



Administración de Justicia: el Papel del Juez

Giusy Conza¹

Resumen:

La complejidad de la experiencia jurídica contemporánea ha puesto la atención de los estudiosos, filósofos y teóricos del Derecho, en la investigación de la dimensión interpretativa y argumentativa del Derecho como la más relevante para delinear los elementos no solo normativos si no también ideales y de hecho del Derecho. A la luz de este renovado escenario jurídico, pretendo demostrar que la organización de la justicia en Italia está cambiando, que el papel del juez se está acercando cada vez más a la del legislador. Lo anterior en razón también de un contexto distinto donde el pluralismo de las fuentes del Derecho da espacio a una más amplia discrecionalidad. Con la esperanza de demostrar esta inversión de tendencia he elegido dos sentencias como modelos de referencia para la elaboración de una correcta regla interpretativo-argumentativa. Su análisis y valoración me ha parecido significativa para demostrar cómo la interpretación judicial no puede reducirse a la aplicación de categorías o a razonamientos lógico-deductivos, sino que implica una definición crítica y una justificación argumentativa de las premisas decisionales.

Palabras Claves:

Pluralismo jurídico, Administración de justicia, Interpretación judicial.

Abstract:

The complexity of contemporary legal experience has turned the attention of scholars, philosophers and legal theorists, towards the study of the interpretative and argumentative dimension of law that is considered as one of the most important to delineate not only normative elements but also ideal and factual elements of law. In light of this new legal scenario, I intend to show that the organization of justice in Italy is changing; that the role of the judge is moving closer to that of the legislature. This is also a result of a different context in which the pluralism of the sources of law gives space to a broader discretion. Hoping to demonstrate this trend, I have chosen two sentences as benchmarks for the development of sound argumentative-interpretive rule. I have deemed that their analysis and assessment is significant to show how judicial interpretation cannot be reduced to the application of categories or logical-deductive reasoning, but involves a critical definition and argumentative justification of the decisional premises.

Keywords:

Legal pluralism, Justice administration, Legal interpretation.

¹ Doctora (co-tutela) en Investigación en Filosofía del Derecho. Actualmente es investigadora de la Università degli Studi di Napoli Federico II - Dipartimento di Giurisprudenza

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda mitad del siglo pasado asistimos a una transformación en la teoría del derecho con la llegada de las teorías hermenéuticas y el re-descubrimiento de la 'razón práctica' en la filosofía y en la ciencia jurídica. En particular la dimensión 'normativa' y pluralista de los derechos y las razones valorativas que a estos se les dan, exigen una rigurosa y adecuada justificación racional en sede argumentativa (Zagrebelsky 2009, p. 95) Por ello, dividiré la línea argumentativa del presente artículo en tres partes: en la primera localizaré las coordenadas teórico-argumentativas que quiero seguir para el análisis y la valoración de la sentencia; en la segunda reconstruiré el "hecho" objeto de las decisiones, es decir el *iter* motivacional, posteriormente reproduciré los correspondientes razonamientos justificativos del Tribunal de Casación en un esquema argumentativo; en la tercera parte, por fin, intentaré conectar todos los aspectos examinados, desembocando a partir de estos en una reflexión conclusiva.

2. LÍNEAS METODOLÓGICAS

La idea de llevar a cabo un análisis argumentativo de las decisiones jurisprudenciales nace de la necesidad de conjugar el aspecto cognoscitivo de la teoría argumentativa² con la práctica de la argumentación. En particular, pretendo demostrar cómo un enfoque teórico sobre la argumentación se revela en cualquier caso indispensable para mejorar la práctica argumentativa. Por este motivo, he elegido casos³ de particular complejidad que tocan temáticas delicadas, como aquellas que hacen referencia al principio y fin de la vida; pero que, al mismo tiempo, pueden ser considerados representativos de cierta manera de argumentar.

Su estudio es abordado tomando como fundamento la perspectiva de Atienza (2013) del enfoque que parte de la unión de tres concepciones: formal, material y pragmática. El concepto de argumentación se descubre desde el principio como un "concepto complejo" (Atienza 2012, p.61): unitario, pero caracterizado en su interior por especificaciones peculiares. En referencia a la concepción formal, he utilizado los esquemas argumentativos⁴ en los que es posible recorrer gráficamente, con el soporte de diagramas y flechas⁵, las líneas argumentativas utilizadas por el juez. Se trata de una dimensión indudablemente necesaria, en cuanto nos permite localizar las formas y las estructuras de los argumentos utilizados y de conectarlos entre ellos, dimensión sin embargo que se revela insuficiente para proveer razones argumentativas válidas.

El enfoque formal produce una argumentación estática y abstracta porque tiene como objetivo un resultado último. Por estos motivos, hay que integrar tal concepción con la dimensión material que, dando un paso adelante, se interroga acerca de cómo valorar

² Puede verse un repaso de la literatura en Cattani, Cantù, Testa, Vidali (2009). Por una reconstrucción del desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, en particular de la teoría estándar de Alexy, MacCormick, Peczenik e Aarnio, véase Atienza (2012, pp. 5 y ss.)

³ La idea de explicar los problemas analizando los casos judiciales nace de la lectura de MacCormick: una técnica generalmente utilizada por el autor en sus escritos y que constituye una de las mayores cualidades de su obra. Cfr. (MacCormick 2001, pp. 227 y ss.).

⁴ *Ivi*, p.156.

⁵ Sobre los esquemas argumentativos véanse, Atienza y Lozada Prado (2009).

una argumentación jurídica. Justamente, de esta concepción emana el carácter práctico de la argumentación, dirigida a aducir razones para justificar las acciones. El jurista es llamado aquí a valorar si las razones sobre las que se basa la justificación judicial constituyen buenas razones.

Finalmente, la tercera concepción, la pragmática, se fija en el objetivo que el *iter* argumentativo quiere perseguir, la persuasión o el consenso de la otra parte. En este caso, a diferencia de la concepción formal, la argumentación es una actividad *in fieri*, es un proceso de interacción social que implica al destinatario produciendo determinados efectos. Uno de estos es la persuasión que se puede conseguir recurriendo a la técnica oratoria por excelencia, mejor conocida como retórica; el otro es el consenso a que conduce el diálogo, la dialéctica (van Eemeren y Grootendorst 2008). La pregunta que plantea este enfoque atañe al cómo argumentar, ella constituye una pregunta ambivalente porque puede concernir al cómo se tiene que argumentar así cómo se argumenta de hecho.

Las dos primeras actividades, la del análisis y de la valoración, son desarrolladas después de la actividad argumentativa y por lo tanto son desarrolladas *ex post*, para analizar los elementos de la argumentación y la relación entre los mismos, y para valorar la argumentación como buena o mala. La tercera actividad, aquella del cómo argumentar, se desarrolla por supuesto *ex ante* y se preocupa de fundamentar una decisión. Adicionalmente, vale mencionar que en cada una de estas tres fases, es posible evaluar la dimensión interna, de quien participa en la actividad argumentativa, o desde la dimensión externa, es decir como observador.

Sobre esta base, las tres dimensiones de la argumentación se refieren en general al jurista, al teórico del Derecho, antes que al abogado; pero en particular, y por ser el que interesa para efectos de este estudio, a la actividad del juez, cuyo papel se ha convertido en expresión de una jurisprudencia normativa. La exigencia de uniformidad del sistema jurídico le es confiada al juez a causa de la multiforme realidad normativa que estamos viviendo, caracterizada por lagunas normativas (Atria et. al. 2005), antinomias y por la producción de normas de *soft law* (Gillette 2004, p.157-159; Ferrarese 2012; Berman 2012). Así pues, si éste es el escenario, la teoría de la argumentación, tan delineada, puede constituir una ayuda válida para no caer en el activismo judicial⁶, equilibrando la dimensión formal con aquella material y pragmática. Mi intención, al recorrer el *iter* argumentativo de los jueces en las decisiones, ha sido dar cuenta, dentro de lo posible, de todos este elementos.

3. ANÁLISIS DEL CASO. TRIBUNAL DE CASACIÓN, SEZ. I CIV., N. 21748 DEL 16 OCTUBRE 2007, PRES. M.G. LUCCIOLI, REL. A. GIUSTI (SENTENCIA ENGLARO)

3.1 HECHO

El "hecho" es bien conocido para la crónica periodística y el debate científico: el 18 de enero 1992 Eluana Englaro tiene un accidente de tráfico y, a causa del trauma craneal recibido, cae en un estado vegetativo permanente. Pasados quince años de aquel fatal día,

⁶ Sobre una atenta distinción entre el papel del juez y aquello del legislador véanse Duncan Kennedy (1997).

el estado de Eluana Englaro se mantiene igual, el cuadro clínico no presenta cambios: excepto por las curas higiénicas y de postura y la terapia farmacológica, ella es mantenida con vida a través de sonda nasogástrica con la que es alimentada e hidratada. El caso ha recorrido una larga serie de juicios que han involucrado al tutor de la joven, que desde hace quince años se encuentra en un verificado estado vegetativo permanente (EVP) irreversible, para conseguir de la autoridad judicial una decisión que autorice la interrupción de las terapias médicas realizadas con el solo objetivo de dilatar el estado vegetativo.

3.2 *ITER PROCESAL*⁷

La primera tentativa efectuada por el padre de Eluana Englaro, en calidad de tutor de su hija, se remonta al año 1999 (2 de marzo) y culmina en el rechazo por parte del Tribunal de Lecco del recurso presentado para conseguir la autorización para la interrupción de los tratos sanitarios que mantienen con vida a Eluana Englaro. La autoridad jurisdiccional declara inadmisibile el recurso sobre el presupuesto de que el derecho a la vida tiene que prevalecer siempre, independientemente de las condiciones de vida en que se desarrollen.

Este primer decreto es impugnado ante la Corte de apelación de Milano, el 31 de diciembre de 1999, judicatura que también rechaza la petición. En el 2002 el Tribunal de Lecco rechaza el segundo recurso presentado por el padre de Eluana Englaro y la Corte de apelación de Milano rechaza la petición que pretende obstaculizar el decreto de rechazo del Tribunal. El caso llega al Tribunal de Casación pero la orientación no cambia: con auto del 20 de abril de 2005 el juez '*ad quem*' rechaza el recurso propuesto contra la Corte de apelación de Milano sobre el presupuesto de que las valoraciones del tutor son subjetivas y no resulta posible averiguar si coinciden con la voluntad de la interesada. En este punto el padre de Eluana Englaro presenta el tercer recurso ante el Tribunal de Lecco y "consigue" la tercera inadmisión del Tribunal, la cual también es apelada ante la Corte de apelación de Milano, judicatura que mediante decreto de desestimación rechaza el recurso. El decreto de inadmisión del 16 de diciembre de 2006 de la Corte de apelación de Milano es recurrido ante el Tribunal de Casación, cuya sentencia⁸ analizo en este trabajo.

Este largo y tortuoso *iter* procesal es caracterizado por una complejidad de la que es consciente el Tribunal de Casación, quien, ya en la parte narrativa de la sentencia hace uso de reglas de transición (Alexy 1998, p. 163) que correlacionan constantemente los términos propios del lenguaje jurídico con los términos del lenguaje y el saber científico sectorial.

Así, para circunscribir el estado de incapacidad de entender y querer del sujeto en "estado vegetativo permanente", el Tribunal de Casación recurre a los conocimientos médicos y, en este sentido, recurre y hace propia la definición dada por la Corte de apelación sobre el estado vegetativo como:

⁷ La historia puede leerse en la memoria de defensa de los abogados Angiolini y Cuniberti (2009, pp. 212-237).

⁸ Tribunal de Casación Sez. I Civ., n. 21748 del 16 octubre 2007, Pres. M.G. Luccioli, Rel. A. Giusti, http://www.aduc.it/generale/files/allegati/cassazione_englaro.pdf (consultado el 7 de abril de 2014).

condición clínica que, según la ciencia médica, es característica de un sujeto que ventila, cuyos ojos pueden quedar abiertos, las pupilas reaccionan, los reflejos del tronco y espinales persisten, pero no hay ninguna señal de actividad psíquica y de participación en el ambiente y las únicas respuestas motores reflejas consisten en una redistribución del tono muscular⁹.

El Tribunal de Casación, además señala, que por la definición del presupuesto de hecho del juicio, es necesario asumir una perspectiva contextual (Guastini 2011, cap. IV, 4), es decir, poner atención al contexto en que fueron expresadas las opiniones de la paciente, por el grado de conciencia y sinceridad de lo manifestado, y la capacidad persuasoria sobre el auditorio (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1966):

la Corte territorial considera que a partir de las deposiciones concordantes de las tres amigas de E. - (...) - surge que ella había quedado profundamente afectada después de haber visitado en el hospital al amigo A., que se quedó en coma después de un accidente en la carretera, y había declarado que prefería la situación de otro chico, F., que, en el transcurso del mismo accidente, había muerto en ese momento, más que permanecer inmóvil en el hospital dependiendo de otros y conectado a un tubo, y había manifestado que tal era su convicción también en la escuela, en un discusión que se abrió al respecto por parte de sus profesoras monjas. Según los jueces de la apelación, se trataría de declaraciones genéricas, hechas a terceros con referencia a hechos acaecidos a otras personas, en un momento de fuerte emotividad, cuando E. era muy joven, se encontraba en un estado de bienestar físico y no en la actualidad de la enfermedad, carecía de madurez cierta respecto a las temáticas de la vida y de la muerte y no podía ni siquiera imaginar la situación en que ahora se encuentra. No podría atribuirse, por lo tanto, a las declaraciones de E. el valor de una persona, consciente y actual determinación volitiva, madurada con absoluta cognición de causa.

La sentencia pone el acento en un elemento determinante: la narración del tutor acerca de las opiniones expresadas por la paciente a las amigas respecto de la vida y a la muerte con ocasión de algunos accidentes automovilísticos en que estuvieron involucrados dos de sus amigos, uno que quedó en vida en estado comatoso, y el otro muerto en el acto. En aquellas ocasiones, la paciente expresó la opinión de que era mejor morir que quedar en vida obligada a la inmovilidad¹⁰.

⁹ El estado vegetativo permanente (EVP) es definido, en la literatura médica, como “a clinical condition of unawareness of self and environment in which the patient breathes spontaneously, has a stable circulation, and shows cycles of eye closure and opening which may simulate sleep and waking” (Working Group of Royal College of Physicians 1996, pp. 119-121). Algunos enfermos, después de un periodo de coma y/o de estado vegetativo, recuperan una condición de mínima interacción con el ambiente y son abrumadoramente considerados en la categoría alargada del sujeto vegetativo; al contrario se trata de un sujeto en estado mínimamente consciente (*minimally responsive* o *minimally conscious patients*). Naturalmente la posibilidad de que un paciente en estado vegetativo recupere la conciencia es inversamente proporcional al tiempo que transcurre. Se sostiene, comúnmente, que una vez transcurridos 12 meses la posibilidad de recuperación de la conciencia es más bien baja. La cuestión principal de la disputa, se ocupaba no tanto de la reversibilidad de un EVP sino de la fiabilidad del diagnóstico de EVP, sobre todo cuando este diagnóstico es admitido por un número limitado de neurólogos.

¹⁰ Así se lee en la sentencia: *La Corte de apelación de Milano, por aviso del recurrente, habría terminado además por no entender el significado de la instrucción efectuada durante el juicio, en la que ha sido verificada, por textos, la convicción de E., con anterioridad al accidente que la ha reducido al estado vegetativo permanente, de que habría sido «mejor» morir que tener aquello que «no podía considerarse vida». Las convicciones de E. habrían sido exigidas y habrían sido objeto de instrucción no porque alguien pudiese pensar que aquéllas, manifestadas en un tiempo lejano, cuando todavía E. estaba en plena salud, valgan a día de hoy como manifestaciones de voluntad idónea, equiparable a un disenso en clave actual de los tratamientos que sufre. La verificación de las convicciones de E., cuando todavía podía manifestarlas,*

El principal foco de atención de la sentencia son las implicaciones éticas que acompañan el caso, no pudiendo separarse de las situaciones fácticas. En particular, la tutela del *bien vida constitucionalmente garantizado* implica la *ponderación entre derechos igualmente garantizados por la Constitución, como el de la autodeterminación y dignidad de la persona y el derecho a la vida* por lo tanto no hace *distinciones entre vidas dignas y no dignas de ser vividas*.

El Tribunal de Casación reproduce en términos discursivos la posición del recurrente, sin traicionar con ello la pretensión de corrección avanzada al invocar la tutela jurisdiccional propia del derecho a la vida que, en cuanto bien constitucionalmente tutelado, no pudo ser comprimido por la intervención externa del médico:

Según el recurrente, la Corte de apelación de Milano no habría entendido el significado al atribuir a la indisponibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la vida. Predicar la indisponibilidad del derecho a la vida, a diferencia de lo que sucede para otros derechos constitucionales y fundamentales, se enlaza con el hecho de que, en el mapa del constitucionalismo moderno, eso constituye un derecho distinto de todos los demás: la vida es un presupuesto indispensable para el disfrute de cualquier libertad del hombre y, justamente por esto, no puede admitirse que la persona aliene a los otros la decisión sobre la propia supervivencia o que el derecho a la vida esté garantizado para evitar que sujetos diferentes de aquel que debe vivir, que podría encontrarse en estado de debilidad, se arroguen arbitrariamente el derecho de interrumpir la vida ajena; pero sería erróneo construir la indisponibilidad de la vida pensando en un interés ajeno, público o colectivo, supraordenado y distinto de aquel de la persona que vive¹¹.

El Tribunal de Casación encuadra la pregunta que es formulada por el recurrente como principio de Derecho y lo relee en la especificidad del caso, desarrollándolo en dos cuestiones conectadas entre ellas, preliminares a un pronunciamiento de principio:

la prohibición de ensañamiento terapéutico, es decir, de que nadie deba sufrir tratamientos invasivos de la propia persona, a pesar de que estén orientados a alargar artificialmente la vida, sin que haya sido concreta y efectivamente verificada la utilidad y el beneficio.

Los motivos sobre los que se articulan el recurso principal y el recurso incidental, vista su estrecha conexión, pueden ser examinados conjuntamente. Invisten a la Corte - más allá de la cuestión de si la terapia práctica en el cuerpo de E.E., consistente en la

habría sido pedida y hecha, en cambio, porque la Corte de apelaciones, al pronunciarse sobre mantener la hidratación y la alimentación artificial, pudiese valorar y ponderar cada elemento disponible.

¹¹ Así se lee en la sentencia: [...] *Por aviso del recurrente, la garantía del Derecho a la vida es más compleja para sujetos incapaces de entender y de querer, como E.E., que para quien tenga consciencia y voluntad. Para quien sea consciente y capaz de querer, en realidad, la primera garantía del propio Derecho a la vida descansa en la libertad de autodeterminación respecto de la injerencia ajena, allí donde también consista en una cura en nombre de la permanencia en vida.*

[...] Por supuesto, no debe permitirse, ni siquiera ante mayores razones para quien sea incapaz o tenga minusvalías, distinguir entre vidas dignas y no dignas de ser vividas. Esto no quita, sin embargo, que haya casos en los que, debido a que se ha alargado artificialmente la vida, no haya un choque de utilidad o beneficio y en que, por lo tanto, el único resultado producido por el tratamiento o por la cura es el de confirmar el triunfo de la ciencia médica al vencer el resultado natural de la muerte. Tal triunfo es sin embargo un triunfo vacuo, que puede ser convertido en derrota, si para el paciente y su salud no hay ningún otro efecto o ventaja. No es la vida en sí mismo, que es un regalo, lo que puede ser indigno; lo que puede ser indigno es sólo prolongar artificialmente la vida, más allá de aquello que de otro modo sucedería, sólo gracias a la intervención del médico o en cualquier caso de otra persona que no es la persona a la que se construye a la vida.

alimentación y en la hidratación artificial mediante sonda nasogástrica, puede calificarse como una forma de ensañamiento terapéutico, sobre la base de lo afirmado, que versaría sobre supuestos de hecho de tratamiento invasivo de la persona, sin beneficio alguno ni utilidad para la paciente que vayan más allá de alargar forzosamente la vida, porque está objetivamente orientado a preservar una pura funcionalidad mecánica y biológica - también en relación con la cuestión de si y bajo qué límites, en la situación dada, puede ser interrumpida esa subministración, donde la petición al respecto presentada por el tutor corresponde a las opiniones expresadas en su momento por E. sobre situaciones próximas a aquella en la que ella misma ha venido, más tarde, a encontrarse, y, más en general, a sus convicciones sobre el significado de la dignidad de la persona.

3.3 EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. INTERESES EN CONFLICTO

El Tribunal de Casación procede al examen del ámbito de aplicación del consentimiento informado y el derecho a la autodeterminación partiendo de una premisa que tiene el carácter de precomprensión o, si se quiere, de un enunciado descriptivo del contexto de descubrimiento¹².

De esta forma, el Tribunal de Casación adopta un esquema argumentativo que se vale de cánones interpretativos (Bertea 2002, pp. 246-250). Desde el punto de vista analítico se puede en efecto hallar el recurso al método de la interpretación sistemática (Guastini 2004, pp. 173 y ss.) en clave teleológica (De Luca, 2009), pero también el empleo de los precedentes (Taruffo 1996, pp. 55 y ss.), internos, comunitarios e internacionales. Esto sucede en la referencia a la legislación ordinaria, en particular a aquella del servicio sanitario nacional, que es leída también a la luz del código de deontología médica. Se hace uso también de la interpretación de adecuación, ya sea en la concretización de las normas constitucionales, o en la referencia a la normativa internacional y comunitaria y, en particular, a la Convención de Oviedo y al Tratado de Niza¹³.

Si se quisiera valorar el esquema argumentativo del Tribunal de Casación a la luz de las reglas de la argumentación definidas por la doctrina estándar, y en particular de Alexy, se podría notar que el empleo de los cánones de la interpretación, de los precedentes y de la dogmática no son capaces todavía de absolver el principio de exhaustividad que impone

¹² Así se lee en la sentencia: *Es necesario permitir que el consenso informado constituya, por lo general, legitimación y fundamento del tratamiento sanitario: sin el consenso informado la intervención del médico es desde luego ilícita, también cuando es de interés para el paciente; la práctica del libre consenso e informado representa una forma de respeto para la libertad del individuo y un medio para perseguir sus mejores intereses.*

Algunos autores, como Alexy (1998, p. 181) y Aarnio (1987, pp. 77 y ss.), distinguen entre el procedimiento (contexto) del descubrimiento y el procedimiento (contexto) de la justificación. La distinción entre los dos contextos se refiere a la secuencia de la actividad del juez que primero formula la hipótesis normativa que se aplicará a hechos concretos, después la verifica (fase preliminar) y finalmente la justifica. En la teoría de Alexy el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación están conectados a la justificación interna y a la justificación externa. La preparación de los supuestos legales para el proceso cognitivo implica una acción lógico-deductiva, en el sentido de que las normas definidas en el contexto de descubrimiento se aplican silogísticamente a los hechos deducidos en los tribunales; mientras que para la hermenéutica ya el descubrimiento del material normativo utilizado es una actividad controvertida, ya que implica un juicio de valor por parte del intérprete. La preparación de premisas normativas también se refiere a la fase que Hans Gadamer llama *precomprensión* y que constituye el contacto entre el texto y el intérprete que precede a la comprensión e interpretación en sí (Gadamer 2004, p. 314).

¹³ Por la Convención de Oviedo se vee aquí <http://www.portaledibioetica.it/documenti/001306/001306.htm> (consultado el 10 de julio de 2014) y por el Tratado de Niza <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:12001C/TXT> (consultado el 10 de julio de 2014).

la especificación de todas las premisas en las que se apoya un argumento fundado para que pueda decirse justificado (Alexy 1998, p.195).

Para justificar el principio de derecho¹⁴ el Tribunal de Casación necesita integrar el empleo de los cánones interpretativos, de los precedentes y de la dogmática con dos ulteriores argumentos, el uno de carácter empírico¹⁵, mientras que el otro argumento es de carácter sustancialmente ético¹⁶.

Esta necesaria integración argumentativa vuelve razonable y jurídicamente correcto el planteamiento jurídico. En la situación ideal discursiva, retumban en la respuesta del Tribunal de Casación las instancias avanzadas con pretensión de corrección de la defensa de la paciente, que pueden valer como instancias avanzadas de todos los posibles participantes que se encuentren en la misma condición¹⁷.

Por lo tanto, en el examen de la cuestión de la autodeterminación y sus límites, el Tribunal de Casación no se encuentra frente a una laguna del derecho, en cuanto existen en el orden fuentes de determinaciones. Es importante, en cambio, considerar el

¹⁴ El principio de derecho así dice: *debe excluirse que el Derecho a la autodeterminación terapéutica del paciente encuentre un límite cuando de él se siga el sacrificio al bien de la vida. Aunque quizás haya sido establecido una obligación para el individuo de activarse como ventaja de la propia salud o una prohibición de rechazar tratamientos o de omitir comportamientos considerados ventajosos o incluso necesarios para el mantenimiento o el restablecimiento de aquélla, el Colegio considera que la salud del individuo no puede ser objeto de imposición autoritativo-coactiva. Frente al rechazo de la cura por parte del interesado directo, hay espacio – en el cuadro de la «alianza terapéutica» que mantiene unidos al enfermo y el médico en la búsqueda, conjunta, de aquello que está bien, respetando los recorridos culturales de cada uno – para una estrategia de la persuasión, porque la tarea del ordenamiento es también la de ofrecer el apoyo de la máxima solidaridad concreta en las situaciones de debilidad y de sufrimiento; y existe, con anterioridad, el deber de verificar que aquel rechazo sea informado, auténtico y actual. Pero cuando el rechazo tenga tales connotaciones, no hay posibilidad de desatenderlo en nombre de un deber de curación como principio de orden público.*

¹⁵ Así se lee en la sentencia: *la nueva dimensión que ha asumido la salud, ya no entendida como simple ausencia de enfermedad, sino como estado de completo bienestar físico y psíquico, y que involucra por lo tanto, en relación con la percepción que cada uno tiene de sí mismo, también los aspectos internos de la vida tal y como son advertidos y vividos por el sujeto en su experiencia.*

¹⁶ Así se lee en la sentencia: *principio personalista que inspira nuestra Constitución, que ve en la persona humana un valor ético en sí mismo, prohíbe toda instrumentalización de la misma para todo fin heterónimo y absorbente, concibe la intervención solidaria y social en función de la persona y de su desarrollo y no viceversa, y observa el límite del «respeto de la persona humana» en referencia al individuo, en cualquier momento de su vida y en la integridad de su persona, en consideración del abanico de convicciones éticas, culturales y filosóficas que orientan sus determinaciones volitivas.*

¹⁷ Así se lee en la sentencia: *predicar la indisponibilidad del derecho a la vida, a diferencia de lo que sucede para otros derechos constitucionales y fundamentales, puede conectarse, también desde una óptica puramente laica, con el hecho de que, en el mapa del constitucionalismo moderno, se trata de un derecho diferente de todos los demás; la vida es un presupuesto indispensable para el disfrute de cualquier libertad del hombre y, justamente por esto, no puede admitirse que la persona aliene a otras la decisión sobre su propia supervivencia o que el derecho se extinga con su renuncia; la indisponibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la vida es un corolario lógico de un sistema, como el del constitucionalismo moderno, del que la tutela de la personalidad individual es el fundamento, él mismo, irrenunciable e indisponible. Debe observarse de inmediato, sin embargo, que, para evitar equívocos, la indisponibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la vida está garantizada para que sujetos diferentes de aquel que debe vivir, el cual podría estar en estado de debilidad o de minusvalía, se arroguen arbitrariamente la posibilidad de interrumpir la vida ajena; sería erróneo lo inverso, y en verdad también monstruoso, construir la indisponibilidad de la vida con arreglo a un interés ajeno, público y colectivo, supraordenado y distinto de aquel de la persona que vive. La vida del hombre, para quien cree, es de Dios; y también para aquel que no sea religioso, la vida no es desde luego de otros que no son los que viven y tampoco puede ser reconducida, si no de forma aberrante, a un interés público o del Estado.*

recorrido que es seguido al releer tales fuentes, utilizando los cánones de la interpretación de adecuación al Derecho constitucional y al Derecho internacional, pero también tomando en consideración fuentes de nivel inferior, como el código deontológico, para definir una premisa normativa que señale también el grado de resistencia del derecho a la autodeterminación a la intervención sanitaria para la tutela de la vida, en cuanto bien en sí mismo relevante, al prescindir de cierto grado de conciencia. En estos términos, la cuestión es desplazada de la problemática de la interrupción de la vida a la tutela del individuo en relación con la cuestión terapéutica para llegar a afirmar que este límite frente a la intervención sanitaria es expresión de la tutela de la vida digna. Desde este punto de vista, se diría que de algún modo el problema inicial de la relación entre el derecho de autodeterminación y el consentimiento informado está invertido: es el efecto del peso que asume el concepto de dignidad dentro de la sentencia, atado al problema del vivir una vida digna.

El discurso sobre la dignidad recorre en toda la sentencia. Aparentemente, en la valorización de la autodeterminación, parece que el Tribunal de Casación hace suya una concepción individualista de la dignidad, basada en la autonomía del sujeto que es salvaguardada como valor en contraposición al objetivo social de la tutela de la salud. Pero, en realidad, es un discurso más amplio y complejo porque en la argumentación del Tribunal de Casación trasluce cómo toda la incertidumbre de la concepción de la dignidad es entendida como valor ético y, al mismo tiempo, como principio del derecho. Es sobre todo la segunda cuestión, la manifestación de la autodeterminación del sujeto incapaz, la que despierta la atención desde el punto de vista argumentativo. Aquí expresamente el Tribunal de Casación advierte la laguna normativa¹⁸.

A diferencia de lo que ocurrió con el problema anterior, en el que la tarea de el Tribunal de Casación fue reconstruir un tejido normativo existente, aquí la precomprensión es señalada por la constatación de una laguna del orden jurídico que podría ser entendida, por su naturaleza, como una laguna ideológica. Pero el esquema argumentativo que es adoptado para la creación de la norma para aplicar al caso del juicio no se reduce a un mero empleo de los cánones interpretativos ordinariamente aplicados a los objetivos complementarios del Derecho, en particular el argumento analógico, en la forma de la analogía *legis* o la mera concretización de principios expresos en el papel constitucional o deducidos por un tejido legislativo.

El resultado al que llega el Tribunal de Casación es la creación de una norma apta para contestar a la pregunta sobre la justicia que fue planteada en el caso. ¿Podría decirse que el Tribunal de Casación, efectivamente ha sustituido al legislador, asumiendo la gravosa tarea de “hacer el derecho”¹⁹?

¹⁸ Así se lee en la sentencia: *También en tal situación, aun en ausencia de una específica disciplina legislativa, el valor primario y absoluto de los Derechos involucrados exige una inmediata tutela e impone al juez una delicada obra de reconstrucción de la regla de juicio en el cuadro de los principios constitucionales (cf. Corte Const., sentencia n. 347 del 1998, punto n. 4 del “Considerato in diritto”).*

¹⁹ Sobre la relación entre la legislación y la jurisdicción quisiera hacer referencia al interesante debate reconstruido por Gustavo Zagrebelsky (1997) sobre el “caso Serena”, que describió como un caso “crítico”, que se ocupa de la delicada cuestión de las operaciones llevadas a cabo en la jurisprudencia. Según Zagrebelsky la actividad jurisprudencial no altera la categoría de certeza, tratándose simplemente de una consecuencia del ordenamiento jurídico actual. Emerge claramente su punto de vista crítico, pero no escéptico, sobre los límites de la seguridad jurídica de nuestro tiempo.

A mi parecer la perspectiva debe ser otra y tener en cuenta ante todo el rol cada vez más difícil, pero al mismo tiempo acreditado que, el juez que se mueve en un espacio normativo complejo, caracterizado por un fuerte pluralismo jurídico, de la competencia de fuentes normativas secundarias e informales que difuminan y desestabilizan las fronteras del derecho. Es en este nuevo contexto pluralista²⁰, que el juez se mueve para decidir casos difíciles y a veces trágicos, teniendo que garantizar, incluso en la inestabilidad del material normativo a disposición, una decisión justa y que se haga efectiva, sobre un plano práctico y material, y no solamente lógico-formal, la tutela de los Derechos.

Desde este punto vista, ciertamente puede decirse que la intervención del Tribunal de Casación asume un carácter creativo en la identificación de una norma específica en el caso de estudio. Se trata sin embargo de una creatividad que se desarrolla en el ámbito de un proceso hermenéutico que cobra vida no en la soledad de un recorrido interpretativo puramente analítico y lógico-formal, sino en el diálogo argumentativo con los textos normativos, también en clave comparatista, con los principios constitucionales, los anteriores criterios jurisprudenciales nacionales, internacionales y comunitarios, los supuestos de la ciencia bio-médica y las instancias éticas individuales y colectivas.

La última cuestión afrontada por el Tribunal de Casación, conectada ineludiblemente con la anterior, concierne a los límites del poder de intervención del juez.

Todavía más que en la dimensión formal y material, aquí la decisión del Tribunal de Casación asume un relieve preeminentemente pragmático en cuanto señala los límites entre la autonomía individual y la invasividad del Derecho. La decisión alrededor de la vida es decisión de la persona o de quién institucionalmente la representa. Es una decisión contextual, legítima en cuanto es capaz de representar las coordenadas de esta contextualidad con justificación razonable.

Los contenidos de esta decisión no son deducidos desde el Derecho sino desde la ética, y son justificados. Por lo tanto, no se usan criterios puramente jurídicos, justificables sobre la base de la corrección del discurso jurídico, sino criterios y reglas propias del discurso práctico racional. Los principios deducibles del sistema jurídico, incluso en su mayor extensión, no son exhaustivos pero necesitan ser ponderados según criterios y reglas racionales capaces de proyectarse desde el plano concreto y contextual en la que debe ser asumida la decisión en que se concretiza la acción. Es esta, a mi entender, la máxima expresión de la integración de la moral con el Derecho; esta integración, retomando una conocida fórmula, no puede sino redescubrirse en este caso en su función de mero control del ejercicio de la voluntad individual, jamás sustitutivo o prescriptible de aquella decisión. Pero, sobre todo, en la perspectiva pragmática en que la sentencia puede y tiene que ser leída, especialmente a partir de esta tercera cuestión, se abre una interrogante

²⁰ En las últimas décadas, acreditadas voces han definido el nuevo contexto pluralista como reticulares también gracias a las reflexiones socio-jurídicas sobre la globalización. La metáfora de la "red" parece haberse convertido en el paradigma para la descripción del nuevo Derecho, flexible, fragmentado, desafiante de los confines del Estado. La red reemplaza la imagen piramidal del Derecho: fuentes jurídicas secundarias, informales y espontáneas (lex mercatoria, Principios UNIDROIT, códigos de conducta, códigos de ética, etc.), desestabilizan la jerarquía de las fuentes, transformando la pirámide en una red, un marco legal cambiante, flexible y elástico que, de vez en cuando, se llena de contenidos específicos que los actores individuales determinan con sus acuerdos, contratos y transacciones. Encontramos huellas en la contribución de François Ost y Michel van de Kerchove (2002) y Gunther Teubner (2005). La metáfora de la red es abordada también por Pastore (2003, p. 10).

sustancial: ¿puede ser la cuestión alrededor de la vida y a la muerte solucionada con una intervención normativa que simplifica una complejidad insimplificable con categorías jurídicas positivistas y dogmáticas (Berteau 2002, pp. 47- 48)?

4. ANÁLISIS DEL CASO (TRIBUNAL DE CASACIÓN 2 OCTUBRE 2012 N. 16754, REL. TRAVAGLINO²¹)

4.1 HECHO

Se sometió al Tribunal de Casación el delicado problema de la titularidad del derecho al reembolso del daño principal al menor minusválido, resultado de la omisión de investigación por parte del sanitario acerca de la malformación genética del feto, de una madre que, al mismo tiempo que solicitaba el examen diagnóstico, manifestó la voluntad de no llevar a cabo el embarazo en la hipótesis de resultado positivo de la prueba. El ginecólogo practicó a la mujer solamente la Tri-prueba con resultado negativo. Omitió explicarle a la mujer, sin embargo, el porcentaje de falsos negativos de la mencionada prueba al igual que la posibilidad de efectuar otros exámenes, más invasivos (amniocentesis), para aumentar el grado de certeza del diagnóstico. Al término del embarazo nació una niña enferma de síndrome de Down.

4.2 ITER PROCESAL

Los padres, las hermanas y la misma niña enferma acudieron al Tribunal de Treviso para buscar que se condenara al ginecólogo y el USSL al reembolso del daño por la omisión del diagnóstico de la malformación. Con su sentencia, el Tribunal rechazó el recurso de los padres y las hermanas, previa declaración de defecto de legitimación activa de la menor con síndrome de Down. A partir del pronunciamiento del Tribunal, la Corte de apelación de Venecia rechazó el gravamen propuesto por la familia confirmando la decisión anterior:

habiéndose verificado el nacimiento, no puede hacerse valer por el menor como daño de incumplimiento contractual el hecho de estar afectado por malformaciones congénitas por no haber sido la madre, por defecto de información, puesta en condición de tutelar su derecho a la salud, recurriendo al aborto.

La familia rechazó la sentencia de apelación y propuso recurso ante el Tribunal de Casación. Los motivos que dieron fundamento a la pretensión de los recurrentes fueron acogidos por el Tribunal de Casación. La decisión del Tribunal de Casación, constituyó un cambio de decisión de la anterior orientación jurisprudencial, que data entre el 2004 al 2011.

En este punto es de mencionar que en el año 2004 el Tribunal de Casación se encontró en la obligación de decidir sobre un caso en el que padres enfermos de talasemia no fueron informados por el médico durante el embarazo del riesgo de que también el nasciturus pudiera resultar contagiado, y por ello pretendían que en el juicio el médico fuera condenado a resarcir los daños sufridos tanto por ellos como por el hijo nacido talasémico. El Tribunal de Casación, en aquel caso, excluyó el resarcimiento del daño de

²¹ <http://www.altalex.com/index.php?idnot=19429> (consultado el 7 de abril de 2014).

nacimiento deforme del neonato (cuya enfermedad era considerada no evitable ni remediable). En este punto estamos delante del papel "miserable del Derecho", inadecuado en el ofrecer una solución a la ponderación entre la vida no querida y la muerte querida, por expresa declaración o por silenciosa presunción.

Los motivos de la inexistencia del derecho al reembolso por daño de *wrongful life* residen en el *iter* argumentativo de la sentencia de 2004, fundada tanto sobre premisas normativas (prohibición de aborto eugenésico, ley n.194/1978), como sobre premisas argumentativas (la falta de un nexo de causalidad entre la conducta omisiva del médico y la enfermedad; la enfermedad no es adeudable al médico en cuanto, aun habiéndose verificado según los actuales conocimientos científicos, no habría sido susceptible de extirpación; no existe un derecho al reembolso del daño principal a la hija deforme en cuanto

en nuestro ordenamiento no existe un derecho a nacer sano, en cuanto "posición no meritoria de tutela").

En un caso posterior, esta vez de 2009²², el médico fue considerado responsable de haber causado por su omisión o por no haber impedido la malformación (se trató de un caso en que el ginecólogo no informó a la pareja de los posibles efectos teratogénicos de un fármaco suministrado a la mujer para estimular la función reproductiva). El Tribunal de Casación, en este caso, reconoció legitimidad a la búsqueda, por parte del menor deforme, del reembolso de los daños, afirmando que el concebido

debe considerarse dotado de subjetividad jurídica autónoma (...) y que a su derecho a nacer sano corresponde la obligación de los sanitarios de resarcirlo.

El reembolso de los daños a favor del concebido se obtiene como consecuencia del nacimiento o bien de su derecho a nacer sano; más precisamente: el derecho al reembolso del daño está condicionado por la averiguación de la condición de nacimiento. El reembolso del daño es debido por la omitida información de los posibles riesgos teratogénicos consiguientes a la terapia que le es prescrita a la madre, además por el deber de suministrar fármacos no dañinos para el concebido.

Sin embargo, el Tribunal de Casación tuvo cuidado de precisar que (*obiter dictum*) el recién nacido deforme no habría tenido derecho al reembolso en caso de que el consentimiento informado, acerca del riesgo de malformaciones prenatales, hubiera sido solamente funcional a la interrupción de embarazo por parte de la mujer, confirmando así la posición anteriormente expresada en jurisprudencia.

Todavía en 2011²³ se discutió el derecho del recién nacido al reembolso del daño por la muerte del padre, por hecho ilícito de un tercero, ocurrida antes de su nacimiento, pero después de su concepción. El Tribunal de Casación consideró resarcibles los daños sufridos por el menor a partir del momento del nacimiento y no desde el momento de la muerte del padre, considerando de esta forma irrelevante la cuestión de la subjetividad jurídica del nasciturus. Al nacer la hija fue privada de la relación con el padre, no antes de que naciese, madurando sólo con el nacimiento su derecho al resarcimiento.

22 Cass. n. 10471/2009.

23 Cass. n. 9700/2011.

El Tribunal de Casación, aunque accidentalmente (*obiter dictum*), afirmó que se podía reconocer también el derecho al reembolso del daño al nacido con malformaciones, extendiendo al feto el mismo efecto protector que media entre la madre y el médico. El hijo, en aquel caso, a causa de la violación del derecho a la autodeterminación de la madre, no se duele del nacimiento, sino del estado de enfermedad (de la malformación). A la luz de tal sucesión lógica de los precedentes examinados, del 2004 al 2011, parece que el Tribunal de Casación había preparado el terreno para la solución propuesta con la sentencia n. 16754 del año 2012. La decisión en análisis puede presentarse esquemáticamente en los siguientes puntos emergentes:

- El daño al recién nacido deforme reside en su perspectiva de vida, que no podrá manifestarse de modo libre según los dictámenes de la Constitución y no reside en la malformación en sí considerada ni en su nacimiento. El reembolso de los daños a favor del nacido deforme derivaría por lo tanto, según el Tribunal de Casación, de la existencia de una vida en estado de minusvalía como consecuencia de una fallida autodeterminación de la mujer, que hizo claramente explícito el querer efectuar pruebas de diagnóstico sobre el feto para poder, en caso de resultado infausto, ejercer el derecho a la interrupción del embarazo.

El *vulnus* sufrido del menor malformado es el estado funcional de enfermedad, la condición evolutiva de la vida minusválida, entendidas como proyecciones dinámicas de la existencia que no es la simple suma algebraica de la vida y de la minusvalía, sino la síntesis de vida y minusvalía, síntesis generadora de una vida minusválida.

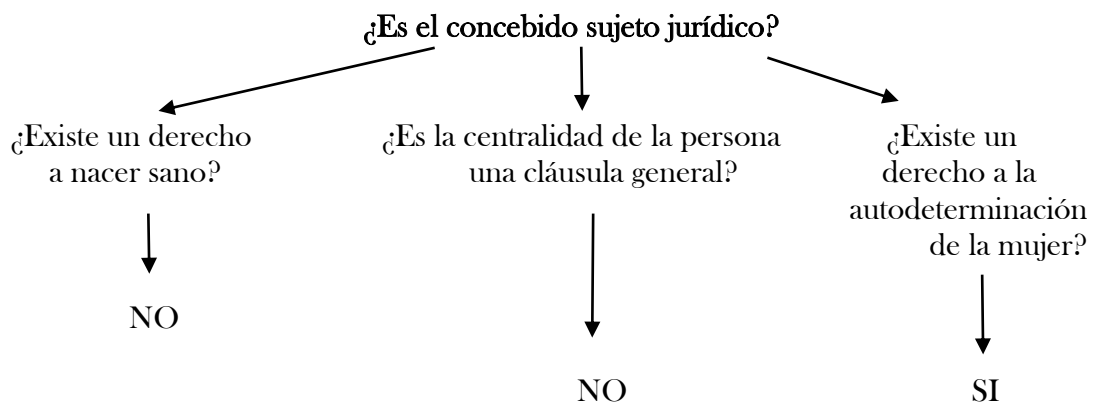
- El nexo de causalidad se tiene pues, entre la conducta omisiva del sanitario y el acontecimiento dañino (perspectiva de vida deforme):

- Irrelevancia del nexo causal entre omisión de diagnóstico y nacimiento, en cuanto el nacimiento no puede ser considerado como tal;

- Irrelevancia del nexo causal entre omisión de diagnóstico y minusvalía, en cuanto la malformación no es consecuencia de la omisión, sino del presupuesto de naturaleza genética, con respecto del que la conducta del sanitario es muda sobre el plano de la relevancia etiológica. Una solución diferente sobre el plan causal resultaría en la inadmisibles anulación de la voluntad de la embarazada.

- La conducta culpable del médico consistiría en cambio en la autenticidad insuficiente de la prueba en presencia de una explícita solicitud por parte de la mujer y del defecto de informaciones acerca de la gama de las posibles investigaciones a efectuar.

4.3 ESQUEMA ARGUMENTATIVO





4.4 EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN. INTERESES EN CONFLICTO

Glosar una motivación tan intensa y notable es desde luego una tarea difícil; intentaré analizar el *iter* argumentativo tratando de poner atención sobre puntos nodales que lo han caracterizado, en el panorama jurisprudencial, viendo esta pronunciación como un *revirage* con respecto del pasado.

También en 2012, en efecto, el Tribunal de Casación reconoce el derecho al reembolso del daño en favor del nacido deforme, pero tal pretensión deriva de premisas y argumentaciones diferentes. El Tribunal de Casación de 2012 toma, sin términos medios,

el reconocimiento de la subjetividad jurídica principal al concebido, adoptando un esquema argumentativo que se vale del empleo de precedentes que le permiten al juez la legitimidad de averiguar y justificar sus premisas. Entre los precedentes examinados, hay que notar la comparación cerrada con la decisión de 2009, cuya pretendida compensación depende de la subjetividad jurídica del concebido.

La decisión del año 2012 pone en evidencia el contraste entre la necesidad de una premisa relativa a la subjetividad jurídica del concebido, debido a la contradicción entre el reconocimiento de un derecho a nacer sano, como derecho a la vida que se desarrolla con el embarazo, y la tutela del derecho a la salud invocable solo después del nacimiento.

El Tribunal de Casación recuerda que el derecho a la procreación consciente y responsable, que encuentra tutela en la legislación ordinaria y en particular en la ley 194 del 1978, le es atribuido sólo a la madre y por tanto, en el caso en que sea lesionado por un defecto de información, no es adaptada también la cualificación de un derecho extensivo al concebido en virtud de su subjetividad jurídica, *sino de la propagación intersubjetiva del ilícito que legitima un sujeto de Derecho, como el neonato, para el trámite de su representante legal, para actuar en juicio para el resarcimiento de un daño que se asume por hipótesis que es injusto.*

La premisa de hecho coincide con la voluntad expresamente declarada por la mujer de querer interrumpir el embarazo en caso de malformación del feto. A esta premisa de hecho, sigue un dato normativo importante, la existencia de una ley sobre el aborto el n. 194 del 1978 que al artículo 4 permite el aborto en caso de "serio peligro para la salud física o psíquica" de la mujer. De estas premisas, se entiende que la interrupción voluntaria de embarazo no tiene que ser utilizada como medio para ponderar dos valores constitucionalmente garantizados, la vida de la mamá y del niño, sino sencillamente para averiguar si, sobre el plan de la causalidad hipotética, puede derivar en una enfermedad psíquica a la mujer.

Ofrece un válido sostén argumentativo la reexpedición a una decisión constitucional²⁴, que incluso reconociendo por primera vez un fundamento constitucional al concebido, considera que tal Derecho no es plenamente equivalente al derecho a la vida, a la salud de la madre, de quien es ya persona. En la imposibilidad, pues, de sustentar el balance entre dos vidas, podría creerse razonable incluir la tutela del hijo en la de la madre, dejando a este último la posibilidad de ejercer su derecho de autodeterminación (art. 5 legge 194 de 1978). Se trataría, por tanto, de una identificación de la vida del hijo con el cuerpo de la madre, "al que corresponde una posición rara para los objetivos del consentimiento (Zatti 2009, p.22; Zatti, Rodotà 2011, p.1606)".

En otras palabras, alejándose de la decisión del 2009, el Tribunal de Casación, para reconocerle al concebido la titularidad del derecho al reembolso de los daños patrimoniales no cree necesario indagar sobre la subsistencia que sea de interés principal una subjetividad jurídica en términos de derecho al honor, a la reputación, a la identidad personal; sino de la idoneidad de ser titular de derechos inviolables previstos por el artículo 2 de la Constitución conectados con la naturaleza humana. Desde tal óptica, la decisión de 2012 quiere superar la dicotomía, reafirmada en 2009, entre un derecho del concebido a nacer sano y un derecho a no nacer. La existencia de estos dos derechos trae consigo una contradicción en el razonamiento, como ya se ha recordado

24 Sobre el punto, se puede leer la sentencia n. 27 de 1975 de la Corte Constitucional, (Pres. P. Bonifacio).

precedentemente, y si así fuera nos encontraríamos, sugiere Travaglino, en una situación paradójica en la que

por un lado, al considerarlo en fase prenatal, sujeto de derecho y por ello centro de imputación de algunos derechos, de la personalidad y patrimoniales — de hacer valer sólo si y en cuanto nacido —; por otro lado, al reservarle, en el nacimiento, un tratamiento de no-persona, desconociendo sustancialmente los aspectos más íntimos y delicados de su existencia.

Desde esta perspectiva, el concebido es objeto de tutela, considerándolo legitimado para reclamar el resarcimiento a la lesión sufrida en su salud, no al derecho a la vida, ni a nacer sano, ni aún menos a no nacer, sino más sencillamente, acerca de la lesión a su derecho a la salud que se manifiesta y se actualiza en el momento del nacimiento. En fin, en esta larga y fecunda motivación, que se vale del recurso a los cánones interpretativos como el método de la interpretación adecuada en la concretización no sólo de normas constitucionales sino también de las continuas referencias al derecho comparado, sin olvidar la reconstrucción de las orientaciones jurisprudenciales anteriores, el juez ha reconocido un pleno y autónomo derecho compensatorio principal al recién nacido, basado en los artículos 2, 3, 29, 30 y 32 Constitución, también cuando las conductas, activas u omisivas y el acontecimiento (malformación del feto o muerte del padre), se hayan consumido integralmente en un momento precedente con respecto de su nacimiento. Además, la elección adoptada constituye la novedad real de la decisión, y se reconoce al recién nacido un derecho compensatorio autónomo por el diagnóstico fallido de la minusvalía de la que fue portador que desde el momento de la propia concepción y que sólo se manifiesta en el momento del nacimiento. En el *iter* argumentativo del Tribunal de Casación emerge claramente el distanciamiento de lo afirmado en 2009, sobre la configuración jurídica respecto de la tutela del concebido antes del nacimiento.

Por otro lado, nos recuerda el Tribunal de Casación, justo en realización de los principios de la jurisprudencia de los intereses²⁵ (que el Tribunal de Casación 2009 declaró de querer perseguir)

parece (...) que todas las normas, constitucionales y ordinarias, orientadas a regular el delicado territorio de la concepción, consideren al concebido como un objeto de tutela necesaria, siendo la subjetividad — como se ha dicho — una abstracción normativa funcional a la titularidad de relaciones jurídicas.

El reembolso en esta dimensión se pone como reparación ya no del no-nacimiento, sino del mayor malestar que el menor portador de la minusvalía tiene que afrontar en la exteriorización de sus derechos individuales y sociales.

En la decisión analizada (sentencia n. 16754/2012) el Tribunal de Casación reconoce además el reembolso al concebido sobre el presupuesto de que la madre no fue sometida a las comprobaciones idóneas para diagnosticar la minusvalía que permitiera determinar un aborto. Mientras que en 2009, en un *obiter dictum*, la misma sección excluyó la configurabilidad del mismo derecho en cuanto

²⁵ La diferencia entre la jurisprudencia de los conceptos y la jurisprudencia de los intereses no atañe sólo la plenitud del orden, pero también atañe a otros perfiles. Por un análisis más profundizado del tema se vea: Larenz 1966, pp. 17 y ss. (jurisprudencia de los conceptos) y pp. 58 y ss. (jurisprudencia de los intereses); Wilhelm 1974, pp. 75 y ss (jurisprudencia de los conceptos) y pp. 123 y ss. (jurisprudencia de los intereses).

la ausencia de consentimiento informado, (...) no puede dar lugar a resarcimiento también frente al nasciturus (...) nacido deforme.

En el 2012, en cambio, el Tribunal de Casación no se limita a revertir y reformular este principio de derecho sino que, como hemos visto, partiendo del mismo cuadro normativo, elabora un recorrido argumentativo autónomo, sometiendo a una crítica analítica las razones de la anterior pronunciación.

Una clara novedad, con respecto de la jurisprudencia consolidada del pasado que reconoció los efectos protectores al padre, es señalada por la extensión del derecho al reembolso más allá del padre²⁶ también

a los hermanos y a las hermanas del neonato. El daño consistiría en la inevitable, menor disponibilidad de los padres ante ellos, en razón del mayor tiempo necesariamente dedicado al afectado por la minusvalía,

así como en la imposibilidad de gozar de una atmósfera serena.

Sin embargo, un atento análisis revela que la justificación del reconocimiento de la compensación también a favor de los hermanos del menor minusválido, terceros con respecto de la relación contractual establecida entre médico y madre, se asentaría en una valoración de carácter ético, social, psicológico en la que no es posible encontrar una argumentación. Y es justo en este núcleo argumentativo que hallamos el recorrido que lleva a el Tribunal de Casación en el 2012 a reconocer el derecho al reembolso del daño respecto al mismo menor minusválido nacido

-a continuación de la identificación omitida, por parte del sanitario, de la malformación genética - de una madre que, contextualmente a la petición del examen de diagnóstico, haya manifestado la voluntad de no llevar a cabo el embarazo en la hipótesis de un resultado positivo del test.

Lo que llama principalmente la atención, en esta estrecha comparación entre intérprete y legislador y entre la jurisprudencia misma, es la posibilidad dentro de una tramitación motivacional de llegar a una misma conclusión, en el caso particular, para el reconocimiento de la principal compensación pretendida por el concebido, partiendo de premisas diametralmente opuestas pero igualmente justificadas.

Si, en efecto, la jurisprudencia del 2009 instituyó un derecho a nacer, el siguiente pronunciamiento lo redefine como derecho imposible y absurdo si se lo considera desde el punto de vista ontológico, a partir de la evidente contradicción de atribuir a quien no existe todavía, un derecho de ser. El punto al que llega la sentencia del 2012 es contrario, consiste en reconocerle sencillamente al niño una vez nacido un derecho a una existencia decorosa en nombre del cual se da curso a su tutela compensatoria. En esta óptica, precisa el Tribunal de Casación, no hay ningún juicio de valor²⁷, sino sencillamente la posibilidad de reconocer a un niño una vida cómoda.

26 De acuerdo con el precedente sostenido por el Tribunal de Casación del 2009.

27 Sobre este punto, Dworkin sostiene que la verdad de un valor moral no es determinada en correspondencia con la realidad, no puede ser demostrada entonces con la investigación empírica (Dworkin 2013, p. 24).

5. UNA POSIBLE CONCLUSIÓN

¿Es posible llegar, por medio del derecho, a una solución plenamente satisfactoria y potencialmente definitiva en casos difíciles? ¿Puede ser el caso difícil sometido a un proceso de ejemplificación y estandarización normativa?

Si el derecho positivo no puede solucionar definitivamente el caso difícil, entonces las cuestiones ahora planteadas se desplazan inevitablemente hacia la no eliminable tensión entre Derecho y moral, porque, en un último análisis, la dificultad del caso será en su momento solucionada mediando el dato normativo con las instancias éticas personales de las cuales cada individuo resulta portador.

En tal dirección se mueve el Tribunal de Casación: es en efecto evidente la migración de categorías no estrechamente jurídicas al plano jurídico. Me refiero, sobre todo, a los principios y a las categorías éticas en el razonamiento judicial emprendido y en las elecciones argumentativas; categorías que asumen una función material determinante en la individuación de los límites a la intervención médica. Se trata, del fenómeno de la entrada de la moral en el Derecho, pero no de una moral positiva sino de la dimensión moral que parte del reconocimiento del otro, de su esfera subjetiva y lo considera como parámetro de sus propias decisiones.

La entrada de la moral en el Derecho y, en el caso sometido a análisis, del razonamiento del Tribunal de Casación y de sus itinerarios argumentativos encarna justo la dimensión dialógica ideal en que se desenvuelve aquel acuerdo, destinado a resolver la tensión, entre la autonomía del individuo y la intervención del Estado, incluso inspirándose en principios solidarios. Desde esta perspectiva, la sentencia es un claro ejemplo del "teorema fundamental de la filosofía del Derecho", de lo que resulta que sólo las normas jurídicas son incapaces de constituir razones operativas para la justificación de acciones o decisiones.

En un plano más estrictamente argumentativo y, en particular, de la valoración, se puede notar cuán relevante es el empleo de los cánones interpretativos, cuando en el análisis argumentativo de las sentencias se enfrentan las temáticas del respeto de la vida privada y familiar, ya que comúnmente vienen al caso cuestiones en las que el poder de decidir deja sitio a la voluntad de las personas interesadas. Es, por lo tanto, necesario abandonar el campo del poder dispositivo sobre la vida naciente y hacer emerger el derecho a la autodeterminación que, a pesar de ser fundamental, a menudo es olvidado.

El papel del juez en este sentido puede ser determinante: un ejemplo de ello es la perspectiva de identificación de la vida del hijo con el cuerpo de la madre, para lo cual la sentencia del juez es relevante en función del derecho a nacer sano, en cuanto afecta al peso del principio de autodeterminación de la mujer para el objetivo del reconocimiento de la compensación pretendida a favor del nacido deforme.

Una última observación muestra como el Tribunal de Casación, en ambos casos, ha cumplido puntualmente con el gravamen de justificación externa o justificación de segundo nivel, dando razón de las premisas asumida por el juicio.

La decisión alcanzada no es ciertamente reproductiva de un orden jurídico pre-vigente sino creativa de un nuevo derecho que se asume particularmente en la apertura del

concepto dogmático de autodeterminación, sin estar basado en una voluntad explícita y expresa, sino también reconstruido a la luz de comportamientos de valores prácticos. No hay solamente un juicio de coherencia sino, considerando la dificultad de los casos, también un juicio de congruencia, que consigue una lectura sistemática de normas anteriores, adquisiciones dogmáticas, para definir un valor unitario inteligible en el orden y llegar así a una decisión que no solo tiene sentido en el sistema sino en el mundo (MacCormick 2001).

A la luz de estas consideraciones, se vuelve preponderante el interrogante citado al principio de esta sección: ¿Es posible llegar, por medio del derecho positivo, a una solución definitiva en casos difíciles?

Para finalizar, creo que la aplicación de las reglas del discurso jurídico a las que el Tribunal de Casación ha dado vida no permite llegar a una decisión cierta, implicando valoraciones éticas. Nace la posibilidad del disenso que, en cambio, según los principios del gravamen de la argumentación, irá a su vez justificado, abriendo nuevas perspectivas de análisis pero también formulando nuevos juicios que determinarán la apertura y la constante revisabilidad del sistema.

Se trata entonces no de una respuesta contingentemente correcta con base en parámetros tradicionales, sino con respecto de argumentaciones que reproducen la indefinible tensión entre Derecho y moral, de algún modo también críticamente superables. Llegamos, en fin, a una certeza contextualizada en la lógica del mejor argumento que es propuesto con la pretensión de una corrección siempre verificable, siempre posible de ser sometida a esquemas argumentativos de una nueva pretensión de corrección; una certeza relativa que no soluciona el caso difícil en forma absoluta pero que recoge de ello la especificidad, logrando conjugar normas de derecho positivo y moral pública.

Referencias

- Aarnio, A., 1987. *Rational como razonable. Un tratado sobre la justificación legal*. Dordrecht: Kluwer.
- Alexy, R., 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè.
- Angiolini, V. y Cuniberti, M., 2009. La memoria dei professori Vittorio Angiolini e Marco Cuniberti alla Corte di Cassazione per la sentenza del 16 ottobre 2007. *Bioetica*, 17 (1-2), 212-237.
- Atienza, M., 2013. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, M., 2006. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho, p. 11, en Id., 2012. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*. Ed. it. (editado por) A. Abignente, trad. it. de V. Nitrito Izzo, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J. J., Navarro, Pablo, E., Rodríguez, J.E. y Ruiz Manero, J., 2005. *Lagunas en el Derecho*, Barcelona: Marcial Pons.

- Berman, P. S., 2012. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Mexico City: Cambridge University Press.
- Berteza, S., 2002. *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*. Catanzaro: Rubbettino.
- Cattani, A., Cantù, P., Testa, I. y Vidali, P., eds., 2009. *La svolta argomentativa. 50 anni dopo Perelman e Toulmin*. Napoli: Loffredo.
- De Luca, M., 2009. *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*. En: "Foro Italiano".
- Dworkin, R., 2013. *Giustizia per i ricci*. Milano: Feltrinelli.
- Ferrarese, M. R., 2012. *Prima lezione di diritto globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Gadamer, H. G., 2004. *Verità e Metodo*. Milano: Bompiani.
- Gillette, C. P., 2004. The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages Under the CISG. *Chicago Journal of International Law*, 5, 157-159.
- Guastini, R., 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.
- Guastini, R., 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè
- Duncan Kennedy, 1997. *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, cap.II, trad. de Bianca Gardella Tedeschi.
- Larenz, K., 1966. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, (editado por S. Ventura) Milano: Giuffrè.
- MacCormick, M., 2001. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Ost, F. y van de Kerchove, M., 2002. *De la Pyramide au Resau. Pour une théorie du droit dialectique*. Bruselas: Publicaciones des Facultades Universitarias Saint-Louis.
- Pastore, B., 2003. Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti. En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XVII, vol. 1, pp. 5-16.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L., 1966. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino: Einaudi.
- Taruffo, M., 1996. Per un'analisi comparata del precedente giudiziario. *Ragion pratica*, 6, 36.
- Teubner, G., 2005. *La cultura de la ley en 'era de globalizzazione. La aparición de las constituciones civiles*. Roma: Armando.

van Eemeren, F.H. y Grootendorst, R., 2008. *Una teoria sistemica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico* (2004), trad. it. de Gilardoni A. Milano: Mimesis.

Wilhelm, W., 1974. *Metodologia giuridica del secolo XIX*, (editado por) P. Lucchini. Milano: Giuffrè

Working Group of Royal College of Physicians, 1996. The permanent vegetative state. *The Journal of the Royal College of Physicians*, 30.

Zagrebelsky, G., 1997. *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi.

Zagrebelsky G., 2009. *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi.

Zatti P., 2009. *Maschere del diritto. Volti della vita*. Milano: Giuffrè.

Zatti P., Rodotà S., 2011. *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*. (editado por) S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti Tomo I. Milano: Giuffrè.