudencia mayoritaria que interpreta que el principio referido se ve conculcado por la Resolución 69/09 del INCUCAI, según la cual las células progenitoras hematopoyéticas que se colecten para usos autólogos eventuales estarán disponibles para un uso alogénico — esto es, por terceras personas— después de procederse a la inscripción obligatoria de aquéllas en el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras

¹⁰ Vale decir que, es una de las normas que formó parte de un conjunto de proyectos, propiciado por el Poder Ejecutivo Nacional, cuya finalidad, públicamente manifestada es democratizar la Justicia.

Hematopoyéticas la obligatoriedad de la donación, en contraposición a la ley de donación de órganos referida.

En consecuencia, se sostiene que tanto la limitación del derecho de los actores a la disposición de las CPH, cuanto la imposición de su donación para uso alogénico, configura una violación de las prerrogativas consagradas en la ley de Donación de Órganos, lo que lleva a cuestionarla en orden a la letra de la norma del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Se advierte que las características de la cuestión problema, aún superada la interrogación en orden a la legitimidad de la Resolución 69/09, tornan pertinente evaluar quiénes son los que ponen en crisis dicha normativa, y en base a qué intereses. Ello en tanto en primer lugar encontramos a los padres, quienes sostienen que la normativa afecta el principio de autonomía –cuestión que necesariamente debe ser evaluada-. A la vez que otros actores concurren en reclamo de la afectación a sus intereses, refiero a las empresas privadas que almacenan las CPH, y cuyo fin es asegurar los usos de las mismas ante eventuales enfermedades de sus depositarios. Se trata de sujetos con capacidad de negociación y cuyo reclamo se desenlaza de los tradicionales debates de la bioética, dando lugar a un conflicto de contenido económico.

Si bien la cuestión exige profundizar en su análisis, puede afirmarse que la resolución plantea severos interrogantes a su aplicación. En particular referidos a la segunda parte de la norma: donación una vez entrada en vigencia la Resolución.

La discusión sobre la legitimidad de las medidas cautelares ha ingresado en la agenda de temas/problemas de políticas públicas, de allí que la judicialización de la resolución analizada resulte del mayor interés, puesto que no es más que la proyección del fenómeno que se ha llamado vulgarmente “cautelarización de la justicia” y que desnuda un modo de hacer que, lejos de resolver el conflicto, agota su objeto en una respuesta de oportunidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Gelli, María Angélica (2009): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ta edición Tomo I. La Ley, Buenos Aires.

Luna Florencia y Salles Arleen L. F., (2008), *Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Lombarda, Martín Pablo (2011): *Células madre, Derecho y Bioética*, Librería Editora Platense, La Plata.

Morello Augusto M. (2004): *El amparo. Régimen Procesal*, Librería Editorial Platense, La Plata.

Rivas, Adolfo Armando (2003): *El amparo*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires.

EL USO INTERESADO DE LA HOMOSEXUALIDAD POR PARTE DEL ESTADO¹

María Concepción Gimeno Presa

*Profesora Titular de Universidad, Universidad de León (ESPAÑA)
mcgimp@unileon.es*

RESUMEN Desde hace muchos siglos el Estado se ha inmiscuido en la orientación sexual de sus ciudadanos. Lo ha hecho usando instrumentos diversos a lo largo de la historia pero con un único objetivo: tener controlados a los diferentes grupos de poder para ejercer el suyo. En este artículo intento mostrar como los nuevos discursos oficiales en torno a la igualdad homosexual no son nada más que una nueva estrategia para seguir manteniéndose en su status quo.

El objetivo de este trabajo es mostrar cómo las ideologías que detentan el poder político usan la cuestión de la homosexualidad en general y del lesbianismo en particular con el único objetivo de consolidarse en el poder que ostentan. Si bien en el pasado la estrategia a seguir fue la construcción de una visión negativa y casi demoníaca de todas las personas con orientación homosexual, actualmente en algunos Estados la estrategia está cambiando y se tiende a tolerar e incluso a luchar por la igualdad de todos ellos. No obstante, tolerancia y políticas de igualdad tienen como finalidad la normalización de los grupos de poder existentes en la sociedad. Se intenta con esta nueva forma de proceder, evitar la diferencia y hacer desaparecer las reivindicaciones y conflictos que ponen en tela de juicio el poder establecido. El derecho es un arma, entre otras muchas, con la que cuenta el Estado para conseguir sus objetivos. Si bien la forma en que estos han utilizado los ordenamientos es variada a lo largo de la historia, el fin último que se persigue en ellos sigue siendo el mismo: el control de los grupos de poder reivindicativos.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

ESTADO Y HOMOSEXUALIDAD

El interés del Estado por la orientación sexual de sus ciudadanos no es algo coetáneo a su aparición como forma de organización política. Si examinamos los estudios habidos en relación a la evolución de la homosexualidad y su tratamiento a lo largo de la historia, podemos afirmar que en la antigüedad las conductas homosexuales no eran vistas con rechazo. Boswell en 1996² afirmó que la mitad de la actividad sexual en aquella época era homosexual. Es más, podemos afirmar que mientras duró el paganismo, la humanidad vivió una época de tolerancia hacia la homosexualidad, siendo una cuestión que no interesaba al Estado.

Pero el cristianismo dio un giro radical a la situación³. En la biblia se condena la sodomía, esta es vista como una conducta pecaminosa. Fueron los cristianos los que instaron al Estado romano a condenar la homosexualidad, extremo que consiguió una vez que se transforma en la religión oficial del Imperio en el año 380. A partir de ese momento la homosexualidad no era únicamente un pecado sino también un delito. Así se siguió considerando hasta principios del siglo XIX⁴.

Es precisamente en esta época, caracterizada por el apogeo del positivismo, cuando surge un nuevo instrumento para controlar y castigar las conductas homosexuales: la ciencia. La homosexualidad se clasificó en un primer momento como una patología originada por una causa orgánica. Se investigó las posibles alteraciones del sistema nervioso central que podían ocasionar la enfermedad. Posteriormente, pasó a ser considerada como una anomalía psíquica y así ha sido entendida hasta la segunda mitad del siglo pasado. Se trataba de una enfermedad mental curable, por lo que proliferaron las llamadas terapias reparadoras. En 1993 la OMS la eliminó de su catálogo de enfermedades mentales. Pese a ello, en la actualidad hay más de ochenta países que castigan penalmente el hecho de mantener relaciones homosexuales, hay quienes siguen afirmando que la homosexualidad es algo malo de posible cura y siguen existiendo terapias y tratamientos particulares para dejar de estar enfermos⁵.

Si tenemos en cuenta lo dicho hasta ahora podemos apreciar que durante varios momentos históricos la homosexualidad no fue fuente de interés directo para la actuación estatal. Lo fue antes que para el Estado para la religión y, precisamente porque la Iglesia fue durante un largo periodo de tiempo la

² Boswell (1996).

³ Boswell (1993).

⁴ Si bien durante los siglos XV y XVI se aminoró la intensidad de la persecución, la contrarreforma volvió a establecer un fuerte control jurídico, se penó duramente, incluso con la pena máxima, todo acto considerado contra natura. La historia de la homosexualidad es analizada en García Valdés (1981), Lizarraga Cruchaga (2003) y Baile Ayensa (2008).

⁵ El uno de Octubre del año 2012 el periódico *El País* publicó la prohibición en California del empleo de terapias para curar a los gais. En otros países sin embargo estas terapias aún existen como es el caso de Aberta (Canadá) donde la homosexualidad está considerada una enfermedad mental colocándola en el mismo nivel que la pedofilia y el bestialismo (Ver blog dosmanzanas.com, noticia publicada el 26 de Febrero del año 2012).

estructura de poder dominante, el discurso establecido por la misma se convirtió en discurso – saber oficial. En esta época se instalaron las primeras verdades científicas sobre la homosexualidad en aras al interés religioso.

No nos interesa aquí, sin embargo, preguntarnos el por qué del interés de los estamentos religiosos por la sexualidad, sino averiguar los motivos que lleva a Estado laicos y aconfesionales a seguir ahondando y regulando la hetero u homosexualidad de sus súbditos en el momento actual. Es cierto que tras hacerse eco del poder eclesiástico, el Estado pasó a regular la cuestión de formas diversas, aunque todas ellas tienen un carácter represivo. A partir de finales del siglo XX y principios del actual la posición estatal empieza, en muchos casos, a suavizarse y a tolerar formas de pensar que se alejan del discurso establecido, llegando incluso a cambiar su contenido y dictando normas para imponer uno nuevo, pero en todo caso la orientación sexual de los ciudadanos sigue ocupando un lugar en la agenda del poder público.

La pregunta que nos hacemos tiene una doble cara. Por un lado nos cuestionamos el porqué la homosexualidad sigue siendo objeto de interés estatal. Por otro, si estos nuevos discursos, emanados por el Estado y mucho más tolerantes que el hasta ahora impuesto, obedecen realmente a un cambio sustancial del poder-saber o es un nuevo uso de la homosexualidad dado por el poder establecido para mantenerse en su status.

EL INTERÉS ACTUAL DEL ESTADO EN LA HOMOSEXUALIDAD

El poder estatal es el resultado de las luchas y tensiones de intereses entre las diversas infraestructuras de poder existentes en una sociedad. Este poder es detentado por la clase dominante, quien lo ejerce diseñando las diversas organizaciones sociales. En aras a conseguir sus intereses, la clase dominante genera un discurso sobre lo que es verdadero o falso y ejerce el poder que ostenta instaurando en la sociedad y en las diferentes organizaciones su verdad oficial. Para ello usa múltiples formas de poder. El contenido de esa verdad impuesta tiene un amplio contenido axiológico por lo que se hace necesario que sea aceptada por la sociedad para que se mantenga en el tiempo y se propague. Una de las formas de poder más eficaces para imponer el discurso de verdad es el uso de la instrucción. Se enseña, se educa al pueblo para que entienda que esa verdad es una verdad científica. Solo así la verdad se consolida, se deja de discutir y el poder que la impone queda legitimado. El poder-saber crea un discurso, crea una moralidad y asienta sus valores bajo la apariencia de objetividad. Con ello se dota a su discurso de carácter universal. El destino del discurso es el propio poder, puesto que llega con pretensión de aceptación a todas las infraestructuras de poder que conforman la sociedad. El efecto último es la normalización de éstas. Todas las conductas se adecúan al discurso y a lo estipulado en él. La diferencia

deja de existir o queda reducida a organizaciones minoritarias y desaparece el anhelo de lucha entre los grupos, desaparece la crítica a lo establecido. Normalizada la sociedad el poder de la clase dominante se encarga de que todo esté bajo control y de que posibles elementos subversivos sean eliminados⁶.

Ahora bien, a lo largo de la historia van surgiendo críticas a la verdad establecida por parte de las estructuras de poder minoritarias o por aquellas que, si bien habían aceptado el discurso oficial, empiezan a valorar los discursos que lo contradicen. Es lo que Michel Foucault denominó insurrección de los saberes sometidos⁷. Empiezan a tener fuerza en la sociedad aquellos discursos que habían sido obviados o descalificados en un momento histórico por motivos diversos. Los nuevos discursos luchan por imponerse frente al oficial y con ello reemplazar a la clase dominante pasando a ser ellos los que ejerzan el poder político.

Se produce así una lucha entre poderes-saberes ante la cual el Estado reacciona. Ante la diferencia, ante la crítica que afecta al sistema establecido y a la verdad impuesta, el Estado reacciona de formas múltiples pero en todo caso con un mismo objetivo: vencer a las estructuras que están generando conflictos y que ejercen su poder intentando imponer un nuevo discurso de verdad.

La forma de eliminar o vencer los discursos críticos no tiene por qué ser en todo caso coactiva. Se puede eliminar una diferencia obviándola, haciéndola invisible a los ojos de la sociedad, o se puede eliminar tachándola de inmoral, de acientífica, usando el discurso del miedo o usando el derecho para perseguirla y castigarla penalmente etc. Etc. La estrategia a utilizar dependerá, entre otros factores, de lo hondo que pueda calar los nuevos discursos en la sociedad y de la virulencia del ejercicio de los poderes opositores.

Esta forma de entender el ejercicio del poder estatal, nos da la clave para responder a la primera de las preguntas planteadas ¿por qué a los Estados les interesa actualmente la orientación sexual de sus ciudadanos?

Tal y como ya he indicado, el poder del Estado se basa en el poder de estructuras más pequeñas (infraestructuras del poder) Entre ellas existe una tensión que culmina en la ostentación del poder político por parte de las estructuras más fuertes. La tensión o lucha es constante aunque no siempre tiene la misma intensidad. El patriarcado es la estructura de poder básica en las sociedades contemporáneas⁸. Lo es desde hace siglos. Se basa en el reconocimiento de la autoridad de los hombres sobre las mujeres y sus hijos con

⁶ Debemos a Michel Foucault el concepto de “poder –saber”, así como el estudio de la manera en la que se producen los efectos de verdad en el interior de los discursos. En este sentido ver **Foucault, Michel**; *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981; *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta Editores, 1992; *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza Editores, 1988. La relación entre poder y sexualidad es examinada en *Historia de la sexualidad*, volumen 1, “La voluntad de saber”, Siglo XXI, Madrid, 1977.

⁷ “Los saberes sometidos son esos bloques de saberes históricos que estaban presentes y enmascarados dentro de los conjuntos funcionales y sistemáticos, y que la crítica pudo hacer reaparecer por medio, desde luego, de la erudición” **Foucault Michel** (2000), *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de cultura económica de Argentina S.A, Argentina, primera reimpresión, traducida al castellano por Horacio Pons, pág.21.

⁸ Castells Manuel (2000); “El fin del patriarcado: movimientos sociales, familia y sexualidad en la era de la información”, en *La era de la información*, volumen III: *El poder de la identidad*, siglo XXI, México, págs. 159-269. La cita está tomada de la página 159.

los que constituyen el núcleo familiar. Esta autoridad se ejercerá en todos los ámbitos y no solo en el familiar sino también en el social, económico, jurídico, cultural y político. Su proyección a estos ámbitos asegura su mantenimiento a lo largo de los siglos en cuanto que serán las propias instituciones (creadas y gestionadas en base a esta autoridad) las que se encarguen de perpetuarlo. Se produce así un movimiento de fuerza circular. El patriarcado impregna el poder político y éste, una vez constituido, ejerce su fuerza controlando que la estructura de la sociedad y el orden establecido se mantenga, lo que en definitiva implica perpetuar la estructura patriarcal que lo ha erigido. Para mantener todo ordenado se hace imprescindible evitar aquellas diferencias que lo puedan poner en peligro. De tal forma que todo aquello que ponga en entredicho o cuestione, por ejemplo la familia patriarcal, es visto como un peligro incipiente que hay que evitar.

Pero desde hace años se ha producido una serie de cambios que están poniendo en crisis, por un lado las formas tradicionales de la familia que hasta ahora han ido existiendo y, por otro, el propio concepto de Estado.

Varias son las causas que originan el cambio en el concepto de familia. Tal y como señala Manuel Castell podríamos citar cuatro: “primero, la transformación de la economía y del mercado laboral, en estrecha asociación con la apertura de las aperturas educativas para las mujeres (...). Segundo, la transformación tecnológica de la biología, la farmacología y la medicina que ha permitido un control creciente sobre el embarazo y la reproducción de la especie humana (...). Tercero, en este contexto de transformación económica y tecnológica, el patriarcado ha sufrido el impacto del desarrollo del movimiento feminista, en el periodo subsiguiente a los movimientos sociales de la década de los sesenta (...). El cuarto elemento inductor del desafío del patriarcado es la rápida difusión de las ideas en una cultura globalizada y en un mundo interrelacionado”⁹.

Directamente relacionado con el movimiento feminista se han producido otros movimientos sociales que luchan por modificar la visión que el patriarcado ha instaurado sobre la sexualidad así como su vinculación con el concepto de familia tradicional. Estos movimientos protagonizados por gays, lesbianas y transexuales, si bien tiene divergencias, coinciden en sus objetivos. La idea básica que les mueve es la de hacerse visibles a la sociedad y conseguir un trato igualitario respecto del resto de individuos heterosexuales. Se parte de la consideración de que la orientación sexual no implica la separación de en dos tipos de seres humanos. Todos los individuos somos iguales con independencia de su orientación sexual, la cual no es nota esencial para marcar la identidad de las personas. Por este motivo todos estos movimientos luchan para desvincular las ideas de familia y de matrimonio de las de heterosexualidad u orientación sexual. La repercusión que ha traído y sigue trayendo la entrada en el panorama social, político y jurídico de estos movimientos es demoledora para la concepción misma del

⁹ Castells Manuel (2000); págs. 160-161.

patriarcado pues dinamita su base ideológica fundamental que es el imperio absoluto de la norma heterosexual.

Por esta razón, los Estados reaccionaron y siguen reaccionando en el momento actual contra la homosexualidad, pues la clase dominante está en serio peligro de seguir ejerciendo su poder y de ser sustituida por otra estructura diferente¹⁰. Los nuevos discursos emanados desde los movimientos homosexuales son difícilmente silenciados con una simple modificación del concepto de familia patriarcal impuesto. No se trata de ceder y reconocer más derechos a las mujeres frente a los hombres dentro del matrimonio, ni de modificar los roles de lo masculino y femenino, la reforma es tan profunda que afecta al concepto mismo de masculino y femenino, afecta al concepto de identidad y de persona tal y como se ha venido entendiendo hasta este momento. La conciliación entre familia patriarcal y homosexualidad es altamente complicada, máxime en este momento de la historia donde el discurso homosexual es un discurso elaborado y se presenta como científico, es un discurso que ha sabido refutar sólidamente los argumentos con los que se justificaba los discursos oficiales.

Ante esta situación, en algunos Estados se recrudece la lucha frente a ellos intentando volver a asentar la base moral que ha dado lugar a su discurso oficial. Se insiste en mantener los fundamentos de su exclusión y se reproducen hasta la saciedad los argumentos con los que a lo largo de la historia se han sostenido, aunque estos sean siempre los mismos y estén debilitados.

En otros Estados, se admite la diversidad, se inician políticas de tolerancia y el discurso oficial, el saber oficial es modificado. Ello lleva aparejado un cambio a nivel de política educativa, científica, moral, económica y jurídica. Surgen leyes potenciadoras de la no discriminación por razón de orientación sexual, los gays y lesbianas adquieren un protagonismo en la vida pública y se les van concediendo derechos antes no reconocidos en aras al principio de igualdad. Los nuevos protagonistas y por lo tanto nuevas formas de pensar y de actuar entran a formar parte del discurso oficial. Pero, en todo caso, la cuestión de la homosexualidad sigue estando en el punto de mira estatal. Y lo sigue estando porque la homosexualidad es vista como causa que rompe las estructuras organizativas gestionadas por el Estado, porque dinamita su concepción de familia, y porque pone en graves apuros la supervivencia del patriarcado.

La segunda pregunta que nos planteamos en este epígrafe es determinar si los nuevos discursos adoptados por el poder público obedecen a un auténtico cambio en la forma de pensar y en los intereses de la clase dominante o no es nada más que estrategia para mantenerse en su status.

No pretendo dar una respuesta tajante a esta cuestión, sino únicamente abrir una vía de investigación que nos permita poder dar una solución acertada. Me voy a basar en varios indicios que permitan dar un toque de atención y ponernos en sobre aviso ante los nuevos cambios institucionales.

¹⁰ De hecho, siempre ha habido una reacción por parte del poder político cuando ha emergido alguna posible causa que mellara al patriarcado. Es el caso de la admisión del divorcio en los matrimonios, o las normas que han ido regulando la entrada en el mercado laboral de las mujeres etc.

El principal objetivo del poder establecido es el control del poder de los grupos que existen en la sociedad. El derecho es uno de los instrumentos más importantes y eficaces que tiene el Estado para conseguir su objetivo. Con el derecho prohíbe y permite conductas, reconoce, quita derechos y establece el contenido y los límites de los mismos. En muchos ordenamientos jurídicos se establece actualmente la igualdad de todos los individuos con independencia de su orientación sexual. El derecho no solo reconoce este derecho sino que vela para que dicha igualdad sea efectiva, tan efectiva que logre hacer desaparecer cualquier diferencia. Pero la forma en que la hace desaparecer es subsumiéndola e incorporándola en sus redes de construcción del poder, Regulándolas las homogeneiza y de esta forma lo controla. Ya no hay diferencia, ya no hay peligro, pero esto es una forma de hacerlas de nuevo invisibles. Por esta razón la mayoría de las leyes que regulan la discriminación frente a la homosexualidad construyen unas relaciones análogas a la forma en que se regula las relaciones no homosexuales. Todo queda bajo un mismo patrón, todo bajo las mismas reglas, todo el mundo debe comportarse igual, actuar igual, sentir igual y organizarse de la misma forma, ya no hay diferencia, ya no hay reivindicaciones posibles¹¹. Un ejemplo de esto lo podemos ver en la ley del matrimonio homosexual, la cual no supone un auténtico cambio en la forma en la que los homosexuales expresan sus diferencias y reivindican sus deseos y participan en la democracia, sino una normalización de la situación. Las uniones entre homosexuales entran dentro del modelo de comportamiento elaborado por el Estado y esto garantiza la estabilidad de los grupos y de las ideologías dominantes¹². Esta normalización se deja vislumbrar a través de otros medios no estrictamente jurídicos. Así si nos fijamos en la imagen del matrimonio homosexual que se transmite a través de la pantalla, podemos ver como en numerosas series actuales las parejas homosexuales son encorsetadas a los roles y a los parámetros de una relación hetero aunque se siga no obstante extendiendo sus estereotipos¹³.

Es necesario examinar los nuevos discursos de tolerancia e inclusión hacia los homosexuales manejados desde el Estado y lo es porque estos discursos pueden servir para neutralizar las reivindicaciones. Es más pueden servir para aprovecharse de ellas, hacerlas suyas y regularlas integrándolas y acomodándolas a la estructura del poder establecido. Esto puede traer dos consecuencias muy negativas, por un lado quita eficacia a dichas reivindicaciones en cuanto que neutraliza a sus interlocutores legítimos. Lesbianas y gays dejan de ser considerados interlocutores que discuten con el adversario pues son subsumidos por un solo sujeto hablante: el Estado que hace suyas sus pretensiones. Por otro lado, el poder del Estado cobra fuerza frente al resto de poderes y se legitima gracias a un

¹¹ En este artículo no pretendo entrar a examinar estos posibles efectos del uso del derecho a la hora de regular la discriminación por razón de orientación sexual, simplemente el objetivo es mostrar cómo el Estado usa la cuestión para mantener su poder frente a los individuos. El análisis jurídico será objeto de otro trabajo posterior.

¹² En este mismo sentido ver: Negrón-Muntaner, Frances; "Mariconerías de Estado: Mariela Castro, los homosexuales y la política cubana", en *Nueva Sociedad*, n° 218, noviembre-diciembre de 2008, ISSN: 0251-3552, www.nuso.org.

¹³ En este sentido ver Kessler Kelly (2011); "They should suffer like the rest of us: queer equality in narrative mediocrity", *Cinema Journal*, 50, número 2, en especial páginas 143-144.

“aparente” proceso de transformación política que tiene en cuenta los intereses de la pluralidad, cuando en realidad es un “falso” proceso de democratización¹⁴.

Las reivindicaciones más duras quedan aisladas y discriminadas, se muestran como algo puntual frente a la normalización que se ha realizado por parte del Estado. Y es entonces cuando la idea de destruir el orden sexual basado en el binomio hombre/mujer, la eliminación de estas categorías como verdades sexuales dejan de discutirse.

BIBLIOGRAFÍA

Baile Ayensa, J.I. (2008), *Estudiando la homosexualidad. Teoría e Investigación*, Madrid, Pirámide.

Boswell, J. (1996); *Las bodas de la semejanza*, Barcelona, Muchnik.

Boswell, John (1993); *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Barcelona, Muchnik.

Castell Manuel (2000); “El fin del patriarcado: movimientos sociales, familia y sexualidad en la era de la información”, en *La era de la información*, volumen III: *El poder de la identidad*, siglo XXI,

Foucault Michel (1977); *Historia de la sexualidad*, volumen 1, “La voluntad de saber”, Siglo XXI, Madrid.

Foucault Michel (1981); *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México, Fondo de Cultura Económica.

Foucault Michel (1988); *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madrid, Alianza Editores.

Foucault Michel (1992); *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta Editores,

Foucault Michel (2000), *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de cultura económica de Argentina S.A, Argentina, primera reimpresión, traducida al castellano por Horacio Pons

Kessler, Kelly (2011); “They should suffer like the rest of us: queer equality in narrative mediocrity”, *Cinema Journal*, 50, 2, pp. 139-144.

Lizarraga Cruchaga, X. (2003); *Una historia sociocultural de la homosexualidad*, México, Paidós.

Negrón-Muntaner, Frances (2008), “Mariconerías de Estado: Mariela Castro, los homosexuales y la política cubana”, *Nueva Sociedad*, 218, noviembre-diciembre. Disponible on line en: < www.nuso.org >

¹⁴ En relación al papel de la tolerancia y sus efectos negativos en las sociedades multiculturales, ver **Zizek Slavoj**, *En defensa de la intolerancia*, Sequitur, Buenos Aires, 2008, es especial páginas 26-27, 67-70

Zizek Slavoj (2008); *En defensa de la intolerancia*, Buenos Aires, Sequitur.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LAS DECISIONES JUDICIALES

José Agustín González-Ares Fernández

Profesor Titular de Universidad, Universidad de Vigo (ESPAÑA)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PAPEL DE LA LÓGICA EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.- III. LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.- IV. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SUS CLASES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido no hay ninguna parcela de la experiencia humana completamente ajena al Derecho. En este sentido, interesa destacar que si bien el Derecho es un conjunto de normas, no todos los enunciados del sistema tienen un carácter estrictamente normativo; por otro lado, además de normas válidas e inválidas, existen otros tipos de normas que juegan papeles diferentes desde el punto de vista argumentativo. Igualmente debemos preguntarnos si es posible hablar de razones típicamente jurídicas, o bien, si es posible obtener algún grado de especificidad de las premisas en razón de las estructuras, de las formas, características del razonamiento jurídico.

Ahora bien, el Derecho no es sólo un sistema de normas, sino también una práctica, y en esta se hace uso de muchas premisas que no son enunciados del sistema, como es el caso de valores o principios. El problema, no obstante, se torna complicado si tenemos en cuenta que no basta con identificar las premisas que componen los argumentos jurídicos, sino su relevancia y peso, es decir, por qué se toman en cuenta unas razones y no otras y, por qué unas son más creíbles que las demás.

Conviene recordar asimismo que en la antigüedad, una de las razones del desarrollo de la lógica era la necesidad de controlar la validez de los diferentes argumentos y alegatos ante los tribunales. Con todo, los intentos de construir un discurso racional en el ámbito jurídico, como tendremos ocasión de

desarrollar, no se limitaron a la argumentación de los juristas, sino que también se extendieron al mismo discurso normativo, y, en este sentido, es frecuente referirse a una lógica de normas o lógica deóntica.

La expresión “razonamiento jurídico” puede, en principio, entenderse de dos maneras distintas: como una aplicación de la noción general de razonamiento (cualquiera que esta sea) al campo específico del Derecho; o como un tipo de razonamiento con características propias y cuya comprensión y manejo exigen un tratamiento diferenciado¹.

En concreto, en el razonamiento cabe distinguir dos aspectos o dimensiones: la materia y la forma. La primera hace referencia a la “naturaleza de las proposiciones”; la segunda alude a la “trabazón de las proposiciones”². Esta distinción es importante porque no debe confundirse con la “validez lógica” de un razonamiento (su estructura o forma)³. Un razonamiento puede ser correcto desde el punto de vista y falso en su contenido, por falta de adecuación o correspondencia con la realidad de lo pensado⁴. Así pues, tenemos que “en razón de su forma el razonamiento es correcto o incorrecto; en razón de su materia dice verdad o falsedad”⁵.

El razonamiento jurídico pretende como fin último la búsqueda de una solución ante el conflicto, por medio de la aplicación de una proposición normativa, que debe ser justificada y fundada como fruto de una decisión. Explorar la razón jurídica implica traspasar el campo de la lógica tradicional, en busca de la razón vital e histórica o mejor dicho establecer una lógica de la acción, ya que la vida humana es el reino de la acción y la libertad⁶.

El problema central de la vida jurídica es, en resumidas cuentas, la determinación de lo justo, de lo que corresponde a cada uno como suyo, tanto en el campo de la legislación como en el de la aplicación de las normas. A tal efecto, las vías para llegar a esa determinación de lo justo pueden reducirse a dos: una vía extra-racional de significación básicamente religiosa, y una vía racional, íntimamente conectada con el proceso de “racionalización” y “secularización” del Derecho, en el que la creación y aplicación del mismo aparece encomendada a las potencias del hombre: a su razón y a su voluntad⁷. El Derecho pasa, así, a ser, fundamentalmente, obra de los jurisprudentes⁸. En virtud de este proceso de racionalización y secularización experimentado por el Derecho, este se presenta al hombre -salvo para algunas concepciones

¹ Esta última opinión está muy difundida entre los juristas y, de alguna manera, ha sido también la sustentada por los tratadistas a los que puede considerarse como precursores (en los años cincuenta del siglo XX) de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica. Lo que, en términos generales, vienen a decir es que el razonamiento jurídico no es un tipo de razonamiento deductivo.

² VERNEUX, R.: *Curso de filosofía tomista, vol. I. Introducción general y Lógica*, 2ª ed., Barcelona, 1972, pág. 85.

³ MONTERO BALLESTEROS, A.: “Notas sobre el razonamiento jurídico y la posibilidad, significación y límites de la lógica jurídica”, en *Persona y Derecho*, núm. 12, 1985, pág. 71.

⁴ Cfr. COLBERT, J. G.: “Lógica”, en *Gran Enciclopedia Rialp*, t. XIV, Madrid, 1973, pág. 479.

⁵ MARITAIN, J.: *El orden de los conceptos, t. I. Lógica menor*, Buenos Aires, 1963, pág. 22.

⁶ GÁRATE, R. M.: “El razonamiento jurídico”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 1, 2009, pág. 194.

⁷ Cfr., entre otros, DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, págs. 203-301.

⁸ Vid. PERELMAN, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979, págs. 9 y 10; VILLEY, M.: *Philosophie du Droit*, t. II, París, 1979, pág. 76.

irracionalistas- como un fenómeno racional (*ordinatio rationis*) cuya creación y aplicación es obra del razonamiento humano.

En nuestros días se ha venido trabajando en la línea de asumir y aplicar los procedimientos y métodos de la moderna lógica al Derecho, apareciendo así una lógica jurídica, de carácter eminentemente formal, que se configura como una parte o rama de la lógica de las normas o lógica deóntica, cuyo principal teórico fue Von Wright⁹. A mayor abundamiento, Loevinger ha evidenciado la insuficiencia y las limitaciones de la lógica tradicional en el proceso de aplicación del Derecho, y la necesidad de incorporar el razonamiento jurídico los logros de la lógica moderna¹⁰. Para Recansens tanto el proceso de producción del Derecho como el de su aplicación deben regirse no por la “lógica de lo racional” o de la “razón pura”, sino por la “lógica de lo humano o de lo razonable”, con el fin de lograr resultados justos y equitativos; en relación con la tópica y la dialéctica este autor resalta la función de la argumentación¹¹ en la dinámica del Derecho, así como la importancia de la jurisprudencia¹².

En la misma línea, Esser añade que la justicia de la solución de un caso no puede alcanzarse mediante un razonamiento puramente deductivo, a partir de la mera legalidad, sino que exige la búsqueda de una solución justa, razonable, adecuada a la naturaleza del caso o problema a resolver y, susceptible, al mismo tiempo, de insertarse en el sistema jurídico vigente. La solución justa, razonable, implica un esfuerzo de mediación, de síntesis, entre la norma jurídica y la realidad social; de ese modo, “la aplicación del Derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales”¹³.

Perelman, por otra parte, rechaza la aplicación del método lógico deductivo a la praxis jurídica, por inadecuado para el hallazgo de soluciones justas y equitativas. En su opinión es necesario buscar un método apropiado para encontrar soluciones “razonables” (capaces de suscitar la adhesión de la mayor parte de los miembros de la sociedad). Para dicho tratadista, ese método no puede ser otro que la “dialéctica o arte de la discusión”, cuya finalidad no es demostrar, sino alcanzar una solución creíble; la función del juez es hallar, a los problemas planteados, soluciones razonables, plausibles y, al mismo

⁹ A la lógica jurídica o razonamiento jurídico le incumbe el contenido de las normas jurídicas, estando relacionada con el Derecho, con la conducta. En definitiva, la lógica no produce la decisión si no que es una herramienta para decir si esa decisión es razonada, es decir prevé una serie de criterios para controlar la racionalidad de la decisión.

¹⁰ Sobre Loevinger, cfr. la obra de LEGAZ Y LACAMBRA, L.: “El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. II, 1954, págs. 309 y ss.

¹¹ La argumentación está orientada básicamente a persuadir; si el que la realiza es el juez pretenderá persuadir a las partes. La sentencia no es, pues, otra cosa que un tejido de argumentos; existen numerosas respuestas porque el razonamiento jurídico es práctico y demostrativo. El juez realiza un trabajo deductivo, silogismo deductivo, parte de la norma (premisa mayor) para llegar a los hechos (premisa menor), lo relaciona y eso se llama inferencia con el fin de llegar a una conclusión (proposición final).

¹² Vid. RECASENS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 2ª ed., México, 1973, págs. 281 y ss.

¹³ ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961, págs. 57 y ss.

tiempo, conformes con el sistema normativo del ordenamiento jurídico¹⁴. Ello conlleva el pleno reconocimiento de la participación del juzgador en el proceso de creación del Derecho, mediante la adaptación de la ley -en función de los valores vigentes en la sociedad- a las condiciones y exigencias específicas de cada situación concreta¹⁵.

En parecidos términos se expresa Villey, quien parte del supuesto de que el razonamiento jurídico tiene como fin llegar a una conclusión acerca de lo que corresponde a cada uno como suyo. Al tener el razonamiento jurídico como finalidad la obtención de una conclusión probable, y no cierta, el método adecuado del mismo, advierte este autor, no puede ser el método lógico-deductivo utilizado por la ciencia, sino el dialéctico, o retórico-dialéctico, el cual, con el apoyo de la tópica, es el que permite, a través de la discusión, preparar la solución prudencial de los problemas¹⁶. Desde estas posiciones Villey subraya que las leyes no son más el Derecho, sino meros instrumentos que sirven a los juristas para encontrar el Derecho¹⁷. En consecuencia, la decisión jurídica, siguiendo a este pensador, no puede deducirse, en virtud de un razonamiento lógico-formal, de los textos de las leyes, rechazando la legitimidad de una lógica deóntica en el ámbito jurídico.

Frente a las dos posiciones a que nos hemos referido cabe destacar una tercera que trata de mediar, de armonizar las anteriormente citadas, llegando con ello a una comprensión más profunda y exacta del razonamiento jurídico. Dicho intento de conciliación encuentra en Kalinowski su formulación más nítida y rigurosa, quien ha puesto de relieve la naturaleza compleja del razonamiento jurídico dentro del cual se incrustan, en una relación sinérgica y en una continuidad esencial, elementos de significación lógica, paralógica y extralógica¹⁸.

Ya en último término conviene resaltar que el razonamiento jurídico, desde la teoría inicial de Viehweg, a partir de mediados del siglo XX, ha superado el complejo esquema conceptual de construir sólo una exigencia de motivación proposicional (premisa mayor, premisa menor y conclusión) para transformarse en un sistema de pautas exigibles a los jueces y a los abogados, en su calidad de impulsores del planteamiento de la pretensión.

II. EL PAPEL DE LA LÓGICA EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

¹⁴ Cfr. PERELMAN, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., págs. 14-20 y 120-165.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 116-127.

¹⁶ Cfr. VILLEY, M.: *Philosophie du Droit*, t. I, Paris, 1979, págs. 43 y 221-222; y t. II, Paris, 1979, págs. 25 y 50 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, t. II, págs. 233-245.

¹⁸ Vid. KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, Buenos Aires, 1973, pág. 147 y ss.

Resulta ineludible recordar al comienzo de este epígrafe que desde hace algunas décadas, en el ámbito de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho, existe un importante debate entre los denominados lógicos del Derecho que podríamos apodar “formalistas” y los “antiformalistas”; esto es, entre los autores que mantienen que es hablar de una lógica jurídica entendida como el estudio de los resultados de la aplicación de la lógica formal (ya sea aristotélica o moderna) al razonamiento jurídico, y aquellos otros que sostienen que el razonamiento propio de los juristas es, por el contrario, el estudio de una lógica jurídica definida como la “teoría de la argumentación jurídica”.

Hay que tener presente, asimismo, que el método de la lógica jurídica no consiste en la determinación axiológica de las diversas acciones *ad alterum*, sino que se limita a una descripción de los esquemas lógicos, tal como se realizan en la materia jurídica¹⁹. Acotado así el campo propio de la lógica jurídica, cabe destacar que la misma puede estudiar la aplicación de los primeros principios del razonamiento en el campo del Derecho; por ejemplo, analizar el principio de no-contradicción en las relaciones que las normas jurídicas particulares tienen con respecto a una norma jurídica fundamental, considerando sólo las relaciones formales, sin referencia al contenido teleológico de dichas normas²⁰.

Por su parte, la argumentación está orientada a persuadir; si el que la realiza es el juez pretenderá persuadir a las partes. Argumentar es estructurar un pensamiento y sirve para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis²¹. La teoría de la argumentación jurídica pretende la conceptualización y sistematización del razonamiento y en sí, representa un metalenguaje, un metadiscurso, con sus propios instrumentos y sus propios presupuestos. Mientras el discurso de los juristas se inclina por el análisis de la pena, el recurso, el dolo y la negligencia, el metadiscurso de las teorías de la argumentación jurídica hará referencia a la premisa normativa, la lógica deóntica, la situación del diálogo y el argumento de la universalización, entre otras ideas²².

El juez, al iniciar el estudio del caso a resolver, deberá inicialmente estar convencido de acudir a un razonamiento lógico que evite decisiones manifiestamente contradictorias, esto es, infracciones sustanciales a las reglas de la lógica, a fin de encontrar una decisión que sea esencialmente coherente. Una vez definido, a grandes rasgos, el esquema lógico tendrá que optar por una argumentación idónea, deberá recurrir a las proposiciones argumentativas que pretendan construir, paso a paso, la solución del problema que se le plantee. La sentencia es, en resumidas cuentas, una suma de argumentos; hay un número indeterminado de respuestas por que el razonamiento jurídico es práctico y demostrativo. El razonamiento jurídico consiste pues en interpretación y valoración.

¹⁹ Este carácter teórico-descriptivo de la lógica es característico de todo estudio de la materia, ya sea aristotélica o simbólica.

²⁰ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Introducción a la lógica jurídica*, México, 1951.

²¹ Para Atienza, la argumentación constituye la forma sustancial de resolución de conflictos. Cfr. ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*, Lima, 2004, pág. 28.

²² Cfr. MATHEUS, C.: “Normas y materiales jurídicos”, en *Materiales enseñanza razonamiento jurídico, Programa de Formación de Aspirantes PROFA. II nivel*, Lima, 2004.

Como se ha expuesto, la sentencia judicial exige al juzgador que explique las razones que le han permitido llegar a la conclusión expresada. En consecuencia, la decisión final debe ser justificada a través de premisas determinadas, en tanto que adoptar la premisa, como paso previo, nos remite a un contexto de descubrimiento, a mérito del cual no resulta exigible la explicación o justificación de la razón o motivos que condujeron a adoptar una determinada posición.

En la medida en que los juristas no hacen más que utilizar esquemas de razonamiento comunes tales como el silogismo el *modus ponens*, no es posible hablar de lógica jurídica; si es la misma lógica la que se encuentra en todos los campos, la expresión “lógica jurídica”, al decir de Perelman, es tan insólita como aquella de aritmética jurídica cuando se trata de adicional el número de actos de venta realizados o registrados por los notarios de un país²³. Para Giuliani, “la lógica jurídica entendida como teoría de la argumentación, lógica de la controversia, lleva necesariamente al terreno de aquella lógica *more iuridico*, que por siglos fue representada en la tradición tópica. En ésta convergieron no sólo la dialéctica sino también la retórica y la sofística²⁴. Como acertadamente señala Perelman, “la argumentación interviene, en efecto, en todos los casos en los cuales los hombres deben tomar decisiones, hacer elecciones juiciosas, cada vez que deban deliberar o discutir, criticar o justificar²⁵”.

La lógica jurídica, entendida como la teoría de la argumentación o tópica jurídica, es básicamente jurídica, pero es lógica *lato sensu*, mientras que la lógica jurídica concebida como la lógica formal aplicada al Derecho, es lógica *stricto sensu*, pero no es jurídica²⁶.

En esta tesitura, no es infrecuente encontrar a lo largo del tiempo opiniones escépticas, cuando no contradictorias, acerca de la posibilidad e incluso de la utilidad de la aplicación lógica a la reconstrucción de problemas normativos²⁷. Estas opiniones proponen algunas veces, concluye Raz, “que el pensamiento o razonamiento jurídico no está sujeto a leyes lógicas. Pero más frecuentemente, indica una creencia de que hay reglas adicionales de lógica que se aplican solamente al razonamiento jurídico²⁸”.

Sin ánimo de ser exhaustivo, centraremos nuestra atención únicamente en dos tesis relativas al papel de la lógica en la justificación de las decisiones judiciales. En primer lugar, la tesis de la inseparabilidad sostiene que una teoría del razonamiento jurídico justificatorio tiene que admitir una conexión necesaria entre Derecho y moral. A diferencia de las tesis clásicas del Derecho natural, la vinculación entre ambos sistemas normativos no implica la adecuación moral del Derecho positivo; sino que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificatorio es una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales. Así, la pretensión

²³ PERELMAN, Ch.: “Le raisonnement juridique”, en *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, Bruselas, 29, VIII, 3-IX, 1971, pág. 12.

²⁴ GIULIANI, A.: “Lógica del Diritto. Teoría dell’argomentazione”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1975, págs. 13-14.

²⁵ PERELMAN, Ch.: *Logique et argumentation*, Bruselas, 1968, págs. 84-85.

²⁶ PETZOLD-PERNÍA, H.: “Sobre la naturaleza de la metodología jurídica”, en *Fronesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 15, núm. 1, 2008, pág. 128.

²⁷ Vid. VERNENGO, R.: “Derecho y Lógica: un balance provisorio”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, págs. 303-327.

²⁸ RAZ, J.: “The inner logic of Law”, en *Rechtstheorie*, Berín, 1986, pág. 101.

de justificar decisiones normativas con independencia de la moral constituye una falacia y, por tanto, esta pretensión de independencia sería una actitud irracional.

Si la justificación de una decisión involucra razones morales, entonces, la exigencia de “justificación jurídica” de una decisión judicial es prácticamente imposible de satisfacer. Por consiguiente, toda justificación moral y toda obligación jurídica sería una especie de obligación moral²⁹. Pero el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipos de normas. De igual modo, el que las normas desempeñen el mismo papel que las “decisiones” en el razonamiento de los sujetos que las siguen, no implica que no existan disimilitudes entre ambas³⁰. Si se admite que un enunciado funciona como norma moral porque la aceptación del mismo obedece a razones morales cabe afirmar que no por ello el enunciado se convierte en una norma moral. El carácter del enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación.

En segundo término, la denominada tesis de la insuficiencia sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no puede reconstruirse adecuadamente conforme al razonamiento deductivo y, por tanto, es necesario una teoría que explicita las condiciones de validez de los argumentos que no pueden ser controlados por la lógica deductiva. Esta corriente ha sido objeto de numerosas críticas; a modo de ejemplo citaremos las siguientes: distinción arbitraria entre la identificación de las normas y la identificación de los hechos; escasa atención a la justificación de los argumentos fácticos; racionalización, en vez de descripción y explicación, de las decisiones normativas, etc. Pero, sin duda, una de las críticas más significativas, es que no se puede aplicar a los casos difíciles.

Ni que decir tiene que la lógica no asegura que diferentes sujetos utilicen los mismos enunciados generales para justificar las premisas de un argumento en un caso difícil; pero tampoco garantiza que utilicen las mismas premisas en un caso fácil. En ambos supuestos es necesario decidir acerca de las premisas a aplicar en la justificación. Una argumentación es lógicamente válida cuando es imposible que sus premisas sean verdaderas y no lo sea su conclusión. Este criterio semántico de la validez de los argumentos conduce al conocido dilema de Jorgensen que Alchourrón y Bulygin expresan del siguiente modo: “... o bien la noción de inferencia y las conectivas proposicionales son caracterizadas en términos de verdad y entonces no hay lógica de normas y las conectivas lógicas no pueden operar sobre normas, o bien hay una lógica de normas, pero entonces el concepto de inferencia y las conectivas lógicas no pueden definirse en términos de la verdad”³¹.

²⁹ NINO, C.: *El constructivismo ético*, Madrid, 1989, pág. 115.

³⁰ RAZ, J.: “Las razones de las acciones, decisiones y normas”, en *Razonamiento Práctico*, México, 1986, pág. 262.

³¹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E.: “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pág. 321.

Los especialistas que sostienen la tesis de que la lógica no se aplica a las normas están ciertamente, en palabras de Atienza, “confundiendo los términos del problema, en cuanto no parecen haber reparado en el diferente carácter que tienen estas dos preguntas. Por un lado está la cuestión de si la relación que guardan entre sí las normas válidas (en el sentido de pertenecientes a un sistema son relaciones de tipo lógico. La respuesta a esta pregunta es obviamente negativa, puesto que es posible que a un mismo sistema pertenezcan normas contradictorias entre sí”³².

Ahora bien, si se admite la existencia de contradicciones normativas, es necesario aceptar la relación de inferencia entre normas, ya que la afirmación de que una norma N y una norma N1 se contradicen implica al enunciado “la negación de N1 se infiere de N”. Quiere decirse, pues, que los problemas no son independientes y en ambos Atienza presupone una respuesta afirmativa al problema de la aplicabilidad de la lógica al Derecho; en este sentido añade, “en realidad, el problema con el que nos tropezamos aquí es que en la definición de argumento deductivo antes aceptada, se contemplaba únicamente enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, y esta característica... no la poseen las normas”³³.

Digamos para terminar que, asimismo, hay que adicionar los tópicos jurídicos a los que los juristas recurren como argumentos beneficiosos para justificar la interpretación (e incluso la elaboración) de una disposición jurídico-positiva y la resolución judicial fundada en ésta³⁴. Igualmente, la utilización de presunciones, el principio de la carga de la prueba y la institución de la prescripción caracterizan, a su vez, el razonamiento jurídico. Estos son los medios utilizados por el Derecho positivo para garantizar el *statu quo* vigente en una sociedad determinada³⁵.

Desde no hace mucho se viene insistiendo en que el método que mejor se ajusta a la naturaleza del razonamiento jurídico no es el método axiomático sino el método tópico³⁶. La tópica, insiste Kaser, “no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo. Busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión”³⁷.

La jurisprudencia necesita del método tópico, porque le otorga una técnica intelectual que por medio de la retórica, le permite obtener instrumentos que posibiliten la argumentación, con la finalidad de sacar conclusiones con relación a algún problema. Para utilizar el razonamiento dialéctico, es necesario

³² ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*, op.cit., pág. 35.

³³ *Ibid.*, pág. 36.

³⁴ Tópicos jurídicos que, en expresión de Perelman, “se refieren a los lugares específicos de Aristóteles, que conciernen a las materias particulares, opuestos a los lugares comunes, que se utilizan en el discurso persuasivo en general...”. Cfr. PERELMAN, Ch.: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, pág. 87

³⁵ Cfr., por todos, GIULIANI, A.: “La logique juridique comme théorie de la controverse”, op. cit., pág. 112.

³⁶ KASER, M.: *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964, págs. 10-12.

³⁷ *Ibid.*, págs. 12-13.

tomar como punto de partida premisas verosímiles, que si bien, no llegan a ser estrictamente verdaderas, pueden ser tenidas como probables, siendo acreditadas por una general aceptación.

El hecho de que el método tópico actúe mediante la contraposición dialéctica de argumentos y contraargumentos, mediante la controversia, nos sitúa ya frente al dilema de la significación de la retórica y de la dialéctica en cuanto métodos del razonamiento jurídico. Como ha puesto de manifiesto Villey, el instrumento intelectual para la búsqueda y determinación de lo justo no es la demostración científica, que se sirve de la lógica formal, sino la retórica; la determinación de lo justo no es tarea de ciencia, de demostración, sino de persuasión, cuyo instrumento es precisamente la retórica³⁸. Esto es así porque la solución jurídica de un conflicto implica el abandono del recurso a la fuerza como modo de resolver los litigios, y su desplazamiento por la palabra, por el diálogo, por las razones para encontrar una solución justa³⁹. El recurso a la palabra, al diálogo, transforma a la retórica, en frase de Villey, en la “cuna del Derecho”⁴⁰.

El razonamiento retórico judicial se caracteriza fundamentalmente por estar dirigido a persuadir, en un juicio que se desarrolla en público, a un juez o a un tribunal de jurado, acerca de la justicia o de la injusticia de algo concreto, con la pretensión de alcanzar un pronunciamiento, concreto también, sobre el caso en cuestión⁴¹. El empeño pues de elaborar una ciencia del Derecho o jurisprudencia señala el paso -al menos desde un punto de vista abstracto- del método retórico al modo dialéctico.

III. LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La naturaleza del razonamiento jurídico es, sin duda alguna, uno de los temas fundamentales más intensamente debatido por los teóricos del Derecho, dado que se oponen, por un lado, los autores que sostienen que la naturaleza de dicho razonamiento es analítica (lógico-formal) y, por otro, quienes afirman, por el contrario, que su índole es esencialmente dialéctica (retórica), lo que ciertamente hace difícil elaborar un concepto y la consiguiente definición que sean generalmente aceptadas⁴².

A este respecto, hay que hacer notar que para un determinado sector doctrinal el razonamiento jurídico es “todo razonamiento que, directa o indirectamente, concierne a la aplicación de la ley, concebida en el sentido más amplio”⁴³, mientras que para un tercero, en cambio, “el nombre de <<razonamiento jurídico>> debería ser dado a todo razonamiento (inferencia)... practicado en lo que se

³⁸ VILLEY, M.: *Philosophie du Droit*, t.II, op. cit., pág. 50.

³⁹ *Ibid.*, pág. 24.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 25.

⁴¹ Cfr., entre otros, SAINT-ALBIN, H.: *Logique judiciaire ou Traité des arguments legaux*, Paris, 1832.

⁴² Cfr. PETZOLD-PERNÍA, H.: “Sobre la naturaleza de la metodología jurídica”, op. cit., pág. 129.

⁴³ PERELMAN, Ch.: “Raisonnement juridique et logique juridique”, op. cit, pág. 1.

puede llamar <<la vida jurídica>> en el sentido más amplio del término. Ésta, tomada en su totalidad, comprende no solamente la elaboración del Derecho (...) sino también el conocimiento del Derecho tanto teórico, adquirido en diferentes ciencias jurídicas, como práctico, comprendida la interpretación del Derecho exigida por uno y otro conocimiento y, en fin, la aplicación del Derecho, la cual no es exclusivamente judicial. De hecho, constatamos, una aplicación de los órganos de poder público de la comunidad, cuyo Derecho tomamos en consideración, no siendo los tribunales más que una de las categorías de esos órganos de aplicación del Derecho; los órganos del Poder Ejecutivo aplican el Derecho a su modo, de manera, en gran parte, diferente de la manera como aquél es aplicado por los órganos judiciales. A una y otra forma de aplicación del Derecho es necesario agregar la aplicación cotidiana del Derecho por cada uno de nosotros, pues, es un hecho que pasamos nuestra vida aplicando el Derecho”⁴⁴.

En una posición distinta, que creemos más correcta, Petzold-Pernía, entiende que “si bien es factible sostener que hay razonamiento jurídico tanto en el nivel de elaboración de las normas jurídicas generales (legislación) como en el nivel de la interpretación y de la aplicación de esas normas para resolver los casos de especie, ya sea judicial o extrajudicialmente, únicamente se puede hablar de la existencia de tal razonamiento a condición de que sea el resultado de la actuación de un profesional del Derecho, y teniendo presente que el <<razonamiento jurídico se manifiesta, por excelencia, en el proceso judicial>>”⁴⁵.

A la vista de estas consideraciones, cabe señalar en primer lugar que el razonamiento jurídico es problemático, pues es elaborado alrededor o en relación con un problema que debe ser resuelto por el jurista. “El razonamiento jurídico -dice Recaséns Siches- es siempre un pensamiento sobre problemas y no un pensamiento sistemático”⁴⁶. En esta misma dirección, Morris sostiene que “el razonamiento jurídico está encaminado a solucionar problemas. Los clientes y los tribunales plantean preguntas. El abogado tiene que encontrar respuestas (...), la función propia de los jueces es la de resolver problemas”⁴⁷. Por tanto, si el razonamiento jurídico es determinado por los problemas planteados por la vida social al profesional del Derecho, “el oficio del jurista -como señala acertadamente Villey- no es solamente conocimiento, *theoria*, sino fabricación *poiesis*; él implica de la parte del juez, de la doctrina o de la ley, al término de un estudio razonado del caso, una parte de invención creadora y de decisión arbitraria. Toda regla o sentencia del Derecho, tiene siempre, en algún grado, una función <<performadora>>. Según los casos, ellas son más o menos creadoras”⁴⁸.

⁴⁴ KALINOWSKY, G.: “Le raisonnement juridique et la logique juridique”, en *Études de Logique juridique, publiés par Ch. Perelman*, vol. IV, Bruselas, 1970, págs. 20-21.

⁴⁵ PETZOL-PERNÍA, H.: “Sobre la naturaleza de la metodología jurídica”, op. cit., pág. 130.

⁴⁶ RECASÉNS SICHES, L.: “La logique matérielle su raisonnement juridique”, en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit e Philosophie Sociale (Bruxelles, 20 août-3 septembre 1971)*, Bruselas, 1971, pág. 135.

⁴⁷ MORRIS, C.: *Como razonan los abogados*, México, 1966, págs. 19 y 145.

⁴⁸ VILLEY, M.: “De l’indicatif dans le Droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 19, 1974, pág. 41.

En segundo término, el razonamiento jurídico es también práctico: “el Derecho sigue siendo un arte dirigido hacia lo concreto. Su objetivo es llegar a soluciones judiciales (al mejor reparto de los bienes y de las cargas) en la medida de lo posible adaptadas a las singularidades de cada caso. Todo procedimiento judicial está organizado con el designio de conducir al juez a una visión concreta de cada causa”⁴⁹.

Otra peculiaridad del razonamiento jurídico es la de ser axiológico, es decir está especialmente vinculado a los valores socialmente en vigor que cada Derecho positivo debe proteger y promover aun por encima de otros. Por ello, los juristas cuando actúan como tales, deben tener presentes esos valores, y es el juez “quien debe decidir sobre la solución jurídica que zanjará el conflicto a favor de tal o cual valor”⁵⁰.

Por último, el razonamiento jurídico es fundamentalmente dialéctico (o retórico) y no demostrativo o analítico (o lógico-formal), de conformidad con la distinción aristotélica entre razonamientos *demonstrativos*, cuyas premisas son verdaderas, primarias e inmediatas, por ejemplo, el silogismo, y razonamientos *dialécticos*, en los que se razona a partir de premisas constituidas por “opiniones generalmente admitidas”, verbigracia, el entimema⁵¹. En definitiva, “el proceso de resolver problemas es algo más que la aplicación de la lógica”⁵², toda vez que “en Derecho uno no se contenta con deducir, sino que argumenta”⁵³.

En la motivación de la decisión judicial deben justificarse igualmente las resoluciones relativas a la selección y validez de las normas aplicadas, las referentes a la prueba de los hechos o las que tienen que ver con la “clasificación” o “subsunción” de esos hechos en el supuesto de hecho normativo. Es al profesional del Derecho y según las reglas del razonamiento jurídico, a quien compete conciliar el espíritu con la letra de la ley, de dar su parte a cada uno de los valores que el sistema jurídico se esfuerza en promover; “el razonamiento jurídico se presenta así como una aplicación específica de la teoría de la argumentación, generalización de la retórica y de la dialéctica greco-romanas”⁵⁴. Para lograr su propósito, el abogado no irá de verdades de partida (los axiomas) hacia verdades demostradas (los teoremas), sino de acuerdos previos hacia la adhesión a obtener, como el juez, a su vez, debe “hacer aceptables las decisiones de la justicia, el recurso a las técnicas argumentativas se vuelve imprescindible”⁵⁵.

La decisión judicial debe estar basada, por tanto, en una argumentación correcta, y deberá sustentarse en la interpretación que de la norma haya hecho; esta argumentación estará sometida a una serie de condiciones metódicas, entre las que cabe destacar la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 57.

⁵⁰ PERELMAN, Ch.: “La réforme de l’enseignement du Droit et la <<nouvelle rhétorique>>”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, 1975, pág. 170.

⁵¹ PETZOLD-PERNÍA, H.: “Sobre la naturaleza de la metodología jurídica”, *op. cit.*, pág. 133.

⁵² MORRIS, C.: *Como razonan los abogados*, México, 1966, pág. 54.

⁵³ PERELMAN, Ch.: “La spécificité de la preuve juridique”, en *Justice et raison*, Bruselas, 1963, pág. 222.

⁵⁴ PERELMAN, Ch.: “Le raisonnement juridique”, *op. cit.*, pág. 22.

⁵⁵ *Cf.* PERELMAN, Ch: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.* págs. 137 y 174.

institucionalmente y las limitaciones de las reglas del ordenamiento procesal. La decisión judicial basada en una argumentación jurídica bajo estas “condiciones limitadoras”, en expresión de Alexy, evita que el juez actúe con arbitrariedad, pues su decisión estará basada en una argumentación racional⁵⁶.

A la luz de lo expuesto, no es posible hablar de una única interpretación “verdadera”, o “exacta” o “racional”, escogida entre varias otras, de un texto jurídico-normativo sino de una interpretación “razonable” o “irrazonable”, o “conveniente” o “inconveniente”, en la medida en que el intérprete -un profesional del Derecho- haya permanecido dentro de los límites de las diversas posibilidades hermenéuticas que ofrece aquél⁵⁷. En el supuesto de ser un órgano del Estado el encargado de la interpretación y la aplicación del Derecho positivo, su interpretación jurídico-normativa se convierte en “legalmente verdadera”⁵⁸, aunque quizás fuese mejor hablar de una resolución “justa” o “injusta”.

IV. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y SUS CLASES

Como expusimos en otro lugar del presente trabajo, el razonamiento jurídico constituye un proceso de naturaleza muy compleja en razón de que en él se entrecruzan elementos lógicos, paralógicos y extralógicos. En virtud de esa naturaleza heterogénea y compleja en los criterios que rigen o regulan el razonamiento jurídico un proceso de degradación que va desde las *leyes lógicas* -que progresivamente van perdiendo su carácter necesario- a las *reglas lógicas*, y de estas a los *esquemas lógicos*, que constituyen una forma lógica que subsiste en la argumentación jurídica⁵⁹.

Desde un punto de vista abstracto, Kalinowski distingue tres clases de razonamiento jurídico: el lógico, el paralógico o retórico, y el extralógico, de los que nos ocuparemos muy brevemente en este apartado. En la formulación de esta clasificación, el autor parte de la idea de “raciocinio” como proceso cognoscitivo que es principalmente un acto de razón. El fundamento de los raciocinios está en determinadas reglas que los rigen. El raciocinio jurídico responde a estos caracteres y lo específico de él, como colige García Amado, es “estar realizado por un jurista en cuanto tal”⁶⁰.

El razonamiento jurídico lógico es aquél que aparece regido por reglas lógicas de coacción intelectual; es decir, por reglas que pertenecen a la lógica formal⁶¹. Este tipo de razonamiento es el regido por algunos de los argumentos siguientes: *argumenta a fortiori*, integrados por “argumentum a maiori ad

⁵⁶ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1997, págs. 35 y 36.

⁵⁷ PERTZOLD-PERNÍA, H.: “Sobre la naturaleza de la metodología jurídica”, op. cit., pág. 134.

⁵⁸ Cfr. KELSEN, H.: *Théorie pure du Droit*, Paris, 1962, pág. 457.

⁵⁹ KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, Buenos Aires, 1973, págs. 7, 8, 31, 32 y 183 y ss.

⁶⁰ GARCÍA AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988, pág. 207.

⁶¹ *Ibid.*, págs. 166 y 168.

minus” y “argumentum a minori ad maius”, *argumentum a simili ad simple (per analogiam)*, y *argumentum a contrario*⁶².

A su vez, el razonamiento jurídico lógico puede ser de dos clases: normativo y no-normativo. El primero es también un razonamiento de “coacción intelectual”, cuyas premisas -o una de sus premisas- y la conclusión son proposiciones normativas; su finalidad es la de inferir unas normas a partir de otras⁶³. Se trata de razonamientos deductivos que obedecen a “reglas garantizadas por las leyes de la lógica de las normas”, y que participan tanto en la elaboración del Derecho como en su interpretación y aplicación⁶⁴.

El razonamiento jurídico paralógico o retórico, por su parte, constituye un momento dentro de la complejidad del razonamiento jurídico en el que este no aparece ya sometido a reglas lógicas sino a reglas paralógicas (no siendo ya por lo tanto un razonamiento de “compulsión intelectual”) o retóricas, pertenecientes a la “lógica de la persuasión”, configurándose así dicho razonamiento como un “razonamiento de persuasión”⁶⁵.

Finalmente, el razonamiento jurídico extralógico es un razonamiento de naturaleza normativa que pretende obtener asimismo, más allá de los que permite la lógica, conclusiones meramente probables o plausibles mediante la sumisión a unas reglas o principios de tendencia mecanicista constituidos por la estructura misma del ordenamiento jurídico y por otros datos de significación expresamente jurídica que este ofrece. Se trata, por tanto, de un razonamiento o de un momento del razonamiento jurídico en el que este aparece regulado por principios o reglas de argumentación extralógicas o puramente jurídicas (presunciones, ficciones, prescripciones, etc.)⁶⁶. A este grupo de reglas pertenecen los argumentos siguientes: el argumento *a rúbrica*, que descansa en el título de un texto legislativo; el argumento de los *trabajos preparatorios*, que trata de buscar el sentido de una norma acudiendo al estudio de los trabajos que precedieron a su elaboración; y el argumento *pro subjecta materia*, por el cual se pretende fijar el sentido de una norma en función del “lugar que la norma interpretada ocupa en el texto jurídico dado, o incluso en el sistema del Derecho”⁶⁷.

Esta clasificación de Kalinowski supone un claro intento de superar el esquematismo y la unilateralidad de que arrancan muchas de las teorías en boga sobre el razonamiento jurídico. Se parte de admitir la existencia y legitimidad de los diferentes tipos de operaciones discursivas de que los juristas se sirven para su tarea y de poner de manifiesto el carácter eminentemente instrumental de todas ellas; a tal efecto “a los actores de la vida jurídica, a los juristas, teóricos y prácticos, corresponde en cada caso la elección del tipo de operación que les conviene, según sus criterios jurídicos”, y tal elección y los

⁶² *Ibid.*, págs. 148 y ss.

⁶³ *Ibid.*, pág. 162.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 162 y ss.

⁶⁵ *Ibid.*, págs. 32 y 145-148.

⁶⁶ *Ibid.*, págs. 147-148 y 161.

⁶⁷ *Ibid.*, págs. 167-168.

resultados de la misma no son, por supuesto, de la competencia ni de la responsabilidad de los lógicos, sino de los juristas mismos⁶⁸.

Sin embargo, Kalinowski comete el error de adscribir el carácter de racional a uno solo de esos medios, pues entiende que lo que esa pluralidad de pareceres discursivos pone de manifiesto es la coexistencia pacífica de un doble tipo de racionalidad, cada una con sus reglas específicas: racionalidad formal y racionalidad no formal⁶⁹. Pero, como sabemos, la razón no se agota en la lógica formal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E.: “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991.
- ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1997.
- ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*, Lima, 2004.
- COLBERT, J. G.: “Lógica”, en *Gran Enciclopedia Rialp*, t. XIV, Madrid, 1973.
- DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971.
- ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961.
- GÁRATE, R. M.: “El razonamiento jurídico”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 1, 2009.
- GARCÍA AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988.
- GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Introducción a la lógica jurídica*, México, 1951.
- GIULIANI, A.: “Lógica del Diritto. Teoría dell’argomentazione”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1975.
- KALINOWSKY, G.: “Le raisonnement juridique et la logique juridique”, en *Études de Logique juridique, publiés par Ch. Perelman*, vol. IV, Bruselas, 1970.
- *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, Buenos Aires, 1973.
- “Logique et méthodologie juridique. Reflexions sur la rationalité formelle et non formelle du Droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 23, 1978.
- KASER, M.: *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964.
- KELSEN, H.: *Théorie pure du Droit*, Paris, 1962.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L.: “El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. II, 1954.
- MATHEUS, C.: “Normas y materiales jurídicos”, en *Materiales enseñanza razonamiento jurídico. Programa de Formación de Aspirantes PROFA. II nivel*, Lima, 2004.
- MARITAIN, J.: *El orden de los conceptos, t. I. Lógica menor*, Buenos Aires, 1963.

⁶⁸ KALINOWSKI, G.: “Logique et méthodologie juridique. Reflexions sur la rationalité formelle et non formelle du Droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 23, 1978, pág. 66.

⁶⁹ GARCÍA AMADO, J.A.: *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., pág. 209.

- MONTERO BALLESTEROS, A.: “Notas sobre el razonamiento jurídico y la posibilidad, significación y límites de la lógica jurídica”, en *Persona y Derecho*, núm. 12, 1985.
- MORRIS, C.: *Como razonan los abogados*, México, 1966.
- NINO, C.: *El constructivismo ético*, Madrid, 1989.
- PERELMAN, Ch.: “La spécifité de la preuve juridique”, en *Justice et raison*, , Bruselas, 1963.
- *Logique et argumentation*, Bruselas, 1968.
 - “Le raisonnement juridique”, en *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, Bruselas, 29, VIII, 3-IX, 1971.
 - “La réforme de l’eseignement du Droit et la <<nouvelle rhétorique>>”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, 1975.
 - *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976.
 - *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979.
- PETZOLD-PERNÍA, H.: “Sobre la naturaleza de la metodología jurídica”, en *Fronesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 15, núm. 1, 2008.
- RAZ, J.: “Las razones de las acciones, decisiones y normas”, en *Razonamiento Práctico*, México, 1986.
- “The inner logic of Law”, en *Rechistheorie*, Berlín, 1986.
- RECASÉNS SICHES, L.: “La logique matérielle su raisonnement juridique”, en *Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit e Philosophie Sociale (Bruxelles, 20 août-3 septembre 1971)*, Bruselas, 1971.
- *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 2ª ed., México, 1973.
- SAINT-ALBIN, H.: *Logique judiciaire ou Traité des arguments legaux*, Paris, 1832.
- VERNENGO, R.: “Derecho y Lógica: un balance provisorio”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987.
- VERNEUX, R.: *Curso de filosofía tomista, vol. I. Introducción general y Lógica*, 2ª ed., Barcelona, 1972.
- VILLEY, M.: *Philosophie du Droit*, t. I y t. II, París, 1979.

COMORIENCIA Y PREMORIENCIA: PROBLEMAS SUSTANTIVOS Y PROBATORIOS¹

Pilar Gutiérrez Santiago

Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática), Universidad de León (ESPAÑA)
mpguts@unileon.es

RESUMEN: Dada la importancia de los heterogéneos efectos jurídicos que, tanto en el orden personal y familiar como patrimonial, produce la muerte de una persona, resulta ineludible la necesidad de *determinar el momento exacto de su fallecimiento*. Esta cuestión se complica sobremanera -y cobra especial interés- en la hipótesis particular contemplada por el art. 33 del Código Civil español; precepto donde subyace la disyuntiva entre premoriencia y comoriencia a fin de dilucidar la eventual transmisión de derechos (primordialmente hereditarios, aunque no sólo) entre dos personas fallecidas al tiempo (casi siempre en un mismo siniestro o catástrofe), respecto de cuyas muertes se duda acerca de cuál se produjo primero. A partir de la fijación de los presupuestos para la operatividad de la norma y tras delimitarse su ámbito de aplicación –sobre todo, hoy, en los accidentes de tráfico-, en el presente trabajo se realiza una exégesis de dicho artículo y se analiza la concreta respuesta que brinda al problema apuntado, apartándose de las casuísticas presunciones legales de supervivencia que, basadas en la edad y el sexo, acogiera nuestro Derecho histórico. Sentados por el art. 33 CC el principio de la comoriencia y la obligada prueba de la premoriencia de uno de los fallecidos por quien invoque esa muerte anterior, se deja constancia de las polémicas doctrinales acerca de la incardinación dogmática de tal solución –ya como auténtica presunción legal de comoriencia, ya como mera consecuencia de las reglas generales sobre la carga de la prueba-; todo ello, para finalizar con un recorrido jurisprudencial por los plurales enfoques interpretativos del precepto, en atención a las dificultades probatorias de la premoriencia y a la diversa relevancia otorgada en la praxis a las actas de defunción en el Registro Civil.

PALABRAS CLAVE: Muerte, extinción de la personalidad, comoriencia, premoriencia, presunciones, carga de la prueba, medios de prueba.

SUMARIO: 1.- El momento de la muerte y su importancia. 1.1. La determinación del tiempo exacto del fallecimiento de una persona. 1.2. Consideraciones generales sobre las consecuencias jurídicas (personales, familiares y patrimoniales) de la muerte. 2.- Comoriencia y premoriencia: exégesis del artículo 33 del Código Civil español. 2.1. Presupuestos y ámbito de aplicación. a). La certeza de la muerte de dos (o más) personas y la duda sobre el momento exacto o el orden cronológico de su respectivo fallecimiento. b). La eventual transmisión de derechos hereditarios y otros efectos del art. 33 CC (seguros de vida y cálculo de indemnizaciones de responsabilidad civil conforme a los baremos de tráfico). 2.2. La prueba de la premoriencia y el principio de comoriencia. a) Presunción legal de comoriencia y reglas procesales sobre la carga de la prueba: polémicas doctrinales. b) Medios probatorios de la premoriencia: estudio jurisprudencial.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

EL MOMENTO DE LA MUERTE Y SU IMPORTANCIA

1.1. La determinación del tiempo exacto del fallecimiento de una persona.

Bajo el rótulo «*Del nacimiento y la extinción de la personalidad*» (Título II, Libro I del Código Civil español), y como contrapunto a los arts. 29 y 30 –que sitúan en el momento del nacimiento el comienzo de la personalidad–, el vigente art. 32² establece que tal personalidad de las personas físicas³ *acaba por la muerte*⁴.

Se es persona hasta que se muere, de forma que en el momento del fallecimiento desaparece la persona en cuanto tal⁵, con sus atributos y cualidades, extinguiéndose sus relaciones personales y pasando las patrimoniales a los sucesores (en la que medida en que sean susceptibles de transmisión). Todo ello revela –tal como posteriormente se comprobará al examinar los efectos del fallecimiento– la gran importancia que reviste *la exacta determinación del momento de la muerte*, muy en especial por su trascendencia en la esfera patrimonial en tanto que la sucesión de una persona se abre precisamente en dicho momento, ni antes ni después (art. 657 CC). Sin embargo, sentado por el art. 32 CC que la muerte es el fin de la personalidad, este precepto *no fija los requisitos de la muerte ni indica en qué momento debe considerarse muerta una persona*. Tampoco lo hace propiamente la legislación civil registral⁶, en la cual

² Recuérdesse que la Ley 13/1983, de 24 octubre, suprimió los párrafos II y III del art. 32 CC, en los que se disponía que “la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil, no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero”.

³ Como bien observa MARÍN (2004, p. 71), “por su ubicación, es evidente que el artículo 32 CC únicamente se refiere a lo que el CC denomina personas naturales, es decir, las *personas físicas*. Por su propia naturaleza, las personas jurídicas no «mueren» ni «fallecen»: se extinguen (v. art. 39 CC)”.

⁴ Desaparecidas de nuestro ordenamiento causas de pérdida de la personalidad que como la esclavitud, la muerte civil, etc. se reconocieran históricamente en tiempos pasados –y que hoy serían claramente contrarias a la dignidad humana y, por ende, al art. 10 y concordantes CE (tal como destacan LACRUZ, 2010, p. 21; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 336; 2011a, p. 347; y 2011b, p. 285)–, sólo el hecho físico de la muerte priva a la persona de su capacidad jurídica o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Siendo pues el fallecimiento la única causa de extinción de la personalidad, se tendrá ésta mientras la persona viva y únicamente a su muerte la perderá: ninguna otra causa más que la muerte extingue la personalidad de las personas físicas.

Por otra parte, y sin perjuicio de los efectos de la declaración de fallecimiento (*ex arts. 34 y 193 CC*), interesa precisar que, aunque al declarado fallecido por resolución judicial *se le da por muerto*, esta suerte de “presunción” de muerte es *iuris tantum*, de manera que, al no existir plena certeza o garantía del hecho del fallecimiento, *no se excluye la reaparición del declarado fallecido o la prueba de su supervivencia y existencia* (arts. 195 y 197 CC). De ahí que, si bien el régimen jurídico personal, familiar y patrimonial que comporta la declaración de fallecimiento de una persona se equipara sustancialmente al de la muerte y al declarado fallecido se le trata como si estuviera muerto –y “*como si*”, en consecuencia, *se hubiera extinguido su personalidad*–, en rigor la declaración de fallecimiento no es directa y propiamente una causa de extinción de la personalidad, pues en la hipótesis de que el declarado fallecido estuviere vivo gozaría de personalidad allí donde se hallare y reaparecido o probada su existencia no habría perdido su personalidad. Vid. al respecto, p. ej. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 336; o GARCÍA AMIGO, 1997, pp. 308 y 313, quienes siguen en este punto a DE CASTRO (1984, pp. 542-543 y 551) cuando escribía que “la declaración de fallecimiento, a diferencia de la muerte (art. 32), no lleva atribuida la extinción de la personalidad” y “en el supuesto de que viva quien es declarado fallecido, esta declaración no supone... una muerte civil”.

⁵ Sobre la conversión en cadáver del cuerpo de la persona fallecida, vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013, pp. 547-552.

⁶ Como es sabido, el modelo registral de la LRC de 8 junio de 1957 ha sido derogado por la Ley 20/2011 (Disp. Derog.), la cual suprime la tradicional división del Registro Civil en Secciones (nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales) y crea un único registro individual para cada persona, a la que desde la primera inscripción (de nacimiento) se le asigna un código personal, siendo la inscripción de defunción –tal como establece el art. 62.IV– la que *cierra* dicho registro individual, *sin que en ningún caso aquel código personal pueda volver a ser asignado*. Sin embargo, dado el radical cambio que la nueva Ley del Registro Civil representa y para permitir la progresiva puesta en marcha del nuevo modelo, se ha fijado a la misma un extenso periodo de *vacatio legis* de tres años (Disp. Final 10^a). Por consiguiente, y en tanto que el

viene a exigirse que para poder practicarse la inscripción de defunción en el Registro Civil⁷ –inscripción que es la prueba oficial y “hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece” (art. 81 LRC/1957)⁸- es precisa *una certificación médica que acredite “señales inequívocas de muerte”⁹ y establezca la fecha y hora en que el fallecimiento se ha producido* (arts. 85 LRC/1957 y 274 RRC)¹⁰.

Así las cosas, y según pone de relieve la generalidad de la doctrina, la constatación del hecho físico del fallecimiento de una persona y la determinación del momento en que ha acaecido no son estrictamente cuestiones jurídicas, sino que más bien competen a *la ciencia médica*, a cuya evolución en tal materia resulta necesario acudir¹¹. Habrán de ser los especialistas y profesionales de la medicina quienes, con criterios médicos, aprecien y determinen con precisión cuándo debe entenderse producida la muerte; punto éste en el que –importa destacar- la *parada cardiorespiratoria* irreversible como dato decisivo al que tradicionalmente se ha asociado el cese del funcionamiento del organismo y, con ello, el momento de la muerte, debe hoy inexcusablemente conjugarse con la noción de *muerte cerebral o encefálica* como vía para constatar la defunción de una persona.

nuevo régimen registral de inscripción de la defunción contenido en los arts. 4.15º y 62 a 67 de la LRC de 2011 no entrará en vigor hasta el 22 de julio de 2014, son los hasta esa fecha vigentes arts. 81 a 87 de la LRC de 1957 los que regulan el tema, complementados por los preceptos concordantes del RRC de 1958 (arts. 273 a 282).

⁷ En cuanto a la práctica de la inscripción de defunción, el art. 33.I LRC/2011 exceptúa la misma del plazo general de cinco días de que dispone el Encargado del Registro para practicar los demás asientos y establece que “la inscripción de defunción, no existiendo obstáculo legal, se practicará en *el mismo día* de la presentación de la documentación”. Por su parte, el art. 62.III de la nueva LRC dispone al respecto que “el funcionario competente, una vez recibida y examinada la documentación, practicará *inmediatamente* la inscripción y expedirá el certificado de la defunción”.

⁸ Cfr. igualmente el art. 62.I LRC/2011.

⁹ En efecto, para que pueda llevarse a cabo la inscripción de defunción el art. 85 LRC/1957 exige la previa comprobación médica de la muerte, lo que tendrá lugar normalmente mediante un *certificado o parte médico* que acredite la existencia de señales inequívocas de la muerte; certificado que será expedido por el facultativo que haya asistido al difunto en la última enfermedad o por cualquier otro que hubiera reconocido al cadáver (art. 274.I RRC). El propio art. 85 LRC prevé también que, cuando falte el referido certificado médico o sea incompleto o contradictorio, o cuando el Encargado del Registro Civil lo estime necesario, la constatación de la muerte se efectuará mediante dictamen emitido por el médico forense adscrito al Registro Civil (o su sustituto), incluso mediante el examen del cadáver por sí mismo (art. 275 RRC). Cfr. igualmente el art. 62.II LRC/2011, así como su art. 66 en el que se destaca que “en ningún caso podrá efectuarse la inscripción de defunción sin que se haya presentado ante el Registro Civil el certificado médico de defunción”.

¹⁰ En dicha certificación médica debe constar la causa del fallecimiento (art. 274 RRC); causa de la muerte de la que, en cambio, no se hará indicación en la inscripción de defunción, tal como dispuso la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 6 junio 1994, cambiando así el criterio contrario que regía hasta esa fecha. “Este dato –según explicaba la citada Orden- *es ajeno a los fines de la institución registral* porque, a los efectos de probar la defunción, sólo interesa a los particulares que esté acreditada la identidad del difunto y la fecha y lugar de la muerte. Además, la publicación y divulgación de la causa de ésta *puede en ocasiones atentar a la intimidad personal y familiar si por cualquier motivo la expresión de dicha causa lleva en sí misma connotaciones negativas*. Se estima, pues, oportuno eliminar aquel dato de la inscripción de defunción, sin perjuicio, claro es, de que el mismo conste en el certificado médico de defunción y también en los boletines estadísticos oportunos con lo que queda asegurado su conocimiento general, sin especificación de cada persona, a efectos estadísticos y sanitarios”. En aplicación de la antedicha reforma llevada a cabo por la Orden de 6 junio 1994, la RDGRN 5.7.1994 (RJA 1994/7660) aceptó la cancelación en una inscripción de defunción de la causa de la muerte del fallecido –que, en el concreto asunto en cuestión, había sido el sida-.

Ahora bien, no se procederá a la tachadura del referido dato de la causa de la muerte cuando la inscripción de defunción sea anterior a la entrada en vigor de dicha Orden Ministerial de 6 junio 1994, protegiéndose en tal caso la intimidad personal y familiar a través de la restricción de la publicidad de la inscripción. Así lo estableció el poco posterior Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 13 octubre 1994, que modificó en ese punto la de 6 de junio del mismo año al entender que la supresión de la mención de la causa de la muerte estaba justificada “para lo sucesivo”, pero no respecto de las inscripciones ya extendidas; y así lo destacó igualmente la RDGRN 8.11.1994 (RJA 1994/1348). Explicando la razón última de esa nueva modificación, escribe MARÍN (2004, p. 77) que “el hecho de que esa Orden [la de 6 de junio] impusiera la supresión de la causa de la muerte incluso para las certificaciones que se expidieran sobre las inscripciones practicadas con anterioridad *significaba de hecho perder la memoria histórica de aquellos que habían muerto en la guerra civil*. La oposición a esta medida por parte de las asociaciones de combatientes obligó al Ministerio del ramo a dar marcha atrás: la Orden de 13 de octubre de 1994 derogó parcialmente la anterior, arguyendo que la supresión de la expresión de la causa del fallecimiento en las inscripciones ya practicadas podría implicar, «quizás, una alteración del Patrimonio Documental Español»”.

¹¹ Vid. en tal sentido, p. ej. BERCOVITZ, 1976, p. 168; y 2011, p. 76; ROCA I TRÍAS, 1991, p. 233; HUALDE, 1997, p. 125; GULLÓN, 2000, p. 590; MARÍN, 2004, p. 72; Díez-PICAZO/GULLÓN, 2012, p. 304; CABANILLAS, 1993, p. 812; GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 148; MARTÍN PÉREZ, 2011, p. 244; MENÉNDEZ, 2010, p. 133; y ampliamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011a, p. 347; y 2011b, pp. 285-286.

En efecto, y aunque no es objeto de este trabajo ahondar en la regulación *ad hoc* en materia de extracción y trasplante de órganos¹² y en los específicos *parámetros médico-legales* establecidos normativamente para diagnosticar el fallecimiento del donante a fin de extraerle los órganos a trasplantar¹³, interesa recordar que ya el art. 5.I de la Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, tras afirmar que “la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte”, dispone que “*cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida*, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe del Servicio de la Unidad médica correspondiente, o su sustituto”¹⁴. Con bastante mayor detalle y amplitud se regula la posibilidad de que el diagnóstico clínico del fallecimiento se funde no sólo en la parada cardiorrespiratoria sino también en la muerte encefálica, en el art. 10.II del vigente RD 2070/1999, de 30 diciembre, sobre las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos¹⁵: a tenor de dicho artículo, “la muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del *cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas*. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte”¹⁶.

¹² De forma complementaria, debe tenerse en cuenta lo dispuesto sobre “donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos” por el art. 8 del RD 1301/2006, de 10 noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. A tenor del párr. IV de dicho art. 8, “la obtención de células y tejidos se realizará tras la correspondiente certificación de la muerte y la práctica de las diligencias policiales y judiciales si las hubiera”.

¹³ Como bien observa la doctrina (entre otros, GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 148; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 338; 2011a, p. 348; y 2011b, p. 286), la finalidad de estas específicas intervenciones legislativas es la de lograr el difícil equilibrio entre, por un lado, la exigencia de completa *certeza y seguridad del fallecimiento* del eventual donante –momento de la muerte a partir del cual los órganos a trasplantar podrán serle extraídos- y, por otro lado, la *precocidad del diagnóstico muerte*, que permita una *rápida extracción* de los órganos a fin de que su vitalidad y funcionalidad no se resientan. En particular sobre el tema, vid. p. ej. ROMEO, 1993, pp. 6140 y ss.; y 2005, pp. 30-33; de forma monográfica ANGOITIA, 1996, en especial, pp. 65 y ss.; y de este mismo autor, 2000, pp. 125-144 (en especial, pp. 136-144); y 2005, pp. 226-231.

¹⁴ “Ninguno de estos facultativos –termina exigiendo el citado art. 5.I Ley 30/1979- podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante”.

¹⁵ Junto a otras condiciones y requisitos para la extracción de órganos de fallecidos que se establecen en el RD 2070/1999 (por el que, introduciéndose grandes modificaciones en orden a la comprobación y certificación de la muerte, fue derogado el primitivo Reglamento de desarrollo de la Ley de Extracción y Trasplante de Órganos aprobado por RD 426/1980), el art. 10.II dispone que “la extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse *previa comprobación y certificación de la muerte realizadas en la forma, con los requisitos y por profesionales cualificados, con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y teniendo en cuenta los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada*. Los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos”.

¹⁶ Esa doble posibilidad que contempla el art. 10.II es desarrollada por los siguientes párrafos del mismo artículo, con remisión a los Protocolos de diagnóstico y certificación de la muerte para la extracción de órganos de donantes

1.2. Consideraciones generales sobre las consecuencias jurídicas (personales, familiares y patrimoniales) de la muerte.

Dado que la muerte extingue la personalidad¹⁷, ello conlleva el fin de aquellas relaciones jurídicas que se fundan y tienen como presupuesto la existencia de la persona misma. Así, en el orden *personal y familiar*, y entre algunas de las consecuencias más destacadas, el fallecimiento de uno de los cónyuges supone la disolución del matrimonio (art. 85 CC)¹⁸ -y, por ende, la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 1392.I y 1415 CC sobre la sociedad de gananciales y el régimen de participación, respectivamente)¹⁹-; la muerte de los padres o del hijo implica la extinción de la patria

fallecidos que se recogen en el Anexo I del RD 2070/1999 (vid. con detalle al respecto, ANGOITIA, 2005, pp. 239-244). Así, dispone el art. 10.III que “*el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto. En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado de defunción extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante*”.

Por su parte, el párr. IV del art. 10 señala que “*el cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto. En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado médico firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso, dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos que se extraigan*”.

¹⁷ Si bien la muerte implica el fin de la personalidad y, por tanto, la extinción de los derechos de la personalidad del fallecido, en determinados supuestos el legislador ha previsto que, más allá del límite temporal de existencia de su titular, quepa la tutela *post mortem* de ciertos derechos extrapatrimoniales del mismo con el fin de proteger rasgos, atributos o cualidades de la persona ya desaparecida, lo que se traduce en lo que comúnmente se viene denominando –en expresión acuñada por LACRUZ, 2010, pp. 23 y 107- la «*protección de la personalidad pretérita*». Vid. al respecto lo que he escrito en GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013, pp. 553-559.

¹⁸ De forma complementaria, dispone el art. 88 CC que “la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges...”.

En materia de separación, declara la SAP Barcelona 3.12.2004 (Tol 543.412) que, *fallecido uno de los cónyuges en el curso de un proceso de separación matrimonial*, puesto que la muerte extingue la personalidad (art. 32 CC) y disuelve el vínculo matrimonial (art. 85 CC) debe acordarse el archivo de las actuaciones sin proceder a dictarse sentencia de separación. Cfr. también al respecto el AAP Valladolid 19.2.2004 (JUR 2004/105058).

¹⁹ Asimismo, con la muerte del marido cesa la presunción de paternidad matrimonial de los hijos de la esposa nacidos fuera de los plazos establecidos en el art. 116 CC. Interesa también traer a colación la referencia a la filiación matrimonial que contiene el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su regulación de la fecundación *post-mortem* y la inseminación con material reproductor del marido fallecido. Bajo la rúbrica de «Premoriencia del marido», dispone dicho precepto que: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”.

potestad (art. 169.I CC) y de la patria potestad prorrogada (art. 171.II.1º); también la tutela se extingue por el fallecimiento de la persona sometida a la misma (art. 276.III CC) e igualmente el albaceazgo termina por la muerte del albacea (art. 910 CC). Por otra parte, la deuda alimenticia entre parientes cesa con la muerte tanto del obligado como del alimentista (arts. 150 y 152.I CC) y asimismo la pensión compensatoria del art. 97 CC en los casos de separación o divorcio, en cuanto derecho de crédito personalísimo e intransmisible, se extingue por el fallecimiento del acreedor -aunque no por la muerte del deudor, a cuyos herederos se transmite la obligación de abonar la pensión (art. 101.II)²⁰ -.

También en el ámbito estrictamente *patrimonial* se extinguen con la muerte de la persona los derechos de naturaleza personalísima y los de carácter vitalicio –por ejemplo, el derecho de usufructo (art. 513.I CC) y los de uso y habitación (art. 529)-, así como las relaciones jurídicas contractuales configuradas, legal o voluntariamente, como personalísimas o *intuitu personae*: el contrato de mandato (art. 1732.III CC, con las precisiones de los arts. 1738 y 1739)²¹, el contrato de sociedad civil (art. 1700.III CC, sin perjuicio de lo previsto en el art. 1704), el comodato celebrado en atención a la persona del comodatario (art. 1742 CC), o el contrato de obra celebrado en atención a las cualidades personales del contratista (art. 1595.I y II CC)²²-. Ahora bien, salvo respecto de los derechos y obligaciones que se extinguen con la muerte (arts. 659 y 661 CC), la regla es que, para las restantes relaciones jurídicas patrimoniales de que el difunto fuera titular, el fallecimiento produce *efectos transmisivos*, pues con su muerte se produce la apertura de la sucesión *mortis causa* (art. 657) y el patrimonio de aquél se transforma en herencia y se transmite a sus sucesores.

Así, pues, y según declara al respecto el AAP Santa Cruz de Tenerife 2.6.2010 (*Tol 2.383.090*), “la autorización requerida al marido es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aún cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona (art. 32 CC), y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales”, por lo que “en ausencia de documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canaria”, *no existe “precepto legal alguno que prevea la posibilidad de la autorización judicial instada por la mujer recurrente”*. Vid. igualmente el AAP Barcelona 17.5.2011 (AC 2011/1256).

²⁰ Tras disponer el art. 101.II CC que “el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor”, añade el precepto que “no obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

²¹ Al amparo del art. 1732.III CC puede también afirmarse que el poder se extingue por la muerte del poderdante; y, según el art. 280 CCom, la comisión mercantil se extingue en caso de muerte del comisionista (pero no por muerte del comitente, aunque pueden revocar el contrato sus representantes).

²² A veces, la muerte posibilita la subrogación en una posición contractual, continuando el contrato con un nuevo sujeto –no necesariamente heredero-, tal como sucede con los derechos arrendaticios sobre inmuebles rústicos y urbanos regidos por la respectiva legislación especial [arts. 16 y 33 LAU y art. 24.e) LAR]. Tales derechos, por tanto, sólo se admiten como transmisibles por la muerte con limitación de las personas que pueden suceder en ellos, de forma que, faltando esas personas, el arriendo se extinguirá con la muerte de su titular.

A esos diversos efectos de carácter civil que telegráficamente se han enumerado²³ -y cuyo estudio pormenorizado excede de los confines de este trabajo, siendo obligado remitirse, muy especialmente, a la copiosa literatura jurídica sobre el art. 659 CC respecto a la concreta y exacta determinación de qué bienes, derechos y obligaciones de una persona se extinguen por su muerte y cuáles otros quedan comprendidos en la herencia y son transmisibles *mortis causa*²⁴- se suman otras muchas consecuencias civiles aparejadas o relacionadas con la muerte, que aparecen contempladas normativamente de forma expresa o que la jurisprudencia se ha ocupado de precisar de forma más casuística. Así, a título meramente ejemplificativo, cabe recordar que la muerte del ausente produce la finalización de la situación de ausencia legal (art. 188 CC); y además, aunque el art. 197 CC se refiere sólo a la revocación de la declaración de fallecimiento en caso de sobrevivencia o reaparición del declarado fallecido, evidentemente también cesa tal situación cuando se comprueba la muerte de éste. En otro orden de cosas, ha de tenerse en cuenta que la duración de la vida de una cierta persona (normalmente del acreedor, aunque también pueda ser del deudor o de un tercero) actúa como módulo de la relación en la renta vitalicia (arts. 1802, 1803 y 1808 CC), por lo que ésta será nula si se constituye sobre la vida de una persona ya muerta a la fecha del otorgamiento (art. 1804). Por otra parte, la muerte implica la imposibilidad de contraer nuevas obligaciones (STS Sala 1ª 23.2.1951²⁵) -por ejemplo, la accesoria de fianza cuando el fiador ya había fallecido al nacer la deuda garantizada (STS Sala 1ª 29.4.1992²⁶)-. Asimismo es claro que, por aplicación

²³ La muerte, además de producir las consecuencias (ya transmisivas, ya extintivas) que a título indicativo se han señalado, es también condición para la eficacia del testamento -o del seguro para el caso de muerte, *ex arts.* 83 y ss. LCS- (DE CASTRO, 1984, p. 146; CABANILLAS, 1993, p. 811; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 340) y tiene asimismo *efectos constitutivos* -en el sentido de que con el fallecimiento de una persona nacen derechos a favor de otras personas, derechos que el causante no tenía- en otros ámbitos diversos, como por ejemplo el derecho del beneficiario a percibir una pensión de viudedad o orfandad, etc. (SANCHO REBULLIDA, 1991, p. 1661; ÁLVAREZ LATA, 2009, p. 823; MARTÍN PÉREZ, 2011, p. 252).

Aunque profundizar en ello excede igualmente del objeto de este trabajo, interesa también apuntar una cuestión propia de la responsabilidad civil que se encuentra ligada a la muerte de una persona: el problema de si el fallecido (por ejemplo, en un accidente de tráfico o laboral, o como consecuencia de un hecho constitutivo de delito o falta) ha adquirido o no -y, por tanto, transmite o no a sus herederos- el derecho a la indemnización por el daño consistente precisamente en su propio fallecimiento. A este respecto, es jurisprudencia reiterada del TS que la indemnización por causa de muerte no puede considerarse un derecho incorporado al patrimonio del fallecido e ingresado en su herencia que, como tal, pueda ser reclamado por sus herederos, y ello por razón de la simultaneidad del nacimiento de tal derecho y el óbito de quien no ostenta ya personalidad para adquirirlo. De ahí que, a efectos de legitimación activa para reclamar la indemnización por muerte, no se requiera la prueba de la cualidad de heredero de la víctima, sino la condición de perjudicado a través de la acreditación del perjuicio directo sufrido por la muerte del damnificado, ya que el derecho a la indemnización se adquiere originaria y no derivativamente, *iure proprio* y no *iure hereditatis* (SSTS Sala 1ª 1.4.2009 [Tol 1.494.582], 29.5.2001 [Tol 71.715], 14.12.1996 [Tol 1.658.769], 20.7.1995 [Tol 1.667.649] y 1.7.1981 [Tol 1.739.570], entre otras muchas; vid. igualmente SAP Jaén 4.10.2010 [Tol 2.044.520]); todo ello sin perjuicio de que, eventualmente, la condición de heredero y de perjudicado puedan coincidir en una misma persona.

²⁴ Al margen del fenómeno de la sucesión *mortis causa* propiamente dicha, y entre otras titularidades y relaciones que se transmiten por reglas propias y especiales, cabe recordar el caso de los títulos nobiliarios, cuya sucesión se encuentra hoy regulada básicamente por la Ley 33/2006, de 30 octubre, de Igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

²⁵ RJA 1951/807.

²⁶ Tol 1.660.733.

directa del art. 32 CC, no cabe declarar judicialmente incapacitada a la persona que fallece en el curso del procedimiento de incapacitación²⁷. Y por mencionar otro par de datos dentro de este heterogéneo elenco de temas vinculados a la muerte, recordemos por último que nuestro Código Civil, amén de reconocer la posibilidad de una nueva adopción del adoptado en caso de muerte del adoptante (art. 175.IV), permite en algunos supuestos la constitución de la adopción aunque el adoptante hubiere fallecido –adopción póstuma condicionada a que aquél hubiese ya prestado su consentimiento ante el juez (art. 176.III)- y también admite con ciertos requisitos la posibilidad de reconocer al hijo ya fallecido, disponiendo en tal sentido el art. 126 que “el reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efectos si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales”.

Sin perjuicio del particular interés que puedan tener cuestiones como las que acaban de indicarse, huelga advertir que la proyección del trascendental hecho de la muerte desborda obviamente los confines del Derecho civil y produce sus efectos extintivos de la capacidad jurídica de la persona en el resto de las situaciones o ámbitos jurídicos de la misma²⁸. Así, aparte del amplísimo haz de repercusiones que tiene la muerte en la esfera jurídico-pública²⁹ (fiscal³⁰, administrativa³¹, etc.), y sin perder de vista tampoco las

²⁷ Así lo señalan expresamente, acordando en consecuencia el archivo definitivo de las actuaciones, los AA. AP Barcelona 27.2.2004 (*Tol 364.839*) y 2.2.2006 (*Tol 1.606.521*).

Aunque fuera del ámbito de la incapacitación judicial de la persona, y dictada en sede de invalidez o incapacidad laboral, la STSJ Navarra, Sala de lo Social, de 1.12.1993 (AS 1993/5243) declaró -en relación con un trabajador que había sido declarado inválido (Incapacidad Permanente Absoluta) con posterioridad al hecho de su fallecimiento- que “*la personalidad se extingue con la muerte (art. 32 del Código Civil), y parece inadecuado declarar incapaz a quien ha fallecido*”.

²⁸ Un ilustrativo elenco de efectos jurídicos de la muerte se contiene en la S. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 16.5.2009 (*Tol 1.502.745*), dictada con ocasión de las identificaciones erróneas de los militares fallecidos en el trágico accidente aéreo del Yak-42. En sus pronunciamientos acerca del delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, afirma esta Sentencia que “en el supuesto concreto que examinamos, la relevancia jurídica de la falsedad se descubre porque de la identificación de cada fallecido, de la causa del fallecimiento y del tiempo y lugar en el que ocurrió el deceso, *dependen múltiples consecuencias jurídicas*. La primera y fundamental la extinción de la personalidad jurídica (art. 32 del Código Civil). A ella siguen muchas otras, como la entrega y disposición por los familiares del cuerpo del finado para, por ejemplo, donar órganos o, simplemente, proceder a las exequias, inhumación y/o incineración de los restos, la apertura de la sucesión, el devengo de derechos pasivos, el derecho o no al percibo de una indemnización derivada de un contrato de seguro, etc. La identificación individual de cada cadáver es, pues, un acto con clara relevancia jurídica real y actual. Pero también la tiene potencial o futura, pues asocia un cuerpo con una persona cuyos restos quedan en su caso enterrados –depositados- en un lugar determinado, regido por normas administrativas específicas –reglamentos de policía mortuoria- pudiendo producir futuros efectos jurídicos, como por ejemplo, los derivados de la determinación o impugnación de la paternidad. En consecuencia, es palmaria la relevancia jurídica, presente y futura, de la mendaz identificación de los cadáveres, que recae sobre un elemento esencial del documento –la identidad del finado- con entidad suficiente para variar los efectos jurídicos normales que debiera producir en cada caso el hecho del fallecimiento”. Cfr. también sobre ese asunto la STS Sala 1ª 3.9.2012 (*Tol 2675546*).

²⁹ Como señala la doctrina (SANCHO REBULLIDA, 1991, pp. 1661-1662; ÁLVAREZ LATA, 2009, p. 822; MARTÍN PÉREZ, 2011, pp. 250-251), se extinguen por la muerte de su titular y no son transmisibles por herencia los derechos de carácter público o político (el derecho al sufragio, por ejemplo), los derechos inherentes a la condición de nacional o vecino, o los derechos a la función pública (Notaría, Registro de la Propiedad), aunque sí son heredables ciertos derechos patrimoniales administrativos, como las concesiones, salvo que en ellas se establezca lo contrario –si bien se excluye de la sucesión hereditaria la titularidad de las Administraciones de loterías, en cuanto supuesto de transmisión especial, tal como han declarado las SSTS Sala 1ª 28.2.2003 (*Tol 265.218*) y 2.1.2006 (*Tol 809.280*); en particular sobre la sucesión excepcional de las administraciones de lotería y de las expendedorías de

consecuencias asociadas a la misma en materia de pensiones de viudedad, orfandad y otras prestaciones de la Seguridad Social³² -o la extinción del contrato de trabajo por muerte tanto del trabajador como del empresario, conforme al art. 49.I e) y g) del ET (RD Leg. 1/1995, de 24 marzo)-, interesa destacar especialmente que el fallecimiento supone la extinción de la *capacidad para ser parte* en los procesos civiles que reconoce a las personas físicas el art. 6.I.1º LEC 1/2000, pues “siendo la capacidad para ser

tabaco, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2004, pp. 193 a 215.-. Sobre la intransmisibilidad a los herederos del derecho a obtener la apertura de una oficina de farmacia, vid. p.ej. la STS Sala 3ª 12.11.2012 (Tol 2.686.800).

³⁰ En relación concretamente con las providencias de apremio por deudas tributarias (en concepto de IRPF en el caso de autos), se ha entendido que las notificaciones que tuvieran como destinatario a una persona fallecida no se considerarán válidas si se efectúan a un tercero. Así lo declaró la S. TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16.6.1994 (JT 1994/782), en la que puede leerse que “*el art. 32 del Código Civil establece que «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas». Ello determina que, en materia de notificaciones, cuando la persona destinataria de la notificación ha fallecido, no puede entenderse válidamente efectuada la que tiene lugar con un tercero. Ello es lógico. Si el fin de la notificación a persona distinta del interesado es el de poder hacer llegar a éste el acto notificado cuando no es posible, circunstancialmente, hacerlo con él, tal finalidad es imposible que sea cumplida cuando el destinatario ha fallecido*”.

También al amparo del art. 32 CC, declaró la S. TSJ Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29.3.2011 (Tol 2.108.835) que no cabe providencia de apremio por impago del IBI de unas fincas correspondiente a ejercicios posteriores a la fecha de fallecimiento del titular de dichas fincas.

Sobre otros aspectos problemáticos en torno a la muerte, en relación concretamente con el impuesto de sucesiones vid. p. ej. la R. Tribunal Económico-Administrativo Central de 1.2.2006 (Tol 923.902).

³¹ A título de ejemplo, es afirmación judicial reiteradísima que, pese a haberse superado las correspondientes pruebas selectivas, no cabe incluir en la lista de aspirantes aprobados ni proceder al nombramiento como funcionario de quien carece de personalidad jurídica por haber sobrevenido su muerte (SS. TSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13.6.2008 [Tol 1.406.215], 17.6.2008 [Tol 1.391.728], 14.7.2008 [Tol 1.388.469], 31.10.2008 [Tol 1.445.466], 16.1.2009 [Tol 1.508.702], 13.2.2009 [Tol 1.489.952] y 3.3.2009 [Tol 1.572.476]). Además, y tal como señaló el Informe del Consejo de Estado de 4.6.1998 (Tol 297.441) en relación con el Anteproyecto de Ley reguladora del Estatuto básico de la Función Pública, resulta adecuado que éste omita la mención de la muerte de la persona como causa de extinción de la relación funcional, al ser innecesaria por su obviedad y resultar del propio art. 32 CC.

Asimismo han declarado los tribunales del orden contencioso (S. TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, 28.9.2010 [Tol 2.051.717]) que la muerte de la persona extingue su responsabilidad por las infracciones administrativas cometidas y conlleva la anulación de las sanciones administrativas impuestas –en el caso, por una parcelación ilegal-; o que es conforme a Derecho la denegación de una subvención o ayuda pública (por heladas, en el asunto de autos) al carecer el solicitante de personalidad a causa de su anterior fallecimiento (S. TSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, 31.3.2010 [Tol 1.872.566]).

La muerte de una persona también implica la imposibilidad para adquirir nuevos derechos, tal como en relación con la obtención de una licencia de autotaxis declaró la STS Sala 3ª 5.12.1988 (Tol 2.357.254): “Fallecido el esposo de la apelante con anterioridad a la publicación de la convocatoria dirigida a la adjudicación de 116 nuevas licencias de autotaxis no es que aquél no reuniese los requisitos exigidos en la base primera sino que, *habiéndose extinguido su personalidad jurídica -art. 32 del Código Civil-, ni física ni jurídicamente podía aspirar a la obtención de la licencia*, lo que por otra parte impedía el nacimiento de derechos o expectativas en los que pudiera sucederle o subrogarse su esposa”.

³² Sobre algunos aspectos problemáticos al respecto, vid. p. ej. las SSTS 4ª 10.4.1995 (Tol 235.746) y 18.2.1994 (Tol 266.652) –prestaciones por muerte y trabajador incapacitado que fallece antes de producirse la resolución de la entidad gestora declarándole pensionista por incapacidad permanente-; o la S. TSJ Valencia, Sala de lo Social, de 19.1.2010 (Tol 1.959.000) –efectos del fallecimiento de un trabajador antes de dictarse sentencia en el juicio entablado en relación con su despido, cuya declaración como improcedente hace inviable la readmisión de aquél y restringe la condena a la indemnización legal y al importe de los salarios de tramitación hasta la fecha del óbito del demandante-. Ya en esta línea se había pronunciado la STS Sala 1ª 20.11.1939 (RJA 1939/221), afirmando que la extinción de la personalidad por la muerte impide la reposición del fallecido al puesto de trabajo o cargo del que fue indebidamente separado, pero se transmite a sus sucesores el derecho a reclamar la indemnización que le correspondería.

parte la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones de carácter procesal y al extinguirse esa capacidad con la muerte, puesto que ésta determina la extinción de la personalidad (art. 32 CC), es concluyente que no puede atribuirse la condición de parte a difuntos o fallecidos, a salvo, naturalmente, la sobrevivencia de relaciones afectadas por instituciones sucesorias que podrán pasar en su titularidad a personas distintas³³. Por ello, de conformidad con el art. 9 LEC (en concordancia con el art. 227), el fallecimiento –ya del *demandado*³⁴ ya del *demandante*³⁵- antes de la interposición de la demanda constituye un obstáculo procesal insuperable e insubsanable, de manera que la ausencia de sujeto procesal hábil (ya pasivo ya activo) por carencia de personalidad al haber ya muerto (art. 32 CC)³⁶ permite al tribunal declarar de oficio la nulidad radical y *ab initio* de todas las actuaciones practicadas en el juicio y el sobreseimiento y archivo de las mismas; todo lo anterior al margen de los supuestos, bien distintos, de sucesión procesal por muerte -cuando ésta se produce en el curso y durante la tramitación del proceso- en que, con determinadas condiciones, el art. 16 LEC (modificado por la Ley 13/2009, de 3 noviembre) permite continuar el juicio con el sucesor del causante³⁷.

2 COMORIENCIA Y PREMORIENCIA: EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

³³ Así lo señala expresamente la SAP Murcia 23.3.2005 (*Tol 789.107*).

Vid. asimismo la STS Sala 1ª 23.10.1995 (*Tol 1.657.543*).

³⁴ Vid. p. ej. las SS. AAPP de Valencia 30.1.2003 (*Tol 254.734*), Las Palmas 16.5.2005 (*Tol 670.703*), de Barcelona 14.12.2005 (*Tol 881.756*) y 29.2.2008 (*Tol 1.304.054*), Ávila 2.10.2009 (*Tol 1.651.359*), de Madrid 16.3.2009 (AC 2009/754) y 24.7.2008 (JUR 2008/290157) y Girona 1.3.2010 (*Tol 1.854.234*), o los Autos AAPP de Barcelona 4.3.2005 (*Tol 631.903*) y 8.3.2005 (*Tol 631.828*) y de Madrid 3.12.2009 (AC 2010/301) y 22.10.2010 (AC 2010/2044).

³⁵ Vid. p. ej. el AAP Granada 10.12.2004 (*Tol 562.044*), o las SS. AAPP de Zaragoza 30.3.2005 (*Tol 621.855*) y de Madrid 20.11.2009 (*Tol 1.787.797*) y 22.11.2010 (*Tol 2.028.063*).

Vid. igualmente, en sede de procesos judiciales del orden contencioso-administrativo, las SSTS Sala 3ª 11.6.2002 (*Tol 203.690*) y 1.12.2010 (*Tol 2.021.214*) o la S. TSJ Navarra 12.11.2004 (*Tol 566.329*); y en el orden social, las SS. TSJ Extremadura 4.2.2005 (*Tol 557.484*) y TSJ Cantabria 27.5.2010 (*Tol 1.968.594*).

³⁶ El extremo de la muerte de la persona “lógicamente, también impide su *comparecencia en juicio*, a tenor de lo regulado en el artículo 7.1 de la LEC 1/2000”, tal como se ocupa de precisar la SAP Madrid 22.11.2010 (*Tol 2.028.063*).

³⁷ Vid. al respecto, p. ej. la STS Sala 1ª 7.12.2011 (*Tol 2.338.031*) y la STC 54/2010 de 4.10.2010 (*Tol 1.970.917*). Interesa recordar, con todo, que en los supuestos de sucesión procesal por muerte “los pronunciamientos de absolución o condena de la sentencia deben ir referidos al sucesor, no al causante, pues es aquél y no éste, quien únicamente puede soportar tanto en lo positivo como en lo negativo los efectos jurídicos del fallo, y al único a quien, llegado el caso, se le puede exigir su cumplimiento”. Al amparo del art. 32 CC, así lo puso de relieve la SAP Melilla 5.10.2005 (*Tol 788.607*) en relación con la condena por negligencia impuesta por el juzgador de instancia sobre el finado arquitecto superior de una obra, afirmando que “esta condena es algo que resulta imposible tanto *de iure* como *de facto*. La jurisdicción española, mejor dicho, la jurisdicción de cualquier Estado del mundo (salvo determinadas excepciones por lo que al Estado Vaticano se refiere) solo tiene capacidad y competencia para juzgar a los vivos. Condenar o absolver a los muertos –concluye irónicamente el tribunal- es algo reservado exclusivamente a la justicia divina”.

Si anteriormente se ha puesto de relieve, en términos generales, la importancia de precisar el momento del fallecimiento de una persona y se ha dejado constancia de los criterios médico-legales previstos en determinados casos a tal fin, interesa ahora subrayar la complejidad y las dificultades, cuando no la imposibilidad, que conlleva en la práctica esa determinación del tiempo exacto en que ha sucedido la muerte en la hipótesis particular que contempla el art. 33 del Código Civil español, así como la trascendencia de tal cuestión y la solución que a la misma brinda el citado precepto.

Según reza el art. 33 CC, “*Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro*”.

2.1. Presupuestos y ámbito de aplicación.

Expresado de momento *grosso modo*, el supuesto de hecho al que se refiere el art. 33 CC es el de la muerte de dos o más personas –implicadas recíprocamente en una eventual transmisión de derechos (sucesorios, a decir de la norma)- respecto de cuyo fallecimiento surge la duda de determinar cuál se produjo primero. Ejemplo típico –y no del todo infrecuente hoy en día, según veremos- sería el de la muerte de padres e hijos, con derechos hereditarios entre sí, en un determinado accidente de tráfico.

a). La certeza de la muerte de dos (o más) personas y la duda sobre el momento exacto o el orden cronológico de su respectivo fallecimiento.

A fin de concretar seguidamente los presupuestos que exige la aplicación del art. 33, debe comenzarse advirtiendo que el primero de ellos estriba en el dato incontrovertido de que se haya producido *el fallecimiento de dos personas* –“o más” de dos, tal como expresamente prevé el propio precepto, aunque esta hipótesis sea realmente escasa en la práctica³⁸-. Ha de haber, por tanto, absoluta *certeza* de que varias personas han muerto, sin que quepa duda alguna sobre su efectivo fallecimiento;

³⁸ Si a lo largo del estudio del art. 33 CC comprobaremos que no son demasiado frecuentes las ocasiones en que los tribunales han llegado a aplicar dicho precepto en caso de fallecimiento de *dos* personas –un padre y su hija (STS Sala 1ª 10.3.1998 [Tol 1.655]), un padre y su hijo (SAP Toledo 5.1.1998 [AC 1998/167]) y casi siempre un matrimonio (STS Sala 1ª 4.12.1948 [RJA 1948/1607], S. TSJ Castilla y León, Sala de lo Social, 26.11.2008 [Tol 1.450.800], SS. AAPP Barcelona 1.7.2008 [Tol 1.374.382], Zaragoza 29.10.2003 [Tol 430.683], Córdoba 5.12.2001 [Tol 141.425] y Valladolid 17.9.2001 [Tol 1.540.554])- , mucho más escasas son aún las sentencias en que la duda versa sobre el orden de la muerte de *más de dos* personas (tres, cuatro, etc.). En verdad –y al margen de las consideraciones generales y *obiter dicta* que realizan la STS Sala 1ª 1.4.2009 (Tol 1.494.582) sobre la muerte del padre y sus tres hijas en un accidente de tráfico, o la SAP Madrid 30.3.2010 (Tol 1.888.115) sobre el óbito de los padres, sus dos hijas y la abuela, también en un accidente automovilístico-, sólo he logrado localizar directamente conectada con el tema la SAP Barcelona 10.3.2003 (Tol 306.504) en relación con el fallecimiento en un mismo accidente de circulación de una niña, su padre y su madre; asunto en el que, según veremos más adelante, se apreció la comoriencia de los dos progenitores y la muerte posterior de su hija.

duda que no recaea, pues, sobre si han fallecido o no³⁹, sino que a lo que afecta es al orden cronológico en que se produjeron las muertes.

En efecto, tal como se desprende con claridad del art. 33 cuando reza “*si se duda... quién de ellas ha muerto primero*”, uno de los ejes sobre los que gravita la norma descansa en *el desconocimiento del orden en el tiempo entre los fallecimientos*⁴⁰ o, si se quiere, en la duda sobre la relación de supervivencia entre una y otra persona. Es preciso, pues, que no se sepa cuál de ellas murió antes o después que la otra, que se ignore el orden de prioridad de tales fallecimientos.

Esa incertidumbre puede surgir, en rigor, no sólo cuando la muerte de tales personas haya acaecido en *un mismo siniestro o catástrofe* (incendio, terremoto, ruina, accidente aéreo o ferroviario, naufragio, etc.) –supuesto para el que fundamentalmente fue pensado el art. 33 CC–, sino también respecto de *personas fallecidas en circunstancias distintas o lugares diferentes o por causas diversas* (aunque obviamente coincidentes en el tiempo), en cuyo caso también sería aplicable el precepto al no precisar éste la concreta situación de hecho en que se produzcan las muertes, ni restringir su operatividad tan solo a aquellos primeros casos⁴¹. Justo es reconocer, de todas formas, que, no obstante la admisibilidad de la última hipótesis apuntada, en la práctica todos los asuntos de que da cuenta la jurisprudencia versan sobre el supuesto más común de que las personas en cuestión hayan muerto en el *mismo* accidente de tráfico – bien como ocupantes del vehículo (STS Sala 1ª 10.3.1998⁴²) bien como peatones atropellados (SAP Barcelona 1.7.2008)⁴³– o en un mismo suceso en general (como en el concreto fusilamiento de dos cónyuges durante la Guerra Civil española al que se refirió la ya clásica STS Sala 1ª 4.12.1948⁴⁴).

b). La eventual transmisión de derechos hereditarios y otros efectos del art. 33 CC (seguros de vida y cálculo de indemnizaciones de responsabilidad civil conforme a los baremos de tráfico).

³⁹ Vid. en este sentido, p. ej. DE CASTRO, 1984, p. 141, n.4; CABANILLAS, 1993, p. 821; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 348; 2011a, p. 351; y 2011b, p. 290; y GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150.

⁴⁰ Vid. en este sentido, p. ej. DE CASTRO, 1984, p. 141; BERCOVITZ, 1976, p. 169; LACRUZ, 2010, p. 21; DÍEZ PICAZO, 1978, p. 829; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011a, p. 351; y 2011b, p. 290; y GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150.

⁴¹ Vid. en este sentido, p. ej. DE CASTRO, 1984, p. 141; y 1970, p. 185; BERCOVITZ, 1976, p. 169; y 2011, p. 76; LACRUZ, 2010, p. 21; DÍEZ PICAZO, 1978, p. 829; LETE, 2000, p. 65; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 350; ROCA I TRÍAS, 1991, p. 234; GULLÓN, 2000, pp. 590-591; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, 2012, p. 305; GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150; MENÉNDEZ, 2010, p. 134; y LASARTE, 2011, p. 158.

⁴² Tol 1.655.

Vid. también la S. TSJ Castilla y León, Sala de lo Social, 26.11.2008 (Tol 1.450.800) y las SS. AAPP Zaragoza 29.10.2003 (Tol 430.683), Barcelona 10.3.2003 (Tol 306.504), Córdoba 5.12.2001 (Tol 141.425), Valladolid 17.9.2001 (Tol 1.540.554) y Toledo 5.1.1998 (AC 1998/167).

⁴³ Tol 1.374.382.

⁴⁴ RJA 1948/1607.

El tenor literal del art. 33 CC exige que las dos (o más) personas, respecto de cuyo orden de fallecimiento recae el estado de duda, estén “*llamadas a suceder*”. A la luz de esta expresión, no hay discusión doctrinal acerca de la posibilidad de que tal sucesión pueda ser tanto *testamentaria* como *intestada*, formas ambas expresamente aceptadas también por la citada STS Sala 1ª 4.12.1948⁴⁵ que, en relación con la aplicación del art. 33, consideró indiferente el título en el que se fundara la “sucesión” a la que alude el precepto.

Ahora bien, además -aunque ciertamente en sus orígenes históricos la norma fue dictada precisamente para resolver problemas de atribución de derechos hereditarios, y si bien debe recordarse la especial importancia del tema de la premoriencia y la comoriencia en esa sede al ser requisito esencial que el heredero esté vivo en el momento de la muerte del causante⁴⁶-, la doctrina prácticamente unánime⁴⁷ ha venido llevando a cabo una interpretación extensiva del precepto en virtud de la cual el mismo sería aplicable en *cualquier supuesto en el que la determinación del orden del fallecimiento tenga relevancia jurídica, sin limitarse únicamente a los fenómenos sucesorios*. Con apoyo en el argumento sistemático proporcionado por la ubicación del art. 33 dentro del Título II (Libro I CC) dedicado a la personalidad -y no en sede de sucesiones-, ya desde DE CASTRO⁴⁸ se entiende que no se requiere necesariamente que las personas fallecidas sean recíprocamente herederas, sino que basta con que la supervivencia de cualquiera de ellas conlleve la adquisición o transmisión de una facultad o derecho anteriormente ostentado por la otra u otras⁴⁹.

⁴⁵ RJA 1948/1607.

⁴⁶ Con cita expresa de los arts. 32 y 33 CC, recuerda la SAP Madrid 1.6.2011 (*Tol 2.204.130*) que si en virtud del primero de ellos “el fallecimiento determina la extinción de la personalidad civil y, por ello, la premoriencia determina la imposibilidad de suceder, sin perjuicio de los derechos de representación (arts. 924 a 929 CC) o sustitución (arts. 774 y ss. CC)”, el art. 33 indica que “en caso de que sobre dos o más personas llamadas a suceder no conste cuál de ellas ha fallecido primero, se presumirán fallecidas al mismo tiempo «y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro», y por ello, *si en supuestos de comoriencia no existe sucesión hereditaria, con mayor razón no existirá en caso de premoriencia del llamado a ser heredero*”.

⁴⁷ Vid. p. ej. BERCOVITZ, 1976, pp. 169-170; y 2011, p. 77; LACRUZ, 2010, p. 21; DÍEZ PICAZO, 1978, p. 830; GULLÓN, 2000, p. 590; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, 2012, p. 304; LETE, 2000, p. 65; CABANILLAS, 1993, pp. 819-821; MARÍN, 2004, pp. 75-76; HUALDE, 1997, pp. 126-127; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, pp. 350-351; 2011a, p. 351; y 2011b, p. 291; ROCA I TRÍAS, 1991, p. 234; GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150; LASARTE, 2011, p. 159; y MARTÍN GRANIZO, 1991, p. 440. Vid. también, aunque de forma dubitativa, GARCÍA AMIGO, 1997, p. 308.

⁴⁸ DE CASTRO, 1984, pp. 140, 142-143; y 1970, pp. 184-185.

⁴⁹ En línea con esa interpretación, el art. 211.2 de la Ley 25/2010, de 29 julio, por la que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (en vigor desde el 1 de enero de 2011, conforme a su Disp. Final 5ª), se refiere tanto al caso concreto del “llamamiento a una sucesión” como también, en general, a “*la transmisión de derechos en favor de una persona que dependen del hecho de que haya sobrevivido a otra*”, disponiendo el precepto para todo ello –en claro contraste con el art. 33 CC- que tales efectos sólo tendrán lugar “si aquélla ha vivido al menos setenta y dos horas más que la persona a quien tenía que sobrevivir”. Según explica el Preámbulo de dicha Ley, dicha “norma sobre comoriencia exige que, para que pueda tener lugar la transmisión de derechos, el beneficiario de la sucesión o de la transmisión haya sobrevivido al causante al menos setenta y dos horas. Se pretende eliminar los problemas de prueba que estas situaciones suelen plantear. A la vez, esta regla es más

Así, pues, y aunque ha de reconocerse que a nivel jurisprudencial son problemas de sucesión *mortis causa* y eventual transmisión de derechos hereditarios a los que a menudo se atiende con el art. 33 (SSTS Sala 1ª 4.12.1948⁵⁰ y 10.3.1998⁵¹), también cabe encontrar en la praxis judicial asuntos en que la operatividad de dicho precepto se relaciona con la *posible atribución de derechos de otra índole y por vía distinta de la sucesoria*⁵². Tal es lo que acontece, por ejemplo, a efectos del cálculo de la indemnización de la responsabilidad civil conforme a la concreta aplicación de los *baremos de tráfico*. Una muestra de ello ofrece la SAP Valladolid 17.9.2001⁵³ **en la que se afirma que “no puede concluirse, en el modo interesado en el recurso, fallecimiento sucesivo, con devengo de sus correspondientes indemnizaciones sucesivas según el Baremo**, pues, se trata en primer lugar de sendos fallecimientos habidos en el mismo accidente, en el mismo siniestro, que es el hecho nuclear básico a considerar y, en segundo lugar, porque de los datos que constan en las actuaciones... solo cabe deducir que fallecieron ambos [cónyuges] sobre las 23,28 horas del 12-7-98”. Asimismo en la SAP Zaragoza 29.10.2003⁵⁴ **–fallecimiento en un accidente de tráfico de los padres de los recurrentes- se concluyó que “ante la indeterminación del momento de la muerte de cada uno de ellos, se aplicó por el juez a quo correctamente la interpretación auténtica establecida por el legislador para supuestos de comorencia: no es pues de atender la petición efectuada en tal sentido, al suponer tal pretensión la aplicación de una regla del baremo establecida para el supuesto de cónyuge superviviente, que no es el caso de autos”**⁵⁵.

respetuosa con la voluntad del causante que quería favorecer a una determinada persona y no a los herederos de ésta”.

⁵⁰ RJA 1948/1607. En este asunto los dos cónyuges fusilados se habían instituido recíprocamente herederos.

⁵¹ Tol 1.655.

Vid. también la SAP Madrid 11.4.2013 (Tol 3772982); o la SAP Barcelona 10.3.2003 (Tol 306.504) en relación con la impugnación de la declaración de herederos abintestato –en un asunto en que se declaró la “postmoriencia” de una niña respecto de sus padres (comorientes entre sí en el accidente de tráfico en cuestión)–.

⁵² Como bien explica HUALDE (1997, p. 126) –siguiendo a DE CASTRO (1984, p. 143)–, además de en la sucesión *mortis causa*, existen otros casos en que es preciso que, para que se produzca la transmisión de derechos, el adquirente sobreviva al transmitente; y así, aparte de la imposición por la ley de esta exigencia en materia hereditaria, también cabe que “el requisito de la supervivencia pueda plantearse por voluntad de las partes”, pues por ejemplo “en una donación puede establecerse un pacto de reversión de la donación al donante en caso de sobrevivir al donatario (art. 641 CC), puede contratarse un seguro de vida en favor del propio contratante y de un beneficiario, etc.”. Vid. igualmente DÍEZ PICAZO, 1978, p. 830.

⁵³ Tol 1.540.554.

⁵⁴ Tol 430.683.

⁵⁵ Vid. igualmente las SS. AAPP Córdoba 5.12.2001 (Tol 141.425) y Barcelona 1.7.2008 (Tol 1.374.382).

Al margen de los asuntos señalados, conviene tener en cuenta, no obstante, que en no pocos casos se ha considerado irrelevante el tema de la premoriencia o comorencia entre los fallecidos ya que la reclamación indemnizatoria (con base en el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor) se trataba de fundar, no de modo directo en la condición *iure proprio* de perjudicado, sino incorrectamente en la de heredero de la víctima (STS Sala 1ª 1.4.2009 [Tol 1.494.582], SAP Jaén 4.10.2010 [Tol 2.044.520]). Así lo señala la SAP Toledo 5.1.1998 (AC 1998/167), afirmando que “en el caso que se examina, la única razón que invocan los apelantes para solicitar una indemnización por la muerte de don Manuel V. A. es el hecho de ser los herederos de don Manuel V. R., hijo del primero y también fallecido en el mismo accidente, razonando que la indemnización debida al señor V. R. por la muerte de su padre se integraría en su herencia y pasaría a los apelantes. Pero este razonamiento, además de basarse sobre la no probada circunstancia de que el hijo murió después que el

Además de la hipótesis anterior, la aplicabilidad del art. 33 CC en materias ajenas a la sucesión hereditaria resulta especialmente reseñable en el campo de los *seguros*; en concreto, cuando en un seguro de vida se halla designada como beneficiaria una persona que fallece en el mismo accidente que la persona cuya vida estaba asegurada⁵⁶. Así se plantea en la S. TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 26.11.2008⁵⁷ **que estimó el recurso interpuesto por los hijos de un matrimonio fallecido en un accidente de circulación, teniendo en cuenta los siguientes hechos que relata la propia Sentencia:** “Nos encontramos con un trabajador de la Fasa Renault que en virtud de contrato de seguro del que es tomador su empresa y como mejora de la acción protectora de la Seguridad Social es asegurado por la demandada Vida Caixa S.A. para el caso de fallecimiento, en cuyo caso otra persona será beneficiaria de una determinada pensión mientras ésta viva, extinguiéndose a su fallecimiento. La cláusula preliminar de las condiciones generales del seguro define como beneficiario a la persona física o jurídica con derecho a percibir la prestación y dice que «si no existiesen beneficiarios designados expresamente, se entenderá que lo son, por el siguiente orden preferente y excluyente, el asegurado, el cónyuge del asegurado (salvo que hubiese recaído sentencia de separación), sus hijos/as a partes iguales, sus padres también a partes iguales y, por último, sus herederos». En este caso *el asegurado designó como beneficiaria a su cónyuge, pero ambos fallecieron en accidente de tráfico. La cuestión estriba entonces en determinar si ha de considerarse como beneficiarios a los dos hijos del asegurado a partes iguales, lo que se niega por la empresa aseguradora en base a que ya existe un beneficiario designado, que es el cónyuge del asegurado*”.

Planteado en esos términos el litigio, entendió el TSJ que “en este caso ha de partirse de que *en el momento de fallecer el asegurado no existía beneficiario designado, dado que en el mismo momento falleció también su cónyuge*. El artículo 33 del Código Civil nos dice que si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla y, a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro. Por consiguiente, *en base a la presunción de comorencia no destruida, el cónyuge del asegurado falleció simultáneamente con él y no adquirió derecho alguno, de manera que no llegó a ser titular de pensión que se extinguiera con su propio fallecimiento*. La situación, por tanto, es de ausencia de beneficiario designado, puesto que tal situación puede producirse tanto por el hecho de que el asegurado no haya manifestado su voluntad de designar a un concreto beneficiario, como por el hecho de que el beneficiario que en un primer momento se designó no exista en el momento de producirse el siniestro asegurado. En tales condiciones juega la definición de beneficiarios contenida de forma supletoria en las cláusulas generales del seguro, según la cual en este caso son beneficiarios los

padre y por tanto lo heredó, sin destruir por tanto la presunción de conciencia [*sic* comorencia] que sienta el artículo 33 del Código Civil, *se apoya sobre una consideración estrictamente hereditaria de la indemnización por causa de muerte que no se acomoda a la orientación jurisprudencial dominante y que por ello no puede prosperar*”.

⁵⁶ Vid. en este sentido MARÍN, 2004, p. 76.

⁵⁷ Tol 1.450.800.

hijos a partes iguales. Por consiguiente, los actores tienen derecho a la prestación asegurada que reclaman y la compañía aseguradora debe ser condenada a su abono con los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro”.

2.2. La prueba de la premoriencia y el principio de comoriencia.

A partir de los presupuestos que anteriormente se han señalado, el art. 33 CC se aparta del tradicional sistema de presunciones de premoriencia que, iniciado en el Derecho romano justiniano y seguido por Las Partidas, establecía nuestro Proyecto de Código Civil de 1851 y que, en consonancia con el Derecho francés, descansaba, sintéticamente expresado, en la presunción de la muerte *anterior* de la persona físicamente más “débil” (en principio, por razón de edad y sexo). Así, a tenor del art. 551 del Proyecto de García Goyena, “*Cuando algunas personas perecen en un incendio, ruina, naufragio u otra desgracia común, y por las circunstancias particulares del suceso no aparezca cuál de ellas murió la primera, se decidirá esta cuestión por las reglas siguientes*”. Tales reglas, bastante prolijas, se recogían en el art. 552: “*Entre las personas que no han cumplido diez y ocho años, se presume haber sobrevivido la de mayor edad. De los diez y ocho en adelante, la presunción está por la más joven; sin embargo, concurriendo hembra y varón, se presume, en este solo caso, a favor del varón si la hembra no es más joven que él en dos años. Entre dos personas, la una mayor de sesenta y cinco años, y la otra menor de doce, se presume que ésta murió la primera; y al contrario, si tenía más de doce, aunque no hubiese cumplido los diez y ocho*”.

Pues bien, frente a esa forma de solucionar el problema –cuyas casuísticas presunciones de supervivencia del (presumiblemente) más fuerte no dejaban de ser relativamente arbitrarias⁵⁸, y de ahí su abandono por gran parte de las legislaciones modernas-, el art. 33 CC viene a sentar unas reglas completamente distintas⁵⁹, de cuyo análisis nos ocupamos a continuación.

a) Presunción legal de comoriencia y reglas procesales sobre la carga de la prueba: polémicas doctrinales.

Comienza disponiendo dicho precepto que *quien sostenga la muerte anterior* de una de aquellas personas cuyo orden de fallecimiento se duda, *debe probarla*. Este primer inciso de la norma constituye simplemente una mera concreción –al caso particular de la acreditación de la premoriencia- de la regla

⁵⁸ Así lo pone de relieve CASTÁN, 2007, p. 123.

⁵⁹ De ese giro normativo dado por el art. 33 CC se hace eco la SAP Barcelona 10.3.2003 (*Tol 306.504*) cuando recuerda que con el mismo “se eliminan las presunciones históricas del Derecho español recogidas en Las Partidas, y procedentes del Derecho romano, que establecían un complicado sistema de llamadas en atención a las condiciones personales de los que comorían en el accidente”.

general en materia de atribución de la carga de la prueba a las partes según la cual quien alegue un derecho ha de probarlo; regla probatoria que, si hasta el año 2000 recogía el art. 1214 CC –artículo al que, permítaseme el reproche, sigue remitiéndose algún autor⁶⁰ después de más de diez años de haber sido expresamente derogado por la nueva Ley procesal (Disp. Derog. Única 2.1º LEC 1/2000)-, desde aquella fecha se halla establecida en el hoy vigente (ya desde enero de 2001) art. 217 LEC (precepto que, básicamente, incorpora a su texto los criterios sentados por la Sala 1ª del TS en la interpretación del alcance de la primitiva norma del Código).

A falta de prueba de la premoriencia o muerte previa de una de las personas implicadas, dispone seguidamente el art. 33 CC –y he aquí el punto clave en que nuestro codificador rompe con la tradición histórica- que *se presume que murieron al mismo tiempo y no tiene lugar entre ellas transmisión alguna de derechos*. La dicción de este segundo inciso, y concretamente la expresión “se presume” que utiliza, ha dado lugar en la doctrina a una discusión –de carácter fundamentalmente técnico jurídico- acerca de si en él se establece o no una auténtica presunción legal (por supuesto, *iuris tantum*) de comoriencia o simultaneidad de los fallecimientos. Así, un amplio sector doctrinal –asumiendo el planteamiento que ya en 1976 propusiera BERCOVITZ⁶¹- sostiene que, pese a que el art. 33 hable de presumir, la regla contenida en él supone precisamente la eliminación de toda presunción y la mera aplicación del antes indicado principio de que quien alegue algo en su derecho debe probarlo, de modo que “si ninguno de los interesados puede probar que una de las personas murió antes o después (carga de la prueba), es lógico que el ordenamiento opte por entender que las muertes se han producido al mismo tiempo; solución neutra que no supone ninguna presunción, sino todo lo contrario”⁶².

⁶⁰ Se trata de GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150.

⁶¹ BERCOVITZ, 1976, p. 169.

⁶² Igual opinión que en 1976 sigue sosteniendo actualmente dicho autor (BERCOVITZ, 2011, p. 76), cuya tesis han secundado, entre otros, LETE, 2000, pp. 65-66; LACRUZ, 2010, p. 22; CABANILLAS, 1993, p. 823; GONZÁLEZ GOZALO (2009, p. 150) cuando afirma que el art. 33 CC “establece lo que tradicionalmente se conoce como presunción de comoriencia, que en verdad *no es sino una concreción del principio probatorio...* según el cual quien alegue un derecho ha de probarlo”; o HUALDE (1997, pp. 127-128), quien escribe que “la presunción de comoriencia... *no se trata de una presunción en sentido técnico, sino de la aplicación del principio de que quien alega algo concerniente a su derecho debe probarlo*, por lo que, a falta de la prueba de la premoriencia, el precepto opta por una solución neutra estableciendo una declaración legal de comoriencia”.

Aunque no se pronuncia explícitamente al respecto, LASARTE (2011, p. 159) omite –parece que de forma deliberada- toda referencia a la expresión presunción, y afirma que conforme al art. 33 “en defecto de prueba en contrario, *se reputa* que los comorientes han fallecido de forma simultánea y, por ende, «no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro»” (la cursiva es mía).

CASTÁN (2007, pp. 122-123), por su parte, si bien comienza por aludir a “una presunción de comoriencia o muerte *simultánea*”, señala seguidamente que el art. 33 CC adopta “la teoría de la comoriencia” –no habla ya de presunción- y declara expresamente estimar “fundada en principios racionales la solución aceptada por el Código que, aparte de sus ventajas prácticas, *es, en cierto modo, una consecuencia de los postulados generales en materia de prueba, conforme a los cuales hay que rechazar el hecho de la premoriencia cuando no sea objeto de especial demostración*”.

Sin embargo, frente a la referida interpretación, también se ha considerado que el art. 33 CC recoge propiamente una presunción legal de “comoriencia” o “conmoriencia”⁶³, tal como sugiere el tenor literal del precepto cuando afirma que tales personas “*se presumen muertas al mismo tiempo*”. Así lo ha declarado la jurisprudencia, tanto en la añeja STS Sala 1ª 4.12.1948⁶⁴ -donde puede leerse que “*la comoriencia es una presunción* establecida por el indicado precepto legal y las presunciones establecidas por la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas”-, como en la más reciente STS de 10.3.1998⁶⁵ que se refiere a “*la presunción legal de conmoriencia*”⁶⁶ o “*declaración legal de conmoriencia* consagrada por el artículo 33 del Código Civil”⁶⁷. Igualmente en la doctrina son numerosos los autores que, de forma explícita⁶⁸ o más vagamente⁶⁹, se decantan por entender –como ya defendiera DE

⁶³ Fuera del concreto ámbito de aplicación del art. 33 CC, y en relación con la interpretación de cláusulas testamentarias en las que se emplea el término “comoriencia” o “conmoriencia”, son varias las resoluciones judiciales que ponen de relieve lo conflictivo del alcance de dicho vocablo y señalan –tal como hace, p. ej. la SAP Tenerife 4.3.2011 (*Tol 2.144.952*), con cita del ATS 6.3.2007 (JUR 2007\87443) y de la SAP León 9.6.2009 (*Tol 1.554.291*)- que “para el conocimiento de lo que debe estimarse sentido literal de la palabra 'comoriencia' es relevante que el Diccionario de la Real Academia no la recoge, ni tampoco 'conmoriencia'. El artículo 33 del Código Civil establece 'Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro'. *Precepto de indudable naturaleza procesal que hay que relacionar con la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las presunciones legales del artículo 385.2 y 3 de la misma Ley.* Precepto que, además de no hacer referencia alguna a la palabra 'comoriencia o conmoriencia', contempla tal presunción para el supuesto concreto de 'Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero', lo que no es objeto de este juicio”.

Discusiones terminológicas similares sobre los términos “comoriencia” y “conmoriencia” pueden también encontrarse, igualmente en sede de interpretación de disposiciones testamentarias, en la SAP Madrid 4.5.2011 (*Tol 2.153.467*) donde, tras recordarse que ninguna de las dos palabras aparece recogida en el Diccionario de la Lengua Española, se afirma que ambos términos se refieren “a la teoría de los comurientes, que no es sino *una ficción jurídica en virtud de la cual se presume que murieron a la vez dos personas cuando no puede demostrarse quién falleció primero, teniendo por ello importancia a efectos de la sucesión*”; a lo que se añade que “la doctrina y nuestra jurisprudencia utilizan indistintamente una y otra para referirse al supuesto de presunción de muerte simultánea de dos personas cuando no pueda determinarse quién falleció primero, y así por ejemplo utiliza el término de “comoriencia” el Tribunal Supremo en sentencia de 1 marzo 1999 [*Tol 1.445*], y el de “conmoriencia” en las sentencias de 14 octubre 2009 [*Tol 1.635.081*] o de 10 marzo 1998 [*Tol 1.655*]”. Vid. también la SAP Asturias 29.9.2009 (*Tol 1.649.387*) en la que se afirma que “es clara la diferencia entre conmoriencia, o muerte simultánea de dos o más personas, y premoriencia, que alude a que uno fallezca antes que otro”, por lo que “no existe razón alguna para entender que la utilización por la testadora del primer término comprenda la significación del segundo”.

⁶⁴ RJA 1948/1607.

⁶⁵ *Tol 1.655*.

⁶⁶ Vid. igualmente la S. TSJ Castilla y León, Sala de lo Social, 26.11.2008 (*Tol 1.450.800*). Y en la jurisprudencia menor, p. ej. las SS. AAPP Toledo 5.1.1998 (AC 1998/167) y Madrid 11.4.2013 (*Tol 3772982*); la SAP Barcelona 10.3.2003 (*Tol 306.504*) donde puede leerse que “nuestro Código Civil regula en su artículo 33 *la presunción iuris tantum de comoriencia*”; o la SAP Barcelona 1.7.2008 (*Tol 1.374.382*) en la que se declaró que en el caso “hubo conmoriencia, tal y como *así se presume* según lo dispuesto en el artículo 33 del Código Civil”.

⁶⁷ De “*declaración legal de conmoriencia*” habla repetidamente ROCA I TRÍAS (1991, p. 234), señalando que “la declaración legal del art. 33 CC provoca como primer efecto *una inversión de la carga de la prueba*, de forma que quien sostenga que uno de los fallecidos murió antes que el otro, deberá probarlo; no siendo ello posible, se aplicará el art. 33 CC”.

⁶⁸ Vid. p. ej. GULLÓN, 2000, p. 590; MARTÍN GRANIZO, 1991, p. 440; y MENÉNDEZ, 2010, p. 134.

⁶⁹ Aun sin pronunciarse explícitamente al respecto sobre el significado de la comoriencia cuando mueren varias personas, afirma ALBALADEJO (2009, p. 212) que “no pudiendo probarse cuál murió antes, *se presumen muertas*”

CASTRO⁷⁰- que el art. 33 consagra una presunción legal de comoriencia o muerte simultánea o acaecida al mismo tiempo; presunción de carácter *iuris tantum* al admitir prueba en contrario (*ex* art. 385 LEC 1/2000) y poder ser destruida demostrando el óbito anterior de una de esas personas llamadas a sucederse. Ahondando en esta dirección, y a fin de matizar la tesis distinta antes expuesta de que el art. 33 no es más que el resultado de las reglas generales en materia de carga de la prueba, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE que “el art. 33 CC añade algo más, ya que establece una presunción legal de simultaneidad de los fallecimientos, a la que anuda una consecuencia jurídica (no transmisión de derechos). *La falta de prueba* –destaca este autor- *lo único que permite afirmar*, en cuanto a los fallecimientos en sí, *es que se ignora si uno falleció antes que otro, pero también que se ignora si ambos fallecieron simultáneamente*”. Por eso, concluye MARTÍNEZ que “desde este punto de vista, *lo que hace el art. 33 CC es, precisamente, presumir (iuris tantum) que las muertes han ocurrido a la vez. La no transmisión de derechos entre los fallecidos que establece el precepto no es consecuencia inmediata de la falta de prueba, sino de la presunción de simultaneidad de los fallecimientos*”⁷¹.

b) Medios probatorios de la premoriencia: estudio jurisprudencial.

Polémicas doctrinales aparte, lo realmente importante en cuanto a las consecuencias prácticas del art. 33 CC es que –presupuesta la concurrencia de sus requisitos de aplicación y, en particular, la efectiva existencia de un estado de duda sobre el orden de las muertes-, no logrando probar la premoriencia aquel que la sostenga, se entenderá que los fallecimientos sucedieron al mismo tiempo y, consecuentemente, no se producirá transmisión alguna de derechos entre los fallecidos, de manera que, tratándose de derechos sucesorios, sus respectivas herencias seguirán su propio camino⁷².

Cabe, por el contrario, que quien invoque la premoriencia, obligado como está a probarla, logre hacerlo, en cuyo caso, acreditado que uno de los fallecidos murió antes que el otro (u otros), tendrá lugar la transmisión de derechos que corresponda. Podrá a tal fin el interesado servirse de los distintos medios

simultáneamente (art. 33)”. Vid. también MARTÍN PÉREZ, 2011, p. 244; MARÍN, 2004, p. 75; y Díez-PICAZO/GULLÓN, 2012, p. 304.

⁷⁰ DE CASTRO, 1984, pp. 142-143; y 1970, p. 185. Según razonaba el autor, “la aplicación estricta de la carga de la prueba impone que aquel que en ella base su derecho hereditario pruebe el hecho de la no supervivencia o el de la comoriencia; lo mismo que ha de probar el hecho de la supervivencia quien de ella derive un derecho. A falta de la regla del artículo 33, y aplicando sólo la de la carga de la prueba, habría casos de herencia vacante, al no poder probar ninguno de los presuntos herederos el hecho en que fundar su derecho; resultando poco deseable ciertamente, pero que no cambiaría el mecanismo de la carga de la prueba. La regla del artículo 33 –concluía DE CASTRO- tiene, por tanto, su propio valor, es útil y práctica”.

⁷¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, pp. 350-351; 2011a, p. 352; y 2011b, p. 291.

⁷² Vid. p. ej. ROCA I TRÍAS, 1991, p. 234; GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150; y en la misma línea, CABANILLAS, 1993, p. 823.

de prueba admitidos en Derecho⁷³, con especial relevancia de los *informes médicos forenses*. La importancia de estos informes es puesta de relieve por la SAP Córdoba 5.12.2001⁷⁴; y de modo particular, por la SAP Barcelona 10.3.2003⁷⁵ a fin de concluir, en relación con un grave accidente de tráfico, que los padres (ambos comurientes) habían fallecido antes que su hija: según afirma el tribunal, tal conclusión de la sentencia de instancia se apoya en la prueba practicada –así, “las manifestaciones efectuadas por los primeros auxilios que se acercan al teatro del accidente, ya que uno de los testigos declaró que había una persona que todavía se movía- “y muy fundamentalmente en la declaración que el médico forense hace de la autopsia de los fallecidos, de la que resulta que la pequeña Juana muere con posterioridad a sus padres, que pierden la vida en el acto ya que las lesiones que les produjo el accidente eran incompatibles con la vida, mientras que a la niña se le aprecia una lesión pulmonar que para producirse precisaba unos minutos de vida, de suerte que de esa operación técnico-científica médica o pericial cualificada que supone la autopsia tiene que llegarse a la conclusión de que los padres premueren a la hija con las implicaciones sucesorias que de ello se derivan”.

De todos modos, debe advertirse que la prueba de la premoriencia no suele ser sencilla y rara vez se logra⁷⁶; y así, por ejemplo, la STS Sala 1ª 10.3.1998⁷⁷ declaró que operaba la regla de la simultaneidad de las muertes o presunción de “conmoriencia” en el caso de un padre y su hija que perecieron en un violento accidente de circulación, ya que *ni del informe forense ni de la prueba testifical se había podido desprender la premoriencia de uno de ellos*⁷⁸. Igualmente, en relación con el atropello por un conductor

⁷³ Si bien es común en la doctrina afirmar que cabe utilizar “cualquier medio de prueba” (ROCA I TRÍAS, 1991, p. 234; GONZÁLEZ GOZALO, 2009, p. 150), en relación con esta indicación en cuanto a los medios de prueba a que se puede acudir para acreditar la muerte anterior matiza MARTÍN GRANIZO (1991, p. 440) que “cabría discutir la validez de la de presunciones que se contiene en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil [preceptos actualmente derogados y reemplazados por la regulación que de las presunciones judiciales realiza el art. 386 LEC 1/2000], dado que el hecho de la conmoriencia –que no de la premoriencia- se opera precisamente por virtud de presunción legal [la del art. 33 CC]”.

Distinta es, sin embargo, la opinión que –siguiendo textualmente a DE CASTRO (1984, p. 141; y 1970, p. 185)- tienen al respecto autores como HUALDE, 1997, p. 127; LETE, 2000, p. 65; CABANILLAS, 1993, p. 821; o MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 348; 2011a, p. 351; y 2011b, p. 290, quienes señalan que entre tales medios de prueba también “se cuentan las presunciones, pero no las meras conjeturas, la verosimilitud o el cálculo de probabilidades”.

⁷⁴ Tol 141.425.

⁷⁵ Tol 306.504.

⁷⁶ Así, en relación con la muerte del conductor de un vehículo y su esposa, declaró la SAP Valladolid 17.9.2001 (Tol 1.540.554) que “no puede concluirse, en el modo interesado en el recurso, fallecimiento sucesivo, con devengo de sus correspondientes indemnizaciones sucesivas según el Baremo,... porque de los datos que constan en las actuaciones, inscripciones de fallecimiento (con base en los correspondientes partes facultativos), partes judiciales, solo cabe deducir que fallecieron, ambos, sobre las 23,28 horas del 12-7-98. En todo caso, ante la duda, sería de aplicación el art. 33 del Código Civil, sobre simultaneidad de los fallecimientos”. Vid. también las SS. AAPP Toledo 5.1.1998 (AC 1998/167) y Córdoba 5.12.2001 (Tol 141.425).

⁷⁷ Tol 1.655.

⁷⁸ En este asunto, tanto el Juzgado como la AP accedieron a la modificación de la hora de las muertes de un padre y su hija que figuraban en las respectivas inscripciones registrales de defunción -indicando como límite mínimo las 14,45 horas y como límite máximo las 15 horas del día 9 de septiembre de 1992 en que acaeció el accidente de tráfico causante de las muertes-, pero desestimaron la solicitud de que se declarara que la hija había fallecido con

borracho de dos peatones casados, y frente a la solicitud de los hijos de éstos de que se declarara la premoriencia de uno de los dos cónyuges respecto del otro (a efectos de incrementar la cuantía de la indemnización por responsabilidad civil), la SAP Barcelona 1.7.2008⁷⁹ **concluyó que** “*no ha existido prueba alguna que acredite la premoriencia de uno respecto del otro, sino que, antes al contrario, la prueba que se ha desarrollado acredita que la muerte fue simultánea*”.

Es más, en orden a dar por acreditada tal premoriencia se aprecia un cierto rigor en la praxis judicial; rigor que, si ya queda reflejado en aquellas resoluciones donde se afirma que “con arreglo a la ley debe partirse de la presunción de comoriencia, que debe ser destruida por *una prueba clara y contundente en contrario*” (SAP Barcelona 10.3.2003)⁸⁰, en algunas ocasiones se ha acentuado hasta el punto de que, no obstante el valor probatorio de las actas del Registro Civil (arts. 327 CC y 2 LRC/1957), *se ha llegado a prescindir de los datos registrales* que sobre el momento del fallecimiento constaban en las respectivas inscripciones de defunción. A este respecto es obligada la cita de la tantas veces mentada STS Sala 1ª 4.12.1948⁸¹, dictada en relación con un matrimonio fusilado el mismo día de 1936 y respecto del que *constaba en el Registro Civil el fallecimiento previo de la mujer –cinco minutos antes que el marido-. A pesar de ello, el TS se atuvo al criterio de la comoriencia del art. 33 CC para destruir la prueba de las actas del Registro Civil, por entenderse acreditado en la sentencia recurrida el estado de duda acerca de quién murió primero. Argumentó en tal sentido el Alto Tribunal que “en el caso a que se refiere el artículo 33 del Código Civil... aquel que sostenga la muerte anterior de una u otra [persona] es el que debe justificarla, pero quien afirme la comoriencia y, consiguientemente, la intransmisión de derechos entre las mismas, no tiene que probar otra cosa sino que el estado de duda existe, porque supuesta tal situación, la comoriencia es una presunción establecida por la ley y las presunciones establecidas por la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas”. A partir de esta última idea -que a quien alega la simultaneidad de las muertes le basta con acreditar el estado de duda sobre el orden de las mismas-, añadió el TS que “la sentencia recurrida declara que no ha podido determinarse, dadas las circunstancias en que*

posterioridad a su padre y apreciaron la comoriencia entre ambos. Promovido recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo, argumentando que “*en las circunstancias en que los hechos se desarrollaron y tuvieron lugar, deviene manifiesta la imposibilidad para la parte actora de demostrar, contra la declaración legal de comoriencia consagrada por el artículo 33 del Código Civil, que el fallecimiento de la niña tuvo lugar con posterioridad a la defunción de su padre*”. Los motivos del recurso –fundados en los hoy derogados arts. 1248 (sobre testigos) y 1249 y 1253 CC (en materia de presunciones)- “no pretenden otra cosa que combatir la declaración fáctica que la resolución recurrida hace en relación con la falta de prueba de la premoriencia del padre, con relación a la hija, apoyando la fuerza de la presunción legal de comoriencia”. Y “en este punto –añadió el TS- cabe citar los razonamientos valoratorios de las pruebas que se contienen en la Sentencia de la Audiencia, según los cuales *la aludida presunción de comoriencia no puede ser sustituida por la propugnada de premoriencia porque no lo permite la tremenda violencia del choque y el incendio subsiguiente del vehículo con cremación de ambos cuerpos; porque ninguna de las instituciones intervinientes con posterioridad al acaecimiento –Guardia Civil de Tráfico, Cruz Roja, Juzgado- hacen tal aseveración; y porque el informe forense dictamina para ambos, la muerte por traumatismo y asfixia, y así consta en los respectivos asientos registrales*”.

⁷⁹ Tol 1.374.382.

⁸⁰ Tol 306.504.

⁸¹ RJA 1948/1607.

la muerte de ambos cónyuges se produjo, cuál de los dos murió primero..., a lo que llega la sentencia como consecuencia de la apreciación de las pruebas..., pues si bien es cierto que... las actas del Registro civil constituyen la prueba del estado civil de las personas, tal prueba tiene un carácter provisional en tanto no se suscita contienda ante los Tribunales que ponga en entredicho la verdad del contenido de tales actas, pues cuando tal contienda se suscita, la eficacia de las mismas queda subordinada a que los Tribunales la confirmen, por responder su contenido a la verdad de los hechos, o la nieguen, por no reflejarse en ellas tal realidad, siendo esto último lo que declara la sentencia recurrida”⁸².

El mismo criterio han seguido más recientemente algunas Audiencias Provinciales. Y así, haciéndose eco expresamente de la referida STS Sala 1ª 14.12.1948, también en el asunto resuelto por la SAP Barcelona 10.3.2003⁸³ -donde se declaró, en relación con un grave accidente de tráfico, que los padres (ambos comurientes) habían fallecido antes que su hija- se pone de relieve que *“las actas del Registro Civil no constituyen prueba plena cuando se suscita contienda ante los Tribunales (arts. 1 al 5 LRC). Por lo tanto, el Tribunal puede llegar a conclusiones probatorias más allá de lo que certifique el Registro, siquiera si contradice lo allí constatado deba procederse a comunicar la resolución judicial al encargado del Registro Civil para que, conforme a los principios de titulación, calificación y concordancia entre la realidad registral y la social, proceda a inscribir o anotar los hechos con trascendencia registral afectados por la sentencia”*⁸⁴.

Frente a la precedente orientación, no puede sin embargo obviarse que, en sentido contrario, y con anterioridad a la comentada Sentencia del TS de 1948, la RDGRN 2.3.1940⁸⁵ había entendido, en cambio, que, mientras no fuera anulada la inscripción y anotación en el Registro Civil de la defunción –en cuyos

⁸² En tono crítico, DÍEZ PICAZO (1973, p. 44) ha considerado llamativa y fundada en razonamientos técnicos poco convincentes la solución y argumentación del TS en este asunto –“casi novelesco”, en palabras de dicho autor-, en cuanto parece hacer pasar la presunción de comoriencia del art. 33 CC por delante del valor probatorio de la inscripción en el Registro civil –donde constaba registralmente el orden de las muertes de los cónyuges-.

Sin embargo, a juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2000, p. 349; 2011a, p. 352; y 2011b, pp. 290-291), “desde otro punto de vista puede concluirse que la doctrina de esta sentencia no es tan incorrecta, en cuanto *considera como hechos probados, así establecidos en la sentencia de instancia, que no ha podido demostrarse cuál de los cónyuges falleció primero*; es decir, que *se desvirtúa mediante una declaración judicial esa «verdad oficial» que consta registralmente* y, a partir de ahí, acreditado así el estado de duda, se hace correcta aplicación del art. 33 CC. Cosa distinta –precisa dicho autor- es que esa realidad extrarregistral, judicialmente constatada, deba tener acceso al Registro Civil, lo que no consta que se hubiera efectuado (ni, desde luego, que se hubiera instado simultáneamente la rectificación del Registro)”.

⁸³ Tol 306.504.

⁸⁴ Asimismo, la ya mencionada SAP Córdoba 5.12.2001 (Tol 141.425), en un asunto de fallecimiento de un matrimonio en un accidente de tráfico, y en relación con el recurso interpuesto por sus dos hijas denunciando la incorrecta aplicación del Baremo de tráfico, declaró que “se comparte la correcta aplicación del art. 33 del Código Civil que hace el Juzgador de instancia, puesto que *no existe la más mínima prueba de la premoriencia de uno de los cónyuges, sin que pueda estimarse como tal los extractos de defunción, donde por la propia mecánica del registro y por la necesidad de su inscripción sucesiva, se hizo constar, sin razón alguna que lo avale, en el primer caso que el fallecido estaba casado, y en el segundo que era viudo*, datos estos de los que deduce la parte recurrente su tesis de la premoriencia. En definitiva, y ante la ausencia total de prueba, debe considerarse, y así se recoge por el Médico Forense, que ambos fallecieron a la vez”.

⁸⁵ RJA 1940/277.

datos registrales constaba la *premorienza* del padre respecto de su hijo-, debía aceptarse el estado de derecho que de ellas se derivaba. También en esta línea, la SAP Madrid 30.3.2010⁸⁶ **dio por probado** que los padres de una niña habían muerto antes que ella en el accidente de tráfico en cuestión, teniendo en cuenta que, “conforme a la inscripción de defunción de la menor Leticia, su fallecimiento se produjo a las 18'45 horas del día 1 de mayo de 2002, lo que significa que la menor sobrevivió, al menos en una hora, a sus padres”. Según adujo el tribunal, “el contenido de las inscripciones del Registro Civil –y en concreto el hecho objetivo de la hora en que acaece el fallecimiento de una persona, reflejado en la inscripción de defunción- constituye materia de orden público, sustraída a la disponibilidad de los particulares, y debe tenerse por cierto, con plenos efectos vinculantes, a cuyo efecto el art. 3 LRC prohíbe impugnar en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que, a su vez, se inste la rectificación del asiento correspondiente. Por todo ello, la sentencia apelada resuelve el debate sobre la formación de inventario, como no podía ser de otro modo, sobre el presupuesto de hecho inalterable y vinculante de la postmoriencia de la menor Leticia respecto de sus parientes fallecidos en el mismo accidente de circulación”.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2009). *Derecho Civil I*, Introducción y Parte General, 18ª ed., Madrid: Edisofer.

ÁLVAREZ LATA, N. (2009). “Com. art. 659 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3ª ed., Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

ANGOITIA GOROSTIAGA, V. (1996). *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*, Madrid: Marcial Pons.

- (2000). “La modificación de la normativa reglamentaria reguladora de la extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. En particular, los nuevos criterios diagnósticos de la muerte”, en *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº.2, julio-diciembre.

- (2005). “El régimen reglamentario de la extracción y trasplante de órganos”, en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C.Mª. ROMEO CASABONA, Granada: Comares.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1976). *Derecho de la persona*, Madrid: Montecorvo.

- (2011). *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, 5ª ed., Madrid: Bercal.

⁸⁶ Tol 1.888.115.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993). “Com. arts. 32 a 34 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T.I, Vol.3º, 2ª ed., Madrid: Edersa.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (2007). *Derecho Civil español, común y foral*, T.I (Introducción y Parte General), Vol.2º, 15ª ed. revisada y puesta al día por A.M. ROMÁN GARCÍA, Madrid: Reus.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho civil de España*, II, Madrid: Civitas (reedición facsimilar del volumen editado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952).

- (1970). *Compendio de Derecho civil*, Introducción y Derecho de la Persona, 5ª ed., Madrid.

DÍEZ PICAZO, L. (1973). *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Vol.I, 2ª ed., Madrid: Tecnos.

- (1978). “Com. art. 33 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.I, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid: Edersa.

DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, Vol.I, 12ª ed., Madrid: Tecnos.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2004). “Dos casos de sucesión «mortis causa» excepcional: las administraciones de lotería y las expendedorías de tabaco”, en *Estudios de Derecho Civil Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, coord. por T.F. TORRES GARCÍA, Universidad de Valladolid.

GARCÍA AMIGO, M. (1997). *Derecho Civil de España*, I (Parte General), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

GARCÍA PÉREZ, C.: *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001;

GONZÁLEZ GOZALO, A. (2009). “Com. arts. 32 a 34 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3ª ed., Cizur Menor: Aranzadi.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). “Com. arts. 32-33 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T. 1, coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona: Bosch.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). “Com. arts. 32 a 34 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, T.I, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

HUALDE SÁNCHEZ, J. (1997). “La personalidad” y “Los derechos de la personalidad”, en PUIG Y FERRIOL, L./ GETE-ALONSO Y CALERA, Mª.C./ GIL RODRÍGUEZ, J./ HUALDE, J., *Manual de Derecho Civil*, I (Introducción y Derecho de la Persona), Madrid: Marcial Pons.

LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), Vol.2º (Personas), 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011). *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*, 17ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

LETE DEL RÍO, J.M. (2000). *Derecho de la Persona*, 4ª ed. revisada y puesta al día con la colaboración de J. LETE ACHIRICA, Madrid: Tecnos.

MARÍN LÓPEZ, J.J. (2004). “La persona”, en *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, dir. por Á. CARRASCO PERERA, 2ª ed., Madrid: Tecnos.

MARTÍN GRANIZO, M. (1991). “Com. arts. 33 y 34 CC” y “Com. arts. 193 a 197 CC”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dir. por ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., T.I, Madrid: Trivium.

MARTÍN PÉREZ, J.A. (2011). “Com. arts. 657 y 659 CC”, en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Vol. II, 1ª ed., Cizur Menor: Civitas – Thomson Reuters.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). “Com. arts. 32-33 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, T.II, Vol.1º, coord. por J. RAMS ALBESA, Barcelona: Bosch.

- (2011a). “La persona física: comienzo y fin de la personalidad”, en *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, coord. por P. DE PABLO CONTRERAS, 4ª ed., Madrid: Colex.

- (2011b). “Com. arts. 32 a 34 CC”, en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Vol. I, 1ª ed., Cizur Menor: Civitas – Thomson Reuters.

MENÉNDEZ MATO, J.C. (2010). “Com. arts. 32 a 34 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Valladolid: Lex Nova.

ROCA I TRÍAS, E. (1991). “Com. arts. 32 a 34 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T.I, dir. por PAZ-ARES, C./BERCOVITZ, R./DÍEZ-PICAZO, L./SALVADOR CODERCH, P., Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

ROMEO CASABONA, C.Mª. (1993). “Estudio específico del problema de la muerte en el donante cadáver, a la vista de las innovaciones científicas y tecnológicas ocurridas en las ciencias biomédicas”, en *RGD*, junio.

- (2005). “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, coord. por C.Mª. ROMEO, Granada: Comares.

SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1991). “Com. art. 659 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T.I, dir. por PAZ-ARES, C./BERCOVITZ, R./DÍEZ-PICAZO, L./SALVADOR CODERCH, P., Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

DECISIÓN JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: VIOLENCIA SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS¹

Paula Susana Muniagurria

Profesora Adjunta de la Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)

I.- EL CONTEXTO

Desde hace poco menos de diez años Argentina transita un proceso que bien puede interpretarse como expresión de justicia transicional. En ese marco, al día de hoy, están teniendo lugar los procesos de enjuiciamiento a los responsables de las violaciones a los DDHH cometidos durante la última dictadura militar que tomó el poder entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

En el año 2010 en la jurisdicción de Mar del Plata se desarrolló un debate oral por delitos de lesa humanidad que tuvieron lugar en un centro clandestino de detención que funcionó en instalaciones de la Base aérea militar Mar del Plata². El resultado de ese juicio fue una sentencia condenatoria. Sin perjuicio de la trascendencia que la decisión tuvo en razón orden a que se trató del primer juicio por hechos cometidos en la ciudad, se constituyó en un caso paradigmático que despertó particular interés debido a que consideró a la violación sexual como delito autónomo de lesa humanidad, dando lugar a su lectura desde las teorías de género.

Subyace al objeto de juicio la situación de las mujeres privadas ilegítimamente de su libertad, es decir, las particularidades conforme las que la represión operó sobre ellas por el hecho de ser mujeres. Implícito que la decisión - a pesar de la solución adoptada- no parece haber hecho visible. De allí que resulte interesante cuestionar su real aporte a la perspectiva de género.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN y FEDER titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

² La sentencia que se analizará corresponde a la causa Nro. 2086 de trámite ante el TOF Mar del Plata y puede consultarse entre otros sitios en www.cij.gov.ar

II.- LA EXPERIENCIA ARGENTINA

El 24 de marzo de 1976, luego de derrocar al gobierno constitucional, las fuerzas armadas en su conjunto tomaron el poder, poniendo al mando del país a una junta integrada por los máximos jefes de Ejército, Marina y Fuerza Aérea. Esa situación de facto que se autodenominó Proceso de Reorganización Nacional se mantuvo hasta el 10 de diciembre de 1983.

Promediando la toma del poder diversos grupos organizados y muchos ciudadanos en forma individual comenzaron a formular denuncias sobre graves violaciones a los derechos humanos, en particular se visibilizó en el discurso social la figura del desaparecido. Señala Raffin que “Las violaciones comprendieron la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la afectación de la integridad personal, la persecución y la prisión política, la vulneración del derecho a la justicia y a un proceso regular, a la libertad de opinión, expresión e información, a la libertad religiosa y de cultos, a los derechos laborales, a los derechos políticos, y una serie de delitos como el homicidio, el robo, el secuestro, el cambio de identidad, entre otros.” (2006: 163).

La represión en Argentina se centró en la secuencia secuestro-tortura- desaparición.” (Raffin, 2006b:151) y la acción represiva fue implementada más bien de manera clandestina.

En 1983, con la reinstauración de la democracia, tanto la población argentina en su conjunto como el mundo tuvieron dimensión de las consecuencias del fenómeno de la dictadura.

Pero el proceso de justicia transicional seguido en Argentina no fue lineal. De allí que a 30 años de recuperada la democracia se estén llevando adelante los juicios a los responsables del diseño, implementación y ejecución del plan represivo.

Hablar de transición implica referir al pasaje entre dos momentos consolidados, y aplicado a la justicia me permito semantizar la expresión como el pasaje entre dos sistemas de justicia anclados en paradigmas interpretativos consolidados. Desde esa perspectiva, entonces, Argentina estaría cerrando el proceso de tratamiento del pasado reciente, entendida la actual etapa de reapertura de la jurisdicción como un mecanismo de justicia transicional.

Ese tratamiento del pasado reciente por parte del sistema judicial y, por tanto, las consecuentes respuestas del estado a los reclamos de las víctimas y actores sociales reclamantes en general puede dividirse en tres etapas.

En los albores de la recuperación democrática se destacan dos acciones de significación: 1) La convocatoria a la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas –CONADEP- que en

noviembre de 1984 redactó el informe Nunca Más y 2) el Juicio a las Juntas militares llevado adelante por un tribunal civil que en diciembre de 1985 concluyó con condenas a sus integrantes.

La conclusión de este primer período caracterizado por la finalidad de reconstrucción histórica y de acceso masivo al conocimiento de los hechos, se ubica –siguiendo a Raffin- entre fines de 1986 y principios de 1987 con la sanción de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que obturaron el avance de los juicios.

2) A partir de allí se inicia una etapa de silencio, de retracción de la respuesta estatal que va a encontrar su punto culminante en los indultos.

Esta situación se mantendrá durante más de una década.

Sobre finales de este período, ante el reclamo de víctimas, familiares y organizaciones de DDHH, el sistema judicial articuló un mecanismo alternativo denominado “Juicios por la verdad” de finalidad reconstructiva y declarativa de la verdad histórica. Se llevaron adelante en diversos lugares del país, y particularmente en Mar del Plata la experiencia fue conducida por el Tribunal Oral Federal. En sus sucesivas audiencias se identificaron centros clandestinos de detención, se esclarecieron circuitos represivos, se reconocieron lugares, se escucharon los relatos de las víctimas y familiares, se incorporaron documentos y en algunos casos se escuchó a –hasta entonces- supuestos responsables.

3) El tercer período, que se transita en la actualidad, se inicia ya en el nuevo siglo, y se caracteriza por la reapertura de la jurisdicción, esto es, la posibilidad de juzgar los crímenes pretéritos al amparo de la interpretación de las normas de *ius cogens* provistas por el Derecho Internacional Humanitario.

Los hechos significativos que definen el nuevo paradigma lo constituyen: 1) Nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final declarada por el Congreso en el mes de agosto del año 2003 y posterior Declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 2) Los fallos de las Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados en causas “Arancibia Clavel” de agosto de 2004 y “Simón” de junio de 2005.

III.- LA SITUACIÓN EN MAR DEL PLATA

En la jurisdicción de Mar del Plata –provincia de Buenos Aires- los Juicios por la verdad aportaron el material fundamental para la posterior construcción del enunciado fáctico de las acusaciones y condenas.

En efecto, los largos años de audiencias permitieron identificar la existencia en la ciudad y sus proximidades de, al menos, dos circuitos represivos que dieron origen, a su vez, a la formación de dos

causas judiciales voluminosas, que recibieron la calificación de “megacausas”. Uno de ellos conformado por la Seccional IV de Policía y la Base Aérea Militar Mar del Plata y el segundo por Prefectura Naval, Escuela de Suboficiales de Infantería de Marina y Base Naval Mar del Plata –lugar de asiento de la Fuerza de Submarinos-.

Anuladas entonces las leyes de obediencia debida y punto final –conocidas vulgarmente como leyes del perdón-, y a la luz de la jurisprudencia inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales federales se abocaron a investigar y juzgar los hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad en los ámbitos de los CCD referidos.

El nuevo paradigma interpretativo conforme al cual está teniendo lugar el actual proceso de justicia remite a ciertos argumentos fuertes entre los que pueden aislarse los siguientes: 1) la obligatoriedad de los compromisos asumidos por el Estado argentino de perseguir y juzgar delitos que en tanto calificados como de “lesa humanidad” ofenden a la humanidad toda y la consiguiente posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional o resignar la jurisdicción frente a tribunales internacionales; 2) la afirmación acerca de la existencia de una costumbre internacional en orden a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad previa a los hechos y la apelación al derecho natural, en tanto respeto por el *ius cogens* – como núcleo duro del entramado de derechos humanos- y 3) la legitimidad de la retroactividad de la ley en los casos de delitos de lesa humanidad.

El fundamento normativo al que se recurre es el constituido por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

Ese marco fue adoptado por las distintas instancias judiciales y por el Ministerio Público Fiscal.

Habiendo transcurrido largos años desde los hechos a investigar, la jurisdicción recurrió a las constancias del “juicio por la verdad” llevado adelante desde el año 1999. De modo que se constituyó en un atajo para la producción de la prueba en un contexto de pérdida de la huella mnémica y de dificultades probatorias en general.

Teniendo en cuenta que en la ciudad de Mar del Plata el primer juicio oral por hechos ocurridos en la misma tuvo lugar en el año 2010, puede decirse que el juicio por la verdad le ganó diez años a la pérdida de la memoria. Ello aún tratándose de un proceso no jurisdiccional de reconstrucción histórica y de finalidad declarativa, debido a que el devenir procesal posterior lo erigió en una suerte de instrucción, de modo que el producto de sus audiencias se constituyó, en definitiva, en prueba de cargo.

IV.- UN CASO PARADIGMÁTICO

En el contexto que describo tuvo lugar un proceso en particular que resultó un primer tramo de la megacausa denominada vulgarmente “la cueva” por alusión al nombre que recibía el CCD que funcionaba en el radar abandonado de la Base aérea militar Mar del Plata. Los hechos escindidos de esa investigación y que llegaron en primer término a juicio tenían como imputado a G.R.M., a quien entre otros hechos caracterizados como de lesa humanidad se lo responsabilizaba por delitos de violación cometidos en el mencionado CCD en perjuicio de dos mujeres ilegalmente privadas de su libertad.

El imputado era un suboficial de la Fuerza aérea al que las víctimas identificaron, primero en el Juicio por la verdad y luego también en el proceso judicial, al interior del CCD.

Si bien llegó a juicio acusado y posteriormente condenado por diversos delitos, todos ellos considerados de lesa humanidad y en perjuicio de una cantidad significativa de víctimas, la particularidad del caso que me interesa referir, como anticipara en los primeros párrafos, radica en la proyección que tuvo la perspectiva asumida por la sentencia, la cual consideró a la violación como un supuesto autónomo de delito de lesa humanidad y no dentro de la extensión del concepto de tortura en sentido amplio.

La sentencia emitida por el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata – integrado en esa oportunidad por jueces subrogantes- fue reconocida con el premio “Mallete” de oro por Women’s Link Worldwide, una organización no gubernamental internacional de derechos humanos. Ese reconocimiento tuvo lugar durante la tercera edición de los “Premios Género y Justicia al Descubierta”, que reconocen con el “Mallete” y el “Garrote” las mejores y peores decisiones vinculados con la equidad de género, efectuadas dentro de un proceso judicial. Ello permite advertir la trascendencia de la cuestión en juego para el movimiento social de mujeres

El tratamiento del punto en la sentencia no es extenso y permite su transcripción completa, de modo que me atrevo a la extensa cita por su relevancia para el análisis que propongo:

Tal como se estableciera en la causa 13 y fuera reiterado por sucesivos pronunciamientos, durante el período de facto 1976/1983, en nuestro país se montó una estructura estatal ilegal, dirigida por las Fuerzas Armadas, que desarrolló un plan clandestino de represión.

El mentado plan clandestino de represión comprendió una masiva y sistemática violación de los derechos humanos que abarcó la más amplia gama de vejaciones, torturas, tormentos, tratos degradantes, humillaciones y sometimientos de las personas ilegalmente detenidas, quienes se encontraban a merced de sus secuestradores y cuyos destinos, entiéndase por esto su supervivencia o muerte, dependían de las Fuerzas Armadas.

En este contexto, era habitual que las mujeres ilegalmente detenidas en los centros clandestinos de detención fuesen sometidas sexualmente por sus captores o guardianes.

Los agresores, al llevar adelante estas aberrantes prácticas sexuales, contaban con la impunidad que traía aparejada el silencio de las víctimas quienes por miedo, prejuicio o vergüenza se negaban a denunciar las vejaciones o sometimientos de índole sexual sufridos, constituyendo durante mucho tiempo un secreto a voces.

A nivel nacional, ha quedado acreditado en el Juicio a las Juntas y en los informes efectuados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas que las violaciones

sufridas por las mujeres que se encontraban en los centros clandestinos de detención no fueron sucesos aislados u ocasionales sino que constituyeron prácticas sistemáticas ejecutadas dentro del plan clandestino de represión y exterminio montado desde el Estado y dirigido por las Fuerzas Armadas.

La jurisprudencia internacional es unánime en sostener que los delitos de violación y violencia sexual cometidos contra mujeres en época de guerra o conflicto interno en un país constituyen delitos de lesa humanidad.

En esta dirección se han expedido los Tribunales Internacionales creados para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional menciona específicamente la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la esterilización forzosa, cuando se cometan en tiempo de guerra o conflicto armado, como crímenes contra la humanidad.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en el caso “Aydin vs. Turkey” que “la violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental”. (Corte Europea de Derechos Humanos, “Caso Aydin vs. Turkey” (57/1996/676/866), sentencia del 25 de septiembre de 1997).

Configura un importante precedente en este tema la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Penal Miguel Castro Castro en la cual, por primera vez, le asigna a la violación de una mujer por parte de un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado la categoría de crimen de lesa humanidad: “La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”,

situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas” “...la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas”. Concluye entonces el Tribunal que una violación por sus efectos constituye tortura y “las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales por las razones referidas en los párrafos precedentes constituyen crímenes de lesa humanidad...”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 311, 313 y 404).

En base a todo lo precedentemente expuesto, interpreta el Tribunal que las violaciones sexuales cometidas por G.R.M en perjuicio de víctimas privadas ilegalmente de la libertad en el Centro Clandestino de Detención “La Cueva” constituyen sin ningún lugar a dudas delitos de lesa humanidad.

De los argumentos del decisorio pueden extraerse las razones que constituyen su estructura:

Entre 1976 y 1983 en Argentina las FFAA desarrollaron un plan clandestino de represión.

Conforme el plan de represión se cometieron masivas y sistemáticas violaciones a los DDHH.

El sometimiento sexual de las mujeres por sus captores fue una práctica habitual.

El silencio de las víctimas (miedo – prejuicio- vergüenza) daba impunidad a los agresores.

En Argentina las violaciones a mujeres en los CCD constituyeron una práctica sistemática dentro del plan clandestino de represión.

Conforme la jurisprudencia internacional las violaciones a mujeres durante conflictos internos constituyen delitos de lesa humanidad.

De allí concluye el Tribunal que las violaciones cometidas por el acusado en perjuicio de dos mujeres en un CCD constituyen delitos de lesa humanidad.

Se advierte a primera vista que lo nodal en el apartado de la decisión es el reconocimiento de que la violencia sexual ocurrida al interior de un centro clandestino de detención contra víctimas ilegalmente privadas de la libertad constituye delito de lesa humanidad.

Ahora bien, la estructura argumental transcrita lleva a juzgar excesivo afirmar que la sentencia asume la perspectiva de género, a la vez que sí, cabría una duda razonable que permitiría considerar la posibilidad de que las teorías que revelan las desigualdades del sistema sexo-género subyagan implícitas en el razonamiento judicial.

La circunstancia de que el contenido del decisorio satisfaga los ideales de concreción de justicia reclamados por las víctimas, y por colectivos que han acompañado en las tareas de reconstrucción de la verdad y búsqueda de reparación, no implica necesariamente una interpretación sensible a la problemática asociada a las relaciones género/poder/violencia.

Se constata que si bien en el caso concreto resulta garantizador de los derechos largamente postergados de las víctimas, no deja ver una argumentación interpeladora de las relaciones de dominación que posibilitan la violencia de género, más aún en contextos de represión, en cuanto *las distintas formas de violencia sexual y de género son crímenes que se desenvuelven en tramas de sentido que exceden tanto a la víctima como al/os perpetradores* (Cassino, 2012:282). Se concreta como expresión de las relaciones sociales de dominación conforme las divisiones constitutivas de ese orden social.

Dado el contexto de producción de los hechos, entonces, como señala acertadamente Cassino se requiere *pensar las distintas formas de violencia sexual y de género de forma conjunta y en conjunción con el resto de los crímenes perpetrados en el marco del terrorismo de estado* (Cassino, 2012b: 282). A ese eje de análisis habrá de agregarse necesariamente la contextualización del fenómeno en un paradigma de dominación sexual masculina construido sobre una estructura desigual y de subordinación discriminatoria para las mujeres. De modo que la cuestión propone, al menos, dos vías de abordaje complementarias de cuya realización común podrán comprenderse mejor las atribuciones de sentido de tan terribles hechos no sólo en relación a las víctimas, sino también a sus grupos de pertenencia.

La solución arribada reconoció a las víctimas que sus padecimientos constituyen delitos de lesa humanidad y la sanción que se impuso a su agresor fue consistente con esa interpretación³. Sin embargo, los párrafos transcriptos –que constituyen la totalidad de la argumentación de la resolución en cuanto a la parte pertinente que propongo analizar- evidencian silencios significativos desde una perspectiva de género. Se han omitido valoraciones relativas a: los hechos como un tipo de violencia paradigmática contra la mujer; las particularidades de la conducta del agresor como expresiones de violencia sexista, la subjetividad de las víctimas, y sobre todo la actuación del sistema imperante en el momento –dictadura, represión, clandestinidad- desde una perspectiva de género. Es decir, la constatación básica de que los ataques sexuales en el contexto de represión ilegal tuvieron lugar contra mujeres por el hecho de serlo –requisito definitorio de toda manifestación de violencia de género- en un modelo normalizador llevado adelante por las fuerzas armadas y localizado en una sociedad androcéntrica en la que la dominación del cuerpo de las mujeres resulta un modo habitual –y consentido- de disciplinamiento femenino, las proyecciones de las violencias sobre las víctimas como mensaje a las demás mujeres de su grupo de

³ Molina fue condenado a prisión perpetua y la misma se realizó al punto de que finalizó sus días en la cárcel a consecuencia de una enfermedad incurable.

pertenencia y a los varones del mismo, por mencionar sólo algunas de las aristas que la cuestión ofrece para discutir.

Claro que el silencio que deriva en la omisión a referencias al paradigma que revela las desigualdades del sistema sexo/género se dan en un contexto cultural que lo explica. Al respecto, las miradas más críticas a la labor jurisdiccional relativa a las violencias sexuales coinciden en denunciar la indiferencia de jueces y fiscales frente a la problemática específica, a consecuencia de actuar anclados en una estructura patriarcal que lleva a que en los actos de decisión se reproduzcan los estereotipos de subordinación y dominación. Esa estructura dota de sentido a las relaciones sociales –incluidas las llamadas a convertirse en objeto de procesos judiciales- y a los sujetos que las constituyen. Algunas de sus proyecciones han contribuido a obturar las investigaciones relativas a los delitos de violencia sexual durante la dictadura, así Duffy (2012:232) señala entre posibles respuestas: la situación del movimiento feminista, en tanto la violencia sexual en contextos de represión no constituyó tema de su agenda; la interpretación de las violencias sexuales como crímenes contra la honestidad –a pesar de su tardía reforma hacia su tipificación como delitos contra la integridad sexual- y la limitación que se desprende de definirlos como delitos de “propia mano”, ello a pesar de las interesantes elaboraciones de la teoría penal en orden a la autoría mediata, la coautoría funcional, la infracción de un deber, entre otras.

En similar sentido y desde un marco general sostiene Bodelón que “desde los orígenes, los primeros códigos penales de la modernidad justificaron y minimizaron las violencias contra las mujeres.” Y que “La historia del tratamiento penal de las violencias machistas contra las mujeres está atravesada por el desconocimiento, la negación y la culpabilización de las mujeres.” (Bodelón, 2012:15)

De allí que proceda una interrogación básica en relación a percibibles vínculos de significación entre la perpetración de la violación en el contexto represivo y el orden de género socialmente establecido. De modo de provocar a la indagación en los relatos de otras víctimas en busca de referencias a diversas formas de violencia sexual, a la sobrerrepresentación de las mujeres en esos sucesos, al tratamiento de las parejas en los CCD, al lenguaje diferenciado utilizado por los captores para dirigirse a hombres y a mujeres, a la alusión a la conducta sexual como forma de amedrentamiento. Concluyendo en la anticipada obviedad de que la violencia legitimada por el discurso homologado en la organización social androcéntrica actuó como condición de posibilidad para las expresiones de violencias contra las mujeres en los CCD.

Si bien esta afirmación se anticipa como intuición, la sentencia a la que refiero omite consideraciones básicas en orden a la estructura diferenciada por géneros, al trato desigual en perjuicio de la mujer, y sobre todo a la consideración del cuerpo de las mujeres como lugar para el placer masculino a la vez que terreno de disputas del poder familiar, social y político. Puesto que, como señala Bourdieu –al igual que muchas feministas- la relación sexual aparece como una relación social de dominación

(2000b:35), de modo que su manifestación violenta implica la reafirmación del poder no sólo sobre la víctima sino también sobre su grupo de pertenencia.

En otras palabras, si el derecho no operara consintiendo lo que Baratta denomina disciplinamiento informal –expresiones de violencias cotidianas sobre el cuerpo de las mujeres- difícilmente podría pensarse que un modelo de violencia radical hubiera sistematizado el abuso sexual como expresión de poder, puesto que como afirma Fernandez “En el análisis de un sistema de dominación es indisoluble la indagación no sólo de las relaciones de fuerza, sino también las relaciones de sentido.” (2009: 40).

V.- PROBLEMAS PERSISTENTES

Los hechos juzgados en la sentencia de Mar del Plata y el sistema represivo en su conjunto no tuvieron lugar en un contexto de *cero grado en lo cultural*.

Se impone entender que cualquier forma de violencia contra las mujeres y en cualquier contexto es una manifestación de una discriminación social, de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres (Bodelón, 2012c:17).

Claro que su elucidación es siempre dificultosa, y más aun en el esquema reglado de la decisión judicial, en razón de que los procesos de interiorización, discriminación y fragilización operan como naturalizaciones, conforman en tal sentido, invisibles sociales (...) Un invisible social no es algo oculto o escondido, sino que –paradójicamente- se conforma de hechos, acontecimientos, procesos y dispositivos reproducidos en toda la extensión de la superficie social y subjetiva. Está ahí, pero no se lo ve o se lo considerada natural (Bodelón, 2012d:33).

De allí que quizá la asunción de la perspectiva de género contribuya a la definición y análisis de la violencia sexual en contextos represivos en tanto reflejo de esas naturalizaciones que objetivan a las mujeres, proyectado en un escenario de dominación absoluta y negación de derechos.

La decisión deja ver conceptos evadidos vinculados a la adopción de una epistemología de género. Sin embargo, conforma mediante su solución. Resulta ineludible concluir que el beneplácito, más allá del resultado particular y la reparación a las víctimas, se explica en la ausencia sistemática de la investigación de hechos constitutivos de violencia sexual en los procesos judiciales por delitos de lesa humanidad. Ello a pesar de que desde la investigación de la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas, cuyo informe se conociera en 1984, la sociedad sabe acerca de su perpetración.

He allí un invisible social.

REFERENCIAS

Bodelón, Encarna (2012): *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Didot, Buenos Aires.

Bourdieu, Pierre (2000): *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona.

Cassino, Miranda (2012): "Género y genocidio. Aportes a la reflexión sobre el terrorismo de Estado", en Sonderéguer, María (comp.) *Género y poder. Violencias de género en contextos de represión política y conflictos armados*, Universidad de Quilmes Editorial, Buenos Aires.

Duffy, María Virginia (2012): "El infierno de las anónimas", en Sonderéguer, María (comp.) *Género y poder. Violencias de género en contextos de represión política y conflictos armados*, Universidad de Quilmes Editorial, Buenos Aires.

Elster, Jon (2006): *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz.

Fernandez, Ana María (2009): *Las lógicas sexuales: amor, política y violencias*, Nueva Visión, Buenos Aires.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2006): *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal, Santa Fe.

Raffin, Marcelo (2006): *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Del Puerto, Buenos Aires.

LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN CASATORIA¹

Andrea Verónica Zarini

Profesora de la Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)

I

El 20 de septiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina² se pronunció en los autos «Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa»³ respecto del alcance que debe otorgarse al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, consagrado por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el art. 75 inc. 22.

Lo dicho por la Corte en el fallo «Casal» repercutió no sólo en los tribunales casatorios en materia penal de la Nación, sino también en los provinciales (o, al menos ello ha sido así en la Provincia de Buenos Aires) toda vez que si bien dicho pronunciamiento refiere al recurso de casación previsto en el Código Procesal de la Nación, el modo en que el recurso homónimo se encuentra regulado en el procedimiento penal bonaerense, torna aplicables las consideraciones allí vertidas al ámbito provincial. Ello, sin perjuicio del reconocimiento expreso de la doctrina «Casal» por parte del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

La lectura que doctrinal y jurisprudencialmente se realizó del pronunciamiento de la Corte coincide, mayoritariamente, en que la decisión consagró una interpretación extensiva o ampliatoria del

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN y FEDER titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

² En adelante «la Corte».

³ C. 1757. XL. Recurso de hecho. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa nº 1681–. En adelante, simplemente, «Casal». Los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidieron unánimemente. Los Ministros Carlos Fayt, Elena I Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay se pronunciaron según su voto. Los Ministros Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti integraron un voto conjunto. Si bien los argumentos de los distintos votos presentan una alta afinidad, es posible diferenciar entre ellos algunas particularidades propias. Por razones de brevedad y a los efectos de este trabajo se hará referencia al voto suscripto por el mayor número de ministros.

alcance de la revisión que efectúan los Tribunales de Casación, que debe extenderse tanto a cuestiones de hecho, como de derecho, admitiendo que la distinción entre unas y otras resulta inoperante. Resumidamente, lo que parece exigir la Corte es que todo lo que haya sido objeto de juicio oral y público, incluso en materia de hechos y de prueba, tiene que ser controlado en casación, si así lo solicita el recurrente, salvo aquello que provenga directamente de la inmediación. Este ha sido, también, el sentido que el Tribunal de Casación Penal Bonaerense asignó al precedente.

El interrogante que pretendo formular, es si los decido en «Casal» implicó, en la Casación Bonaerense una ampliación de lo «revisable» y la respuesta que me atrevo a conjeturar (dado que se trata de un proyecto en marcha) es que los límites de lo revisable en Casación poco se han extendido pese a las pretensiones de la Corte. Ello pareciera ser así en la medida en que no se ha elaborado aún un criterio satisfactorio para decidir qué es producto de la inmediación y qué no lo es y, por ende, que puede o no puede ser controlado por el tribunal que revisa el fallo.

II

Como se anticipó, el núcleo de la cuestión que debatió la Corte radicó en el alcance que debía otorgarse al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, establecido por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a partir de su inclusión en el art. 75 inc. 22, integran la Constitución Nacional .

Para ensayar una respuesta, en el primer voto, se explicó, en primer, lugar cómo se encuentra regulado en el ámbito nacional el recurso de casación, en particular, el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación a cuyo respecto se entendió que el alcance de ese dispositivo legal resulta materia de interpretación y, del significado que se le asigne, dependerá la extensión de la materia revisable en casación. En ese contexto, lo que debía decidirse era si la casación resulta un recurso limitado conforme a la versión originaria, en la cual tenía por exclusivo o predominante objetivo la unificación de los criterios jurisprudenciales (su llamado objetivo político) o bien, si resulta un recurso más amplio y, en este caso, en qué medida lo es. En palabras de la Corte, debía considerarse hasta dónde la amplitud de su materia podría apartarse de la limitada versión originaria sin afectar la oralidad del plenario, pero dando cumplimiento al requisito constitucional de los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional (considerando 6°).

En lo que interesa relevar para los objetivos de este trabajo, la Corte consideró que, en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, los recursos ante la Cámara de Casación Penal

constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8 inc. 2º, ap. H, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando 20).

En ese orden de ideas, se entendió que «[...] es claro que un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o preponderante de unificar la interpretación de la ley, violaría lo dispuesto en estos instrumentos internacionales con vigencia interna, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional. Pero también es claro que en la letra del inc. 2º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, nada impide otra interpretación. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni se excede por esta última» (considerando 21).

«[...] Nada impide que el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad –la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento–, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable» (considerando 23).

Adunó la Corte que «[...] formulada esta teoría se impone revisar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directamente de la inmediación. Esto es así, porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y –en el nivel jurídico– porque la propia constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. [...] los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso...» (considerando 24).

Así las cosas, «[...] se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se

halla registrada en la propia causa por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a ese respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios [...] En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad, o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto...» (considerando 25).

De tal modo, «[...] con el texto del art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho. Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración [...]. Por consiguiente esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestiones de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente el bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto internacional...» (considerando 26).

III

Según puede inferirse de los considerandos transcriptos precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la

que todo condenado puede acceder en virtud del derecho que consagran los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Una interpretación amplia de las normas que regulan la admisibilidad del recurso de casación, habilitan una revisión exhaustiva de lo decidido por los tribunales de juicio de modo que, con arreglo a la llamada –en la doctrina y jurisprudencia alemanas– teoría del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), los tribunales de casación deben agotar el esfuerzo por revisar todo lo que puedan revisar.

Formulada así la teoría, deviene necesario delimitar qué es lo «no revisable» y lo único que reviste tal calidad es lo que surja directamente de la inmediación. Ello es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, porque a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata de una limitación fáctica derivada de la «naturaleza de las cosas» y que debe apreciarse en cada caso.

A la par, la Corte considera que no debe magnificarse lo que resulta producto de la inmediación, pues no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento proveniente exclusivamente de ella. Por regla, buena parte de la prueba se halla registrada en la causa por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión queda limitada a los testigos. Si bien lo que estos deponen es controlable mediante actas, lo no controlable se limita a la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a ese respecto, el tribunal de casación puede revisar criterios.

Para justificar su tendencia aperturista, la Corte recurrió, principalmente, a la doctrina alemana que identifica como la de «capacidad de rendimiento».

No obstante, en un interesante trabajo⁴ en el que se procura precisar el alcance del fallo «Casal», el Prof. Gabriel Pérez Barberá demostró que el contenido de la teoría o método de la posibilidad de control casatorio (*Leistungstheorie* o, mejor, *Leistungsmethode*) no coincide con el del fallo en que nuestra Corte Suprema de Justicia lo cita.

Luego de analizar las posiciones doctrinarias, sus críticas y el empleo por la jurisprudencia alemana, Pérez Barberá concluye que el método de la posibilidad de control ha sido criticado en Alemania tanto por ser considerado demasiado restrictivo, cuanto por tenérselo por demasiado amplio respecto al margen que deja para lo controlable en casación. Ello evidencia que el principio delimitador sustentado

⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel, (2206), «La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento". Con motivo del caso "Casal"». Publicado en: LA LEY 2006-E, 1306, Suplemento Penal. En este segmento del trabajo seguiremos las ideas aquí expuestas por el autor.

por este método (en su formulación más sencilla: «todo es controlable en casación salvo lo que dependa directamente de la intermediación») poco –o nada– ayuda para establecer su alcance empírico concreto.

«Este método deja en claro que la condición de la regla por él establecida para delimitar lo controlable de lo no controlable en casación está dada por posibilidades epistémicas, pero su formulación es tan general que la cuestión referida a cuáles son específicamente esas posibilidades queda abierta o, en su caso, apenas sugerida por una tónica demasiado elemental, que echa de menos algún criterio rector. Así, que este método sea visto como ampliatorio o restrictivo de las posibilidades de control casatorio en materia de hechos y de prueba no depende de su propia formulación, sino de la particular visión (teleológica) que, acerca de los fines de la casación, tenga quien decide asumirlo o aplicarlo como criterio delimitador. [...] El método [...] no ofrece, per se, ninguna base teórica ni práctica a partir de la cual puedan fundarse pretensiones ampliatorias (tampoco restrictivas) respecto del control en casación de cuestiones de hecho y prueba. Esa base dependerá, en rigor, de qué se entienda que queda abarcado por la intermediación»⁵.

El autor que venimos siguiendo, continúa argumentando que en el fallo «Casal», la apelación al método alemán tiene por objeto prescribir a los jueces de casación que realicen el «máximo esfuerzo posible» en su función revisora. Pero los expositores alemanes de ese método nunca emplearon dicho matiz volitivo dirigido a generar efectos a partir de un «esfuerzo máximo», conforme al cual cada tribunal de casación, en cada caso, es el encargado de encontrar sus propios límites epistémicos respecto a su posibilidad de control, y siempre cuidándose de «no magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación»⁶.

En Alemania, los partidarios del método de la posibilidad de control casatorio asumen que tales límites ya están fijados de antemano por la estructura del procedimiento penal, y no se plantean la cuestión de la corrección epistémica de esas limitaciones y desarrollan, a partir de allí, una tónica que resulta poco satisfactoria porque, precisamente, sobredimensiona las consecuencias (epistémicas) de la intermediación.

Ello le permite concluir a Pérez Barberá que el fallo de la Corte expresa una pretensión propia, más amplia que la del método alemán, de allí que el alcance de aquél deba explicitarse a partir de los argumentos de la Corte.

En el sentido indicado, la Corte ha querido precisar que las facultades de control de los tribunales de casación penal respecto de cuestiones de hecho deben ser las más amplias posibles, de modo tal que garanticen un examen integral de la decisión recurrida. Ello se colige de: a) de la cita que efectúa la CSJN del fallo "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (LA LEY, 2002-C, 229), dictado por la CIDH; b) de la cita de los

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem. Pág. 16.

dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU contra España en los casos "Sineiro Fernández" (2003) y "Gómez Vázquez" (2000); y c) del desarrollo argumental de la Corte.

Nuestro máximo tribunal pretendió no dejar completamente librado al arbitrio de cada tribunal de casación qué debe entenderse por «directamente dependiente de la intermediación» y con tal propósito brindó, al menos dos pautas: a) no debe establecerse a priori qué depende directamente de la intermediación, sino caso por caso; y b) el control debe ser lo más amplio posible, de allí que aquella determinación caso por caso debe estar guiada por un esfuerzo máximo en minimizar las posibles consecuencias limitadoras de la intermediación. En palabras de Pérez Barberá «decisión caso por caso y minimización de los propios límites por aplicación del máximo esfuerzo revisor».

Pero tales pautas no son suficientes para que los tribunales de casación no magnifiquen las cuestiones reservadas a la intermediación. Deviene indispensable un criterio general que permita comprender dónde reside el significado limitador de la «intermediación» para el control casatorio y un criterio tal no se desprende del fallo de la Corte.

La ausencia de reglas conceptuales claras acerca de aquello que dependa exclusivamente de la intermediación, se refleja en la jurisprudencia de los tribunales de casación provinciales que replican lo dicho por la Corte.

Si se analizan las fórmulas jurisprudenciales de admisibilidad del recurso de casación, se advierte un cambio discursivo que acompaña la tendencia aperturista de la Corte Nacional en el que se admite que la casación tradicional cede en beneficio de una casación bastarda o impura, o del establecimiento de una segunda instancia de control material; pero si la indagación se extiende sobre qué es lo que los tribunales casatorios hacen cada vez que admiten sustancialmente un recurso, el impacto de lo decidido en «Casal» respecto de lo revisable mediante el recurso contra la sentencia condenatoria es menor que el pretendido por la Corte.

IV

El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, previo a la decisión de la Corte en «Casal», en múltiples pronunciamientos aseveraba que las cuestiones de hecho y valoración probatoria se encontraban, en principio, fuera del ámbito abarcado por el recurso de casación.

En ese sentido, se entendía que el intercambio fruto de la intermediación y de la oralidad confiere a los magistrados la libertad de apreciar la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate, permitiéndoles extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal.

Es al tribunal de juicio a quien corresponde apreciar el valor convictivo de los distintos elementos probatorios recolectados durante dicha etapa y del grado de convencimiento que aquellos puedan producir, conforme las reglas de la sana crítica, quedando dicho examen excluido de la inspección casatoria, salvo la constatación de una situación de absurdo o arbitrariedad que lo deslegitimen.

El carácter restrictivo del recurso de casación en materia probatoria se fundamentaba en la imposibilidad de reeditar el “juicio” propiamente dicho ante el Tribunal de Casación, ya que, al instaurarse la oralidad para dicha etapa, se ha buscado un contacto inmediato entre el órgano juzgador y las piezas probatorias que sustentan su decisión, inmediatez de la que carece por naturaleza la revisión que pueda efectuarse en el marco de esta especie impugnativa.

Por ello que, ante la instancia casatoria, el análisis del material probatorio que sustenta la decisión jurisdiccional debe limitarse a un examen de los razonamientos que la fundamentaron, a efectos de dilucidar si existió una arbitraria valoración⁷.

Dictado el fallo «Casal», algunas de las posiciones asumidas con anterioridad convivieron con el reconocimiento expreso de la necesidad de ampliar el control casatorio, como lo demuestran los ejemplos que siguen.

«[...] el recurso de casación “...permite la revisión integral de la sentencia recurrida, encontrándose naturalmente excluida la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso, y especialmente la apreciación personal que los testigos puedan causar en el tribunal, en la medida en que la misma haya sido fundada...” (in re “C. , M. E. y otro; CSJN Fallos 328:3399)»⁸.

«El recurso de casación es un instrumento de perfección procesal históricamente pensado para controlar la aplicación del derecho y si bien la discusión acerca de la determinación de los hechos quedaba fuera de su órbita de injerencia, actualmente sólo cabe admitir tal limitación cuando, por la inmediación que en esencia caracteriza a los procedimientos orales, deviene

⁷ (TCPBA, Sala III, 03/07/2003, c. n° 2445).

⁸ (TCPBA, Sala III, 16/02/2010, c. 10541).

imposible aplicar las reglas de la sana crítica racional en el análisis del juicio sentencial utilizado en la valoración de la prueba»⁹

«A esta altura, cabe recordar que la ley no impone normas generales para comprobar algunos ilícitos, ni fija en abstracto el valor de cada prueba, dejando al arbitrio del sentenciante en libertad de admitir la que tenga por útil y conducente a los fines del proceso, asignándole, dentro de los límites fijados por la razonabilidad, el valor que poseen para la determinación de los hechos.

Asimismo, que el intercambio fruto de la intermediación y de la oralidad confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate, permitiéndole extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal, radicando el límite de esta facultad en la arbitrariedad en el ejercicio de dicha facultad.

Es que aún interpretándose al recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida, de ella se encontrará naturalmente excluida la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso, y especialmente la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, en la medida en que la misma haya sido fundada, requisito que en estos autos se encuentra debidamente cumplimentado (cfr. C.S.J.N., C.1757.XL “C. , M. E. y otro s/ robo simple en grado»¹⁰.

«Y bien, con relación a nuestro ordenamiento normativo, es un lugar común afirmar que el Código vigente permite, bajo el régimen de libertad probatoria, la libre elección por el magistrado de los medios que permiten edificar el decisorio que atribuya responsabilidad o exima de ella. O sea que no hay caminos “ab initio” excluidos para acceder al fallo; sólo interesa, a la postre, que el juez esté persuadido de la verdad de la reconstrucción fáctica que efectúa. Empero, esa elección no es discrecional, fruto de un acto incommunicable y arcano, sino consecuencia de una libre convicción razonada.

[...] Pero hay más. En la articulación de los distintos elementos, no hay fisuras lógicas ni, por ende, espacio para el absurdo. Incluso, acompasando la

⁹ (TCPBA, Sala II, 26/10/2006, c. n° 17.330).

¹⁰ (TCPBA, Sala II, 12/02/2009, c. n° 22.518; 25/10/2007, c. n° 10.760; 31/03/2009; c. 34.920, 28/12/2006; c. n° 22.243; 02/06/09, c. 18.624, 31/03/09, c. n° 34.920).

reflexión al criterio sentado por el precedente “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, atendiendo al establecimiento de una segunda instancia de control “material” y no de legalidad formal como lo estatuye la casación clásica, la apreciación de los elementos de cargo patentizan que ellos son sobrados para conformar la imprescindible convicción razonada que más reclama el sistema, tal como se había comentado ut retro. Y esto prescindiendo de cualquier dato que se quiera extraer de las escuchas telefónicas, cuyo apego a la legalidad se discute»¹¹.

«Sabido es que para la valoración de la prueba se exige la expresión de la convicción sincera sobre la realidad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción, conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común.

Es que no es suficiente la impugnación que se basa en la mera discrepancia del recurrente con el alcance que el juzgador ha dado a distintos elementos probatorios de cargo (Sent. del 8/9/99 en causa 185, Sala I, "B. , C. ") pero, en el caso -como se dijo-, el “a-quo” ha engarzado distintos datos para sostener un juicio de valor realmente discutible y por demás contradictorio, que -aunque pudiera resultar fruto de su sincera convicción- no es suficiente para que no sea tachado de absurdo.

Tengo dicho antes de ahora que si no se alegan y prueban notorios apartamientos de las reglas de la sana crítica y de la lógica, la valoración del juez sobre dichas circunstancias fácticas resulta materia ajena a la casación. Empero, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, imperante incluso antes del sonado fallo “C. ”, existen en el “sub lite” motivos más que suficientes para adentrarnos al tratamiento de las cuestiones traídas», (TCPBA, Sala III, 18/06/2009, c. n° 29.152).

«La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “C. ” (C. 1757. XL. C. , M. E. y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-) permite ir, más allá del examen de razonabilidad y, por ende, referido a la existencia de absurdo descalificante del pronunciamiento, a la metodología utilizada para examinar la prueba.

¹¹ (TCPBA, Sala I, 18/05/2010, c. n° 37.110, 37.417 y 37.418).

Digo esto a manera de cartabón propedéutico, toda vez que el decisorio es razonado y metucioso, examinando las evidencias rendidas en debate y aquellas que, agregadas con anterioridad, fueron objeto de ampliación y explicaciones durante el desarrollo de la confrontación dialéctica que aquella audiencia presupone; o sea, en definitiva, no ofreciendo mayor flanco en el sistema casatorio; excepto, claro está, en el marco de una casación impura que ahora, la decisión del más alto Tribunal del país contribuye a afianzar como segunda instancia “cuasi-material”.

Así las cosas, es permisible entrar en la metodología del pronunciamiento lugar en el que finca, a mi juicio, la falla decisiva que lleva a la ruptura del decisorio (cassér: romper en los antecedentes franceses de esta jurisdicción)»¹².

«En consonancia con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Justicia dijo en el precedente P. 81.378, y lo recuerdo por su pertinencia para la solución del caso, que la incorporación a la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 22) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H., artículo 8.2.h) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P., artículo 14.5) impuso a los Estados parte la obligación de reconocer en su ordenamiento jurídico interno el derecho de todo imputado de recurrir la sentencia de condena ante un tribunal superior.

De allí, que una correcta interpretación del derecho de los imputados a defenderse una vez más, obliga a asignarle a los recursos que habilita la instancia revisora una extensión lo más amplia posible». (TCPBA, Sala III, 15/11/2007, c. 5440 y 5508).

« a) En cuanto a la posibilidad de revisar en esta instancia la determinación judicial del hecho que se tiene por probado, se ha dicho con acierto que “el tribunal de casación, al igual que cualquier otro “lector” de la sentencia, está en condiciones de basar en ella unas conclusiones completamente seguras sobre los hechos allí fijados. Se trata de la capacidad comunicativa de las representaciones, exposiciones, valoraciones, conclusiones y decisiones contenidas en la sentencia impugnada en tanto se fundan en representaciones

¹² (TCPBA, Sala I, 07/03/2006, c. 20.700 y 20.701).

expresadas por el lenguaje, que pueden ser directamente controladas por el *ad quem* sin necesidad de intermediación alguna (confr. Pastor, Daniel, “La nueva imagen de la casación penal”, ad-hoc, 2001, pág. 148 y ss.).

En suma, puede concluirse que compete a la casación no sólo una amplia inspección de cuanto atañe a la legalidad de la prueba y su admisión en el juicio oral, sino también el control del razonamiento probatorio del órgano de mérito en orden a la preservación de la “estructura racional del juicio” y la vigencia de la “interdicción de la arbitrariedad”¹³.

«[...] José I. Cafferata Nores se pregunta en uno de los trabajos de homenaje a Claus Roxin (ver Nuevas formulaciones en las ciencias penales, de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, editorial Marcos Lerner, 2.001 páginas 721 y siguientes) si algo cambió el recurso contra la sentencia condenatoria, tras la incorporación al derecho interno de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Agrega, que el interrogante en realidad abre el camino de varios, comenzando con el referido a sí el recurso de casación cumple con las garantías exigibles, cuando se considera que la valoración de las pruebas compete exclusivamente a los jueces de grado, o lo que es igual, que no puede revisarse mediante el recurso mencionado, salvo que el veredicto carezca de razonabilidad.

Sigue con la prohibición absoluta a tribunales casatorios de controlar la contundencia e insuficiencia de la prueba de cargo exigida por el principio de inocencia, bajo el argumento desarrollado en la Casación Nacional –Sala III “Sández”– de que las facultades del tribunal de mérito, en lo relativo a establecer la fuerza de convicción que tienen los elementos probatorios no entran en la revisión.

Cierra las reflexiones, con el interrogante de si la garantía del “favor rei” puede quedar sólo librada a su respeto voluntario por el tribunal de juicio y fuera de toda posibilidad de control en casación.

¹³ (TCPBA, Sala III, 28/02/2007, c. n° 5041).

En camino a la respuesta, acampa en “Giroldi” a fin de coincidir en que el derecho al recurso hoy equivale a la garantía de la doble instancia.

Claro que ese consenso no muestra coincidencia con el contenido que debe tener la garantía, frente a los códigos que prohíben modificar los hechos por el tribunal que los dictó; no aceptan la posibilidad de revalorar en casación las pruebas en que se fundó el veredicto; limitan el control recursivo a cuestiones exclusivamente jurídicas, como la verificación del proceso de subsunción de los hechos en las figuras correspondientes, el respeto a normas constitucionales o procesales de carácter esencial que gobiernan el procedimiento anterior al fallo, y la estructura del mismo.

Observa el autor, que fuera de los casos en los que se habla de la vocación del recurso de casación para lograr la revaloración libre de la prueba, se realizan propuestas que salen del recurso de casación tradicional, y reiteradamente adjetivado como de estricto rigor formal, que respeta a rajatabla la soberanía de los jueces de mérito en relación a las cuestiones fácticas decididas intangiblemente en el veredicto condenatorio, ya que el mismo no satisface, así expresado, los alcances consagrados en las disposiciones de la Convención y Pacto mencionados.

Luego, pasa revista a diversas prohibiciones de control que descansan en la soberanía de los jueces de grado, que propone acotar con la incorporación de hechos nuevos o elementos de prueba nuevos conocidos después del debate (propios de la casación impura o bastarda) y la posibilidad de demostrar la falsa percepción substancial por parte del tribunal de aquellos que valora, o de un grueso error de apreciación de los hechos que aleja de la realidad juzgada (perteneciente al área del absurdo).

La propuesta de control abarca la insuficiencia conviccional de la prueba del debate conforme a la cual se debió dudar, desplazando así el criterio expuesto por Nuñez, cuando dijera que si el tribunal de mérito no ha expresado la duda, la casación no puede deducirla, con el argumento de que si el primero fue el que tuvo intermediación con la prueba y no dudó, el segundo no podría decir que debió o no debió dudar.

Opina que esto último es falso en los casos en que el tribunal del recurso cuenta con la misma posibilidad de intermediación con la prueba, como sucede

con el documento, la indagatoria o las testificales que ingresan al juicio por lectura, o resultan reseñadas en el acta o descriptas en el veredicto.

Estas inquietudes tienen eco en la doctrina de la Corte Interamericana, receptada por la Sala a la que pertenezco, en cuanto refiere que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior contemplado en el artículo 8.2h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.

El derecho a interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.

Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionan un perjuicio indebido a los intereses de la persona.

El derecho de recurrir el fallo consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso.

Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características que lo legitimen para conocer del caso concreto.

De acuerdo con el objeto y fin de la Convención, el recurso contemplado por el artículo 8.2.h. debe ser, como se anticipa al comienzo del acápite, un remedio eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de esa impugnación, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.

Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces”, es decir, suministrar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

Es más, en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez dijo que el derecho contemplado en el artículo 8.2.h de la Convención constituye una garantía que concurre a integrar el debido proceso legal.

En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió a la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que culminó.

Se trata, en definitiva, de proteger los derechos humanos del individuo y, entre ellos, el de no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto.

Por lo tanto, el recurso ante un juez o tribunal superior, debe ser uno que permita entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida –es el caso- como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización.

Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de espectro reducido, y mucho menos cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso.

La plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, conduce a traer consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarlas.

Así entendido el derecho al recurso, esto es, como parte integrante de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, no puede restringirse bajo el argumento de tratarse de cuestiones sometidas al poder discrecional de los jueces (artículos 18 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 421, 448, 450, 451 y 465 del Código Procesal Penal).

Por tanto, no existen razones valederas para excluir del control en casación el análisis de la aplicación de la sana crítica en la valoración de los materiales disponibles del juicio.

Dicho de otro modo, la limitación en materia de hechos y su prueba se reduce a las que corresponden a la inmediación propia de los jueces de grado, como expresara en otros precedentes, con cita de Daniel Pastor en la Nueva Imagen de la Casación Penal, que igualmente aparece entre las fuentes del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa C2757-XL., R.H, “Casal, Matías Eugenio y otros”, del 20 de septiembre de 2.005.

Fuera de esta limitación, la interpretación integradora de los artículos 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 448 y 451 del Código Procesal Penal, lleva a estimar aplicable la teoría del agotamiento de la capacidad de revisión, dejando a un lado la limitación del recurso a las denominadas cuestiones de derecho.

Por ello, corresponde acotar la tan difundida y establecida doctrina sobre la existencia de una soberanía de las instancias ordinarias respecto de ciertas cuestiones probatorias, salvo absurdo.

Además, cuando el Código Procesal Penal introduce el recurso de casación no indica que las normas que gobiernan la valoración de la prueba son ajenas a su ámbito, a lo que se suma que una cuestión de hecho puede transformarse en una de derecho y a la inversa.

En definitiva, reservar el recurso para las denominadas cuestiones de derecho con la finalidad de unificar la interpretación de la ley, como establece la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Casal”, resulta violatorio del derecho al recurso contra el fallo y la pena consagrados por la Convención y Pacto citados.

Ello es así, porque, como igualmente se expresa, el condenado tiene un derecho constitucional a que la revisión de su sentencia abarque todos aquellos argumentos en los que descansa su condena, y la Sala no puede nunca dejar de considerarlos, cuando su tratamiento es posible...»¹⁴.

¹⁴ (TCPBA, Sala III, 30/10/2007, c. n° 5164; 26/02/2008, c. n° 5619; 06/06/2006, c. n° 5121; 03/02/2009, c. n° 3.714; 18/05/2006, c. n° 3.416; 20/06/2006, c n° 2.180).

«IV) Por ende, se advierte que los agravios traídos en el recurso constituyen un mero intento de introducir, por esta vía extraordinaria, una inadecuada reinterpretación de la prueba, exponiendo simplemente una distinta y personal valoración de los hechos y cuestionando aquellas circunstancias fácticas que la juez de grado tuvo por probadas, y que le permitieron inferir la existencia del hecho bajo juzgamiento, atribuyéndole responsabilidad penal a M. G. A.. Ello conduce a la improcedencia del reclamo en trato.

Cumple recordar que resulta improcedente en esta instancia extraordinaria provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casatoria salvo supuestos de arbitrariedad o absurdo notorio que, tal como se ha señalado precedentemente, no se verifican en el presente caso.

Es por ello que ante esta instancia el análisis del material probatorio que sustenta la decisión jurisdiccional debe limitarse a un examen de los razonamientos que la fundamentaron, a efectos de dilucidar si existió una arbitraria valoración, la cual por otra parte debe ser específicamente señalada y atendible, resultando insuficiente su mera invocación por las partes.

En ese sentido, el intercambio, fruto de la inmediación y de la oralidad confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate, permitiéndole extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de los testigos que declaran en tal oportunidad procesal. El límite de esta facultad radica precisamente en la arbitrariedad, supuesto que, como se ha dicho precedentemente, no se advierte, ni es tampoco suficientemente señalado por el recurrente.

V) Que por demás, se impone recordar, según lo reiteradamente sostenido por esta Sala, que la mera discrepancia personal de quien recurre no habilita el reexamen del material probatorio, pues corresponde al tribunal de juicio la apreciación del valor convictivo de aquellos elementos recolectados durante dicha etapa y del grado de convencimiento que puedan producir, conforme las reglas de la sana crítica, quedando dicho examen excluido de la inspección

casatoria, salvo la constatación de una situación de absurdo o arbitrariedad que lo deslegitimen (causas N°1787, “C. , R. H. ”, rta. 1/4/03, reg. 114/03; N°2022, “M. , J. A. ”, rta. 6/5/03, reg. 187/03; N°2473, “F. , G. A. ”, rta. 10/7/03, reg. 446/03; N°2529, “I. , C. A. ”, rta. 15/7/03, reg. 472/03; N°523, “B. , N. O. ”, rta. 7/8/03, reg. 488/03; N°2324, “R. , G. A. ”, rta. 26/8/03, reg. 557/03; entre otras), circunstancias que no se evidencian en el caso sub exámine». (TCPBA, Sala III, 18/05/2006, c. n° 3.416).

«No obstante, la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Nación, en autos "*Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*", que formulara una interpretación armónica amplia del art. 456 del C.P.P.N., en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos de Civiles y Políticos, de la que sostuvo, resulta aplicable en nuestro derecho la doctrina que en el derecho alemán se conoce como la del agotamiento de la capacidad de revisión o de las capacidad de rendimiento, abandonando la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho, nos inducen al tratamiento de la presente, en tal sentido. Pero debo también aclarar que, ese ha sido el comportamiento de este Tribunal, desde hace años, dentro -claro está-, de la limitación obvia de quien no ha participado del debate (cfr. Sala I, causa N° 6165 "Rec. Fiscal" sent. del 5/VI/03, N° 8646 "Gianasi" sent. del 23/X/03, N° 9476 "Chiclana" sent. del 24/II/04). [...].

En el contexto señalado supra, la apreciación de la prueba testimonial, en particular el alcance otorgado a la declaración de los testigos, o el grado de credibilidad que merecen, es tema que en principio no corresponde al control casacional, pues cada uno de ellos deja una impresión en el juzgador que es inaccesible a nuestro conocimiento (cfr. Sala I, sent. del 6/7/00 en causa 781, "Herrera"), más éste Tribunal, puede incursionar en las razones en que se funda la instancia a la hora de establecer la extensión de los efectos de esa prueba», (TCPBA, Sala I, 25/10/2007, c. n° 11.578).

«El recurso –cuya admisibilidad cabe confirmar aquí en forma definitiva– avanza sobre consideraciones de hecho y prueba que, si bien por regla están extrañadas del ámbito del típico recurso de casación, en función del sistema de

control “impuro” recogido a través de los arts. 210 y 373 del ritual –esto es: operante sobre lo comprobado a través del análisis de logicidad-, deben ser examinadas. Incluso, a la luz del antecedente “C. ” emergente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal tarea debe llegar hasta el agotamiento de la capacidad de revisión, excepto –claro está- en lo que hace a las evidencias rendidas en el debate, cuya interpretación –que finque en percepciones personales, corresponderá a los magistrados de grado, salvo arbitrariedad o absurdo»¹⁵.

V

De lo anterior es posible colegir que el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires reconoce que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en «Casal», formuló una interpretación amplia del art. 456 del C.P.P.N., en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos de Civiles y Políticos, en cuyo contexto sostuvo que resulta aplicable en nuestro derecho la doctrina que -en el derecho alemán- se conoce como la del agotamiento de la capacidad de revisión o de las capacidad de rendimiento, abandonando la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho.

Sin perjuicio de tal reconocimiento expreso, dicho Tribunal admitió, también, que ese había sido su comportamiento, desde hace años¹⁶.

Vale decir que, si bien históricamente el recurso de casación estuvo pensado para resolver cuestiones de derecho –y así se lo entendió en los albores del funcionamiento el Tribunal provincial – actualmente, se reconoce que su competencia se encuentra extendida a los asuntos de hecho y de prueba y esa amplitud permite ir más allá del examen de razonabilidad (y, por ende, referido a la existencia de absurdo descalificante del pronunciamiento), pudiendo revisar la metodología utilizada para examinar la prueba, la suficiencia conviccional de la prueba y la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de los materiales probatorios.

Pero, aún interpretándose al recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, posibilitando la revisión integral de la sentencia recurrida, de ella se encontrará naturalmente excluido todo lo que sea producto de la inmediación propia de los jueces de grado.

¹⁵ (TCPBA, Sala I, 27/02/2007, c. 11.099).

¹⁶ (cfr. Sala I, causa N° 6165 "Rec. Fiscal" sent. del 5/VI/03, N° 8646 "Gianasi" sent. del 23/X/03, N° 9476 "Chicliana" sent. del 24/II/04, citada en la resolución de fecha 25/10/2007, c. n° 11.578).

Según el tribunal casatorio, el intercambio fruto de la inmediación y de la oralidad confiere a los magistrados la libertad de «apreciación de la prueba» a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate.

Por ende, quedan incluidos en ella y excluidos del control casatorio: la prueba recibida oralmente y no registrada (dado la imposibilidad fáctica de control); la apreciación personal que los testigos puedan causar en el tribunal, la apreciación de la prueba testimonial, en especial, el alcance otorgado a la declaración de los testigos o el grado de credibilidad que merecen y las pruebas recibidas en el debate cuya apreciación finque en percepciones personales.

Por otra parte, conjuntamente con la afirmación de un recurso amplio que permita la revisión integral del fallo, continúa exigiéndose que si no se alegan y prueban notorios apartamientos de las reglas de la sana crítica y de la lógica, la valoración del juez sobre dichas circunstancias fácticas resulta materia ajena a la casación, como así también sigue considerándose que resulta improcedente en la instancia (extraordinaria) de casación provocar un nuevo examen crítico de los medios de prueba que dan base a la sentencia.

Ello pone de manifiesto que, aún cuando se declame la amplitud de la revisión del fallo, no surge de los argumentos empleados por el Tribunal de Casación un criterio que delimite las cuestiones que quedan comprendidas en dicho control. A lo sumo, se enuncia una casuística de poca claridad conceptual que contribuye en poco para trazar esa línea divisoria.

En la enunciación tanto de aquello que queda abarcado, cuanto lo que no, por la revisión, se advierte un uso ambiguo de las expresiones «apreciación» y «valoración probatoria». Pareciera ser que, con el primer término se hace alusión a las impresiones subjetivas o personales producto de la inmediación. El segundo término, algunas veces se utiliza como sinónimo del primero y, otras, como equivalente a razonamiento probatorio, o a proceso de aplicación de las reglas de la sana crítica.

En alguna ocasión, se intentó despejar la ambigüedad arguyendo que, en la convicción judicial sobre los hechos existen dos niveles: uno en que la apreciación judicial depende sobre todo de la percepción de la prueba (la credibilidad de un testigo, el valor de la opinión de un perito, etc.), y otro que se constituye por el razonamiento del sentenciante al efectuar las deducciones que emergen de las pruebas de cargo. Dentro del primer nivel a su vez pueden diferenciarse dos aspectos: la propia percepción judicial y la motivación de la interpretación de la percepción.

Y, tras ello, se afirmó que el examen casacional recae más que nada sobre el segundo nivel, pues dentro del primero se encuentra limitado a controlar la motivación de la interpretación de lo percibido con inmediación, como por ejemplo podría ser el examen de las razones esgrimidas por el Juzgador para aceptar un testimonio como veraz.

En cambio, no podría extenderse al control de aquello que depende de la inmediación, como es la credibilidad que evidenció un testigo al declarar en la audiencia oral, pues el Tribunal de Casación Penal no ha presenciado la producción de dicha prueba¹⁷. Empero, esta diferenciación no salva las deficiencias apuntadas.

Retomando, entonces, si los términos apreciación o valoración de la prueba se utilizan en el primer sentido señalado más arriba y los problemas de apreciación probatoria (entre los que se incluyen el alcance que debe asignarse a un relato testimonial o el grado de credibilidad de un testigo) son propios de la inmediación –terreno en el que los jueces de grado son soberanos-, la tendencia aperturista de Casal queda notablemente reducida.

Si la expresión «valoración» probatoria se utiliza en el segundo de los sentidos, aparecen otras confusiones conceptuales que también restringen el campo de lo revisable o lo tornan sumamente maleable.

En ese aspecto subyace una confusión entre premisas de las inferencias probatorias que dependen de la inmediación, premisas que no dependen de la inmediación, reglas de inferencia y enunciados o premisas implícitas de los argumentos probatorios.

Y si a la falta de uniformidad semántica se agrega la indeterminación del término «inmediación» de modo tal que se impide precisar qué es aquello que depende de ella, el criterio sostenido por la Corte y receptado por el Tribunal de Casación Bonaerense se torna manipulable y lo que resulte controlable o no por el recurso de casación dependerá de lo que decida el tribunal en cada caso.

A partir de los argumentos de la Corte de Justicia de la Nación no es posible encontrar un criterio para determinar qué se tiene que controlar, concretamente, en función de la amplitud otorgada a la revisión del fallo condenatorio. Y esa deficiencia se traduce, como se recién se dijo, en un margen de arbitrio incontrolable respecto de lo que debe revisarse o no.

Para evitar la manipulación del criterio sentado por la Corte, se torna necesario reconstruir analíticamente el concepto de «inmediación», en tanto baremo delimitador de lo que controlable en casación, pero ello será producto de otro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

¹⁷ TCPBA, Sala II, 22/072008, c. n°16862.

- FERRAJOLI, Luigi (1998 [1989]): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés), Editorial Trotta, Madrid.
- FERRER BELTRAN, Jordi (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid.
- (2007) *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GASCON ABELLAN, Marina, (2004), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés (2005): «Las lecciones constitucionales del fallo "Casal"». Publicado en Revista La Ley 24/11/2005, 1, La ley 2005-F, 1536.
- GUZMAN, Nicolás, (2005), *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Bs. As. Editores del Puerto, s.r.l.
- LAUDAN, Larry (2011): *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B. J. (1999): *Derecho Procesal Penal, t. I, Fundamentos, 2ª edición, 1ª reimpresión*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- PASTOR, Daniel R (2001): *La nueva imagen de la Casación Penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad – hoc, Buenos Aires.
- PEREZ BARBERA, Gabriel (2006): «La casación penal y la llamada "capacidad de rendimiento". Con motivo del caso "Casal"». Publicado en La Ley 2006-E , 1306, Suplemento Penal.
- TARUFFO, MICHELE, (2002, [1992]): *La prueba de los hechos*, (trad. Jordi Ferrer Beltrán), Editorial Trotta, Madrid.
- (2010, [2009]): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*,(trad. Daniela Accatino Scagliotti), Marcial Pons, Madrid.

EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL¹

Mario Alberto Portela

Profesor Titular de Cátedra de la Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)

El de vulnerabilidad es uno de los términos jurídicos que existe en la ley nacional de trata y en los convenios internacionales vigentes, no solo no definidos sino profundamente ambiguos y vagos, en el espinoso tema que nos ocupa.

Pero resulta que la cuestión aludida afecta en lo más profundo la dignidad de la persona y consecuentemente implica una grosera violación a los derechos humanos básicos, lo que hace necesaria una adecuada interpretación de sus expresiones para que oriente la tarea de los aplicadores del derecho.

Desde el punto de vista de la teoría general existen varias posibilidades para la interpretación de un término pero, sobre todo dada la indeterminación de los lenguajes naturales y la imposibilidad epistemológica de encontrar “un método” seguro para interpretar, al revés de aquello que nos enseñaron en las facultades en su momento, a los efectos de encontrar una fórmula simple y exitosa que ayude a los operadores judiciales, se puede adoptar la que elige R. Dworkin. El filósofo norteamericano arguye que una interpretación será “la mejor” para el caso a elucidar cuando pueda ser enmarcada dentro de una teoría general del derecho que saque de la misma el mejor de los partidos posibles. Por afán de novedad menciono al citado si bien podría usar a nuestro vernáculo Cossio cuando decía que la mejor interpretación es como la mejor jugada de ajedrez, que no existe en abstracto sino en una partida concreta a la que suele definir.

Así, en nuestro caso, podríamos partir, por habitual y conocida por los operadores penales, del concepto de vulnerabilidad usado por Zaffaroni que distingue entre estado (características personales del autor) y situación de vulnerabilidad (las condiciones que en la circunstancia concreta la hicieron vulnerable). Claro que ello no basta, como en nuestro caso, para observar a la víctima sino que la teoría aludida tiene por fin actuar reduciendo el poder de la agencia punitiva sobre los autores de los ilícitos.

De allí que, en el marco de la concepción general a la hice mención, haya que referirse a la dignidad de la persona que tiene relevancia por cuanto actúa directamente sobre la voluntad de cada uno, voluntad que se encuentra en el centro del principio de autonomía entendido como la libre elección de planes de

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

vida e ideales de excelencia. Así la dignidad prescribe que cada uno debería ser tratado según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento, desechando con ello toda suerte de determinismo.

Y aquí es donde advertimos que la vulnerabilidad lesiona gravemente el principio de autonomía y consecuentemente el de dignidad que a su vez ofrece otra posibilidad interpretativa seriamente limitadora del tipo, en tanto la propia ley nacional menciona el consentimiento de la víctima. Este requiere para poder desarrollarse en plenitud, o sea como aptitud para optar, de una serie de precondiciones materiales que en las sociedades constitucionales modernas deberían ser satisfechas por los Estados. Me refiero concretamente al hecho que para poder elegir es menester hacerlo dentro de un horizonte de posibilidades. Para que ese horizonte exista es necesario cierto conocimiento mínimo de las opciones vitales existentes. Sin tales desaparece el horizonte y consecuentemente no hay elección. No hay autonomía y se lesiona la dignidad. Eso es vulnerabilidad.

Para evitar ello es menester que las personas autónomas cuenten con un piso de necesidades básicas satisfechas. Esto es, deben tener al menos la alimentación suficiente, recibida en tiempo oportuno para que su funcionamiento cerebral sea correcto. Deben tener un adecuado sistema de salud que las proteja de las enfermedades evitables y trate de asistirles en las inevitables. Deben tener también una vivienda digna y una educación que les permita no ser analfabetos funcionales. Deben tener la posibilidad de un trabajo digno. Quienes no cumplan con tales condiciones son vulnerables porque justamente carecen del horizonte aludido.

Hay aquí una cuestión muy importante a la hora de la evaluación de la situación de vulnerabilidad que requiere de nuestros jueces un cambio conceptual que los haga abandonar las concepciones homocéntricas del derecho. De ahí mi referencia inicial a la interpretación como mejor dentro de una teoría integradora. Muchas veces el pensamiento dominante concluye que la mujer captada en su lugar de origen, ha “mejorado” sustancialmente su posición inicial porque al ejercer la prostitución o al trabajar como esclava, se encuentra en condiciones de remesar parte de sus magras utilidades para la manutención de su familia propia y lejana que de no ser por esos aportes se encontraría en situación de indigencia, la misma que ella habría abandonado al “concentur” su propia situación.

Aquí es donde funciona el homocentrismo, ayudado por la infeliz redacción de la ley vigente, que asegura que al haber cumplido la mujer con sus deseos de salvar a su familia (consentimiento) no puede tipificarse el delito de trata sino a lo suma el de proxenetismo o alguna suerte de infracción a las leyes migratorias. Esto ha ocurrido en la jurisdicción en procedimientos en Quequén. Lo que no se advierte con esta concepción pobre de la teoría general es que una buena de articulación de los derechos humanos básicos debe distinguir absolutamente el respeto de la voluntad del individuo derivado del principio de dignidad tal como fue esbozado del cumplimiento de los deseos. Y esto, porque tal como se enunció,

respetar la voluntad implica haberlo hecho desde una posición de un individuo que se encuentra en condiciones de asumir todas las consecuencias de sus decisiones que hayan sido tenidas en cuenta (horizonte) al adoptar las mismas. La simple satisfacción de los deseos no permite hacer el balance adecuado acerca de las consecuencias y ello distingue absolutamente el respeto de la voluntad digna del principio hedonista.

El derecho internacional constituye un instrumento interpretativo ineludible a los fines de precisar en términos jurídicos el concepto que se pretende esclarecer. En las notas interpretativas de Naciones Unidas concernientes al Protocolo contra la Trata de Personas, "la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso". Esta circunstancia responde a una clara restricción de su ámbito de determinación.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Acordada Nro. 5/09, adhirió a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, por las que "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo ser la víctima o alguien que tiene poder sobre ella." Dichos extremos, implican graves condicionamientos para las personas en el momento de evaluar las opciones que les presentan los tratantes.

Conforme lo entendido por Javier De Luca y Julio E. López en su obra "Delitos contra la integridad sexual", citada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en autos 2271 "ORTEGA MORA – LOPEZ s/ Inf. Arts. 145 bis y ter del C.P.", "Sabido es que en materia de trata para la prostitución todavía rigen en muchas mentes la ilusoria idea de la prostitución feliz que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa, y se desconoce que se trata de víctimas que son vendidas y revendidas como mercaderías. De esta forma, aún en la actualidad se sigue gastando energía en la discusión sobre el consentimiento de estas personas para ser objeto de estas prácticas, lo cual permite ocultar el verdadero problema: que no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones... El supuesto consentimiento se da en una situación global de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del que no lo tiene... Por ello el foco debe ser puesto sobre quien explota situaciones objetivamente comprobadas, sea que las haya generado o que simplemente se aproveche de ellas." (*ob. Cit. Pág. 346 y 347*).

El concepto analizado constituye un eje interpretativo fundamental para evaluar los casos que habitualmente se presentan toda vez que no siempre se verifican casos donde las víctimas se encuentran en

un estado rayano a la esclavitud absoluta, sometida mediante acciones de fuerzas, coerción o intimidación por parte de los tratantes. Hay situaciones en las que la explotación aparece en un ámbito donde las víctimas no manifiestan su disconformidad, considerando que a través de la actividad desarrollada se les dio una oportunidad de mejorar su situación.

Esta falsa creencia de magnanimidad se traslada a su entorno social y familiar, formándose en consecuencia discursos sociales que toleran este tipo de prácticas inhumanas. (*Aproximación a la actividad del Ministerio Público Fiscal en la represión del delito de Trata de personas con fines de explotación laboral, Sebastián Lorenzo Basso, en “Nuevo escenario en la lucha contra la Trata de personas en la Argentina, Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas”, Ministerio Público Nacional Y Organización Intenacional para las Migraciones, octubre de 2009, Pg. 95*)

Para poder aplicar una interpretación de vulnerabilidad que contemple los parámetros reseñados, los jueces deben dejar de lado un criterio que les nubla la visión al admitir que de alguna manera la víctima ha “mejorado” al haber aceptado la situación de trata. La vulnerabilidad no tiene nada que ver con ese tipo de “mejoramiento posicional”, sino con el aprovechamiento por parte del tratante de todas esas situaciones en las que es imposible ejercer la autonomía con plenitud. Así la circunstancia que el delincuente no haya “engañado” a la víctima, que por tal motivo ésta se sienta en mejor situación que en la que aceptó formar parte de la cadena, nada dicen acerca del aprovechamiento de la situación vulnerable.

Se requiere a esos efectos un nuevo paradigma en la interpretación, por ello y siguiendo a los epistemólogos, he hablado hoy de un cambio conceptual, alejado de la tradicional posición homocéntrica, que permita captar mejor los casos para que no terminen siendo meros delitos leves o infracciones. Esto es sólo esperable en tanto haya cada vez una mejor instrucción de los operadores que no deben engañarse aplicando los criterios de interpretaciones antiguas y no adecuadas a esta nueva y desesperante situación que plantea este delito.

El libro recoge los trabajos presentados en el III Encuentro Internacional sobre razonamiento jurídico y administración de justicia celebrado en la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina) en el mes de abril de 2013.

