Actualidad Jurídica Iberoamericana

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 8, febrero de 2018

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: info@idibe.com
Dirección web:
www.idibe.com
Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Domenech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova.
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Nápoles II, Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Angelone
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

D. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Universidad Jaime I de Castellón, España

D. Francesco La Fata
Doctorando, Universidad del Sannio, Italia

Dra. Anna Malomo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

D. Gonzalo Muñoz Rodrigo.
Graduado en Derecho.

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice
Colaboradora en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

D. Valerio Rotondo
Doctorando, Universidad de Molise, Italia

D. Stefano Sajeva
Magistrado

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dr. Ignazio Tardia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Assistente na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Ricercatore di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

I. PONENCIAS Y COMUNICACIONES AL IV CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, 25 DE ABRIL DE 2017, UNIVERSIDAD DE VALENCIA/IDIBE.

Derecho de Familia

La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España. (Pp. 11 ~ 31)
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Gestação de substituição e acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação.
(Pp. 32 ~ 47)
ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA.

Filiación y parejas homosexuales en Italia. (Pp. 48 ~ 58)
SARA LANDINI

El acto jurídico normativo. Una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada en México. (Pp. 59 ~ 79)
GISELA PÉREZ FUENTES

No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014.
(Pp. 80 ~ 96)
TANIA VÁZQUEZ MUIÑA

La gestación por sustitución en España: algunas "novedades". (Pp. 97 ~ 107)
MARÍA JOSÉ QUINZÁ REDONDO

Derecho y Bioética

La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes. (Pp. 108 ~ 123)
LORENA SALES PALLARÉS

La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida.
(Pp. 124 ~ 137)
JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART

Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida. (Pp. 138 ~ 155)
CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación. (Pp. 156 ~ 212)
ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002. (Pp. 213 ~ 229)
BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ

Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica. (Pp. 230 ~ 278)
ELEONORA LAMM

Responsabilidad civil médica

Consentimiento informado y responsabilidad médica. (Pp. 279 ~ 296)
JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

El papel del consentimiento informado en los supuestos de diagnóstico erróneo. (Pp. 297 ~ 312)
Mª. NIEVES PACHECO JIMÉNEZ

Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. (Pp. 313 ~ 327)
EVA MARÍA NAVARRO SIMÓN

Derechos del paciente y responsabilidad civil médica (Venezuela). (Pp. 328 ~ 372)
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN.

Responsabilidade civil na área médica. (Pp. 373 ~ 420)
NELSON ROSENVALD

El contrato de servicios médicos: la información sobre riesgos del tratamiento sanitario en el Draft Common Frame of Reference. (Pp. 421 ~ 434)
DAVINIA CADENAS OSUNA

II. ESTUDIOS.

Derecho de la Persona.

El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal. (Pp. 435 ~ 453)
LUIS DE LAS HERAS VIVES

Derecho Deportivo.

Responsabilidad deportiva de los atletas profesionales: esquiadores y jugadores de futbol a la luz del Derecho vigente. (Pp. 454 ~ 474)
SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA.

Derecho Comunitario.

La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso.
AURORA LÓPEZ AZCONA. (Pp. 475 ~ 542)

LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA

THE FILIATION DERIVED FROM THE TECHNIQUES OF ASSISTED REPRODUCTION IN SPAIN

Dr. Dr. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: Estudio de los principales problemas que en la legislación española plantea la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, con un atento examen de la jurisprudencia más reciente al respecto.

PALABRAS CLAVE: filiación; reproducción asistida; maternidad subrogada.

ABSTRACT: Study of the main problems that in the Spanish legislation poses the filiation derived from the techniques of assisted reproduction, with a careful examination of the most recent jurisprudence in this regard.

KEY WORDS: filiation; assisted reproduction; surrogate motherhood.

FECHA DE ENTREGA: 11/11/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA USUARIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- II. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN.- 1. Usuaria casada con un varón.- 2. Usuaria casada con otra mujer - 3. Usuaria conviviente de hecho con un varón.- 4. Usuaria conviviente de hecho con otra mujer.- III. VIENTRES DE ALQUILER Y MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. La nulidad del contrato de gestación subrogada en la legislación española.- 2. La posición de la jurisprudencia respecto de hijos nacidos en el extranjero como consecuencia de contratos de gestación subrogada lícitos en el país de origen.- 3. La discutible posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- 4. El Informe del Comité de Bioética de España.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA USUARIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La filiación plantea cuestiones específicas, cuando es fruto del uso de las técnicas de reproducción asistida, materia ésta, que actualmente está contemplada en España por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, la cual deroga la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que había sido parcialmente modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

A tenor del art. 6.1 de la Ley 14/2006, "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa"[1].

"La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual" (art. 6.1.II). Ahora bien, "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente", consentimiento que deberá prestarse de manera "libre, consciente y formal" (art. 6.3). La razón de esta exigencia es clara: hay que ponerla en relación con la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos, constante el matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC). Por ello, parece lógico que si la usuaria está casada, no con un varón, sino con otra mujer, aquélla no necesite el consentimiento de ésta para poder acudir a las técnicas de reproducción asistida.

Salvo en el caso de la llamada fecundación homóloga, realizada con gametos del marido o conviviente de hecho, "la elección del donante de semen sólo podrá

[1] No obstante, por aplicación del art. 3.1 de la Ley, podrá negarse el uso de estas técnicas, cuando dadas las circunstancias, p. ej., la avanzada edad de la solicitante o su precario estado de salud, "no haya posibilidades razonables de éxito" o exista "un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia".

realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación"; por lo tanto, "En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora". Ahora bien, "En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora" (art. 6.5)[2].

II. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN.

En materia de filiación es comúnmente aceptada por la doctrina la distinción entre *título constitutivo* y *título de determinación*: el título constitutivo se refiere al hecho previo que crea la filiación, que, desde el punto de vista del Código civil, es la generación (en la filiación por naturaleza) o la adopción (en la filiación adoptiva); el título de determinación es, en cambio, el modo legal de constatarla, que, en el caso de la filiación por naturaleza, presupuesto el hecho de la generación, ha de ser uno de los contenidos en los arts. 113 y ss. CC, que tienen siempre carácter declarativo, pues se basan en la idea de que la verdad legal que de ellos resulta coincide con la verdad bilógica (que opera como realidad previa) determinada por la generación.

Es parecer mayoritario de la doctrina (que comparto) que, ni la Ley 35/1988 (primero), ni la Ley 14/2006 (después), pretendieron crear un nuevo título constitutivo basado en la voluntad de procrear, sino que se limitaron a regular ciertas peculiaridades para el caso de que la generación tuviera lugar mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, presuponiendo siempre que estábamos ante una filiación por naturaleza (aunque, *sui generis*); y tampoco se propusieron establecer

[2] SAP Las Palmas, 16 mayo 2016, *JUR*, 2016, 159212, ha conocido un caso curioso. Una pareja de hecho había acudido a la reproducción asistida homóloga, naciendo dos gemelos, que, sin embargo, no resultaron ser hijos biológicos del conviviente, sino de un tercero anónimo. La sentencia condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).
La sentencia tiene gran importancia, porque reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos. Habla, así, de un "daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable"

nuevos títulos de determinación distintos a los regulados en el Código civil, al que claramente se remite el ya citado art. 7.1 de la Ley 14/2006, cuyo tenor no deja lugar a dudas: "La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos"[3].

Una vez hecha esta precisión, estudiaremos la cuestión de la determinación legal de la filiación en el caso de la reproducción asistida en la que existen peculiaridades, para cuya explicación deben distinguirse diferentes supuestos, en atención a la situación familiar de la usuaria.

1. Usuaria casada con un varón.

Si está casada con un varón, cuando éste (tal y como exige el art. 6.3 de la Ley 14/2016) haya prestado "su consentimiento formal, previo y expreso" a que aquélla sea fecundada con gametos propios o de tercero anónimo, ni él, ni su mujer, "podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación" (art. 8.1). Por lo tanto, en el caso de fecundación heteróloga, no se podrá discutir la paternidad del marido, a pesar de existir una disociación entre la verdad legal y la biológica[4].

[3] No creo que la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil parta de una idea distinta. Es cierto que en ella se incluye en el Código la regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, a las que se dedican los arts. 223-1 a 223-6. Sin embargo, es claro que no se contempla un nuevo tipo de filiación basado en la voluntad de procrear: el nº 1º del art. 221-1 recoge, así, la clasificación actual, según la cual "La filiación puede tener lugar por naturaleza o adopción". A continuación, añade que "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se determina con arreglo a las disposiciones especiales previstas en el Capítulo III de este Título". Sin embargo, en ellas no se prevén títulos de determinación de la filiación distintos a los regulados a propósito de la filiación por naturaleza: no lo es el consentimiento del marido a que su mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida, que sigue jugando como una causa de exclusión de la impugnación de una paternidad determinada en virtud de la presunción de paternidad del marido (art. 223-4, nº 1º y 2º); ni tampoco el consentimiento del varón no casado respecto a su conviviente *more uxorio*, que, en sí mismo no determina la filiación paterna, por lo que, en defecto de reconocimiento, seguirá siendo necesario acudir al expediente gubernativo, considerándose el consentimiento como un escrito indubitado (art. 223-5, nº 2º). Por cuanto concierne a la determinación de la maternidad de la mujer de la usuaria, sí que creo que el art. 223-3 regula un tipo de filiación basado en la voluntad de aquélla de querer ser madre, pero esto es algo que, a mi entender, ya hace el nº 3 del art. 7 de la Ley 14/2006, añadido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuya redacción actual se debe a la Ley 19/2015, de 13 de julio.

[4] El art. 235-8.1 del Libro II del CC de Cataluña dispone que "Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento". Con anterioridad, los arts. 92.1 y 97.1 del Código de Familia de Cataluña de 1998 exigían que dicho consentimiento se prestara en documento público. Sin embargo, la jurisprudencia flexibilizó este requisito formal, entendiendo que bastaba que fuera dado en el documento firmado ante el centro autorizado. V. en este sentido

Este precepto no crea un nuevo título constitutivo de la filiación matrimonial distinto de la generación, y tampoco establece un nuevo título de determinación de la misma, que sigue siendo la presunción de paternidad del art. 116 CC[5]: se limita a establecer una causa de exclusión de impugnación, basada en la voluntad de ambos cónyuges de atribuir al hijo que nazca la filiación del marido, con independencia de quien sea su padre biológico. Por ello, la falta de este consentimiento previo no impide la inscripción de la filiación paterna en favor del marido, conforme al art. 44, 4, III, a) de la Ley del Registro Civil de 2011 (acreditado el matrimonio de los progenitores y la procedencia de la presunción de paternidad del marido), sino que lo que sucede es que se excluye la aplicación del art. 8.1 de la Ley 14/2006, por lo que la filiación podrá ser impugnada, por no corresponderse con la verdad biológica[6].

2. Usuaria casada con otra mujer.

Si la usuaria está casada con otra mujer, según se ha dicho, no se exige que ésta consienta previamente que aquélla acuda a las técnicas de reproducción asistida, lo que se explica porque en este supuesto no juega el art. 116 CC, por lo que el hijo que nazca, en ningún caso, se presumirá matrimonial.

No obstante, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 (introducido por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 5 de marzo) prevé que, si no está separada legalmente o de hecho, pueda, "manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". La razón de ser de la norma es clara: posibilitar que el hijo tenga dos progenitores.

La redacción actual del precepto se debe a la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de Justicia y del Registro Civil. Con anterioridad, el precepto decía que la mujer casada con la usuaria, no separada legalmente o de hecho, "podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Se planteaba, pues, el problema de la usuaria sometida a las técnicas de reproducción asistida, incluso con el consentimiento escrito de su mujer, sin que esta última hubiera tenido la precaución de acudir al Registro Civil antes del nacimiento del hijo, manifestando su voluntad de que el niño se inscribiera

STSJ, Cataluña, 27 noviembre 2007, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia,* 2007, 8520, como también AAP, 12 julio 2011, *JUR*, 2011, 373587.

[5] La situación es distinta en Cataluña, pues el art- 235-3 235-8.1 del Libro II del CC expresamente considera un título de determinación de la paternidad "el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer".

[6] En el mismo sentido se orienta el art. 223-4, núms. 1º y 2º PCC.

como matrimonial cuando naciera[7]. Con el fin de posibilitar dicha inscripción, la jurisprudencia afirmó que no era necesario que la declaración previa se hubiera hecho ante el Encargado del Registro, bastando con que se hubiera prestado ante la clínica, lo que servía para acreditar "adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo"[8].

Este problema ya no se plantea: ahora basta con que la mujer de la usuaria consienta en el momento de practicarse la inscripción del nacimiento que quede determinada la filiación del hijo respecto de ella.

Sigue existiendo una controversia consistente en determinar si, además de manifestar dicho consentimiento, deberá acreditarse que el hijo que se desea inscribir ha sido concebido mediante las técnicas de reproducción asistida.

No lo ha considerado necesario una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado[9], con el argumento de que del actual tenor del art. 7.3 de la Ley 14/2006 (coincidente con el del art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, redactado también por la Ley 19/2015), "cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida"[10].

Esta posición no me convence: no existiendo una presunción de maternidad de la mujer de la usuaria semejante a la que el art. 166 CC establece respecto del marido, parece mucho más razonable exigir la prueba de que la gestación del niño ha tenido lugar mediante dichas técnicas.

Podría argumentarse que el art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 permite que, aun faltando la presunción de paternidad del marido, se haga constar la filiación paterna con el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, este precepto debe ponerse en relación con el art. 118 CC, de modo que su concreta finalidad es permitir inscribir la filiación matrimonial de los hijos nacidos, constante el

[7] La SAP, Islas Baleares, 5 diciembre 2012, *Tol* 2724548, estimó, así la demanda de impugnación de la filiación de la mujer de la usuaria, porque el consentimiento para que el niño nacido fuera inscrito como hijo de ambas había sido prestado, después del nacimiento del mismo (no antes), habiéndose celebrado el matrimonio pocos días después del alumbramiento.

[8] STS, 5 diciembre 2013, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia,* 2013, 7566. La solución propugnada por esta sentencia es la que ha sido acogida por el art. 223-3 PCC, cuyo nº 2 se manifiesta en los siguientes términos: "El consentimiento debe prestarse antes del nacimiento del hijo. Puede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público".

[9] RDGRN 8 febrero 2017 (1ª).

[10] Revoca, así, el AJPI Denia, 22 agosto 2017, en *JUR,* 2016, 228396, que había sostenido la posición contraria.

matrimonio, cuando falte la presunción de paternidad, "por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges". Estamos, pues, ante una declaración de voluntad semejante al reconocimiento de una filiación matrimonial, que, dado el carácter heterosexual del matrimonio, es plausible y que, además, si resulta no ser cierta, podrá ser impugnada conforme a los arts. 136 y 137 CC (el título constitutivo es la generación). Por el contrario, en el caso de dos mujeres casadas, desde un punto de vista biológico, la filiación que se pretende inscribir es claramente, inverosímil, por lo que la única manera cabal de explicarla es acreditar la práctica de la reproducción asistida. En realidad, no parece aventurado afirmar que el consentimiento de la cónyuge de la usuaria es un título constitutivo de una filiación distinto de la generación, que no se basa en la verdad biológica, sino en la voluntad de aquélla de querer asumir la maternidad del hijo concebido por su cónyuge a través de las técnicas de reproducción asistida; y, de ahí, que no sea susceptible de impugnación una vez establecida (ello, sin perjuicio de que pudiera impugnarse el consentimiento para la inscripción, si éste no hubiera sido prestado libremente, de la misma manera que cabe impugnar el reconocimiento *ex* art. 141 CC).

Además, hay que tener en cuenta que la solución que propugna la Dirección General de los Registros y del Notariado fomentará, sin duda, el uso de técnicas de reproducción asistida distintas de las previstas por la Ley; y, más concretamente, las auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros.

De hecho, una recentísima sentencia[11] ha contemplado ya un supuesto de una inseminación artificial doméstica, precedida de un documento en el que el varón donante de semen renunciaba a todo "derecho de paternidad que pudiese tener sobre la menor que naciera de dicha inseminación". Nació una niña que fue inscrita como hija matrimonial de dos mujeres, casadas entre sí. Sin embargo, posteriormente, el donante se "arrepintió" de lo que había firmado y ejercitó una demanda de reclamación de paternidad, que fue estimada en primera instancia, sin que prosperara el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, quienes pretendían que se aplicada analógicamente el art. 7.3 de la Ley 14/2006, con el fin de que no pudiera impugnarse la maternidad del cónyuge de la usuaria.

La Audiencia, con buen criterio, rechazó la aplicación analógica del precepto, afirmando que, más que "ante un supuesto análogo al previsto por la ley, ante lo que nos encontramos es una infracción o soslayamiento de la propia norma", que debe llevar a la declaración de la paternidad extramatrimonial del actor, "con respeto a la verdad biológica, conforme al artículo 39-2 de la Constitución Española". También, muy certeramente, negó valor contractual al documento firmado por el donante, al no ser conforme al art. 1255 CC, considerándolo contrario "al interés y al orden público, pues la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de ese interés, así

[11] SAP Valencia (Sección 10ª) 27 noviembre 2017, inédita (rec. núm. 815/2017).

como la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos legales". Consideró, en fin, que la decisión judicial que reconocía la paternidad del demandante no era contraria al interés de la menor, porque no implicaba ningún perjuicio para ella, "más allá de la reorganización del grupo familiar como consecuencia de la declaración relativa a la filiación, que en sí mismo no aparece como negativa para los intereses de la hija, máxime cuando se trata de una niña de muy corta edad, abierta por lo tanto a la fijación y consolidación de nuevos vínculos familiares".

Cabe plantearse una última cuestión: ¿qué valor tendría (de haberse dado) el consentimiento previo de la cónyuge de la usuaria a que la misma se sometiera a una fecundación artificial? Pues creo que, a efectos de atribución de la filiación, ninguno, aunque dicho consentimiento previo puede ser un indicio de que el posteriormente dado para la inscripción ha sido dado de manera libre.

Es interesante el supuesto resuelto por una sentencia[12], que ha rechazado que el consentimiento de la usuaria para que el niño se inscribiera como hijo de su mujer estuviese viciado, al haber sido prestado (según la demandante) por su debilidad de carácter y por el dominio que sobre ella ejercía su cónyuge. Frente a ello, la Audiencia resalta que las dos mujeres (todavía no casadas) habían consentido en la clínica que la otra fuera inseminada artificialmente; que, tras nacer un niño de una de ellas, la otra había hecho reserva de semen del mismo donante, para que el hijo que de ella pudiera nacer tuviera el mismo padre; posteriormente, se habían casado e inscrito el niño nacido como hijo de las dos. Deduce, así, "la existencia de una voluntad concorde de ambas litigantes de formar una familia", destacando también que la demandante es licenciada en Educación Física y tenía 33 años cuando se quedó embarazada, sufriendo entonces una decepción "pensando que el trato recibido de la demandada no era adecuado, pero no se aprecia vicio alguno invalidante del consentimiento".

3. Usuaria conviviente de hecho con un varón.

Si la usuaria no está casada, sino unida de hecho con un varón, no necesita el consentimiento de éste para ser fecundada con los gametos de un tercero o para que se le implante un embrión no creado a partir de su material reproductor, sin perjuicio de que, no obstante, pueda darlo con carácter voluntario.

El art. 8.2 de la Ley 14/2006 considera que el documento en el que se recoja dicho consentimiento, si es prestado con anterioridad a la utilización de las técnicas de reproducción asistida ante el centro en las que se realicen, será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo del art. 44.7º, II

[12] SAP, Islas Baleares 31 marzo 2014, en *Aranzadi Civil*, 2014, 654.

de la Ley del Registro Civil de 2011, para la inscripción de la filiación no matrimonial respecto del conviviente[13].

En mi opinión, el consentimiento del varón conviviente no es un título de determinación de la filiación no matrimonial (no parece que formalmente pueda ser calificado como un reconocimiento de un hijo que ni siquiera ha sido todavía concebido), como tampoco lo es el del marido respecto de la filiación matrimonial, por lo que la inscripción de la filiación paterna del conviviente sólo será posible en virtud de expediente gubernativo o de reconocimiento[14], así como en virtud del nuevo modo de determinación previsto por el art. 120.1º CC, que tras la reforma llevada a cabo por la disposición final 2ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, se refiere a la "declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil".

A mi parecer, el consentimiento para la fecundación homóloga o heteróloga de la usuaria (o para que le sea implantado un embrión de un tercero) dado en las condiciones previstas en el art. 8.2 de la Ley 14/2006, impedirá la impugnación de la filiación determinada, que no podrá ser atacada con el argumento de que no se corresponde con la verdad biológica[15]. Es cierto que en este caso no existe una previsión semejante a la establecida el art. 8.1 de la Ley respecto de la filiación matrimonial[16], pero entiendo que se puede pensar en una aplicación analógica del precepto, basándose en la buena fe y en la doctrina de los actos propios.

No creo que esta tesis sea incoherente con la posición actual de la jurisprudencia, que, como es sabido, admite la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimientos de complacencia, cuando la filiación reconocida no se corresponda con la verdad biológica[17], pues, como ya he dicho, el consentimiento para la fecundación no es un reconocimiento, el cual tiene lugar (en la forma establecida en el art. 120.2º CC) respecto de un hijo ya nacido (o al menos concebido), sino una manifestación de voluntad del varón no casado (plasmado en un documento privado firmado en la clínica), que implícitamente comporta un acto de responsabilidad, consistente en asumir como propio el posible hijo que se conciba

[13] La STSJ Cataluña, 22 diciembre 2008, en *Tol* 1548432, entiende que basta con que el consentimiento del varón a la fecundación de su compañera pueda deducirse de actos inequívocos, aunque no se haya firmado el documento ante el centro autorizado.

[14] Esta es también la posición asumida por el art. 223-5, núms. 1º y 2º, PCC.

[15] V. a este, respecto de un caso de fecundación heteróloga con gametos de donante anónimo, SAP Zaragoza, 27 octubre 2015, en *JUR*, 2015, 259702; y, respecto de un caso de implantación de un embrión de tercero, SAP Sevilla, 22 diciembre 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, 272.

[16] En cambio, el art. 223-1, nº 3, PCC sí contiene una norma general, que también es aplicable al supuesto del consentimiento dado por varón no casado: "La filiación determinada no puede ser impugnada por quienes han prestado su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación asistida origen de dicha filiación".

[17] V. en este sentido STS (Pleno), 15 julio 2016, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia,* 2016, 3196, y STS, 28 noviembre 2016, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2016, 5636.

(aunque biológicamente no lo sea) en el marco de una decisión compartida respecto a la consecución de un proyecto familiar común[18]. En este caso, la usuaria no quiere acudir, sin más, a las técnicas de reproducción asistida, sino que quiere hacerlo para concebir un hijo que legalmente sea considerado como de su conviviente: de ahí que, ni uno, ni otro, puedan impugnar la filiación paterna, una vez establecida.

Más dudoso es el alcance del inciso final del 8.2 de la Ley 14/2006, que añade: "Quedará a salvo la acción de reclamación de paternidad". La interpretación de la norma es discutible, pero una cosa es clara: en el caso de que la fecundación haya sido heteróloga, el donante no podrá en ningún caso, ejercitar esta acción, pues ello iría en contra del carácter anónimo de la donación de gametos.

En su momento, defendí que el precepto debía interpretarse en el sentido de que el hijo (o la madre, representándolo) podía ejercitar la acción, cuando el demandado no lo hubiese reconocido y se hubiese opuesto a la inscripción en el expediente gubernativo, con el argumento de que su consentimiento previo a la fecundación de la usuaria con gametos de un tercero constituía un acto de responsabilidad, que debía asimilarse al de la generación por vía natural; y, que, por la misma razón, también el varón podía ejercitar la acción, cuando quien se hubiera opuesto a la inscripción hubiese sido la madre (sin cuya previa aquiescencia aquél no hubiera podido consentir)[19].

En contra de esta posición podría replicarse que, si el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida no es un título de determinación de la filiación, es difícil de explicar que, por sí mismo, pueda fundamentar una acción de reclamación de paternidad; por lo que quizás fuese más seguro entender que la acción no puede basarse en dicho consentimiento, sino que habría de fundamentarse, exclusivamente, en la verdad biológica, esto es, en el hecho de que el conviviente fuese el padre biológico del hijo, cosa que, claro está, sólo podría tener

[18] Me parece que es en esto en lo que está pensando la norma, aunque, ciertamente, no lo diga expresamente.

En estos casos, podría teóricamente plantarse si el hecho de que la convivencia fuera fingida sería un motivo para excluir la causa de impugnación de la paternidad; y, digo que el problema es teórico, porque, en estos supuestos, el varón que hubiera prestado el consentimiento sería el padre biológico del hijo, razón por la cual se impondría su paternidad.

Lo que en la práctica se han planteado son supuestos en los que, ejercitada una acción de reclamación de paternidad por parte del varón (padre biológico) o de la madre (en representación del hijo), la demandada argumentaba que no había existido convivencia de hecho al tiempo de prestarse el consentimiento para la fecundación homóloga, argumento que no ha impedido prosperar la acción. V. en este sentido SAP La Coruña, 15 febrero 2006, en *JUR*, 2006, 84103, y SAP Alicante, 23 diciembre 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, 275.

[19] La SAP Alicante, 23 diciembre 2014, en *Aranzadi Civil*, 2015, 275, estimó la acción de reclamación de paternidad no matrimonial ejercitada por la madre de un hijo concebido con el semen del varón con el que convivía. Parece que la estimación del fallo, se basa en la existencia del previo consentimiento del varón a que su conviviente se sometiera a las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, lo cierto es que el demandado era el padre biológico del hijo, al tratarse de una fecundación homóloga.

lugar en la fecundación homóloga. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en virtud del art. 767.3 LEC, puede declararse la filiación que resulte, no sólo de un título de determinación de la misma, sino también de "otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo", hechos éstos, entre los que cabría, quizás, incluir el consentimiento del art. 8.1 de la Ley 14/2016.

4. Usuaria conviviente de hecho con otra mujer.

La Ley 14/2006 no contempla el supuesto de que la mujer que conviva de hecho con la usuaria hubiera consentido previamente que ésta se sometiera a las técnicas de reproducción asistida[20]: no contiene una previsión semejante a la recogida en el art. 8.2 respecto del conviviente varón, lo que parece ser una opción consciente del legislador[21].

No obstante, la jurisprudencia ha admitido que dicho consentimiento pueda ser considerado como un indicio de posesión de estado, en orden a la reclamación de la maternidad, *ex* art. 131 CC. Concretamente, el Tribunal Supremo[22] ha confirmado una sentencia que había admitido la reclamación de filiación por posesión de estado presentada por la excónyuge de la madre (contra la oposición de ésta), entendiendo que el consentimiento prestado a la inseminación artificial por las entonces convivientes (antes de casarse) era "de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige". En cualquier caso, la sentencia recurrida había afirmado que la posesión de estado se deducía también de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la demandante para mantener contacto con las menores (había pedido el establecimiento de un régimen de vistas a su favor y había iniciado un procedimiento de adopción). Había valorado también declaraciones testificales en las que se afirmaba que durante un año la demandante había compartido su vida con las menores "en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas".

Posteriormente, el Pleno del Tribunal Supremo[23] ha confirmado la posibilidad de que pueda prosperar la acción de reclamación de la maternidad del hijo concebido con el consentimiento de la conviviente de la usuaria, basada en la posesión de estado. Dice, así, que "los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer

[20] Tampoco lo hace la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.
[21] Por supuesto, no es aplicable a este supuesto el art. 7.3 de la Ley 14/2006, que exige que las mujeres estén casadas.
[22] STS, 5 diciembre 2013, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2013, 7566.
[23] STS (Pleno), 15 enero 2014, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2014, 1265.

apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada". Más adelante, añade: "En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada".

No comparto esta posición jurisprudencial que, a mi parecer, desnaturaliza la figura de la posesión de estado, que es una situación de hecho, dada la cual es posible presumir que quien es tratado como hijo realmente lo es; y, de ahí que el art. 113 CC le atribuya el carácter de título de determinación subsidiario de una filiación que se considera probable. Por ello, por definición, no existe posesión de estado (en el sentido del art. 113 CC), cuando, como sucede en el caso de uniones del mismo sexo, la filiación que se reclama es claramente contradicha por la verdad biológica, la cual permite establecer, con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es.

Cabe hacer una reflexión final: como he dicho, la Ley 14/2006, al menos, en su redacción originaria, parte de la idea de que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es una especie *sui géneris* de filiación por naturaleza, pero lo cierto es que esta premisa (ya rota por el art. 7.3 de la misma) nos lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a ella para dar solución a problemas que sólo se plantean cuando la generación tienen lugar de modo artificial. Me pregunto si no sería más práctico reconocer un nuevo tipo de filiación, distinta de la natural, cuyo título constitutivo fuese la mera voluntad de procrear, expresada en la forma legalmente prevista.

III. VIENTRES DE ALQUILER Y MATERNIDAD SUBROGADA.

Examinaré, por último, una de las cuestiones más controvertidas que plantean las técnicas de reproducción asistida, cual es la posibilidad de acudir a la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

1. La nulidad del contrato de gestación subrogada en la legislación española.

El art. 10.1 de la Ley 14/2006[24] prevé que "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que

renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero"[25].

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

El contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de trafico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo.

Creo, pues, que la posición de la legislación española es correcta y conforme al principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, evitando el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. No creo que la solución contraria encuentre una justificación consistente en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, con apoyo en el cual se ha llegado a postular, incluso, un pretendido derecho a la reproducción.

Es, desde luego, evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de

[24] El precepto es reproducido literalmente por el art. 223-2, nº 2º, PPC.

[25] A mi parecer la nulidad lo es por ilicitud de la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 CC, ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que los comitentes no podrían pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora.

esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla)[26]. El art. 10.2 de la Ley 14/2006, dice, así, que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Sin embargo, el art. 10 de la Ley 14/2006, añade que "Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC[27].

2. La posición de la jurisprudencia respecto de hijos nacidos en el extranjero como consecuencia de contratos de gestación subrogada lícitos en el país de origen.

En la práctica, sucede que parejas estériles (o formadas por miembros del mismo sexo) acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución, donde conciertan un contrato de útero de alquiler; y, una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular, como si fuera hijo suyo. Se trata de una práctica que se

[26] No obstante, el Pleno de la Sala Social de Tribunal Supremo, en dos novedosas y polémicas Sentencias, 25 octubre 2016, nº 881/2016, y 16 noviembre 2016, nº 953/2016 (seguidas de otras posteriores), ha entendido que el nacimiento de un hijo mediante maternidad subrogada (realizada en el extranjero) puede dar lugar a baja laboral y a las correspondientes prestaciones por maternidad, considerando que existe analogía entre la maternidad subrogada y la adopción o el acogimiento. Especialmente curioso es el caso resuelto por la primera de las sentencias: un varón español acudió a la maternidad subrogada en la India, utilizándose en la reproducción asistida su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el varón español asumiera, en exclusiva, "todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad". Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas del padre biológico, siendo trasladadas a España por aquél. La Seguridad Social española denegó las prestaciones "por maternidad" solicitadas por el padre biológico de las menores, argumentando que la legislación española considera nulo el contrato de maternidad por sustitución. El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende fundada la pretensión del solicitante, afirmando que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre.

[27] Esta posibilidad es sugerida por la STS (Pleno), 6 febrero 2014, en *Tol* 4100882*,* y por el ATS, 2 febrero 2015, rec. nº 245/2012, en interés del menor concebido por gestación por sustitución en California a iniciativa de un matrimonio de varones españoles.

opone a lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, precepto que tiene un claro carácter imperativo y determina la formación del orden público español[28].

[28] Recientemente se ha aprobado en Portugal una reforma legal que ha permitido la maternidad subrogada, si bien con requisitos bastante rigurosos. El art. 1 de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula, así, el acceso a la gestación por sustitución en ciertos supuestos, para lo cual ha reformado diversos preceptos de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médica asistida, concretamente, el art. 8 de la misma. El precepto define la gestación por sustitución como cualquier situación en que la mujer se obligue a llevar a cabo un embarazo por cuenta ajena y a entregar el niño después del parto, renunciando a los derechos y deberes propios de la maternidad (1º). Sólo la permite, a título excepcional y con carácter gratuito, en los casos de ausencia de útero o de lesión o enfermedad del mismo que impida de manera absoluta y definitiva el embarazo de la mujer o en situaciones clínicas que lo justifiquen (2º), exigiendo, además, que se realice con, al menos, el gameto de uno de los beneficiarios (3º). Por lo tanto, la maternidad por sustitución se regula como una medida de carácter terapéutico, es decir, como una técnica extraordinaria que tiene como finalidad remediar la imposibilidad de procrear de una mujer (lo que, por definición, excluye que puedan acceder a ella una pareja de varones) y que ha tener siempre carácter gratuito. Se prohíbe, así, que los beneficiarios paguen a la gestante cualquier tipo de compensación económica como contraprestación por la gestación del niño, aunque se permite el pago de gastos médicos (incluidos los de transporte) debidamente acreditados (5º); y, para garantizar la libertad de la gestante, se prohíbe que pueda celebrarse el contrato cuando entre las partes exista una relación de dependencia económica, en particular, de naturaleza laboral o de prestación de servicios (6º). Cumplidos estos requisitos, el niño que nazca será hijo de los respectivos beneficiarios (7º). En cambio, todos los negocios de gestación por sustitución que sean onerosos o que, siendo gratuitos, no se ajusten a los requisitos legales serán nulos (12º), previéndose, además, sanciones penales para quienes los celebren (nuevo art. 34 Ley 32/2006, de 26 de julio, tras la reforma de 2016).

Se trata, pues, de una regulación, que solamente admite la maternidad subrogada gratuita y con requisitos bastante rigurosos, pero, como siempre que se regula la gestación por sustitución, surge el problema de determinar la filiación de los hijos nacidos fuera de los casos legalmente admitidos.

A este respecto, se pronunció el Consejo Nacional de Procreación Médica Asistida de Portugal en una polémica Declaración Interpretativa de Ley 25/2016, según la cual el legislador quiere y quiso que, en todos los casos, incluso cuando los contratos de gestación sean nulos, los niños que nazcan como consecuencia del recurso a la gestión por sustitución sean hijos de los respectivos beneficiarios.

Esta Declaración interpretativa fue literalmente seguida por el art. 3.5 del Proyecto de Decreto destinado a establecer el Reglamento de la Ley, lo que mereció fuertes críticas por parte de un significativo sector de la doctrina, motivando un valoración negativa por parte del Consejo Nacional Portugués de Ética para las Ciencias de la Vida, que en un contundente Informe de enero de 2017 afirmó que no era comprensible que una norma reglamentaria atribuyera a un contrato nulo efectos idénticos a los de un contrato válido; argumentó que no era aceptable, desde un punto de vista ético, que alguien pudiera obtener, por medio de un contrato de gestación contrario a la Ley, los mismos efectos que alcanzaría con la celebración de un contrato que se ajustase a las prescripciones legales; y concluyó observando que tal solución no disuadiría de realizar prácticas ilegales y proporcionaría ocasiones de explotación de las mujeres gestantes (contradiciéndose, así, el carácter gratuito que, según la Ley, debe tener la maternidad subrogada).

A este respecto, se ha pronunciado el Consejo Nacional de Procreación Médica Asistida de Portugal en una polémica Declaración Interpretativa de Ley 25/2016, según la cual el legislador quiere y quiso que, en todos los casos, incluso cuando los contratos de gestación sean nulos, los niños que nazcan como consecuencia del recurso a la gestión por sustitución sean hijos de los respectivos beneficiarios. Esta Declaración interpretativa es literalmente seguida por el art. 3.5 del Proyecto de Decreto destinado a establecer el Reglamente de la Ley, que se encuentra en fase de tramitación, pero que ha merecido una contundente valoración negativa por parte del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida, que en un Informe de enero de 2017 afirma que no

El Tribunal Supremo, en una célebre sentencia[29], ha confirmado la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución. Ha considerado que tal inscripción iba contra el orden público español, pues en "nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".

En mi opinión, no puede considerarse la posición de la legislación española *per se* sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación, siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el "interés del menor", respecto del cual no existe unanimidad.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo realiza interesantes consideraciones a este respecto. Dice, así, que "La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales"; y continúa: "La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación

es comprensible que una norma reglamentaria atribuya a un contrato nulo efectos idénticos a los de un contrato válido; dice, así, que no es aceptable, desde un punto de vista ético, que alguien pueda obtener, por medio de un contrato de gestación contrario a la Ley, los mismos efectos que alcanzaría con la celebración de un contrato que se ajustara a las prescripciones legales; y concluye observando que tal solución no disuadiría de realizar prácticas ilegales y proporcionaría ocasiones de explotación de las mujeres gestantes. S

Sin embargo, felizmente, el Legislador luso no ha acogido la solución seguida por el art. 3.5 del Proyecto, de la que no hay rastro en el reciente Decreto Reglamentario 6/2017, de 31 de julio.

del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo".

Observa, además, que, si bien, a tenor del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene "una consideración primordial", a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños", ello no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como "el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación", afirmando que "la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil".

Por otro lado, hay que insistir en que, conforme al art. 10.2 de la Ley 14/2006, cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2º.2. CC), como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo.

Con posterioridad a la sentencia comentada, el Tribunal Supremo ha dictado un auto [30], desestimando un incidente de nulidad de actuaciones, y en que ha considerado que la solución por él consagrada no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeos de Derechos Humanos, que ha condenado a Francia, por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente[31]. Observa el Tribunal Supremo que la condena al país galo se fundamenta en "la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento

[29] La STS (Pleno), 6 febrero 2014, en *Tol* 4100882.

[30] ATS, 2 febrero 2015, rec. nº. 245/2012.

[31] V. SSTEDH 26 junio 2014, caso Mennesson c. Francia, rec. nº 65192/11, y caso Labassee, rec. nº 65941/11. La doctrina establecida por estas sentencias ha sido posteriormente confirmada por la STEDH 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet c. Francia, rec. nº 9063/14 y 10410/14, que condena a Francia por impedir sus tribunales inscribir en el Registro Civil del país las declaraciones de reconocimiento formuladas por los padres biológicos, que habían acudido a la India para poder concebir hijos, eludiendo la prohibición de la utilización de la maternidad subrogada establecida en el art. 47 del Código Civil galo.

norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes", "lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio" de Roma [que consagra el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad].

El Tribunal de Estrasburgo —añade— "no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir […]. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor"[32].

[32] En cualquier caso, hay que tener en cuenta el reciente cambio jurisprudencial sobre la materia protagonizado por el Tribunal de Estrasburgo, al resolver de manera definitiva el caso Paradiso y Campanelli c. Italia. Dicho caso tiene su origen en el nacimiento de un hijo en Rusia mediante un contrato de útero de alquiler celebrado entre la pareja comitente (los demandantes) y la sociedad Rosjurconsulting. Una vez nacido el niño, la madre gestante dio su consentimiento para que aquél fuera inscrito a nombre de los demandantes, como, efectivamente, tuvo lugar en el Registro Civil de Moscú. Los problemas surgieron cuando los "padres" pretendieron la inscripción del certificado ruso de nacimiento de su "hijo" en el Registro Civil italiano. Las autoridades administrativas y judiciales se negaron a practicar la inscripción solicitada, argumentando que el certificado era falso, pues no había vínculo de filiación alguno entre los demandantes, ya que el niño había sido concebido mediante gestación subrogada, la cual (al igual que la reproducción artificial heteróloga) es prohibida por el Derecho Italiano. Como consecuencia de ello, el niño fue puesto a cargo de los servicios sociales, considerado en estado de abandono y confiado en acogimiento, siendo declarado idóneo para la adopción.
En Sentencia 27 enero 2015 la Sección 2ª del TEDH condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 del Convenio de Roma. Sin embargo, tal fallo ha sido revocado por la "Gran Sala" en reciente Sentencia 24 enero 2017, rec. nº 25358/12, que ha entendido que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar, con los siguientes argumentos:
1º. Ha considerado que no hubo violación del derecho al respecto a la "vida familiar", por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese una verdadera "vida familiar", teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses, si bien la Señora Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia.
2º. Ha considerado también que, si bien, las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no obstante, esta incidencia no constituye una injerencia ilegítima en dicho derecho, obedeciendo a una finalidad legítima, cual es el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, exclusivamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de

3. La discutible posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

No obstante lo dicho, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 mantiene una discutible posición sobre la materia.

a) En su directriz segunda, afirma que: "En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante".

Por lo tanto, se abandona la posición mantenida por la RDGRN 18 febrero 2009, que, en el supuesto anteriormente mencionado (los dos varones que habían viajado a California para poder acceder a la gestación por sustitución), había admitido la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través de un mero certificado registral de nacimiento (expedido por las autoridades californianas), lo que, por lo tanto, ya no será posible.

b) Por el contrario, sí que admite la inscripción en los Registros civiles consulares de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, cuando, al menos, uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del Registro una resolución judicial, dictada en el país de origen.

En su directriz primera dice, así, que: "La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido" (párrafo primero)[33].

Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, que (salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional) habrá de ser objeto de exequátur, conforme

proteger a los niños. Afirma, además, que los Tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado, al constatar que la separación del niño de los demandantes no provoca a aquél daños graves o irreparables.

[33] La razón de este requisito se explica de la siguiente manera: "La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores".

al procedimiento establecido en los arts. 52 y ss. de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil)[34].

A mi parecer, la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque, en definitiva, está creando una regla general que presta cobertura administrativa a un "turismo reproductivo", el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

Podría replicarse que en la actualidad la idea de "orden público atenuado" permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Derecho. Esta idea ha posibilitado, por ejemplo, que, existiendo varias mujeres unidas a un único varón, el matrimonio pueda ser tenido en cuenta en orden a la percepción de una pensión de viudedad; o que un acogimiento constituido judicialmente en un país islámico pueda dar lugar a un reagrupamiento familiar (siendo equiparado a una tutela dativa). Sin embargo, en estos casos, no se admite la recepción sustantiva de la institución misma, es decir, no se permite la inscripción de un matrimonio en el que los cónyuges sean más de dos personas, como tampoco la inscripción como adopción de un acogimiento de carácter islámico (que en el país de origen no genera una relación de filiación). Creo que en el supuesto que nos ocupa, sucede algo semejante: no es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible.

[34] Así lo exige, como regla general, la directriz primera de la Instrucción, según la cual: "Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur" (párrafo segundo).
Sin embargo, la misma directriz, en su párrafo tercero, establece que no será necesario acudir al procedimiento de exequátur, cuando la resolución judicial extranjera "tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria", disponiendo que, en tal caso, "el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España".
En este mero control incidental -continúa la Instrucción- el encargado "deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado".

4. El Informe del Comité de Bioética de España.

El Comité de Bioética de España ha publicado un Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, con fecha de 19 de mayo de 2017, que ha tenido gran repercusión mediática y del que no puedo dejar de hacer una breve referencia.

El Informe se muestra, con toda claridad, en favor de mantener la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, por entender que dicho contrato es contrario a la dignidad de la mujer y al interés superior del niño. Dice, así, que atenta "contra la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación".

Pero, además, llama la atención al Estado sobre la necesidad de intervenir para garantizar "la nulidad de los contratos de gestación subrogada independientemente del lugar en que se celebren". Denuncia que "Aprovechando las leyes permisivas de algunos países, ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y, a continuación, logran inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España" y constata que "Este tipo de contratos e inscripciones contradicen el parecer del Tribunal Supremo, que se manifestó sobre este asunto en 2014 y 2015, declarando su nulidad y los demás efectos que ésta comporta". Ante ello recomienda que España promueva en la Comunidad Internacional medidas tendentes a lograr una prohibición universal de la maternidad subrogada y acometa una reforma legal orientada a conseguir "que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, refiriéndose concretamente a "la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad".

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E ACESSO DE TODAS AS MULHERES À PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA EM PORTUGAL: AS LEIS DE 2016 E AS PROFUNDAS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DA FILIAÇÃO[*] [**]

SURROGACY AND THE ACCESS TO ALL WOMEN TO ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES IN PORTUGAL: LAWS OF 2016 AND PROFOUND CHANGES IN THE RIGHT OF MEMBERSHIP

Dr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Diretor do Centro de Direito Biomédico
andreper@fd.uc.pt

RESUMEN: *O regime da "gestação de substituição" implementado em Portugal, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, pode abrir as portas a uma contratualização do estabelecimento da maternidade, pelo que se impõe uma fiscalização apertada. Por outro lado, o direito de todas as mulheres a procriar (Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho) sobrepôs-se ao direito de a criança conhecer e manter uma relação jurídica e familiar com ambos os progenitores, direito esse que ao longo do último século se vinha afirmando pelas correntes mais progressistas. Por seu turno, o caráter subsidiário da PMA foi também postergado, uma vez que se garante o acesso de qualquer mulher, ainda que fértil e heterossexual, às técnicas de PMA. Assim, o direito da filiação e o regime da procriação medicamente assistida foram seriamente transformados pelas alterações legislativas ocorridas em 2016.*

PALABRAS CLAVE: *Filiação; PMA; gestação de substituição; direito à identidade pessoal; direito ao conhecimento das origens genéticas.*

ABSTRACT: *The surrogacy Act (Law no. 25/2016, of August 22), may open the doors to the establishment of the maternity in Portugal by means of contract, reason why a tight inspection is required. On the other hand, the right of all women to procreate (Law no. 17/2016 of 20 June) overlapped the right of the child to know and maintain a legal and family relationship with both parents, a right that during the last century was advocated by progressive voices. In turn, the subsidiary character of the PMA has also been postponed, since it guarantees the access of any woman, however fertile and heterosexual, to the assisted reproduction techniques. Thus, the right of membership and the system of medically assisted procreation were seriously transformed by legislative changes in 2016.*

· O Autor agradece a colaboração do Dr. Mickael Martins, Investigador do Centro de Direito Biomédico e Mestrando em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

· Trabalho integrado nas atividades do Grupo de Investigação "Vulnerabilidade e Direito" do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto "Desafios Sociais, Incerteza e Direito" (UID/DIR/04643/2013).

KEY WORDS: Family affiliation; Assisted Reproduction Techniques; surrogacy; right to personal identity; right to knowledge of genetic origins.

SUMARIO: I. MATER SEMPER CERTA EST.- II. A LEI 25/2016, DE 22 DE AGOSTO E A CONTRATUALIZAÇÃO DA MATERNIDADE.- III. ALTERAÇÕES À LEI DE PMA E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DA FILIAÇÃO.- 1. Princípios inerentes ao estabelecimento da filiação.- 2. Um século de luta contra a paternidade desconhecida.- A) Estabelecimento de prazos para a propositura da ação.- IV. DA PMA ENQUANTO INTERVENÇÃO TERAPÊUTICA À PMA ENQUANTO MEIO DE ACESSO À MATERNIDADE.- V. A LEI 17/2016, DE 20 DE JUNHO: O REGRESSO DOS FILHOS DE PAI INCÓGNITO! - VI. CONCLUSÃO.

I. MATER SEMPER CERTA EST.

O regime tradicional do estabelecimento da maternidade encontra-se previsto no artigo 1796.º CC e decorre, nos termos do mesmo, do puro facto biológico do parto[1], sem necessidade de um ato subsequente de perfilhação.

A verdade biológica do estabelecimento da maternidade é tutelada juridicamente, para além das regras registrais, pelo próprio direito criminal, uma vez que o artigo 248º do Código Penal prevê e pune a hipótese de alguém fazer figurar no registo civil nascimento inexistente ou usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outra pessoa, com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias[2]. Além disso, o CC reconhece, no artigo 1807.º, a possibilidade de impugnação da maternidade, caso a estabelecida não seja a verdadeira.

Numa palavra: para o direito da filiação português, a maternidade é imposta *ope legis* (desconsiderando a vontade da mulher) e o critério determinante é o do parto.

Com efeito, a "roda dos enjeitados" foi abolida em 1867[3]. Por toda a Europa ao longo dos finais do século XIX e inícios do século XX foi sendo abolido esse instituto da roda dos enjeitados, mas verifica-se um regresso a essa possibilidade em vários países[4], designadamente em França onde vigora, desde 1941, o instituto do "accouchement sous X"[5].

[1] Sobre os modelos de regime para o estabelecimento da maternidade, *vide* PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, II-1, Coimbra, 2006, pp. 57 e ss.

[2] Artigo 248º CP (crime de falsificação de estado civil).

[3] Porém, o Código do Registo Civil prevê a hipótese de registo de abandonados (arts. 105.º e ss.) – cf. PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 22.

[4] O Deutscher Ethikrat pronunciou-se sobre a matéria em parecer de 26 de novembro 2009, "Das Problem der anonymen Kindesabgabe", recomendando o abandono dessa prática.

[5] Cf. article 326 du Code Civil français, alinéa unique "Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé", bem como o article L222-6 (ou L. 222-6) do Code de l'action sociale et des familles.

II. A LEI 25/2016, DE 22 DE AGOSTO E A CONTRATUALIZAÇÃO DA MATERNIDADE.

O princípio tradicional de estabelecimento da maternidade entra em crise com a gestação de substituição, "sobretudo quando a mulher que pretende o filho fornece o seu óvulo, para que o embrião seja gerado pela mãe substituta"[6].

A Lei 25/2016, de 22 de Agosto regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. Segundo esta lei, a gestação de substituição consubstanciará aquelas situações em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade[7]. A admissão da celebração de negócios jurídicos nestas circunstâncias tem caráter excecional e serão sempre de natureza gratuita. Além do mais, a sua celebração carece de autorização prévia do CNPMA, a qual deverá ser precedida por uma solicitação de parecer à Ordem dos Médicos[8].

Os contratos celebrados neste âmbito deverão ser reduzidos a escrito, onde deve constar, obrigatoriamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez[9].

Realça-se a proibição de qualquer tipo de pagamento/doação por parte dos beneficiários à gestante de substituição, admitindo-se tão-somente o pagamento do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde da gestante.

Nos termos do artigo 8º, n.º 11, é proibida a imposição de restrições de comportamentos à gestante de substituição.

Os negócios jurídicos que não respeitem o disposto no artigo 8º da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 25/2016, serão considerados nulos.

O Decreto-Regulamentar 06/2017, de 31 de julho veio regulamentar a inovadora Lei de 2016. Com base no disposto no artigo 2.º, nºs 2, 3 e 6 do decreto regulamentar, o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao CNPMA, através de formulário disponível no respetivo sítio de Internet, cujo modelo é criado por aquele Conselho, e deve ser subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição. No prazo máximo de 60 dias a contar da apresentação do referido pedido, o CNPMA delibera sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia e, em caso de

[6] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 59.
[7] Artigo 8º/1 da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 25/2016.
[8] A primeira autorização ocorreu em dezembro de 2017, sendo a mãe da mulher infértil que irá gerar no seu útero o seu futuro neto.
[9] Artigo 8º, n.º 10.

admissão, solicita o parecer da Ordem dos Médicos que, igualmente nos termos do decreto, não tem caráter vinculativo e, em caso de falta de emissão de parecer, o procedimento pode prosseguir os seus termos e ser decidido sem o mesmo.
Interessa-nos aqui abordar a problemática da validade do contrato e as consequências dessa (in)validade, dado que na redação original do projeto deste Decreto Regulamentar constava, no seu artigo 3.º, n.º 5, o seguinte: "em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos beneficiários".

Como vimos, a Lei 25/2016 pretendia admitir a celebração deste tipo de contratos em condições absolutamente excecionais e considera nulos – e em alguns casos até criminalmente puníveis[10] - todos aqueles negócios que não respeitem as rigorosas condições formais, procedimentais e substanciais que rapidamente enunciamos. Tal solução parecia-nos um benefício ao infrator!

Como bem assinalou o Parecer 92/CNECV/2017, de janeiro de 2017, "não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulo efeitos idênticos a um contrato válido". E conclui, "não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais. Tal solução não dissuadiria as práticas ilegais e proporcionaria ocasiões de exploração das mulheres gestantes que se pretende limitar ao máximo"[11].

Em boa hora, o legislador terá atendido às criticas formuladas pelo CNECV e as críticas tecidas pela doutrina, pelo que aquela norma foi afastada do texto aprovado pelo Governo e publicado em Diário da República[12].

Esteve bem o legislador ao não consagrar uma "regularização do ilícito" automático que seria um convite ao desrespeito pelas condições rigorosas e restritivas com que se quis regulamentar a gestação de substituição em Portugal. Naturalmente que se surgirem casos concretos de uma atuação à margem da lei, terão os tribunais que decidir – casuisticamente – qual a solução adequada, atendendo à primazia do "melhor interesse da criança", como vem exigindo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[13]. Ou seja, admito que – no caso concreto – seja adequado vir a

[10] Cf. artigo 39.º, introduzido pela mesma Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.
[11] Página 10 do referido Parecer 92/CNECV/2017.
[12] Diário da República n.º 146/2017, Série I de 2017-07-31.
[13] Estamos cientes que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou a França – nos casos "Mennesson v. France and Labassee v. France 26 June 2014" (Chamber judgments) - pois considerou ser "o melhor interesse da criança" ser registada como filha do "casal beneficiário", apesar de esse casal ter ilegalmente recorrido à maternidade de substituição (no estrangeiro), tendo aí obtido o estabelecimento da filiação. Por seu turno, no caso "Paradiso and Campanelli v. Italy 24 January 2017" (Grand Chamber judgment), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não condenou a Itália. Note-se que neste caso nenhum dos membros do "casal beneficiário" teria

reconhecer relações familiares entre o casal beneficiário (contratante) e a criança nascida após um procedimento ilegal. Mas tal deve ser decidido – no caso concreto – por um juiz.

Uma última nota para expressarmos a nossa discordância face a que – pelo menos nesta fase inicial – se não tivesse limitado esta técnica às pessoas residentes em Portugal, evitando assim que o nosso país se torne um destino de turismo procriativo neste domínio eticamente tão controverso[14]. Com efeito uma parte substancial dos pedidos que têm chegado ao CNPMA são oriundos de Espanha...[15]

Por exemplo, o Parlamento Europeu, na sua Resolução de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria, afirmou: "115. Condena a prática de gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos".

Em suma, o novo regime luso da "gestação de substituição" pode abrir as portas a uma contratualização do estabelecimento da maternidade, pelo que se impõe uma fiscalização apertada, com vista a evitar abusos.

III. ALTERAÇÕES À LEI DE PMA E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DA FILIAÇÃO.

A Lei 32/2006, de 26 de Julho, foi alterada em dois aspetos estruturais. Por um lado, deu-se um alargamento do âmbito de beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (doravante, PMA) através da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e simultaneamente colocou-se em causa a natureza terapêutica deste procedimento médico.

A partir do Código Civil de 1966, mas, sobretudo, a partir da Reforma de 1977, o Direito da Filiação foi-se alicerçando em determinados valores/princípios em ordem

ligação biológica com a criança. Cf. VILAR GONZÁLEZ, S.: *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia a California (EE.UU.) y Portugal*, Castellón de la Plana, Universidad Jaume I, 2017, pp. 287 ss. ; e ainda.

[14] Veja-se – com uma posição contrária à regulamentação desta técnica – o Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternida subrogada.

[15] Sobre este tópico e concomitantemente para uma análise do regime vigente em Espanha no que concerne às técnicas de procriação medicamente assistida, *vide* DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)" , *Scritti in Onore di Giovanni Furgiuele* (coord. G. CONTE e S. LANDINI), Tomo I, Mantova, 2017, pp. 583-614.

à proteção da família e ao estabelecimento de laços afetivos, de entre os quais o princípio da verdade biológica, evidenciando a "intenção de se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica"[16] e, concomitantemente, pela emergência do direito ao conhecimento das origens genéticas, entendido como a faculdade de "aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente"[17].

Não pretendemos ignorar as transformações sociológicas na estrutura da família, mas tão-somente avaliar a subsistência daqueles princípios em face das recentes alterações legislativas e alertar para as consequências jurídicas ao nível do direito da filiação.

Em 2016 o legislador veio reequacionar a estrutura do direito da filiação erigido nas últimas décadas, quer no que respeita ao estabelecimento da maternidade e da paternidade.

1. Princípios inerentes ao estabelecimento da filiação.

O direito da filiação[18] encontra os seus grandes princípios, em primeira linha, na Constituição. Relevamos, nesta sede, o direito de constituir família, no sentido de que a todos é reconhecido o direito de ver juridicamente estabelecidos os vínculos de parentesco, a não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do mesmo, obstando-se à colocação de entraves ao estabelecimento da filiação fora do casamento. Também o princípio da proteção da família, efetivando-se as condições que permitam a realização pessoal dos membros da família e, em particular, no ponto em que se impõe a regulamentação da procriação medicamente assistida, dado que a mesma implica a constituição de vínculos de parentesco.

Embora não diretamente atinentes às relações familiares, importa ainda considerar o direito à identidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade, ambos consagrados no artigo 26º CRP.[19] O primeiro consiste, por um lado, "num direito a ter um nome, de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize (sem prejuízo dos casos de homonímia)"[20] e, por outro, num direito à historicidade pessoal, querendo significar o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores[21]. Já o direito ao desenvolvimento da personalidade "consagra uma

[16] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 53.
[17] VALE E REIS, R.: *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008, p. 13.
[18] Seguimos de perto PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., pp. 49-55.
[19] Sobre o fundamento do direito ao conhecimento das origens biológicas na Constituição Portuguesa e a discussão em torno da sua categorização como direito especial de personalidade, *vide* VALE E REIS, R.: *O direito,* cit., pp. 56 e ss.
[20] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., pp. 50-53.
[21] Relevante, v.g., em torno da discussão do anonimato ou não do dador de gâmetas.

liberdade geral de ação, em ordem à autonomia e autodeterminação individuais"[22]. No que respeita aos princípios de ordem pública estruturantes do Direito da Filiação, destacam-se o princípio da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação.

Relativamente ao primeiro, constata-se a intenção, por parte do nosso sistema de estabelecimento da filiação de "se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica", na medida em que os vínculos biológicos tenham uma "tradução jurídica fiel"[23]. Não obstante, este princípio deve coadunar-se com a previsão de mecanismos jurídicos de correção, v.g., nos casos em que, da aplicação das normas de estabelecimento da filiação, nos deparemos com um resultado falso – falamos, por exemplo, da possibilidade de impugnação da maternidade e/ou da paternidade[24].

Quanto ao segundo, afirma-se que a constituição de vínculos pode apenas e só operar através dos modos taxativamente previstos na lei. Contudo, a imperatividade da lei na consagração dos modos de estabelecimento da filiação em nada colide com a constatação de que certos mecanismos previstos na lei dependem da vontade dos particulares, quais sejam, v.g., o ato de iniciar uma investigação da paternidade[25].

2. Um século de luta contra a paternidade desconhecida.

"Ao contrário do regime legal quanto ao estabelecimento da maternidade – que não tem diferenças pelo facto de a mãe ser casada ou solteira – no regime da paternidade tem de se tomar em conta esta alternativa"[26].

Com efeito, havendo matrimónio vale a presunção *pater is est quod nuptias demonstrant*, estabelecida no artigo 1826º CC, e segundo a qual se presume que o pai é o marido da mãe[27]. Estamos perante uma presunção legal que, não obstante sê-lo, se trata de uma presunção *iuris tantum*, no sentido em que admite prova em contrário do facto presumido[28].

[22] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 51.
[23] Ibíd., p. 52.
[24] Importa também não esquecer os casos de inseminação artificial heteróloga em que o marido que consente é considerado pai, muito embora fosse tecnicamente muito fácil demonstrar que biologicamente o não é.
[25] Para mais desenvolvimentos, PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit.*,* pp. 54 e 55.
[26] PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 86.
[27] Menção obrigatória da paternidade – artigo 1835º CC.
[28] Discute-se, no seio da doutrina, da admissibilidade de extensão da presunção de paternidade à união de facto, dado que, muito embora a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adota medidas de proteção da união de facto, não tenha estendido aquela presunção àquele que vive em união de facto com a mãe do filho, o certo é que a mesma pressupõe condições análogas às dos cônjuges. Todavia, há uma objeção operacional ao funcionamento desta presunção tão forte (que opera não apenas em processo judicial, mas logo em sede administrativa, de registo): é que não sendo a união

Não sendo casado, o homem goza dos demais mecanismos de estabelecimento da paternidade, quais sejam: a perfilhação, a averiguação oficiosa de paternidade e a ação de investigação da paternidade.

GUILHERME DE OLIVEIRA defende existir um dever jurídico de perfilhar, de modo a que o pai assuma a sua responsabilidade pelo filho e não apenas de um mero dever moral ou de consciência, ou, ainda, próximos de um dever cujo cumprimento não pode ser exigido[29]. E fundamenta a sua posição, alegando que se o sistema vigente a partir de 1967 estabelece a obrigação de averiguar oficiosamente a paternidade quando a mesma reste incógnita no assento de nascimento, "isto significa que a descoberta da paternidade, além de constituir um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe da ação de investigação, constitui também um interesse público"[30]. Assim, existindo um dever jurídico de perfilhar, entende o autor que a omissão culposa da perfilhação viola um direito alheio e gera a obrigação de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade civil.

Por outro lado, dispõe o artigo 1859º CC que a perfilhação que não corresponda à verdade é impugnável em juízo mesmo depois da morte do perfilhado, acrescentando no seu n.º 2 que a mesma ação pode ser intentada a todo o tempo. Quer isto dizer que a ação de impugnação é imprescritível, evidenciando assim o interesse público na descoberta da verdade biológica, e da coincidência tanto quanto possível entre o Direito e as realidades de sangue.

Tudo a confluir em que há um interesse público no estabelecimento da paternidade (biológica) que tem sido altamente valorado.

Por outro lado, com o intuito de eliminar os casos de *progenitura incógnita*, foi introduzido em 1966 o instituto da averiguação oficiosa da paternidade. Assim, quando seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a

de facto registada, como poderia a conservatória do registo civil ter conhecimento da mesma? Como refração desta aproximação entre o casamento e a união de facto no que tange ao estado das pessoas veja-se, a este propósito, o artigo 20.º, n.º1 da Lei 17/2016, de 20 de Junho, que procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (alargamento dos beneficiários das técnicas de PMA), que considera a criança nascida por força do recurso a técnicas de PMA também como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nomeadamente a pessoa que com ela esteja unida de facto.

[29] Como no caso das obrigações naturais.

[30] FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: "Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional", *Lex Familiae* , Ano 9, 2012, pp. 107 – 115. E o autor vai mais longe: defende a eliminação das diferenças entre o estabelecimento da paternidade e da maternidade que não decorram de fatores biológicos ou por dificuldades de prova específicas.

fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai, nos termos do artigo 1864º CC[31].

São poucas as situações em que não é admitida a averiguação oficiosa da paternidade, previstas no artigo 1866º CC. A alínea a) deste artigo refere-se aos casos de incesto – se antes, em 1867 e em 1966 vigorava a imperfilhabilidade dos filhos incestuosos, a partir da Reforma de 77, a filiação pode ser estabelecida por ato de perfilhação ou por ação de investigação, que resultam da "vontade e da iniciativa dos interessados, mas não através de um procedimento oficioso"[32]. A segunda situação prevista é a de terem decorrido dois anos sobre a data do nascimento – reflexo, por um lado, de uma certa cautela, a fim de não onerar os agentes com procedimentos dificultados, v.g., pelo perecimento das provas e, por outro, de um estímulo, em ordem ao estabelecimento célere do vínculo[33].

Por seu turno, estabelece o artigo 1867º CC a obrigatoriedade de o Ministério Público promover a instauração de ação de investigação, independentemente do prazo a que se refere a alínea b) do artigo 1866º, quando se considere provada em processo crime a cópula em termos de constituir fundamento para a mesma. Ou seja, a lei de 1977 revela-se tão ciosa de constituir relações de paternidade (biologicamente fundadas) que até em casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher deve o Ministério Público instaurar a competente ação de investigação. E tudo isto independentemente da vontade da mulher![34]

É esta a intencionalidade do direito da filiação pré-2016: o estabelecimento de relações de filiação, de base biológica e a garantia de que a criança beneficia de dois progenitores....

Esse mesmo propósito pode ser constatado na evolução do regime da ação de investigação da paternidade no último século. Esta ação revela-se de extrema importância prática, advindo já do direito romano. Entre nós, no Código de Seabra, a investigação da paternidade era proibida, exceto nos casos de escrito de pai, de posse de estado, estupro violento e rapto – o motivo tradicionalmente apontado para esta proibição era o de que não era possível demonstrar a existência do vínculo biológico. Com efeito, à época, "a imposição judicial da paternidade envolvia

[31] Merece particular destaque o artigo 1865º/4 CC, dispondo o mesmo que "se o pretenso pai negar ou se recusar confirmar a paternidade, o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da ação de investigação da paternidade".

[32] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 198.

[33] Sobre o prazo de dois anos e a discussão em torno da contagem a partir do nascimento ou a partir do momento em que o mesmo é levado ao registo, *vide* PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., pp. 199 e ss.

[34] E após a constituição dessa relação jurídica de filiação/ paternidade, como é natural, todas as normas relativas aos efeitos da filiação se tornam operantes, pelo que – no limite – o homem que violou uma mulher, pode – em tese - vir a exercer responsabilidades parentais relativamente ao menor.

arbítrio, incerteza e possibilidade de abuso"[35], já para não nos referirmos à elevadíssima margem de erro inerente.

Esta proibição manteve-se inalterada até à entrada em vigor do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910 – o diploma em causa veio acrescentar duas hipóteses ao leque restrito de situações em que a ação de investigação era admitida: sedução com abuso de autoridade, abuso de confiança ou promessas de casamento e convivência notória. Com o Código Civil de 1966, passou a admitir-se também a ação nos casos de concubinato simples e sedução simples.

Já em 1977, aquando da Reforma que adaptou o Código Civil à Constituição democrática de 1976, a tradicional justificação da dificuldade e perecimento da prova vai enfraquecendo à medida que se constata uma melhoria crescente dos meios de prova científica da paternidade[36]. Verificou-se uma mudança no domínio dos valores dominantes no âmbito da filiação – os valores da segurança jurídica dos pretensos pais, o interesse em estabilizar a família conjugal, o interesse da proteção do (eventual) réu contra pretensões tardias – denominadas caças à fortuna – diminuem na razão inversa à afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na vertente de salvaguarda da sua autonomia e do direito ao conhecimento das origens genéticas[37].

A) Estabelecimento de prazos para a propositura da ação.

Já desde 1988 se discutia o problema da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade previstos no artigo 1817º, nºs 1, 3 e 4[38]. Numa primeira fase, o Tribunal deliberou sempre no sentido da compatibilidade das normas com os princípios constitucionais, alegando que o regime definia um "condicionamento do direito de investigar, mais do que uma verdadeira restrição"[39].

Nos últimos 15 anos constata-se uma mudança de paradigma: a falência das tradicionais razões apontadas de proteção do pretenso progenitor, a par dos desenvolvimentos da genética – que conduziram à generalização das provas científicas – , a procura da verdade biológica e a salvaguarda do direito à identidade, à integridade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e, ainda, do princípio da não discriminação dos filhos nascidos dentro e fora do casamento reacenderam a discussão em torno do estabelecimento de prazos para a ação de investigação da

[35] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 206.
[36] Neste sentido, dispõe o Acórdão do Tribunal Constitucional 401/2011, de 22/09: "da evolução da jurisprudência constitucional nesta temática constata-se que perante o fim do receio do envelhecimento e aleatoriedade da prova, face aos avanços científicos que permitiram o emprego de testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza (...)".
[37] Sobre a legitimidade, os pressupostos e o objeto do processo, *vide* PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., pp. 209 e ss.
[38] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., pp. 247 e ss.
[39] Ibíd., p. 247.

paternidade.

No Ac. 486/2004 do Tribunal Constitucional, de 7 de julho, apreciou-se a questão da constitucionalidade do prazo-regra estabelecido no artigo 1817º/1, concluindo-se pela inconstitucionalidade da norma. O Tribunal considerou que a exclusão do direito de investigar, logo a partir dos vinte anos de idade, tem como consequência uma *diminuição essencial* (sublinhado nosso) dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, violando os artigos 26º/1, 36º/1 e 18º/2 da CRP.[40]

Em 2006, o Ac. 23/2006 do Tribunal Constitucional, de 10 de Janeiro declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 1817º CC, aplicável por remissão do artigo 1873º do mesmo Código, na medida em que prevê um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigante para a caducidade do direito de investigar a paternidade. No seguimento da publicação do Acórdão 23/2006 do Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, considerando, assim, o direito a conhecer a paternidade como um direito inviolável e imprescritível.

Numa reponderação dos interesses em jogo, a Lei 14/2009, de 01 de abril altera a redação do artigo 1817º CC, estabelecendo o prazo de 10 anos após se atingir a maioridade ou emancipação. Além disso, nos termos do artigo 1817º/3, a ação pode ainda ser proposta nos três anos posteriores v.g., quando o investigante tenha tido conhecimento, após o decurso do prazo previsto no n.º 1, de factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, designadamente quando cesse o tratamento como filho pelo pretenso pai. Como nota GUILHERME DE OLIVEIRA, "o novo regime continuou a evitar a imprescritibilidade das ações, embora tenha tornado o quadro legal mais favorável às pretensões dos eventuais filhos investigantes"[41]. [42]

Em suma, se antes de 1910 a forma segura de uma criança ter um pai era a sua mãe ser casada, desde 2006 (e 2009) o direito ao conhecimento das origens e à investigação da paternidade alcançou um patamar fortíssimo no plano jurídico, reforçando os avanços já garantidos pela genética forense.

[40] Ibíd., p. 253.

[41] Para uma análise critica, *vide* FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: "Caducidade", cit., pp. 107-115.

[42] O debate doutrinário continuou intenso e a lei foi mesmo sujeita ao teste de constitucionalidade, tendo o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 401/2011, de 22/09 decidido "não julgar inconstitucional a norma do artigo 1817º/1 CC, na redação da Lei n.º 14/2009, de 01 de Abril, na parte em que, aplicando-se às ações de investigação da paternidade, por força do artigo 1873º do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da ação, contado da maioridade ou emancipação do investigante". Este Acórdão conta com vários votos de vencido, nos quais se apresentam argumentos muito válidos sobre o direito da pessoa ao estabelecimento da paternidade. Talvez esses argumentos voltem a ser esgrimidos quando um dia for apreciada a constitucionalidade da lei que permitiu o acesso de mulheres sós às técnicas de PMA.

Os resultados desta política legislativa são muito positivos: nos últimos 40 anos, o número de filhos de pai incógnito tem baixado substancialmente. Há cerca de 151.000 portugueses sem o nome do pai indicado no bilhete de identidade, mas apenas 8000 têm menos de 15 anos. E mais de 70% dos casos referem-se a pessoas com mais de 40 anos.

A Reforma de 1977 teve franco sucesso no intuito de por cobro à figura dos filhos de pai incógnito!
Por seu turno, o direito da família, sobretudo desde 2008 (em especial com a imposição do regime-regra de responsabilidades parentais conjuntas nas questões de particular importância - art. 1906.º, n.1 do Código Civil), muito tem feito para que as crianças – todas as crianças – tenham relações jurídicas, sociais, mas também afetivas e existenciais com os seus progenitores (embora ainda haja muito por fazer...).

IV. DA PMA ENQUANTO INTERVENÇÃO TERAPÊUTICA À PMA ENQUANTO MEIO DE ACESSO À MATERNIDADE.

Podemos distinguir[43], de entre as técnicas de procriação medicamente assistida, a inseminação artificial[44], a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de gâmetas, a fertilização in vitro seguida da transferência de embriões e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides[45]. Nestas técnicas, os espermatozoides e os ovócitos podem provir do casal – designando-se por PMA homóloga – ou, pelo contrário, quando um ou ambos os tipos de gâmetas do casal não são viáveis, pode recorrer-se a um dador de espermatozoides e/ou de ovócitos, exterior ao casal, designando-se a PMA como heteróloga.

Importa sublinhar que, nos termos do artigo 1839º/3 CC, não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. O artigo prevê as situações de recurso à inseminação levada a cabo com esperma de dador, dado que, nestes casos, o marido não é o pai biológico

[43] As noções que de seguida forem explicitadas foram retiradas do Parecer 3/CNECV/93.
[44] A qual deve ser a técnica preferencialmente utilizada, dado ser a menos invasiva para o corpo da mulher.
[45] Na inseminação artificial ocorre a transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino. Na transferência intratubária de zigotos, ambos os tipos de gâmetas são postos em contacto *in vitro* em condições apropriadas para a sua fusão - o zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas. Na transferência intratubária de gâmetas, os dois tipos – espermatozoides e ovócitos –, previamente isolados, são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo a que só aí se dê a sua fusão. Quanto à fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, o(s) zigoto(s) é (são) incubado(s) *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação - o embrião ou embriões resultantes, no estádio de 2 a 8 células, são então transferidos para o útero ou para as trompas. Por último, no que concerne à injeção intracitoplasmática de espermatozoides, estes são injetados artificialmente no ovócito.

e "seria tecnicamente muito simples vir a demonstrar que não é o progenitor, numa ação de impugnação"[46].

Após duas décadas de propostas[47] e debates[48] foi aprovada e publicada a Lei 32/2006 que regula a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Na sua redação originária, as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação[49]: era necessário um diagnóstico de infertilidade, ou ainda para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infeciosa ou outras.

Sucede que a Lei 17/2016, de 20 Junho veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, passando também a ser possível o recurso a estas técnicas por mulheres *independentemente do diagnóstico de infertilidade* (sublinhado nosso), garantindo assim o acesso a todas as mulheres.

Ademais, na descrição de quem pode beneficiar das técnicas de PMA, estabelece-se que podem recorrer às mesmas os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual[50].

V. A LEI 17/2016, DE 20 DE JUNHO: O REGRESSO DOS FILHOS DE PAI INCÓGNITO!

Segundo o novo artigo 20º, n.º 3, se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14º, lavra-se tão-somente o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação.

Ora, vimos que, nos termos do artigo 1864º CC, sempre que seja lavrado no registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar oficiosamente a identidade do pai. Aquela norma surge, assim, em clara derrogação do disposto no preceito do Código Civil, mas mais ainda em contracorrente com a afirmação – que vimos ser um desiderato (progressista) do direito da filiação das últimas décadas – do direito à historicidade pessoal e do direito ao livre desenvolvimento da

[46] PEREIRA COELHO, F., FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso,* cit., p. 143. Estaríamos, no entender dos autores, perante a figura do abuso de direito.

[47] Destacamos apenas o projeto pioneiro que teve a marca e esteve na origem do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico, 1990.

[48] Cf. ARCHER, L.: "Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", *Brotéria* , 2000.p. 337 ss.

[49] Artigo 4º/1 da referida lei.

[50] Artigo 6º da Lei 32/2006, na redação dada pela Lei 17/2016, de 20 de Junho.

personalidade.

Com efeito, se a tendência era a do estabelecimento da parentalidade, da criação de mecanismos em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima, alguns dos quais levados a cabo oficiosamente, esta norma contradiz todas aquelas considerações, antevendo-se o renascer de filhos "sem pai" ou "filhos de pai anónimo". E agora não como um facto indesejado ou uma falha do sistema, mas como uma consequência prevista (ou previsível) e intencionada (desejada?) pelo legislador histórico de 2016 e com o apoio do Serviço Nacional de Saúde...[51]

Note-se que este diploma vem promover a existência de duas classes de pessoas: as que são concebidas por meios naturais e que gozam de um alargado direito de investigação da paternidade e que beneficiam até de uma averiguação oficiosa da paternidade; "os outros", nascidos por meio de técnicas de PMA, que não gozam desses direitos de filiação. Não apenas não têm nem poderão ter um pai, como não têm nem podem ter uma família paterna (avós, tios, meios-irmãos, primos).

Se a Constituição de 1976 pôs fim à discriminação das crianças nascidas fora do casamento, o legislador de 2016 criou novas diferenciações estruturais no estatuto das pessoas.

VI. CONCLUSÃO.

Expusemos, de forma sucinta, quais os princípios orientadores do direito da filiação desde o Código Civil de 1966 e, sobretudo, a partir da Reforma de 1977. Percorremos, também, alguns tópicos dos meios de estabelecimento da maternidade e da paternidade que nos parecem deveras importante e que mereceram o nosso destaque, sobretudo por serem talvez aqueles que mais podem estar em causa com as recentes alterações à Lei 32/2006. Estas, em ordem à realização de uma outra ordem de ideias, caminham em contracorrente com aquelas que determinaram a edificação do nosso atual direito da filiação.

Resta-nos, em jeito de súmula, questionar:

- Com a Lei 25/2016, o estabelecimento da maternidade passou a correr o risco de se abrir ao terreno dos negócios jurídicos e dos contratos, pondo fim ao princípio da taxatividade dos vínculos de filiação,

[51] O Parecer do 87/CNECV/2016 defende – no plano ético - que os recursos públicos do Serviço Nacional de Saúde não teriam que suportar este desejo de maternidade por parte de mulheres férteis. Mais exatamente, escreveu-se: "3. Caberá ao Estado estabelecer os critérios de acesso às Técnicas de PMA e regular o seu uso, tendo em consideração que no estabelecimento de prioridades, em situações de recursos limitados, deverá prevalecer a sua aplicação como tratamento de infertilidade." Todavia, o Decreto Regulamentar n.º 6/2016 de 29 de dezembro colocou estas candidatas no mesmo nível de prioridade que os casais inférteis (art. 6.º, n.º 1).

- A Lei n.º 17/2016 permite o regresso de um regime jurídico que aceita e promove filhos de pais incógnitos, sobrevalorizando o interesse de todas as mulheres a procriar por meios medicamente assistidos.

BIBLIOGRAFÍA

ARCHER, L.: "Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", *Brotéria*, 2000.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Scritti in Onore di Giovanni Furgiuele* (coord. G. CONTE e S. LANDINI), Tomo I, Mantova, 2017.

Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projetos*), Centro de Direito Biomédico, 1990.

PEREIRA COELHO, F., y FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, II-1, Coimbra, 2006.

FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G.: "Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 410/2011 do Tribunal Constitucional", *Lex Familiae*, Ano 9, 2012.

VALE E REIS, R.: *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, 2008.

VILAR GONZÁLEZ, S.: *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia a California (EE.UU.) y Portugal*, Castellón de la Plana, Universidad Jaume I, 2017.

FILIACIÓN Y PAREJAS HOMOSEXUALES EN ITALIA

FILIATION AND HOMOSEXUAL COUPLES IN ITALY

Dra. SARA LANDINI
Profesora Titular de Derecho Privado de la Universidad de Florencia
sara.landini@unifi.it

RESUMEN: *El presente trabajo se ocupa del modo en que en Italia, donde no se reconoce la adopción de menores por parejas homosexuales, ni la posibilidad de que las mismas puedan acceder a la reproducción asistida, ha surgido lo que podríamos denominar un "shopping médico-jurídico", en relación a la posibilidad de someterse en el extranjero a prácticas de inseminación artificial heteróloga con adopción del menor por parte del partner o con inscripción del acta de nacimiento conforme al Derecho extranjero que reconoce al menor como hijo de la pareja.*

PALABRAS CLAVE: *filiación; adopción; parejas homosexuales.*

ABSTRACT: *The paper deals with the forms with which in Italy, where it is not recognized the adoption of minors for homosexual couples nor the possibility for these to access assisted procreation, it has given rise to what we could define a "shopping of law and medical assistance" with reference to the possibility of undergoing overseas practices of artificial heterologous insemination with the adoption of the minor by the partner or with transcription of the birth certificate in accordance with the foreign law that recognizes the minor as a child of the couple.*

KEY WORDS: *filiation; adoption; homosexual couples.*

FECHA DE ENTREGA: 24/07/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y MEDICINA.- II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MERCADO MÉDICO-JURÍDICO. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL 2016.- III. ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES (PAREJAS NO CASADAS) EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS.- IV. MATERNIDAD SUBROGADA E INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO.- V. CONCLUSIONES.

I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y MEDICINA.

Mi ponencia tiene por objeto un tema que, a mi entender, teniendo en cuenta la materia sobre la que versa el Congreso, debe ser puesto en relación con dos importantes cuestiones de carácter general.

La primera tiene que ver con una perspectiva de las relaciones médico-paciente, que ya no contempla la medicina como una simple ciencia dirigida a la solución de meros problemas biológicos de las personas, sino que las contempla integralmente, teniendo en cuenta sus opciones vitales, a las que trata de dar la mejor solución posible[1]. Ha cambiado, pues, el objeto de la medicina. Baste pensar, no sólo en la cirugía estética, sino también en las elecciones vitales en las que el médico interviene, no para salvar, sino para "añadir vida a los días", como he tenido ocasión de leer en un centro de cuidados paliativos. Pensemos también en las elecciones sobre el cambio de sexo o en las que tienen que ver con la procreación. En estos casos, el médico, al ejercer su profesión para atender los deseos del paciente, se topa con la Ley, de modo que la ciencia médica se encuentra aquí con la ciencia jurídica, debiendo ambas ser tomadas en consideración.

La segunda de las cuestiones tiene que ver con la relación entre medicina y derecho, vista, no tanto desde el punto de vista de las consecuencias sancionatorias (penales y/o civiles) o de los errores médicos, como del de la regulación de la profesión médica a nivel de códigos deontológicos, normas legales o estatutos de las estructuras en las que el médico opera. La estructura médica se sitúa en un sistema de valores, cuyo centro es la persona, considerada en su totalidad. Las normas deben encontrar una interpretación centrada sobre el valor absoluto de la persona reconocido en las constituciones nacionales y en los acuerdos internacionales.

No pretendo aquí tomar posición sobre la legitimidad de las soluciones legales, sino aprovechar la ocasión para mostrar cómo la posición restrictiva del ordenamiento jurídico italiano respecto a ciertas opciones procreativas ha llevado a ciudadanos italianos a acudir al extranjero para conseguir los tratamientos médicos deseados y han dado lugar a posiciones jurisprudenciales contradictorias: algunos jueces han tratado de privar de efectos jurídicos a una práctica que se considera elusiva de prohibiciones legales; otros, en cambio, han tratado de resolver los intereses en

[1] GAWANDE, A.: *Being Mortal. Medicine and what matters in the end*, Metropolitan Books, New York, 2014.

conflicto a través de interpretaciones "creativas", centradas en una particular lectura del principio del interés superior del menor ("best interest of child").

Me limitaré a referirme a algunos casos italianos emblemáticos que subrayan tal contraste y a realizar algunas consideraciones sobre las relaciones entre poder judicial y poder legislativo.

II. Reproducción asistida y mercado médico-jurídico. La posición del Tribunal Supremo en el 2016.

El primer caso[2] que vamos a considerar se refiere a una pareja de mujeres, que, en orden a la realización de un proyecto de vida común, se sometieron a un tratamiento de fecundación heteróloga, la cual está prohibido en Italia[3].

La compañera de la gestante, con apoyo en la Ley de 4 de mayo de 1983, núm. 184, art. 44, I, d), interpuso ante el Tribunal de Menores de Roma una demanda de adopción, argumentando que: -el nacimiento había sido el fruto de un proyecto parental madurado y realizado con su propia compañera; - la menor había vivido desde su nacimiento con ambas en un contexto familiar y de relaciones escolares y sociales semejante al de otras niñas de su misma edad, en el que también se hallaban presentes los abuelos y algunos familiares de la demandante.

El ordenamiento jurídico italiano, además de la adopción legitimadora, reconoce una adopción en casos particulares en los que permite la creación de un vínculo de filiación cuando no exista la posibilidad, en interés del menor, de seguir el procedimiento y de cumplir todas las condiciones para llevar a cabo la adopción legitimadora. En particular, en los casos previstos en el art. 44, I, d), permite la adopción, además de a los cónyuges, a quienes no estén casados[4]. La jurisprudencia

[2] Cass. 22 junio 2016, núm. 12962, en *De Jure*. V. también Cass. 11 enero 2013, núm. 601.

[3] El art. 4, II Ley 19 febrero 2004, núm. 40 (en *Gazz. Uff.*, 24 febrero, núm. 45). – Normas en materia de reproducción médica asistida (Procreación asistida) prohíbe las técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo.
La Corte Constitucional, sentencia 5 junio 2015, núm. 96 (en *Gazz. Uff.*, 10 junio 2015, núm. 23), ha declarado inconstitucional dicho párrafo, en la medida en que no permite acceder a las técnicas de procreación asistida a las parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles (que cumplan los criterios de gravedad en el sentido del art. 6, I, b) de la Ley 22 mayo 1978, núm. 194 (Normas sobre la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo), constatadas por la correspondiente estructura médica pública.

[4] En la adopción legitimante el menor adoptado se convierte en hijo "legítimo" de los padres adoptantes, o que produce los siguientes efectos: la sustitución del propio apellido por el de los padres adoptivos y las transmisión del mismo a las generaciones futuras: la adquisición del parentesco con la familia extensa de los padres adoptivos; y la supresión de todo vínculo jurídico y de toda relación con la familia biológica, salvo por cuanto concierne a los impedimentos matrimoniales.
El Derecho italiano regula dos clases de adopción legitimante: adopción nacional y adopción internacional. En ambos casos la adopción prevé un procedimiento en el que se incluye el acogimiento preadoptivo.

ha extendido el ámbito de aplicación de este supuesto, considerándolo también aplicable en el caso de la adopción llevada a cabo en el extranjero por una persona soltera[5], así como en la hipótesis de existencia de una imposibilidad legal de proceder a la adopción legitimadora, concretamente, en el caso que aquí nos interesa, en el supuesto de adopción del conviviente del progenitor del mismo sexo.

El Tribunal -con el asentimiento de la madre de la menor y oído el Fiscal de Menores, que expresó su parecer desfavorable- en sentencia núm. 299/2014 de 30 de julio, acogió la pretensión, dando lugar a la adopción y ordenando que se añadiera el apellido de la compañera de la madre biológica al de la menor[6].

Tal decisión se basó en los siguientes argumentos: a) a diferencia de lo que acontece con la adopción "legitimadora", no existe en nuestro ordenamiento la prohibición de que una persona soltera pueda adoptar conforme a la Ley núm. 184 de 1983, art. 44, I, d); b) no es posible deducir ninguna limitación legal de la orientación sexual de la reclamante de la adopción en casos particulares; c) con la disposición mencionada, el legislador ha pretendido favorecer la consolidación de las relaciones entre menores y parientes o personas que ya cuidaban de aquéllos, previendo un modelo de adopción con efectos más limitador a los de la Ley 184 de 1983, art. 6; d) la *ratio legis*, orientada a proteger el interés del menor, es un límite infranqueable y debe ser considerada la clave interpretativa de la institución; e) la condición de la imposibilidad del acogimiento preadoptivo, recogida en el 44, I, d), debe ser interpretada, no restrictivamente, como imposibilidad "de hecho", sino como imposibilidad "de derecho", de modo que comprenda también menores que no se encuentran en estado de abandono, pero respecto de los cuales existe el interés al

En la adopción no legitimante el menor adoptado no adquiere la condición de hijo legítimo de los padres adoptantes, lo que origina las siguientes consecuencias jurídicas: el mantenimiento del propio apellido de origen, que viene pospuesto al de los padres adoptivos; el menor se convierte en heredero de los padres adoptivos, pero no establece una relación de parentesco con los otros miembros de la familia adoptiva; y mantiene algunas obligaciones hacia la familia de origen.

Nuestro Derecho regula un tipo de adopción no legitimante: la adopción en los casos particulares previstos en el art. 44 de la Ley núm. 184/83. Los padres naturales del adoptando deben prestar su propio consentimiento, cuando estén en condiciones de darlo. Este tipo de adopción se consiente, tanto a parejas, como individualmente a personas que resulten ser idóneas.

La regulación prevé que entre el adoptante y el adoptado haya una diferencia mínima de edad de al menos 18 años, pero no establece una diferencia máxima. En los casos del art. 44, I, a), e) y d) se consiente la posibilidad de adoptar, tanto a los cónyuges como a las parejas de hecho. V. en la doctrina GIUSTI, A.: "L'adozione dei minore d'età in casi particolari", en *Trattato di diritto di famiglia Bonilini*, Utet, Torino, 2016, p. 3945; PASQUALETTO, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo", *NGCC*, 2015, núm. 1, p. 155; FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 679 y ss; COLLURA, G.: "L'adozione in casi particolari", en *Tratt. dir. fam. Zatti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 951 y ss.; URSO, E.: "L'adozione in casi particolari", en *Il nuovo diritto di famiglia* (dirigido por FERRANDO, G.), Zanichelli, Bologna, 2007, p. 765; GORGONI, M.: "sub art. 4", en *Commentario alla legge 28 marzo 2001, núm. 149* (coord. por BIANCA-ROSSI CARLEO), en *NLCC*, 2002, pp. 935 y ss.

[5] Cass. 14 febrero 2011, núm. 3572, en *GC*, 2011, núm. 1, p. 326.

[6] Entre los pronunciamientos más relevantes al respecto se halla Trib. minúm. Roma 29 octubre 2015, *De Jure.*

reconocimiento de relaciones parentales; f) este último requisito concurre en el supuesto de hecho, ya que, al no hallarse la menor en estado de abandono, no puede ser dada en acogimiento preadoptivo (su madre puede perfectamente ocuparse de ella); g) la menor, en virtud del vínculo estable de convivencia existente entre las dos convivientes, ha desarrollado una relación de tipo parental con esta última, la cual, a través del paradigma de la Ley. núm. 184 de 1983, art. 44, I, d), puede tener reconocimiento jurídico dentro de los límites dictados por el peculiar modelo adoptivo aplicable; h) a este respecto, no hay obstáculo normativos derivados de la ausencia de matrimonio y de la señalada naturaleza de la relación entre la madre de la menor y la conviviente, en cuanto personas del mismo sexo; i) las consideraciones realizadas a propósito de la misma Ley núm. 184 de 1983, art. 57, han permitido constatar que la adopción responde de manera plena al interés preminente de la menor.

La sentencia fue recurrida por el Fiscal de Menores, pero la Corte de Apelación de Roma desestimó el recurso.

El Ministerio Público recurrió en casación, argumentando que en el supuesto enjuiciado no era aplicable la Ley núm. 184 de 1983, art. 44, I, d), en tanto que la regulación de la adopción del art. 44 tiene como finalidad proteger a la infancia maltratada, abandonada y objeto de abusos, mientras que, por el contario, en el caso litigioso la menor tiene un progenitor legítimo que se ocupa de ella de manera idónea; además, una interpretación de la *conditio legis* de la "imposibilidad constatada de la adopción preadoptivo" que no exigiera la previa existencia de un estado de abandono supondría eludir el límite de la letra b) del mismo art. 44, el cual permite exclusivamente la adopción del hijo del cónyuge y la excluye respecto de parejas heterosexuales no casadas o del mismo sexo.

La Corte de Casación se opone a la interpretación del art. 44 postulada por la recurrente, fundada en la calificación de la "constatada imposibilidad del acogimiento preadoptivo" como una "imposibilidad de hecho"; según tal tesis, el cumplimiento de la condición exige ineludiblemente la preexistencia de una situación de abandono (o de semiabandono) del menor. La Suprema Corte contrapone a la interpretación restrictiva propugnada por el Ministerio Fiscal el sistema normativo nacional y los principios sentados por el Tribunal de Estrasburgo en materia de protección del interés superior ("best interest") del menor[7].

Se subraya que, a diferencia de lo que acontece respecto de la adopción legitimadora, el art. 44, I, establece que la comprobación de la existencia de una situación de abandono (art. 8, I) no constituye una condición necesaria para las adopciones en casos particulares, y que tal prescripción de carácter general se aplica a todos los

[7] El art. 24, II de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea declara: "En todos los actos relativos al niño (…) el interés superior del niño debe ser considerado preminente" y el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos que "toda persona tiene derecho al respeto de la propia vida privada y familiar, del propio domicilio y de la propia correspondencia". Sobre el *best interest of child*, v., en particular, STEDH (*Grande Chambre*) 16 julio 2014, Hamalainen contra Finlandia.

casos previstos en el mismo art. 44, la), b), c) y d). De hecho, tal norma dispone que "Los menores también pueden ser adoptados cuando no concurran las condiciones del art. 7, I" y el referido precepto establece como condición necesaria para la adopción legitimadora la declaración de idoneidad para ser adoptado, la cual, a su vez, presupone la comprobación de la situación de abandono, tal y como es prescrito por el sucesivo art. 8, I.

Concluye la Casación afirmando que, como consecuencia de los principios expuestos, dado que a la adopción para casos particulares prevista en el art. 44, I. d), pueden acceder tanto personas solteras como parejas de hecho, el examen de los requisitos y de las condiciones legalmente establecidas, bien en abstracto ("la imposibilidad constatada del acogimiento preadoptivo"), bien en concreto ("la búsqueda del interés del menor exigida por el art. 57, I, núm. 2), no puede ser llevada a cabo –ni siquiera de manera indirecta- dando relevancia a la orientación sexual de la demandante y a la consiguiente naturaleza de la relación por ella establecida con su "partner".

La sentencia de la Corte de Casación ha sido repensada por la jurisprudencia de instancia.

III. ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES (PAREJAS NO CASADAS) EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS.

Analizando la jurisprudencia más reciente de los Tribunales encontramos soluciones diversas respecto de personas no casadas, tanto homosexuales, como heterosexuales

La adopción por parte de las parejas de hecho divide a los Tribunales italianos. La denominada Ley 76/2016 (la llamada ley "Cirinnà"), que ha introducido en Italia la figura de las uniones civiles entre parejas homosexuales con iguales derechos (excepto los de la adopción y acceso a las técnicas de reproducción asistida) y deberes que los de las personas casadas, no ha modificado el art. 44 de la Ley 184/83; y, sin embargo, las normas existentes esconden problemas interpretativos susceptibles de ser resueltos de maneras distintas. En particular, la atención se centra sobre el art. 44, b), relativo a la adopción del hijo del cónyuge, locución que presenta problemas al no referirse a tipos de vínculo distintos al matrimonial, razón por la cual las parejas no casadas buscan apoyo en el art. 44, d), relativo a la adopción en los casos en los que no es posible el acogimiento preadoptivo. Como ya se ha visto, parte de nuestra jurisprudencia ha defendido una interpretación del art. 44, d) que no permite su aplicación cuando no exista un estado de abandono y cuando la pareja no esté casada, cosa que acontece en las homosexuales. Hay que recordar que en Italia, incluso después de la Ley "Cirinnà", las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio, sino sólo unirse civilmente. Algunos jueces de instancia son escépticos respecto de la posible aplicación del art. 44, d) cuando no hay una situación de abandono del menor. De hecho, la norma encontraría aplicación solamente cuando hubiera una imposibilidad de hecho de acudir al acogimiento preadoptivo, previo a la adopción legitimadora, que se conserva como el cauce

preferente, y no, cuando existiese una imposibilidad de derecho que excluyera *tout court* la adopciónúm. En síntesis, la *ratio* originaria de la norma sería la de permitir esta adopción particular solamente en los casos en que el menor, a pesar de encontrarse en un estado de abandono, no pudiese ser dado en acogimiento preadoptivo con vista a una adopción legitimadora por razón de su edad (es ya un adolescente), su carácter o su personalidad. En el pasado la norma también se ha aplicado en todos los casos en los que el menor había instaurado lazos afectivos con una pareja que no había conseguido obtener la adopción legitimadora, considerándose inoportuno la ruptura de la relación.

La respuesta del Tribunal de Milán ha llegado a través de dos fallos contrarios a esta orientación[8]. La situación de abandono sería un presupuesto imprescindible para dar lugar a la adopción en el caso especial previsto en el art. 44, d); la ley no permite interpretaciones extensivas, que supongan una intromisión en la discrecionalidad legislativa, a pesar de los cambios sociales. Ha de precisarse que los fallos milaneses se refieren a dos casos diversos: uno de ellos concierne a una pareja homosexual que se había sometido a reproducción asistida alumbrando a dos niñas; el otro se refiere a una pareja heterosexual en el que el nuevo compañero pedía adoptar al hijo de la conviviente, concurriendo la circunstancia de que, si bien el padre biológico estaba vivo, no obstante, carecía de cualquier tipo de interés por el niño.

Para los jueces, en el primer caso, los menores no se hallaban en situación de abandono, en cuanto que disfrutaban del cuidado, educación y afecto, tanto de las madres biológicas como de las respectivas compañeras", razón por la cual la demanda de adopción recíproca debía ser desestimada.

En dicho caso no podía recurrirse al supuesto del art. 44, b), que prevé la adopción del hijo del otro cónyuge, pues se trataba de una pareja de convivientes homosexuales. El Tribunal observa que la locución "cónyuge" del art. 44, b) responde una concreta finalidad del legislador, basada en la consideración de que sólo el matrimonio supone un vínculo que comporta "la instauración de un marco jurídico en la pareja que también proporciona seguridad al menor". La ley italiana distingue el vínculo del matrimonio para parejas heterosexuales y el vínculo de las uniones civiles para las parejas homosexuales.

Tampoco en el segundo caso, relativo a una pareja heterosexual, el Tribunal trata de la posible aplicación del caso del 44, d) por imposibilidad de acogimiento preadoptivo. Esta vez el conviviente demandaba la adopción del hijo de la compañera, porque el padre biológico del menor, aunque estaba vivo, nunca se había ocupado del hijo, ni material, ni moralmente. La solución es la misma: faltando la situación de abandono del menor, no es posible acudir a la adopción especial. Según el parecer del Ministerio Público, se podría haber encontrado una

[8] Trib. Milán 17 octubre 2016, *De Jure* (relativa a una pareja homosexual); Trib. Milán 20 octubre 2016 (relativa a una pareja heterosexual no casada); V. NOCCO, A.: "L'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44 ltt.d) l. 184/1983", *NGCC*, 2016, pp. 209 y ss. nota a Trib. Minúm. Piemonte y Valle d'Aosta 11 septiembre 2015, núm. 258 y 259.

solución planteando una cuestión de inconstitucionalidad del art 44, b) de la Ley 184/83, en relación con el art. 3 de la Constitución en la parte en que limita la posibilidad de llevar a cabo esta adopción, exclusivamente, al cónyuge, y no, al conviviente.

IV. MATERNIDAD SUBROGADA E INSCRIPCIÓN DEL ACTA DE NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO.

Es interesante una sentencia del Tribunal Penal de Pisa[9], relativo a un caso de maternidad subrogada.

El Ministerio Fiscal pedía la corrección de los datos registrales de un menor, en el sentido de que se anulara el acta de nacimiento del Ayuntamiento de Pisa con inscripción de la declaración de maternidad y maternidad en favor de dos cónyuges italianos llevada a cabo por las autoridades ucranianas.

Argumentaba esta pretensión afirmado que de la referida acta resultaba que el menor había nacido en Ucrania el 21 de agosto de 2014, mientras que la presunta madre había entrado en el país el 22 de agosto de 2014, esto es, el día siguiente al nacimiento del niño; que los padres habían presentado en la Embajada de Kiev una memoria en la que explicaban que habían recurrido a la maternidad por sustitución, memoria que fue trasmitida a la Embajada de Kiev en Italia, donde el acta fue después inscrita.

Los progenitores del menor se opusieron a la corrección, argumentando que el acta había sido hecha correctamente en Ucrania según la ley vigente en ese país y, en consecuencia, era conforme al art. 15, II del DPR 396/2000 de normativa italiana, según el cual la declaración de nacimiento y de fallecimiento acaecidos en relación con ciudadanos italianos son disciplinados por la *lex loci*.

Podrían haberse cometido dos delitos: uno, *ex* art. 567 del Código Penal, que castiga a quien altera el estado civil del recién nacido; otro *ex* art. 12 de la ya mencionada Ley 40/2004, que tipifica el hecho delictivo del recurso a la maternidad subrogada. Sobre este punto, el Tribunal observa que el delito *ex* art. 12, 6, L 40/04 se refiere a la modalidad del nacimiento acaecida, en este caso, en el extranjero, no siendo, sin embargo, el nacido persona ofendida. Distinto es el caso del delito de alteración de estado *ex* 567 del Código Penal, eventualmente consumado en razón de la manifiesta violación de la ley ucraniana aplicable (y no, de la italiana).

El Tribunal de Pisa, después de haber observado que el problema de la inscripción del acta de nacimiento del menor nacido en el extranjero debe resolverse a la luz del principio de "orden público internacional", basado en el concepto del superior interés del niño ("best interest of child"), recogido en la Carta di Niza y en el art. 8 del Convenio de Roma CEDU según interpretación del Tribunal Europeo de

[9] Trib. Pisa 22 julio 2016, *De Jure.*

Derechos Humanos[10], afirma que el orden público internacional no tiene un contenido fijo y determinado, sino que necesariamente es flexible con el fin de poder ser adaptado a la variedad de casos concretos. Afirma el Tribunal de Pisa que "precisamente el carácter variable del contenido del concepto de "orden público" ha llevado a parte de la doctrina a asimilarlo a la categoría de los "principios válvula", esto es, a aquellos conceptos presentes en todo ordenamiento jurídico, cuya función consiste en proporcionar una categorización de lo imprevisto, en prestar al derecho una cierta capacidad de adaptación, una cierta flexibilidad, motivo por el cual son considerados válvulas de seguridad de los ordenamientos: el carácter fundamental del orden público es su capacidad de modificación con el desarrollo de la vida política y social, adecuando el ordenamiento a las transformaciones de la sociedad".

Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal se inclina por el *favor affectionis,* privilegiando la relación del menor con el sujeto que realmente provee a su educación con amor y responsabilidad y esto "en primer lugar en virtud del principio de tutela de la infancia, inmanente a nuestro ordenamiento y afirmado por el art. 31, II de la Constitución, en aplicación del cual cada niño tiene derecho a tener progenitores, identificándolos de manera cierta en aquellos que han asumido la iniciativa de procrear, sea natural o artificialmente. A ello no puede oponerse la existencia de la prohibición de la subrogación en el ordenamiento italiano, incluso aunque la misma sea penalmente sancionada, porque la prohibición no puede prevalecer sobre la concreta protección del menor, castigándolo por la violación de la norma cometida por los progenitores en la fase anterior y separada de la técnica reproductiva".

Por lo demás, es la propia Ley 40, la que después de prohibir la maternidad subrogada en el art. 9, I, excluye la legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación, a quien, a pesar del incumplimiento de la prohibición, haya prestado su consentimiento para practicar esta técnica procreativa. Se trata de una norma que el Tribunal de Pisa considera que es manifestación del principio de "responsabilidad procreativa" o del deber jurídico/moral derivado de la procreación.

[10] Cfr. STEDH (*Grande Chambre*) 16 julio 2014, Hamalainen contra Finlandia; STEDH 11 julio 2008, causa C-195/08 PPU; STEDH 1 julio 2010, Rinau, causa C-211/10 PPU; STEDH 15 julio 2010, Povse, causa C-256/09; STEDH 5 febrero 2002, Purrucker, causa C-255/99; STEDH 17 septiembre 2002, Humer, causa C-413/99; STEDH 19 octubre 2004, Baumbast, causa C-200/02, Chenúm. Con referencia a la relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, el Tribunal de Pisa recuerda que "La Corte Constitucional (sentencia núm. 137 de 2009) ha aclarado que la integración del parámetro constitucional representando por el art. 117, I de la Constitución no debe entenderse como una supraordenación jerárquica de las normas del Tratado europeo de derechos humanos – en sí y por sí y, por lo tanto prescindiendo de su función de fuentes interpuestas- respecto de las leyes ordinarias y, mucho menos, respecto de la Constitución". Por cuanto concierne a las relaciones entre el Tratado europeo de derechos humanos y Derecho comunitario, se afirma que el Tratado es sin duda ajeno al Derecho comunitario, pero fuente inspiradora del mismo y al mismo tiempo "límite" de la acción comunitaria en las materias de competencia comunitaria (contrariamente a lo sostenido sin ninguna duda por la S.C. en sentencia núm. 19405 de 2013)".

El Tribunal de Pisa afirma que la falta de inscripción, así como la corrección del acta de nacimiento sería lesiva de la identidad personal del nacido.

El juez procede, en consecuencia, a la desestimación de la pretensión del Ministerio Fiscal de que se corrigiera el acta de nacimiento inscrito en Italia respecto al nombre de la madre "social".

Este pronunciamiento alcanza un particular significado en el tema de que tratamos, porque hace pocos meses en Italia se ha plantado el caso de dos hombres que han podido inscribir el acta de nacimiento de dos gemelas calidad de progenitores de las mismas, habiendo estas nacidas a través de la maternidad subrogada[11].

La Corte de Apelación niega que la inscripción del acta de nacimiento, que considera progenitores de dos niños a dos "padres", sea contraria al orden público, porque el principio de orden público del "best interest of child" solamente puede ser excluido como consecuencia de la aplicación de principios superiores de carácter constitucional, cuando "la regulación positiva de la reproducción asistida (que prohíbe recurrir a la maternidad subrogada) se considera, no ya la expresión de principios fundamentales constitucionalmente obligatorios, sino el punto de equilibrio legislativo actualmente alcanzado en la tutela de diferentes intereses fundamentales que deben ser tomados en consideración"[12].

V. CONCLUSIONES.

La verdad es que las dos orientaciones contrapuestas son consecuencia de una opción política del juez, el cual busca una motivación de las propias decisiones, que pueda constituir una norma para el futuro, más que un juicio sobre el concreto caso contemplado, el cual queda difuminado por vacías declaraciones de principios. Estamos en presencia de una opción política respecto a las técnicas de reproducción asistida que se refiere, tanto a las parejas heterosexuales, como homosexuales. Conscientemente, he referido casos de parejas homosexuales y heterosexuales concernientes a la aplicación de las mismas normas, el art. 44, d) sobre la adopción en casos particulares y la disciplina de la inscripción del acta de nacimiento de menores nacidos en el extranjero prevista el art. 15, II DPR 396/2000; y ello, para evidenciar que el problema se plantea con independencia de la naturaleza homosexual o heterosexual de la relación.

[11] C. Apelación Trento 23 febrero 2017, inédita.

[12] Otro caso es el del reconocimiento de la adopción pronunciada en el extranjero. A favor Trib. Florencia 7 marzo 2017, inédita. Sobre este punto, v. LOPES PEGNA, O.: "Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni", *Riv. int. Dir. proc. civ.*, 2016, p. 725; Sobre el concepto de "best interest of child", v., en particular, PARKER, S.: "The best interest of the Child. Principles and problems", *International Journal of Law and the Family*, 1994, p. 29; EEKELLAR, J., "The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self determinism", *ivi*, 1991, p. 45.

BIBLIOGRAFÍA

CARBONNIER, J.: "Comment a S. Court d'Appel Paris 10.4.1959", en *Dalloz*, 1960.

COLLURA, G.: "L'adozione in casi particolari", en *Tratt. dir. fam. Zatti*, Giuffrè, Milano, 2012.

DONNIER, L. : "L'intéres de l'enfant", en *Dalloz*, 1959, *Chronique*.

EEKELLAR, J.: "The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self determinism", *International Journal of Law and the Family*, 1991.

FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive", *NGCC*, 2012, núm. 2.

GIUSTI, A.: "L'adozione dei minore d'età in casi particolari", en *Trattato di diritto di famiglia Bonilini*, Utet, Torino, 2016.

GORGONI, M.: "sub art. 4", en *Commentario alla legge 28 marzo 2001, núm. 149*, coord. Bianca-Rossi Carleo, *NLCC*, 2002.

LOPES PEGNA, O.: "Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni", *Riv. int. dir. proc. civ.*, 2016.

PARKER, S.: "The best interest of the Child. Principles and problems", *International Journal of Law and the Family*, 1994.

PASQUALETTO, A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo", *NGCC*, 2015, núm. 1.

URSO, E.: "L'adozione in casi particolari", en *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, Bologna, 2007.

ÍNDICE

EL ACTO JURÍDICO NORMATIVO. UNA PROPUESTA NORMATIVA ANTE LOS CASOS TRÁGICOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

THE LEGAL ACT. A NORMATIVE PROPOSAL ON THE TRAGIC ON SUBROGED MATERNITY IN MEXICO

Dra. GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México
giselapef@hotmail.com

RESUMEN: *La maternidad subrogada en México se reguló por razones no aclaradas en los códigos civiles de las entidades federativas de Tabasco y Sinaloa, excepcionalmente de los treinta y dos Estados del país en los que a través de un contrato se patrimonializa a la persona. El tráfico de maternidad subrogada se internacionalizó a tal extremo que el Estado de Tabasco prohibió en su Código la realización de las técnicas a extranjeros pero no su gratuidad y la utilización del contrato como figura jurídica que lo hace efectiva. En este artículo se intenta buscar una solución jurídica a una realidad científica que soluciona problemas a mujeres infértiles a través de un análisis doctrinal del acto jurídico normativo previsto en el sistema jurídico mexicano y la necesidad de la presencia de los comités de Bioética como filtro institucional para admitir excepcionalmente por razones médicas estas prácticas científicas.*

PALABRAS CLAVE: *Maternidad subrogada; acto jurídico normative; comités de bioética.*

ABSTRACT: *The maternity surrogate in Mexico was regulated for reasons not clarified in the civil codes of the states of Tabasco and Sinaloa, exceptionally of the thirty-two States of the country in which, through a contract, the person is patronized. The surrogacy maternity traffic was internationalized to such an extent that the State of Tabasco prohibited in its Code the realization of the techniques to foreigners but not its gratuitousness and the use of the contract as a legal figure that makes it effective. This article seeks to find a legal solution to a scientific reality that solves problems for infertile women through a doctrinal analysis of the normative legal act provided for in the Mexican legal system and the need for the presence of Bioethics committees as an institutional filter for Exceptionally admit these medical practices for medical reasons.*

KEY WORDS: *subrogate maternity; normative legal act; bioethics committees.*

FECHA DE ENTREGA: *24/06/2017*/ FECHA DE ACEPTACIÓN: *12/12/2017.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II.- TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.- III. LA CAUSA COMO ELEMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO NORMATIVO.- IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA: UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.- V. LA ADOPCIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.- VI. BIOÉTICA Y DERECHO EN MÉXICO.- VII. ESTUDIO DE CASO LEGISLATIVO EN MÉXICO. CÓDIGO CIVIL DE TABASCO.- VIII. RETOS LEGISLATIVOS EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. UNA PROPUESTA EN MÉXICO.- 1. El rol de los Códigos Civiles. Derecho a la identidad, filiación, nacionalidad y derechos hereditarios.- A) Filiación.- 2. Los Comités Hospitalarios de Bioética: una vía interdisciplinaria para la determinación de casos que requieran el procedimiento de la maternidad subrogada.- IX. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La maternidad subrogada no es una figura normativa generalizada en las entidades de México en los códigos civiles, excepcionalmente se contempla en el Código Civil de Tabasco y en el Código Familiar de Sinaloa, estados distantes dentro del territorio mexicano. Sin embargo la figura jurídica que ha materializado estas técnicas ha sido la de contratación o denominado también renta de vientres, en los que se patrimonializa a la persona, madre gestante y también se ha cosificado el producto de estas técnicas de gestación. Esta situación se ha convertido en un gran negocio de trascendencia internacional, donde están involucrados abogados, médicos de clínicas privadas y personas privadas tanto nacionales como extranjeras, pues si es cierto que las técnicas han sido autorizadas en esos dos estados, se ha constituido una maquinaria mercantilista que implica la existencia de varias clínicas en distintos estados del país.

Se ha intentado por parte del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco imponer la derogación de este tipo de contrato, cuestión con la cual coincido en principio, pero no se puede negar la vigencia de la figura y una protección jurídica para ella, esto no es a criterio de la autora, la solución efectiva, considerando que la figura se eliminaría de una ley supletoria sin carácter coercitivo como es el Código Civil. En el caso que se penalizara la figura se utilizaría el derecho de última fila como solución no propia de los países democráticos.

En este artículo se valoran entonces alternativas jurídicas que eliminen el carácter patrimonialista de la maternidad subrogada para proponer una técnica legislativa acorde con la defensa de los derechos de la salud y la dignidad de la persona.

II. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

La salud es un derecho fundamental reconocido en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que incluye la integridad física y psíquica por cuanto la persona es una unidad psicofísica indisoluble y reconduce al sano y libre desarrollo de la personalidad en cuanto es un todo unitario. El derecho a la salud cumple una función para el legislador y el juez: el respeto de la persona.

En México el derecho a la salud no se puede desligar de la información que debe proporcionarse al paciente, para lo cual, como en todo acto jurídico, ya sea formal o consensual, debe existir una manifestación de consentimiento, con base en el principio de autonomía de la voluntad, pero para que éste sea cierto debe proporcionarse la información necesaria, tendiente a que la toma de decisiones en el campo de la salud sea adecuada dentro de un marco de protección de la integridad física y psicológica en un ámbito jurídico responsable[1].

En el derecho a la salud se debe hacer distinción entre el derecho procreativo y el derecho a la libertad procreativa, éste último no debe ser parte del derecho que protege la Constitución y por tanto las técnicas de reproducción asistida protegerán por el Estado a los casos de derecho procreativo y no deben ser parte del servicio de salud básico dentro de México[2].

En el caso de las nuevas técnicas de reproducción asistida, el derecho en México no ha dado respuesta a este progreso biomédico en concordancia con el desarrollo y bienestar de la sociedad que el mismo implica. El derecho y más, los legisladores a través de sus propuestas han optado por verter vino nuevo en odres viejos, aplicando una solución de carácter patrimonialista para desarrollar en la sociedad estas técnicas.

El contrato patrimonial tradicional ha sido la figura utilizada para estos asuntos, sin trabajar temas como la causa de la figura jurídica por razón de infertilidad, y el consentimiento informado con los requisitos que éste implica para respetar el verdadero interés jurídico que significa la maternidad subrogada, y como una forma de evitar la trata de personas y garantizar el interés superior del menor.

En este contexto, se hace necesario precisamente un estudio doctrinal de carácter socio-histórico, considerando que en México no estuvo vigente el Código Civil de 1889 por lograr con anterioridad la independencia de España. Así que las instituciones jurídicas mexicanas tienen dos vertientes fundamentales, la teoría bipartita francesa y tripartita o ítalo-germana sobre el hecho jurídico[3]. En la

[1] LAURENT PAVÓN, A.: "Consentimiento informado y daño moral", en GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.), *Temas de Derecho Biomédico*, Ed. Porrúa - Universidad Anáhuac, México, 2010, colección Derecho y Bioética, pp. 77-100.

[2] BAFFONE, C.: "La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVII, núm. 137, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, mayo-agosto de 2013, pp. 441-470.

[3] BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho Civil. Introducción y Personas, 2ª edición,* Editorial Oxford, México, 2010, pp. 50-52.

generalidad de los Códigos civiles mexicanos, se aplica la tradicional teoría francesa sin embargo en los Códigos Civiles más modernos de México se aplica de forma dual la teoría francesa y la teoría ítalo-germana, conocida como teoría tripartita al reconocer: hecho, acto y negocio jurídico, pero determinando éste último como contrato. El acto es una actividad humana voluntaria a la que la norma le atribuye consecuencias jurídicas a favor o en contra del hombre, en esta teoría, el delito es un acto jurídico. La tercera categoría es el negocio jurídico que se define como un acto lícito, voluntario con la intención de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Aunque en México no se utiliza la figura del negocio jurídico en la legislación civil, algunos códigos la han sustituido directamente por la de contratos.

Autores como Díez-Picazo encuentran importantes diferencias entre el acto jurídico de la teoría bipartita del negocio jurídico de la teoría tripartita, en tanto, la teoría del contrato se enmarca en una posición de voluntarismo jurídico basada en una concepción individualista del mundo[4]. Mientras que en la teoría francesa el acto jurídico trata de toda manifestación de voluntad que da lugar al nacimiento de consecuencias de derecho, sin distinguir diversas especies de actos, en el derecho alemán sí admiten una distinción y ofrecen especies de actos, en los que aparece el acto jurídico *strictu sensu*, [5] como todo acontecimiento voluntario al que el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias a actualizarse por su verificación. En este tipo de acto jurídico con verificación estatal, el autor de un acto se limita simplemente a realizarlo y la plena intervención de la voluntad en su verificación es suficiente para que la ley le atribuya los efectos en ella establecidos. En algunos Códigos Civiles mexicanos con cierta influencia alemana aparece esta figura, como acto jurídico normativo[6].

La maternidad subrogada es un hecho jurídico complejo. El supuesto de hecho complejo puede estar estructuralmente compuesto de hechos de diferente naturaleza –actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales- cada uno con autonomía y relevancia propia, pero todos juntos dirigidos a la producción de un efecto final[7].

[4] DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 124.

[5] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 505.

[6] Artículo 1877 Código Civil de Tabasco, "Por medio del acto jurídico normativo el autor o autores del mismo, en ejercicio de las facultades que la ley les concede o de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce a los particulares, regulan la conducta propia o la ajena, adquieren derechos y contraen o imponen deberes". Artículo 1430 Código Civil de Puebla: "Por medio del acto jurídico normativo, el autor o autores del mismo, en ejercicio de las facultades que la ley les concede o de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce a los particulares, regulan la conducta propia o la ajena, adquieren derechos y contraen o imponen deberes. Artículo 1244 Código Civil de Tlaxcala: Por medio del acto jurídico normativo el autor o autores del mismo, en ejercicio de las facultades que la ley les concede o de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce a los particulares, regulan la conducta propia o la ajena, adquieren derechos y contraen o imponen deberes".

[7] MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: "Derecho civil constitucional", capítulo decimosegundo en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 561.

La maternidad subrogada es un acto jurídico normativo complejo en el que interviene necesariamente la bioética, sostenemos esta posición con los principios que argumenta Lucas Lucas:

-El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad como persona.

-El nexo inseparable existente entre vida, verdad y libertad. Separar la libertad de la verdad objetiva hace imposible la fundamentación de los derechos de la persona sobre una sólida base racional y establece las premisas de comportamientos arbitrarios y totalitarios, tanto de los individuos como de las instituciones[8].

III. LA CAUSA COMO ELEMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO NORMATIVO.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) describió el término infertilidad como la enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas[9].

Para una mujer, la infertilidad (o un estado de subfertilidad) puede manifestarse como:

1) La incapacidad de quedar embarazada;

2) Una incapacidad para mantener un embarazo,

3) Una incapacidad para llevar un embarazo a un nacimiento vivo[10].

La OMS define a la infertilidad como una enfermedad, pues esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren.

El derecho a la salud implica la protección de la persona en el ámbito de su derecho reproductivo, la maternidad subrogada es una modalidad científica que permite brindar a la mujer o pareja infértil una opción pero esto es posible bajo las condiciones que el Estado logre una armonización a través de lo que se pueda establecer en la Ley General de Salud[11].

Entre las interrogantes que surgen producto de las nuevas técnicas de reproducción asistida es el camino legislativo a seguir para que no contravengan los principios

[8] LUCAS LUCAS, R.: *Bioética para todos*, Ed. Trillas, México, 4ª edición, 2016, p. 26.
[9] Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el "International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology" (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).
[10] Al respecto véase la página de la Organización Mundial de la Salud.
[11] Así lo define entre otros BAFFONE, C.: "La maternidad subrogada", cit., pp. 441-470.

fundamentales de protección a la persona, incluyendo la madre gestante, las personas infértiles y por supuesto el hijo que nacerá de tales técnicas.

IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA, UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La fertilización in vitro (FIV) es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[12], adoptaron el contenido del artículo 4.1[13]. Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tiempos recientes abordó el tema en el Caso Artavia Murillo vs Costa Rica a partir de las consideraciones siguientes:

1) Los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y

2) Las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, exponiendo que de ninguno de estos artículos o tratados era posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención[14].

La Corte Interamericana se pronunció en primer lugar por definir en el sistema jurídico que la sostiene, el término "concepción" a partir de la existencia de la Fertilización In Vitro. La Corte reconoce que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación y que en el segundo momento, se cierra el ciclo que permite entender la concepción. Si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas porque no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Esto se prueba porque sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodatropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

[12] La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, entró en vigencia el 18 de julio de 1978).

[13] Artículo 4.- Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso ARTAVIA MURILLO y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

En el Caso Artavia Murillo, la Corte Interamericana valoró el Derecho Comparado, analizando el Convenio de Oviedo, del cual valoró la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa, en su artículo 18[15].

V. LA ADOPCIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Algunos autores han pretendido dar respuesta jurídica a la maternidad subrogada a través de una analogía con la institución jurídica de la adopción, en esta posición coincido que tanto la adopción como la maternidad subrogada deben tener el tratamiento de actos jurídicos normativos, sin embargo la causa de la adopción es diferente a la maternidad subrogada. En la primera, la adopción es válida su regulación íntegra en el Código Civil o en su caso en los Códigos de Familia que existen en México. La segunda, la maternidad subrogada surge por una incapacidad física, y debe ser protegida bajo estrecha supervisión del Estado según el sistema de salud.

La palabra adopción proviene del latín ad a optare, desear y puede definirse como acción de adoptar o prohijar[16]. Autores mexicanos definen la adopción como el acto jurídico de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente[17].

La adopción únicamente se configura a través de una sentencia judicial cuya tramitación debe ser consentida, entre otros, por quienes tengan la representación del menor a adoptar, sea quienes ejercen la patria potestad, un tutor o el Ministerio Público.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado porque es el Ministerio Público la autoridad competente para recibir el consentimiento a fin de realizar el trámite de adopción de un menor por parte de quien ostenta la representación del mismo, dadas las funciones del Ministerio Público en materia familiar y como auxiliar de la autoridad judicial[18].

---

[15] Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. El artículo 18 dispone: Experimentación con embriones in vitro: 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

[16] PÉREZ DUARTE, A.: "Adopción", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 177.

[17] BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Oxford, México, 2004, p. 216.

[18] Tesis: 1a. LII/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XVII, febrero de 2013, tomo 1, p. 794, bajo el rubro: Adopción de un menor de edad. El ministerio público es autoridad competente para recibir el consentimiento de quien ejerce la patria potestad del menor o quien ostenta su representación para iniciar los trámites respectivos.

En caso de pretender utilizar a la adopción para la maternidad subrogada no puede obviarse que existen requisitos más precisos en la legislación mexicana para la adopción internacional[19]. Por ejemplo, los menores adoptados por extranjeros son aquellos que viven en casa hogar, esto es, huérfanos, abandonados por sus padres o que por alguna razón hayan perdido la patria potestad sobre ellos y la asignación es realizada por el Consejo Técnico de adopción que comunicará a los interesados si una vez aprobado el certificado de idoneidad sigue con la intención de adoptar.

En la adopción tanto nacional como internacional se requiere una convivencia del menor con los adoptantes al menos a través de medios escritos y tecnológicos y esta convivencia personal del menor con los adoptantes, es supervisada en todo momento por el psicólogo[20]. Para determinar cuál es el interés superior del menor en un caso específico, es necesario tomar en cuenta diversos factores, tales como su situación personal y las circunstancias que gravitan en torno a su vida[21].

En caso de menores de edad, el juzgador, al aprobar todo trámite de adopción, debe verificar quién o quiénes tienen la custodia del niño y, en caso de que éste se encuentre bajo el resguardo de los adoptantes, tendrá que tomar en consideración, como un factor determinante para aprobar el trámite, el tiempo que el menor ha convivido con quienes lo tienen bajo su custodia, particularmente, en los primeros años de vida, afectivos de apego, lo que podría generar un trauma que afecte su desarrollo posterior[22]. Las personas se consideran idóneas para adoptar cuando prueben su capacidad para brindar cuidado y protección al menor de edad, así como incluirlo a una familia.

En el caso de la maternidad subrogada los legisladores deben romper paradigmas superados. El primero de ellos es, que éstas técnicas no han sido protegidas por algún tipo de derecho anterior, simplemente por no existir en las sociedades pre-existentes.

[19] Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Últimas reformas publicadas el 24 de diciembre de 2013. "Artículo 410 E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código. Las adopciones internacionales siempre serán plenas. La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se regirá por lo dispuesto en el presente Código. Artículo 410 F.- En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros".

[20] Sobre el tema de adopción internacional; Cfr. SOLÍS GARCÍA, M. I.: *La protección jurídica del menor adoptado por extranjeros en el Estado de Tabasco*, Tesis de Maestría. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, junio 2006.

[21] La adopción internacional está prevista en Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014.

[22] Tesis: III.2o.C.52 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, Tomo IV, p. 3136, bajo el rubro: adopción plena. Para decretarla, conforme al interés superior del niño, constituye un factor determinante el tiempo que el adoptado ha pasado con los adoptantes, en caso de que éstos tengan su custodia.

En cuanto al consentimiento como parte del acto jurídico normativo que constituye la adopción, ha expresado la Suprema Corte que la adopción no se configura por la voluntad de los particulares, ni por resolución de un organismo público, como sería el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia o el Ministerio Público. La adopción únicamente se configura a través de una sentencia judicial cuya tramitación debe ser consentida, por quienes tengan la representación del menor a adoptar, sea quienes ejercen la patria potestad, un tutor o el Ministerio Público.

VI. BIOÉTICA Y DERECHO EN MÉXICO.

La bioética es una disciplina capaz de crear un vínculo humanista entre las ciencias de la salud, la ética y el mundo del derecho[23]. La bioética[24] como nueva disciplina que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, surge de la necesidad de regular la acción de la ciencia sobre el hombre y el medio ambiente, la bioética ya no se trata sólo de normas de comportamiento para médicos y otros profesionales, se trata de principios generales que rigen el comportamiento científico.

Con anterioridad a 1988, referirse a la bioética en México era excepcional, pues casi estaba excluida del vocabulario y del discurso de las autoridades del Sector Salud y de los Derechos Humanos, a pesar de que desde 1970 el término ya había sido divulgado. Sólo hacía falta que la Secretaría de Salud, como la autoridad político-sanitaria del Gobierno de la República Mexicana, conformara una instancia para el estudio, investigación y difusión de la bioética, con la inclusión de un movimiento de reflexión intelectual que no sólo se ciñera a la moral y la ética médica y sirviera para normar la conducta de quienes intervienen en la vida, la salud y la dignidad humanas.

Algunos estudiosos del tema afirman que México sí ha dispuesto normas sobre bioética, pero éstas son vagas e imprecisas, además de que entre los legisladores hay desconocimiento del tema, pues como algunos de ellos dicen: "muchas veces es mejor que no haya una ley a que haya malas leyes"[25].

Sin embargo, en un análisis bioético, la libertad sexual de la mujer no puede afectar la vida de otro ser humano que carecerá de su identidad, esto en contra de los que pueden defender el contrato de maternidad con su efecto patrimonial. ¿Por qué no

[23] GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.): *Temas de derecho biomédico*, Ed. Porrúa - Universidad Anáhuac, México, colección Derecho y Bioética, 2010, p. XI.

[24] BRENA SESMA, I., "Manifestaciones de voluntad del paciente expresadas en forma anticipada", en BRENA SESMA, I. y DÍAZ MULLER, L. T. (coord.) *Segundas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos: bioética y biotecnología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 13-28.

[25] Al respecto véase el diario La Jornada.

incentivar a los estudios de oficios o profesiones en vez de buscar ese tipo de subsistencia?[26]

VII. Estudio de caso legislativo en México. Código Civil de Tabasco.

Según se ha expresado con anterioridad, en un solo Código Civil en México que incorporó sin explicación racional, ni huellas históricas registradas la posibilidad de la gestación a través de una madre gestante subrogada y también de una madre gestante sustituta. El asunto que parecía intrascendente en 1997 ha dado lugar a situaciones jurídicas trágicas que no pueden entenderse si no se realiza un estudio de historia crítica en cuanto a la evolución de la figura sin una política legislativa seria que respalde las modificaciones sufridas en un tortuoso camino que agravó la primera situación cuando de forma genérica se incorporaron estas figuras, veamos:

1. Primera etapa.

Su extensión puede fijarse desde abril de 1997 al 13 de enero del 2016, cuando se produce una reforma legislativa que inicia una segunda etapa. La incorporación de la maternidad por sustitución se realizó de forma dispersa en catorce artículos.

En el artículo 31 dedicado al Libro de las Personas Físicas, se le otorga capacidad de goce que no personalidad al nasciturus y a los embriones, en los siguientes términos: "La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno."

De pronto en el Capítulo II, del Libro I, dedicado a las personas, en la parte relativa a las actas de nacimiento apareció un extenso artículo 92, que expresaba en los párrafos cuarto y quinto del mismo:

"… En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético.

[26] Las posiciones de algunas feministas como Carmel Shalev, obvian que los más beneficiados en este tipo de negocios jurídicos son las personas que tienen dinero para pagar algo así y principalmente los intermediarios abogados, notarios o médicos que negocian con la vida humana, prohibido ello en todas las Convenciones, Tratados y Constituciones de los países que reconocen la existencia de los derechos humanos.

Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso…."

Esto significaba que en las actas de nacimiento se autorizaba un tipo de adopción no tradicional y sin requisitos previos. En relación a la filiación apareció el artículo 347 que en su primer y segundo párrafo estipuló lo siguiente:

"… Art 347. Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató…"

En este artículo se rompía así con el principio romano de *mater semper certa est*[27]. El artículo 349 también estaba acorde con la ciencia ficción más contemporánea cuando sentenció sobre el reconocimiento de hijos no nacidos:

"… Artículo 349. Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes, pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos…"

Con gran audacia se reconoció sin más:

"… Artículo 365. Derechos del reconocido. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I. A llevar el apellido del que lo reconoce.

II. A ser alimentado por éste.

[27] Locución latina que significa "la madre siempre es cierta o conocida"

III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión intestamentaria, y
IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial".

Como señalé al principio, los artículos modificados por la incorporación de la maternidad sustituta fueron catorce,[28] esparcidos por el Código de forma indiscriminada y sin atender a la repercusión social que podía implicar esta reforma. En el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, se introdujo la expresión de "contrato de maternidad subrogada" aun cuando todos los artículos modificados aparecen en el Libro de la Persona y referente también a la familia, pero ello fue suficiente para que las lagunas legales produjeran la patrimonialización de la figura a través del desarrollo de contratos tradicionales. Algunas de las cláusulas de estos contratos se redactaron en los términos siguientes:

"…Los cónyuges contratantes y la madre gestante sustituta convienen que el procedimiento para llevar a cabo la reproducción será mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con transferencia de embriones,….se harán tres intentos de transferencia embrionaria para lograr el embarazo positivo… en caso de no lograrse se entenderá como terminado este contrato…

En el caso del embarazo positivo las partes acuerdan que los padres contratantes entregarán a la madre gestante sustituta la cantidad de 150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos m/n) a fin de afrontar gastos diversos…

…De igual manera las partes acuerdan que solo en el caso de un embarazo positivo de 2 y hasta 3 productos se entregarán 50,000.00 (cincuenta mil pesos) adicionales…[29]

Aunque el contrato estaba denominado de maternidad gestante altruista, la comercialización estaba presente en todo momento.
A partir del 2008, fecha citada por funcionarios del Estado de Tabasco, se comenzaron a realizar este tipo de contratos por extranjeros que provocaron en el país de origen, como fue en el caso de España ciertas dificultades para el reconocimiento de esos hijos en el país.[30] Las disposiciones en los países de origen

[28] Dichos artículos modificados para el Código Civil de Tabasco de 1997 fueron los siguientes: artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 fracción III.

[29] Cláusulas que contienen un contrato privado denominado "de maternidad gestante sustituta altruista", mismo que fue proporcionado a la autora para efectos de esta investigación por el titular de un despacho jurídico que asesoraba a una de las partes, quién en ejercicio de su derecho a la protección de datos personales solicitó el anonimato.

[30] En España se emitió la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación

provocaron que los padres contratantes presentaran el documento ante los jueces de lo Familiar del Estado de Tabasco para que mediante un procedimiento judicial no contencioso en la vía de jurisdicción voluntaria, se aprobara el contenido del respectivo contrato de maternidad subrogada. Los jueces únicamente revisaban elementos formales de uno o cualquier contrato y valoraban con muy pocos elementos la protección del interés superior del menor.

En la Legislación Local se presentó una iniciativa que perseguía garantizar la gratuidad de las técnicas, derogando todo lo relativo a la denominación de contrato de maternidad subrogada. Sin embargo la iniciativa fue presentada por una diputada de oposición[31], de ahí que su contenido tal y como se presentó no prosperó pero sirvió para que se empezaran una serie de publicaciones, por los medios nacionales sobre el comercio y el trato contractual equiparable a la trata de personas que se estaba realizando en el Estado de Tabasco.

2. Segunda Etapa.

El 14 de diciembre de 2015, cuando había concluido el período de la diputada que presentó la iniciativa, se presentó otra iniciativa de reforma al Código Civil de Tabasco, respecto al procedimiento de la maternidad subrogada donde se realizaron varias modificaciones y adiciones al tema en la legislación civil, prohibiendo a los extranjeros estas prácticas pero en ningún artículo se garantizó la gratuidad de la figura[32].

La reforma publicada en enero del 2016 incorpora ocho artículos más al Código Civil de Tabasco sobre gestación asistida y subrogada, que en lo esencial reflejaron lo siguiente:

a) Se incorpora el concepto de reproducción humana asistida y se precisa que este tipo de técnicas son autorizadas por la legislación en materia de salud. Al respecto comento que el Código Civil no tiene facultades para tal declaración.
b) Se incorporaron las modalidades que admiten la gestación por contrato subrogada y sustituta[33].

c) Se enumeran las condiciones que debe cumplir una mujer para intervenir como gestante, destacando entre ellas: tener entre veinticinco y hasta treinta años.

por sustitución que requería una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen.

[31] Iniciativa presentada por la Diputada L. I. MADRIGAL MÉNDEZ mediante Sesión Pública Ordinaria de la Sexagésima Primera Legislatura al H. Congreso del Estado de Tabasco, el día 8 de mayo de 2013.

[32] Sobre las reformas antes señaladas, se adiciona el Capítulo VI Bis denominado "De la gestación asistida y subrogada", conformada por los artículos 380. Bis, 380 Bis.1, 380. Bis.2; 380 Bis 3; 380. Bis 4, 380. Bis 5; 380. Bis 6 y 380. Bis 7. Las reformas todas del Libro Primero del Código Civil no fueron publicadas hasta el 13 de enero de 2016.

[33] Artículo 380 bis 2 del CCT.

d) Se exige que el Estado debe autorizar y certificar las clínicas que realicen estas técnicas de reproducción asistida.
e) La figura se mantiene en forma contractual. Los contratos de gestación deben cumplir los siguientes requisitos:

-Ser ciudadanos mexicanos.

-Poseer plena capacidad de goce y ejercicio.

-La mujer contratante debe acreditar mediante certificado médico que posee imposibilidad física para llevar a cabo la gestación en su útero y que tiene entre 25 y 40 años de edad.

-La mujer gestante debe otorgar su consentimiento de forma pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación.

e) Los contratos deben formalizarse previamente ante notarios y después presentarse ante los Jueces Familiares, mediante un procedimiento judicial no contencioso confrontando la fe pública de ambos servidores públicos.

Las reformas se publicaron un mes después de que fueran aprobadas. La titular de la Procuraduría General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el fin de determinar la constitucionalidad de los artículos 380 bis, párrafo tercero, 380 bis 3, párrafo cuarto, quinto y sexto, ambos del Código Civil de Tabasco, que establecen la forma y requisitos para el otorgamiento de células germinales, así como la omisión legislativa al no prever un criterio económico en el contrato de gestación[34], sin embargo todavía se encuentra pendiente de resolverse dicha acción.

VIII. RETOS LEGISLATIVOS EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. UNA PROPUESTA EN MÉXICO.

Existen diferentes posiciones sobre la técnica legislativa a seguir en cuanto a si se debería acudir a una ley especial en la que se plantearan los principios para desarrollar estas técnicas[35]. Una reglamentación a un caso excepcional no es necesariamente discriminatorio, la excepcionalidad como señala el propio Perlingieri no significa que sea negativo. La misma se explica a partir de que el empleo de tal técnica es solamente posible cuando constituya un instrumento científico-jurídico que garantice el derecho a la salud a través del sistema de salud nacional que puede

[34] Acción de inconstitucionalidad número 16/2016, turnado para resolución a la Ministra N. L. Piña Hernández.

[35] Los contrarios a esta posición explican que los principios relativos a los problemas de la persona encuentran completa expresión en la Carta Fundamental. Cfr. LLÁCER MATACÁS, M. R.:, "Situaciones jurídicas existenciales" capítulo decimosexto en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Madrid, Ed. Dykinson, 2008, p. 739.

delegar en clínicas especializadas de carácter privado pero siempre supervisadas a través del sistema de salud.
En este trabajo se propone que sea la Ley General de Salud en México la que regule la maternidad subrogada como acto jurídico normativo bajo los principios siguientes:

1. La maternidad subrogada será autorizada sólo por razón de infertilidad, riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias, o razones de orden psicológico, nunca por razones discrecionales en la que se incluyen los aspectos estéticos de la mujer contratante.

2. Debe considerarse el consentimiento informado en el proceso de fecundación tanto de los padres naturales como de la madre sustituta. La revocación del consentimiento será posible hasta la fecundación del óvulo.

3. El interés superior del menor impone el derecho de identidad del mismo en cuanto a la madre gestante sustituta, para efectos genéticos futuros pues no hay duda que la aportación natural de la mujer que posee el vientre trasciende en su formación definitiva.

4. En atención a la identidad del menor, no es posible guardar el anonimato en la donación porque el producto de la concepción tiene derecho a conocer su patrimonio genético y evitar consecuencias naturales y sociales futuras.

5. Se prohíbe cualquier cobertura de comercialización o patrimonialización de las técnicas de reproducción asistida.

6. Debe existir un límite en la manipulación genética del embrión, aunque ello pueda ocurrir por razones terapéuticas.

El control de la maternidad subrogada a través de mecanismos que se contemplen en la Ley General de Salud evitaría el turismo reproductivo, fenómeno producido en los últimos tiempos en México y permitiría a todas las personas que viven en México y tienen infertilidad, a la protección de los derechos fundamentales amparados por el artículo 1º constitucional.

1. El rol de los Códigos Civiles. Derecho a la identidad, filiación, nacionalidad y derechos hereditarios.

El nombre como un atributo de la persona[36] queda definido en los Códigos Civiles. En el caso de la maternidad subrogada, el nombre de la persona en sentido jurídico constituye un medio potencial de identificación de cualquier miembro de la familia y

[36] En la generalidad de los Códigos Civiles aparece el término jurídico del nombre, entendiéndose por tal el que se forma por el nombre propio y los apellidos paternos de sus progenitores. Por ejemplo véase el artículo 47 del Código Civil de Tabasco.

la nueva persona nacida por las técnicas de reproducción asistida está legitimado para el uso del nombre y del apellido familiar de los padres naturales[37]. El nombre por otra parte, constituye uno de los elementos del derecho a la identidad, que junto con sus otros elementos: nacionalidad, filiación, caracteres físicos y morales, profesión y acontecimientos diversos de la vida[38], permitirá identificarlo dentro del grupo social al que pertenece.

En la constitucionalización del derecho al nombre, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que su finalidad consiste en fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno, es decir, es una derivación integral del derecho a la expresión de la individualidad, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto[39].

Incluso, como parte del derecho a la identidad, debe expedirse el acta de nacimiento al bebé que nazca como consecuencia del uso de la técnica de maternidad subrogada, sea vivo o muerto, ya que así se reconoce el vínculo de parentesco e identidad de los individuos registrados y de sus familiares.

A) Filiación.

El avance de la ciencia médica en las técnicas de reproducción humana asistida, ha ido ocasionando modificaciones a conceptos tradicionales de institución romana, como son la maternidad y la paternidad, anteriormente el principio romano *mater semper certa est* prevalecía sin discusión, sin embargo, con los avances de la ciencia médica que hemos estudiado, se ha roto el paradigma de este principio pues nacen diversos supuestos de maternidad, por lo cual, madre genética o biológica, no será siempre aquella que da a luz, asimismo respecto a la paternidad el principio *pater is est quem nuptiae demonstrante* [40] en este artículo sostengo que no debe existir únicamente el criterio biológico para asignar la maternidad o paternidad, y sí sólo el que garantice el interés superior del menor, concebido y nacido.

Antonio José Vela Sánchez señala que ya no es el dato biológico el único título de atribución de la filiación, de manera que queda a voluntad de las partes la determinación de la filiación en los supuestos de reproducción asistida. Se intenta primar la filiación derivada del afecto, de la voluntad, de la intención, de la apariencia, frente a la puramente biológica.[41]

---

[37] LLÁCER MATACÁS, M. R.: "Situaciones jurídicas existenciales", cit, p. 747.

[38] Cfr. PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 38–51.

[39] Tesis: 1a. XXXII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VI, marzo de 2012, tomo 1, p. 275, bajo el rubro: derecho humano al nombre. Es un elemento determinante de la identidad.

[40] Locución latina que significa "Es padre aquel que indican las nupcias".

[41] VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, España, Comares, S.L., 2012, p.72.

2. Los Comités Hospitalarios de Bioética: una vía interdisciplinaria para la determinación de casos que requieran el procedimiento de la maternidad subrogada.

Un grupo de científicos interdisciplinario, se reunieron en la sede de la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, Suiza, para trabajar conceptos en tres áreas específicas: condiciones y procedimientos clínicos, procedimientos de laboratorio y evaluación de los resultados. De ese trabajo conjunto se constituyó el actual Glosario del International Committee for Monitoring ART (ICMART), lográndose un consenso sobre 87 términos que incluía las definiciones de numerosos procedimientos clínicos y de laboratorio. Se hizo especial hincapié en la terminología destinada a evaluar resultados, tales como la tasa acumulativa de partos y otros marcadores de seguridad y eficacia en TRA. Este glosario contribuirá a una comunicación más estandarizada entre los profesionales responsables de la práctica de las TRA, así como los responsables de los registros internacionales, nacionales y regionales.

La terminología definida según el Glosario Internacional resultó la siguiente:[42]

"Donación de embriones": Transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja.

"Edad gestacional": Edad de un embrión o feto calculada al sumar dos semanas (14 días) al número de semanas completadas después de la fecundación. Nota: para transferencia de embriones criopreservados/ descongelados, la fecha estimada de fecundación es calculada restando la edad del embrión en el momento de la criopreservación a la fecha de la transferencia de embriones criopreservados y descongelados.

"Embrión": Producto de la división del zigoto hasta el fin del estadío embrionario (8 semanas después de la fecundación). Esta definición productos de la transferencia de núcleos de células somáticas.

"Fecundación": Penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un zigoto.

"Fecundación in vitro (FIV)": Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.

"Feto": Producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento.

"Infertilidad": Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

[42] Al respecto véase el Glosario.

"Implantación": La unión y subsecuente penetración del blastocisto libre de zona pelúcida usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación.

"Gestante subrogada": mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

"Reproducción médicamente asistida (RMA)": reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.

"Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)": todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante[43].

En este concepto no se aborda la verdadera causa que origina la maternidad subrogada (según se defiende en este artículo) que debe ser un acto jurídico establecido en la ley de salud, como una opción de la mujer que padece una enfermedad o infertilidad para optar por la gestación de otra mujer que debe ser cercana a ella por filiación o por relaciones afines.

En la era de los derechos humanos ¿cómo defender a una pareja que compra el vientre de una mujer para que produzca un niño? Estos hechos lamentables han ocurrido, porque el derecho contemporáneo y las legislaciones de los Estados que la regulan han sido incapaces de brindar soluciones acordes con nuestro tiempo en el que el interés jurídico principal debe estar vinculado con la atención a la protección de la dignidad de la persona.

En México encontramos en los lineamientos de la Ley General de Salud[44], las facultades con que cuentan los Comités Hospitalarios de Bioética, tales como: la resolución de problemas derivados de atención médica de tipo preventiva, curativa, de rehabilitación y paliativa, así como para el análisis, discusión y apoyo en la toma de decisiones respecto a los problemas bioéticos que se presenten en la práctica clínica o en la docencia que se imparte en el área de salud, así como promover la

[43] Al respecto véase el Glosario.

[44] Al respecto véanse los artículos 41 bis y 98 de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, cuya última reforma se publicó el 27 de enero de 2017.

elaboración de lineamientos y guías éticas institucionales para la atención y la docencia médica. Otros países han considerado la opción de los Comités de Bioética[45].

Una alternativa que se propone para resolver los casos trágicos[46] que se han generado con el uso de la maternidad subrogada, es que se incorpore como un acto jurídico normativo, que por ser parte del Derecho a la Salud debería ubicarse en la Ley General de Salud o conforme a la experiencia en el derecho comparado, si se emite una ley especial con carácter general con efectos en todo el país, debería en primer lugar, reformarse la Constitución Federal para que se otorgue al Congreso la facultad para que expedir leyes que armonicen y regulen el uso de técnicas reproductivas, como es la maternidad subrogada.

Tanto los Comités Hospitalarios de Bioética como los de Ética en la Investigación, serán interdisciplinarios y deberán integrarse por personal médico de distintas especialidades y por personas de las profesiones de psicología, enfermería, trabajo social, sociología, antropología, filosofía o derecho que cuenten con capacitación en bioética, por lo que antes de que se diera inicio a un procedimiento de maternidad subrogada, debería someterse a la aprobación de estos comités, toda vez que se encuentran constituidos para la atención médica del sector público, social o privado del sistema nacional de salud, dado que además de la normatividad en la materia, estos comités se ajustan a los criterios que establece la Comisión Nacional de Bioética, para efectos de verificar que aquellas personas que acuden al uso de la maternidad subrogada cumplen con los principios arriba enunciados, tales como que la persona o pareja es infértil.

IX. CONCLUSIONES.

El mundo del derecho está construido para regular las relaciones de los hombres en sociedad y todo avance científico tiene su relevancia cuando se logra un impacto en esa sociedad a través de actos que permiten aplicar el nuevo invento a las personas en su beneficio. Aunque cualquier avance en el ámbito de las ciencias implica un costo económico, ello no significa que la forma de realizarlo es a través de la patrimonialización del desarrollo científico, por ello surge la bioética como una forma de mediación ética entre los descubrimientos principalmente en el área de la salud y el derecho como manifestación social de los mismos.

Como ha sostenido la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, debe considerarse la posibilidad de establecer en materia de cooperación internacional, instrumentos multilaterales vinculantes que permitan el

[45] En Portugal, encontramos que en la recién aprobada ley 25/2016 de 22 de agosto, que regula el acceso a la sustitución del embarazo, la ejecución de los negocios de gestación por sustitución requiere la autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, para supervisar el proceso y verificar el cumplimiento de los requisitos que exige dicha ley.

[46] Cfr. ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Barcelona, 1999, p. 140.

reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación legal, lo que garantizaría el derecho a la identidad de los menores[47].

BIBLIOGRAFÍA

BAFFONE, C.: "La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVII, núm. 137, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, mayo-agosto de 2013.

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho Civil. Introducción y Personas, 2ª edición,* Editorial Oxford, México, 2010.

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia y Sucesiones*. Editorial Oxford, México, 2004.

BRENA SESMA, I., "Manifestaciones de voluntad del paciente expresadas en forma anticipada", en BRENA SESMA, I. y DÍAZ MULLER, L. T. (coord.) *Segundas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos: bioética y biotecnología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2000.

GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.): *Temas de derecho biomédico*, Ed. Porrúa, Universidad Anáhuac, México, colección Derecho y Bioética, 2010.

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.

LAURENT PAVÓN, A.: "Consentimiento informado y daño moral", en GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.): *Temas de Derecho Biomédico*, Ed. Porrúa, Universidad Anáhuac, México, colección Derecho y Bioética, 2010.

LLÁCER MATACÁS, M. R.: "Situaciones jurídicas existenciales" capítulo decimosexto en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo*

[47] Al respecto véase los informes preliminares emitidos por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado desde el año 2010 a la fecha.

comunitario de las fuentes (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Madrid, Ed. Dykinson, 2008.

LUCAS LUCAS, R.: *Bioética para todos*, Ed. Trillas, México, 4ª edición, 2016.

MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: "Derecho civil constitucional", capítulo decimosegundo en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Madrid, Ed. Dykinson, 2008.

PÉREZ DUARTE, A.: "Adopción" en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015.

SOLÍS GARCÍA, M. I.: *La protección jurídica del menor adoptado por extranjeros en el Estado de Tabasco*, Tesis de Maestría. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, junio 2006.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, España, Comares S.L., 2012.

ZAGREBELSKY, G.; *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Barcelona, 1999.

NO SE PUEDE INSCRIBIR EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL LA FILIACIÓN SURGIDA EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. COMENTARIO A LA STS DE 6 DE FEBRERO DE 2014

IT IS NOT POSSIBLE THE REGISTRATION OF THE CHILDREN BORN IN OTHER COUNTRIES USING SURROGATE MOTHERHOOD IN THE SPANISH CIVIL REGISTER. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF FEBRUARY 6, 2014

Dra. TANIA VÁZQUEZ MUIÑA
Profesora Colaboradora Honorífica Derecho Civil UCM
vazquezmuina.tania@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo ofrece un estudio sobre la regulación y la situación actual de la gestación por sustitución en el Derecho español, así como de la problemática que suscita la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante esta práctica. A este respecto, se analizará la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que concluye que no puede inscribirse en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución aportando certificación registral californiana.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución; maternidad subrogada; filiación; registro; inscripción.

ABSTRACT: The present work offers a study on the regulation and the current situation of surrogate motherhood in Spanish Law, as well as the problematic that provokes the registration in the Spanish Civil Register of the children born in other countries using this practice. In reference to that, will be analyzed the Judgment of the Supreme Court of February 6, 2014, which concludes that the filiation using surrogate motherhood cannot be registered in the Spanish Civil Register if parties provide Californian certificate.

KEY WORDS: surrogacy; surrogate motherhood; filiation; registration.

FECHA DE ENTREGA: 24/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO.- II. EL PROBLEMA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. El *cross-border reproductive care*.- 2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.- III. REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL.

I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO.

En España, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA)[1], define el contrato de gestación por sustitución como aquel por el que se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Este precepto expresa de manera tajante la nulidad de pleno derecho de tal contrato en nuestro derecho interno (apartado primero), y preceptúa que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución será determinada por el parto (apartado segundo), en consonancia con el aforismo romano *mater semper certa est* que inspira nuestro ordenamiento jurídico. También deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (apartado tercero).

A la hora de la determinación de la filiación materna, tanto la LTRHA como el Código Civil, giran y construyen su reglamentación alrededor del hecho del alumbramiento. El ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una mujer donante de óvulo; tampoco tiene en consideración si la fecundación fue corpórea o extracorpórea. La filiación materna se construye sobre la verdad biológica, pero no en el sentido de verdad genética, sino sobre la verdad gestacional, de ahí que cuando la gestación se haya llevado a cabo con material reproductor femenino ajeno, la donante nada puede pretender en orden a la filiación. Así se explica que las consecuencias de esa gestación prohibida sean las que se pretendieron evitar con el contrato de gestación por sustitución: la maternidad seguirá siendo determinada a favor de la madre gestante. El art. 10.2 LTRHA no es más que la estricta aplicación de las reglas ordinarias de la determinación de la maternidad[2].

Hay que señalar que la definición ofrecida por el art 10.1 LTRHA ha sido completada por la doctrina y la jurisprudencia, de tal manera que se entiende por maternidad subrogada aquel contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una

[1] BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.
[2] HUALDE MANSO, T.: "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentario a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, p. 38.

mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales (hombre o mujer) o una pareja (matrimonial o no, heterosexual u homosexual), que a su vez pueden aportar o no sus gametos[3].

En otras palabras, se habla de un contrato en el que podrá mediar precio o realizarse gratuitamente, con dos partes intervinientes: por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo –padres comitentes–, que podrán ser una persona o una pareja, matrimonio o no, de carácter heterosexual u homosexual, y que pueden aportar sus propios gametos o no; y, por otro, la mujer –madre subrogada, gestante, portadora, etc. –, que se compromete a gestar en su vientre a un niño, el cual entregará a los padres comitentes una vez producido el parto, con la consiguiente renuncia a todos los derechos que le pudieran corresponder sobre el niño, fundamentalmente, a la filiación que le pertenecería como madre[4].

Coincidiendo con VELA SÁNCHEZ, la expresión idónea para referirse a esta práctica sería gestación por encargo, pues esta locución, además de eliminar otras que poseen una connotación peyorativa–como madres de alquiler, alquiler o arriendo de vientre o de útero, etc.–, abarca todos los supuestos que pueden darse, ya que no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres –en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución o subrogación–, sino también los hombres, solos o en pareja homosexual. No obstante, no se nos oculta la posible polémica que puede causar esta terminología, de ahí que se empleen otro tipo de denominaciones más suaves, como gestación por sustitución o subrogación. De hecho, esta última es la expresión utilizada por la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Gestación por Subrogación en España para referirse a esta práctica (art. 1)[5].

[3] DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo de 2011, p. 1670; DÍAZ ROMERO, M. R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, p. 1. Esta misma definición aparece contemplada en la Sentencia núm. 826/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 23 de noviembre (AC 2011, 1561), FD 1º, que será abordada más adelante.

[4] VILAR GONZÁLEZ, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 901.

[5] VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España", *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, año XXXVI, p. 3 y 4; VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, p. 3; VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013, p. 6. La defensa de la gestación por encargo como expresión más adecuada ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA,

Se ha llegado a afirmar por algún autor que el ordenamiento español no sanciona penalmente la participación o la intermediación en un supuesto de maternidad subrogada, lo que pone en duda que dicha práctica esté prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Según esta posición, para que la gestación por sustitución estuviera vedada en el Derecho español sería necesario que una norma (dentro de la propia LTRHA o en otro lugar) la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de práctica, algo que no se contempla en nuestro Derecho positivo actual y que tampoco se puede colegir de la Exposición de Motivos de la propia LTRHA[6].

Sin embargo, no se puede compartir dicha postura porque nuestro Derecho positivo actual sí sanciona penalmente la realización de contratos de maternidad subrogada. Si bien es verdad que el propio art. 10 LTRHA no impone sanciones administrativas ni penales –sólo civiles– a aquellos que celebren un contrato de gestación por sustitución, no es menos cierto que los arts. 220 a 222 del Código Penal sancionan los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

Ahora bien, debe tenerse presente que nuestro ordenamiento jurídico sanciona penalmente la realización de un contrato de maternidad subrogada en territorio español. Por tanto, a pesar de que la recepción del niño realizada por nacional español en un país extranjero constituya una actividad ilícita, el art. 23.2 LOPJ excluye del conocimiento de la jurisdicción penal española los hechos que no sean punibles en el lugar de ejecución[7]. En otras palabras, para atribuir competencia a los tribunales españoles en virtud del principio de personalidad del delito (cometido por españoles en el extranjero), el art. 23.2 LOPJ exige doble incriminación, esto es, que la conducta realizada por españoles en el extranjero susceptible de tipificarse como delito por la ley española también sea delito en el lugar en el que se lleva a cabo dicha conducta. De ahí que los españoles viajen a aquellos países en los que la maternidad subrogada sí está permitida con el fin de celebrar el contrato: su actividad no va a tener consecuencias penales[8].

Por otra parte, cabe poner de manifiesto que el art. 10 LTRHA establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución y que la filiación vendrá determinada por el parto. Ello implica no sólo la prohibición tajante de tal

T.: *La inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, Tesis Fin de Máster, 2013, p. 118.

[6] HEREDIA CERVANTES, I.: "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *ADC*, Tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 690 y 709.

[7] HUALDE MANSO, T.: "De nuevo", cit., p. 43.

[8] OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA Y AYMÁ, A. (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 7 del documento publicado *online* en E-Prints de la Universidad Complutense de Madrid.

práctica, sino también una sanción de carácter civil. A este respecto, llama la atención que nuestro ordenamiento jurídico imponga la mayor penalización posible a la madre comitente en el orden civil –que a efectos legales la madre del niño sea la madre gestacional y no ella–, y que deje a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, cuando éste puede haber sido parte en el contrato de gestación por sustitución. Como señala HEREDIA CERVANTES, dado que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, resulta extraño que el partícipe en un contrato prohibido pueda recibir el "premio" de ver reconocida su relación de paternidad[9].

II. EL PROBLEMA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.

1. El *cross-border reproductive care.*

Como se ha puesto de manifiesto, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato de gestación por sustitución se encuentra tajantemente prohibido, quedando la filiación determinada por el parto (art. 10 LTRHA). Sin embargo, esta no es la posición que han adoptado todos los países a la hora de regular el contrato de gestación subrogada. Entre los países que prohíben dicho convenio se encuentran, además de España, Francia, Italia, Suiza y Alemania; y entre aquellos que lo aceptan, si bien bajo ciertas condiciones, cabe citar, por excelencia, el Estado de California, y por su reciente aprobación y cercanía geográfica, Portugal.

El Estado de California es uno de los destinos preferidos por los individuos que desean recurrir a la gestación por sustitución por dos motivos. En primer lugar, porque en dicho estado el convenio de maternidad subrogada cuenta con un marco de seguridad jurídica muy elevado, además de existir una desarrollada industria dedicada a la promoción de esta actividad. Y, en segundo lugar, porque, a diferencia de otros Estados como el Reino Unido, Israel o Grecia, que también admiten la gestación por sustitución y exigen la residencia habitual o el domicilio del padre o los padres comitentes en su territorio, en el Estado de California únicamente se requiere que sea la madre gestante quien resida en California[10].

Sin embargo, debe tenerse presente que la aprobación del convenio de maternidad subrogada en Portugal a través de la Ley nº 25/2016, de 22 de agosto, puede llegar a tener un efecto llamada respecto de los posibles interesados de otros países en general, y de los españoles en particular, pues el legislador portugués no limita el convenio de gestación por sustitución a los nacionales portugueses. Para los españoles, la cercanía de Portugal supondría un notable recorte de gastos en

[9] HEREDIA CERVANTES, I.: "La Dirección", cit., p. 710.
[10] HEREDIA CERVANTES, I.: "La Dirección", cit., p. 690.

comparación con otros países más lejanos a los que se tendrían que desplazar para llevar a cabo este negocio jurídico procreativo[11].

La regulación permisiva del contrato de gestación por sustitución en otros países hace que los individuos interesados en utilizar esta práctica para tener un hijo y en cuyo territorio la maternidad subrogada esté prohibida, se desplacen a otros países donde el convenio de gestación por sustitución sí está permitido con el fin de satisfacer su deseo de ser padres. Es lo que se conoce como turismo reproductivo o, de una manera más neutra, *cross-border reproductive care*, que es la expresión utilizada por la *European Society of Human Reproduction and Embriology* (ESHRE)[12], y puede definirse como toda la organización que lleva implícita la elección por las personas interesadas de la maternidad subrogada como técnica reproductiva y que incluye los viajes previos de contacto con la clínica u hospital que se encargará del procedimiento y la selección de la madre gestante; la donación de gametos; los sucesivos encuentros para evaluar la evolución del embarazo; el viaje final para asistir al parto y toda la tramitación de los certificados y documentos legales necesarios para poder inscribir en el Registro Civil consular correspondiente, la filiación del nacido[13].

Precisamente esta última cuestión ha suscitado en nuestro país una gran controversia, provocando el pronunciamiento no sólo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino también de nuestros tribunales, llegando incluso a instancias del Tribunal Supremo.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

A pesar de su importancia para el estudio de la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, en este apartado no será objeto de examen ni la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni la Instrucción de 5 de

[11] VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto", *Diario La Ley*, núm. 8868, Sección Doctrina, 22 de noviembre de 2016, pp. 9 y 10.

[12] La ESHRE se ha mostrado especialmente crítica con la terminología "turismo reproductivo" porque considera que banaliza las razones por las cuales los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida y, en su lugar, ha optado por la ya conocida expresión más neutra *cross-border reproductive care*. Se puede llegar a entender esta preferencia, pues la palabra "turismo" asocia el viaje inevitablemente a la idea de placer y relajación (FARNÓS AMORÓS, E.: "European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, p. 7).

[13] VELARDE D'AMIL, Y.: "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, septiembre de 2012, p. 62.

octubre de 2010, del mismo Centro Directivo[14]. Tampoco se analizarán los argumentos jurídicos expuestos en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, ni los manifestados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011[15], pues todo ello ya se llevó a cabo en otro trabajo de esta misma autora, de una manera profunda y concienzuda[16]. En este apartado, será objeto de estudio la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que pone fin al proceso judicial mencionado, concluyendo que no puede inscribirse en el Registro Civil español la filiación de unos menores nacidos en California mediante maternidad subrogada aportando certificado registral californiano[17].

Cabe destacar el hecho de que el Tribunal Supremo resuelva la controversia a través de una sentencia del Pleno, pues ello pone de manifiesto el ánimo de nuestro Alto Tribunal de sentar jurisprudencia sobre la cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación surgida en el extranjero mediante maternidad subrogada[18]. La doctrina fijada en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 fue confirmada un año más tarde por el Auto de 2 de febrero de 2015, también dictado

[14] Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RJ 2009, 1735); Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

[15] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre (AC 2010, 1707); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 de noviembre (AC 2011, 1561).

[16] *Vid.* VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción,* cit., p. 44 y ss.

[17] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833).

[18] El Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 30 de diciembre de 2011, exige en su página 14 que en el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Sin embargo, en la página 15, este requisito se exceptúa cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos, basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido. Asimismo, el Acuerdo de 9 de octubre de 2012, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2013, pone de manifiesto que "la Sala en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto se lleve a cabo por todos los Magistrados, atendiendo a la función unificadora y de creación de doctrina jurisprudencial que incumbe al Tribunal" (BOE núm. 256, de 24 de octubre de 2012, p. 75079). Este criterio aún se mantiene en la actualidad (vid. Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2017, BOE núm. 315, de 30 de diciembre de 2016, p. 91617).

por el Pleno del Alto Tribunal[19]. Tanto la sentencia como el auto fueron pronunciados con cinco votos a favor y cuatro en contra, existiendo un voto particular redactado por uno de los magistrados al que se adhieren los otros tres, lo que evidencia lo controvertido de la cuestión.

La argumentación utilizada por el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión de no permitir el acceso al Registro Civil español de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en el Estado de California aportando certificado registral californiano, pivota sobre los siguientes razonamientos:

a) El reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras

El Tribunal Supremo confirma, con acierto, que no estamos ante un "hecho" que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable (art. 9.4 CC). La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, pues existe ya una decisión de autoridad: la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. En consecuencia, lo que hay que resolver es si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español, en concreto, la determinación de la filiación a favor del matrimonio de varones recurrentes[20].

Aunque el Tribunal Supremo reconoce que podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a inscribir es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó la filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California, afirma que este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y sólo obscurecería la solución del recurso[21].

[19] Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 141).

[20] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 2. Entre la doctrina, reconocen como un acierto esta manifestación del Tribunal Supremo, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Octubre 2015), vol. 7, núm. 2, p. 67 y 68; HEREDIA CERVANTES, I.: "El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro", *El Notario del Siglo XXI*, 9 de abril de 2014, http://www.elnotario.es

[21] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 2.

En efecto, el Tribunal Supremo aplicó correctamente el principio de congruencia procesal, pues debatir sobre si la sentencia judicial extranjera debe ser o no el título que ha de acceder al Registro Civil en este tipo de casos hubiera supuesto la modificación del *thema decidendi*, tal y como fue configurado por las partes al inicio del procedimiento en su calidad de *domini litis*.

Sin embargo, debe saberse que la inscripción practicada en California no hace sino reflejar una previa decisión judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos. Y esta circunstancia tiene una consecuencia evidente sobre el procedimiento a seguir para que la inscripción californiana goce de efectos en España. No nos encontramos ante un supuesto que atañe al mero control de eficacia probatoria de los certificados californianos de nacimiento, y por ende, de su acceso al Registro Civil español. Tampoco se trata simplemente de inscribir una mera realidad jurídica registral extranjera. Por el contrario, lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establece una relación de filiación y excluye la de la madre gestante, lo que supone *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España. De hecho, la certificación registral constituye en realidad un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, ya que el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica. Por tanto, la existencia de una decisión judicial y, sobre todo, su contenido, es el elemento esencial que nuestras autoridades registrales deben tener presente al decidir si permiten o no el acceso al registro de una relación de filiación establecida en California[22].

Así también lo ha entendido nuestro legislador, pues el art. 98.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[23], establece que "en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley".

b) El art. 23 de la Ley sobre el Registro Civil y el orden público español.

El Tribunal Supremo recuerda el contenido del art. 23 de la Ley sobre el Registro Civil, según el cual "las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de

[22] HEREDIA CERVANTES, I.: "La Dirección", cit., pp. 698 y 699. Asimismo, HEREDIA CERVANTES, I.: "El Tribunal", cit. Esta posición ya se ha mantenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., pp. 119 y 120.
[23] BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española". En consecuencia, para que la certificación registral extranjera objeto de litigio pueda acceder al Registro Civil español, ésta deberá cumplir dos requisitos: a) Que no haya duda de la realidad del hecho inscrito; y b) Que no haya duda de su legalidad conforme a la Ley española.

En la situación que se discute ante el Alto Tribunal, no se cumplen ninguna de estas dos previsiones, pues, por una parte, resulta imposible, según el estado de la ciencia a día de hoy, que dos varones puedan ser los padres biológicos de un niño, es decir, no se verifica el requisito de la realidad del hecho inscrito; y, por otra, el art. 10.1 LTHRA establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, por lo que no se cumple la condición de su legalidad conforme a la Ley española. Por tanto, la certificación registral californiana no puede acceder a nuestro Registro Civil[24].

En este sentido, el art. 10 LTRHA opera como norma de orden público, en tanto refleja una serie de principios y valores de la sociedad que deben ser respetados: la protección de la dignidad de la mujer gestante y del niño, la ausencia de mercantilización de la gestación y la filiación, la no "cosificación" de la mujer gestante y el niño, la no explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, y el ánimo de no crear una especie de "ciudadanía censitaria" en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población[25].

Para el Tribunal Supremo, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado", si bien debe tenerse presente que la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto de litigio, los vínculos eran intensos, puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica

[24] Esta posición ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 119.
[25] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartados 6 y 7.

ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.1 CP)[26].

La actuación llevada a cabo por el matrimonio de varones se conoce como *Bad Forum Shopping*. El *Forum Shopping* tiene lugar cuando las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado estado, porque persiguen con ello la aplicación de una ley, sustantiva y/o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada. Es legítimo cuando no tienen intención de "escapar" a los tribunales y a las leyes de un estado concreto porque el caso está conectado "razonablemente" con varios países. Pero es ilegítimo (*Bad Forum Shopping*) cuando las partes acuden o litigan ante autoridades de un país con el que el supuesto no tiene ningún contacto sustancial con el único objetivo de obtener una resolución destinada a producir efectos, exclusivamente en otro país, que es el país con el que el supuesto está "naturalmente conectado", país cuyas autoridades o tribunales habrían rechazado la pretensión en el caso de haber conocido directamente del asunto[27].

Resulta llamativo que los recurrentes reconozcan la contrariedad al orden público español del convenio de gestación por sustitución, lo cual impide considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Sin embargo, sostienen que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia "periférica" de dicho convenio, por lo que no existe incompatibilidad con el orden público. A este respecto, el Tribunal Supremo afirma, con acierto, que tal argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, de tal manera que no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes[28].

Si bien es verdad que la idea de "orden público atenuado" permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Derecho, como, por ejemplo, que, existiendo varias mujeres unidas a un único varón, el matrimonio pueda ser tenido en cuenta en orden a la percepción de una pensión de viudedad, en estos casos, no se admite la recepción sustantiva de la institución misma, es decir, no se permite la inscripción de un matrimonio en el que los cónyuges sean más de dos personas. En el supuesto que nos ocupa, no es que se pretenda atribuir ciertos

[26] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 7.

[27] CAMARERO GONZÁLEZ, G. J.: "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna, p. 3. Esta posición ya se ha mantenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 119.

[28] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 3º, apartado 11. Esta posición ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción,* cit., p. 59.

efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que se está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible[29].

c) El principio de legalidad y el principio del interés superior del menor.

A pesar de que el Tribunal Supremo reconoce la importancia del principio del interés superior del menor contenido en numerosos textos normativos, tanto nacionales como internacionales, manifiesta, muy adecuadamente, que la aplicación de tal principio ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. De lo contrario, ello podría conllevar la desvinculación del juez del sistema de fuentes, lo cual es contrario al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE. Como afirma nuestro Alto Tribunal, hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo[30]. Además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla de atribución de la filiación contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado como es el "interés del menor", respecto del cual no existe unanimidad[31].

Por otra parte, los menores no quedan desprotegidos –teniendo que ir a un orfanato o volver a los Estados Unidos, como arguyen los recurrentes–, pues existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que permiten que los menores continúen en el núcleo familiar constituido *de facto*. En concreto, el propio art. 10.3 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar[32].

[29] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI, p. 6.

[30] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartado 6.

[31] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, p. 609.

[32] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartado 11. Esta posición ya se ha sostenido en VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción*, cit., p. 119. En este sentido, VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés", cit., p. 1, para quien el interés superior del menor, aun siendo un postulado esencial, no es absoluto ni ilimitado, de tal manera que la satisfacción de dicho interés superior no puede conseguirse infringiendo o defraudando la ley imperativa española, máxime cuando nuestra propia legislación ofrece cauces para la inscripción de

Además, como indica ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "el oscuro pronóstico de su regreso a los Estados Unidos para crecer en un orfanato, lejos del abrigo y del calor de una familia, constituía un recurso argumental de la defensa de los padres comitentes demandados, disculpable en términos de estrategia defensiva, pero indudablemente exagerado y realmente distanciado de la política de protección de los menores que inspira en nuestro país la labor de las entidades públicas autonómicas y de los jueces y tribunales. Incluso cuando fracasa una adopción, el retorno o repatriación del menor adoptado constituye el último recurso conforme a lo previsto en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de protección de menores"[33].

La protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo, pues la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual[34].

Y dado que la acción ejercitada no tiene por objeto adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California, ni ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, o, en caso de haberlos aportado alguno de ellos, quien sería el padre biológico, se insta al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, procurando la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar constituido *de facto* con el fin de protegerles[35].

d) Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

El Tribunal Supremo manifiesta que no considera discriminatorio que no se permita la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los hijos

la filiación de los menores a favor de los españoles interesados. En concreto, el autor se refiere al mecanismo que consagra el mismo art. 10.3 LTRHA de "la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales" y a la institución jurídica de la adopción regulada en los arts. 175 y ss CC.

[33] ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (octubre 2014), vol. 6, núm. 2, pp. 31 y 32.

[34] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartado 11.

[35] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 5º, apartados 11 y 12.

nacidos en California a favor de dos varones, y sí sea posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 LTRHA), pues existe una desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho que excluye la existencia de un trato discriminatorio. En concreto, la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. En este sentido, la solución habría sido la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer[36].

III. REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL.

De manera muy acertada, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 ha concluido –confirmando la postura sostenida en primera y segunda instancia– que, aplicando el Derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico, no puede inscribirse en el Registro Civil español la filiación de los menores nacidos en California mediante maternidad subrogada aportando certificado registral californiano, y lo ha hecho en una sentencia dictada por el Pleno con el fin de sentar jurisprudencia en esta materia. Esta doctrina ha sido corroborada un año después, también por el Pleno del Alto Tribunal, mediante Auto de 2 de febrero de 2015, lo cual no debería dejar lugar a dudas sobre la posición del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, a pesar de lo ajustado de la votación en ambos pronunciamientos: cinco votos a favor, cuatro en contra.

Como indica la STS de 6 de febrero de 2014, la certificación registral californiana objeto de litigio no supera los requisitos de realidad y legalidad establecidos en el art. 23 de la Ley sobre el Registro Civil, por lo que no puede acceder al Registro Civil español. Sin embargo, se puede dar un paso más allá y afirmar, aunque no se exprese en la sentencia, que no procede la entrada a nuestro Registro Civil de ningún documento extranjero, sea certificado registral o sentencia judicial, que refleje una filiación surgida en otro país a través de maternidad subrogada, pues el requisito de la legalidad y de compatibilidad con el orden público español debe cumplirse tanto si se aporta certificado registral como si se insta el reconocimiento de la sentencia a través de control incidental por parte del Encargado del Registro o mediante *exequátur*.

Esta situación no variará con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pues los arts. 96 y siguientes exigen que la inscripción no sea manifiestamente incompatible con el orden público español, tanto en el reconocimiento de

[36] Sentencia núm. 835/2013, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de febrero (RJ 2014, 833), FD 4º.

certificaciones registrales como de resoluciones judiciales extranjeras, se inste control incidental o *exequátur* en este último caso.

En cuanto a las resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que permiten la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, estas no deberían cumplirse de manera automática, pues una norma inferior a la ley no puede contradecir a esta última, dando lugar a una legalización administrativa de la maternidad subrogada en España[37].

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Octubre 2014), vol. 6, núm. 2.

BARBER CÁRCAMO, R.: "La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.739.

CALVO CARAVACA, A. L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Octubre 2015), vol. 7, núm. 2.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J.: "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo de 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Mantova, Universitas Studiorum, 2017.

[37] El término "legalización administrativa" se extrae de BARBER CÁRCAMO, R.: "La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, p. 2905.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI.

DÍAZ ROMERO, M. R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI.

FARNÓS AMORÓS, E.: "European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

HEREDIA CERVANTES, I.: "El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro", *El Notario del Siglo XXI*, 9 de abril de 2014.

HEREDIA CERVANTES, I.: "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *ADC*, Tomo LXVI, fasc. II, 2013.

HUALDE MANSO, T.: "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentario a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), CAMACHO CLAVIJO, S. y DE LAMA Y AYMÁ, A. (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 (http://eprints.ucm.es)

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, Tesis Fin de Máster, 2013

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España", *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, año XXXVI.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto", *Diario La Ley*, núm. 8868, Sección Doctrina, 22 de noviembre de 2016.

VELARDE D'AMIL, Y.: "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, septiembre de 2012.

VILAR GONZÁLEZ, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS "NOVEDADES"

GESTATION BY SUBSTITUTION IN SPAIN SOME "NOVELTIES"

MARÍA JOSÉ QUINZÁ REDONDO
Abogada
mariajoseqr@hotmail.com

RESUMEN: *La gestación por sustitución en España es un tema controvertido y de actualidad. Por ello en el presente trabajo hemos considerado oportuno recoger y comentar sucintamente algunas "novedades" que hablan de este tipo de gestación bien para reprobarla, bien para apoyarla. En este sentido, tenemos en cuenta, por una parte, el Informe del Comité de Bioética de España de mayo de 2017 y la Proposición de Ley llevada al Congreso por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos admitida a trámite en septiembre de este año, sin perjuicio y por la cercanía, nos referimos también a la ley portuguesa sobre gestación por sustitución aprobada recientemente.*

PALABRAS CLAVE: *Comité de Bioética y maternidad subrogada; Proposición de ley maternidad subrogada.*

ABSTRACT: *Gestation by substitution in Spain is a current and controversial issue. Therefore, in this work, we have considered it opportune to succinctly collect and comment some "novelties" that contemplate this type of gestation, either to reprove it or to support it.*

In this regard, we must refer, on one hand, the Report of the Bioethics Committee of Spain, from May 2017, and the Proposed Law submitted to Congress by the "Ciudadanos" Parliamentary Group admitted in transit in September of this year, without prejudice and by the proximity, we also refer to the Portuguese law on gestation by substitution recently approved.

KEY WORDS: *Bioethics Committee and gestation by substitution; Proposed Law gestation by substitution.*

FECHA DE ENTREGA: *06/10/2017*/ FECHA DE ACEPTACIÓN: *12/12/2017.*

SUMARIO: I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.- II. RECONOCIMIENTO O PROHIBICIÓN.- 1. Informe del Comité de Bioética de mayo de 2017.- 2. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.- III. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

La gestación por sustitución en España no está permitida; en concreto, el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, señala lo siguiente: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

Como es sabido, la gestación por sustitución llamada también maternidad por sustitución, gestación subrogada, o vientre de alquiler (en función de lo que se pretenda subrayar), se trata de un contrato por el que una persona o una pareja comitente, ya sea homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho aporta sus gametos o no encargando a una mujer que lleve a término la gestación a cambio de una prestación económica o a título gratuito.

Son muchos los criterios que se pueden tener en cuenta para clasificar los tipos de gestación subrogada: la finalidad con la que actúa la gestante (altruista o lucrativa); la existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y los comitentes, las condiciones de entrega del niño, etc.

Dado que en otros países (Ucrania, Rusia, recientemente Portugal) este tipo de contrato está permitido, con diversos matices, algunas personas acuden a ellos y consiguen ser padres. El problema se suscita cuando regresan a España y los comitentes quieren que el hijo o hijos sean reconocidos como propios.

Sobre este punto cabe resaltar que existe una cierta discrepancia entre el criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina del Tribunal Supremo. En este sentido, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010) dispone en su Directriz Primera 1 que: "la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido", subrayando en todo caso en la Directriz segunda que no se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de

certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Con muy buen criterio DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni,* Tomo I (coord. Conte, G. y Landini, S.), Mantova 2017, pp. 613-614, critica que la solución propuesta por la Instrucción no es la correcta, porque está creando una regla general que presta cobertura administrativa a un "turismo reproductivo" que trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el artículo 10.1 de la L. 14/2006) que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma esta que debe ser considerada de orden público. Incluso señala el autor que podría replicarse que la idea de "orden público atenuado" permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Ordenamiento. Piénsese en una pensión de viudedad percibida por varias mujeres que estaban unidas a un varón. En estos casos no se admite, lógicamente la recepción sustantiva de la institución misma, sino sólo alguno de sus efectos. Por su parte, la Instrucción puede ir más allá no sólo atribuyendo ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho sino proponiendo la recepción sustantiva de la misma.

En todo caso, a juicio de MORENO BOTELLA, G.: "Maternidad subrogada: visión ético-religiosa, prohibición legal y reconocimiento fáctico en la Jurisprudencia española y del TEDH", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 42, 2016, p. 25, bajo el criterio de la necesidad de proteger el interés superior del menor, en España a través de la DGRN, se está produciendo una legalización indirecta de la maternidad subrogada.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de febrero de 2014 que resuelve el recurso de casación nº 245/2012, impugna la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos niños que habían nacido tras un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales, determinada por las autoridades de California en base a su legislación. A juicio del Alto Tribunal "la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia" (Fundamento tercero, n. 10).

De gran interés resulta la observación que realiza DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación", cit., p. 609, en cuanto que no puede considerarse que la posición de la

legislación española sea *per se* contraria al interés superior del menor cuando la filiación no se le atribuye sin más a los comitentes en vez de a la gestante, sin examinar las circunstancias concretas del caso, lo que, además, añade "supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el "interés del menor", respecto del cual no existe unanimidad".

En todo caso y mientras no se disponga otra cosa respecto de la filiación de los hijos concebidos a través de los vientres de alquiler, debemos atenernos a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo anteriormente mencionada que establece lo siguiente: "2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

La ley vigente, en síntesis, recoge el principio del derecho romano *mater sempre certa est*, abriendo en el apartado tercero, no obstante, la posibilidad de que si uno de los comitentes ha aportado material genético pueda figurar como hijo propio. Así, como acertadamente señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, p. 355, "cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2º.2CC) como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo".

II. RECONOCIMIENTO O PROHIBICIÓN.

Sobre el tema de la gestación por sustitución existen claramente dos posiciones doctrinales enfrentadas. La de aquéllos que consideran que es nulo este tipo de contrato y la de aquéllos que abogan por su validez. Entre los primeros BELLVER CAPELLA, V.: "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO, Revista de Filosofía,* núm. 11, noviembre 2015, pp. 19-52, se pregunta si es compatible con el principio de vulnerabilidad y con la dignidad y los derechos humanos de las personas afectadas: los niños resultantes de esta práctica; la mujer gestante y los comitentes, concluyendo que lo mejor sería alcanzar un acuerdo universal para prohibirla. Por su parte, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas", cit., p. 351, manifiesta, con fundamento, que el contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y al principio de indisponibilidad del estado civil.

También en este grupo que rechaza este tipo de gestación y, en general, la reproducción humana asistida, incluiríamos a las confesiones religiosas, más concretamente a aquellas que tienen Acuerdos de cooperación con el Estado, esto es, Iglesia Católica, protestantes, judíos y musulmanes e incluso a algunos grupos feministas. Sobre la reproducción humana asistida desde la perspectiva confesional vid. el riguroso estudio de GARCÍA RUIZ, Y.: *Reproducción humana asistida*, Comares, Granada, 2004, pp. 189-239.

Por otra parte, se encuentran aquellos que defienden (con unos u otros matices) la validez de este contrato. Vid. entre sus múltiples estudios sobre esta materia VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo,* Comares, Granada, 2012.

Dado el interés que suscita el contrato de gestación por sustitución hemos creído oportuno comentar sucintamente algunas "novedades" que se posicionan bien para rechazarlo, bien para admitirlo.

1. Informe del comité de bioética de mayo de 2017.

El Comité de Bioética de España (www.comitedebioetica.es) ha publicado en mayo de 2017 un Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recordemos que se trata de un órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, que desarrolla sus funciones, con plena transparencia, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud; está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. El Informe, muy bien elaborado, expone los principios y razones a la hora de sustentar una posición coherente con esta práctica, mostrándose la mayoría de sus componentes (cuenta con un voto particular) en contra de este tipo de gestación, por suponer una explotación para la mujer y un perjuicio para el interés superior del menor. Sobre algunas críticas a este informe, VELA SÁNCHEZ, A. J.: "¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017", *Diario La Ley,* núm. 9035, sección doctrina, de 6 de septiembre de 2017.

El Informe está estructurado en tres apartados. En el primero se abordan cuestiones generales como la denominación, clasificación, así como aspectos científicos más relevantes. En el segundo se tratan cuestiones éticas, señalando argumentos favorables y en contra de esta técnica; por último, en su tercera parte se tratan las posiciones de los organismos intergubernamentales y la situación de los hijos habidos mediante gestación subrogada en España.

De la primera parte resulta de gran interés el estudio sobre los aspectos biológicos y psicosociales de la relación madre-hijo durante la gestación. En este sentido y respecto de la mujer gestante, subraya que ésta guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, porque incorpora células madre de la sangre de aquéllos que ha gestado. También se refiere al aumento de la producción de neurotransmisores que fomenta que el cerebro madure en las regiones vinculadas con el procesamiento de las relaciones interpersonales, creando en el cerebro materno una especie de apego respecto de su hijo (Apartado I, punto 3.1). Por consiguiente, estos vínculos lamentablemente se quebrarán en el caso de que se acepte la maternidad subrogada.

En cuanto al hijo reconoce el Comité que mientras se encuentra en el seno materno no le es ajena la voz y el olor de su madre, y así en los supuestos de gestación por sustitución en los que la madre biológica desconecta de su hijo, a éste se le va a privar de unas experiencias que había percibido con anterioridad (Apartado I, punto 3.2). Incluso como señala más adelante se le priva de una lactancia materna, medio más natural e idóneo para la crianza del bebé. En efecto, recordemos que, aunque durante unos años, y por diversos motivos, se pretendió introducir la lactancia artificial, hoy está demostrado que la materna es la manera mejor para criar a los niños.

En la segunda parte el Comité se pregunta si sigue importando vincular la gestación y la maternidad, es decir, si la gestación debe ser el primer estadio de la relación madre-hijo o se debe dar prioridad a la voluntad procreativa. Considero que este es el fondo de la cuestión. En opinión del Comité si siempre se había estimado que lo mejor para el niño era atribuir la maternidad legal a quien lo había parido, en la gestación por sustitución se tendrá que demostrar que separar la maternidad legal y la biológica resulta igualmente idóneo para el menor (Apartado II, 2).

En este mismo apartado le dedica una mención especial a las partes más afectadas en este contrato, la mujer y el niño. Respecto de la mujer distingue según que la gestación sea altruista o comercial. En el caso de la gestación altruista entre otras importantes cosas señala que de la misma manera que la donación de órganos inter vivos está sujeta a ciertas condiciones para que el donante no comprometa su vida y su libertad, aquí también debería de existir algún tipo de control pues siempre puede haber mujeres que por su precaria situación económica se presten a situaciones que sean denigrantes para ellas. Lógicamente reprueba el supuesto de gestación comercial, y asemeja la gestación por sustitución con formas de explotación como la compraventa de órganos o la prostitución. Por otra parte, y respecto de la protección que se debe dispensar a los menores distingue varios riesgos que pueden comprometer el bienestar del menor como el tráfico de niños, cosificación del menor, problemas relacionados con el conocimiento de sus orígenes biológicos, etc.

Además, señala el Comité que la procreación deja de verse como un hecho natural y se concibe como un deseo o derecho del individuo, intentando sortear por todos los

medios los obstáculos que la naturaleza pone a los seres humanos para procrearse y añade que, aunque se argumenta que el deseo de tener un hijo puede ser una garantía de ser un buen padre no es así, pues realmente lo será no por haber conseguido ese ideal, sino por la asunción de responsabilidades. Hay que tener en cuenta que ese deseo de ser padres se puede cubrir a través de otros medios como la adopción o como recientemente se está estudiando a través del trasplante de útero. En este sentido vid. AGUILAR CRESPO, A., ESCRIG ESTREMS, J., PAMPLONA BUENO, L., QUINZÁ REDONDO, Mª. J., DÍAZ GARCÍA, C.: "El trasplante de útero: una puerta abierta a la posibilidad de tener hijos", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017, pp. 215-233.

El Comité en la última parte de su trabajo invoca varios textos internacionales entre los que cabe destacar la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, entre cuyos artículos, el 3.1 señala la prevalencia del interés superior del menor por encima de todo (sobre este concepto vid., entre otros, SILLERO CROVETTO, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, pp. 11-19; el artículo 7, que señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho… a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, etc.

También cita la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión europea. En su punto 115 "condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos http://www.europarl.europa.eu, consultado el 30 de septiembre de 2017.

2. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

La mayoría de los partidos políticos no se han pronunciado abiertamente sobre la legalización o no de la maternidad subrogada. El único que se ha mostrado favorable ha sido el Grupo Parlamentario Ciudadanos que presentó en abril de 2017 una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, para su consideración y debate en el Pleno del Congreso. En septiembre se ha ordenado la publicación de dicho documento en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie b, Proposición de Ley, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1; 122/000117). La

propuesta consta de 27 artículos, una Disposición derogatoria y cuatro Dispones finales.

El objeto de la propuesta es regular un "supuesto" derecho de las personas a la gestación por sustitución (art. 1). Entre los principios rectores establecidos en la propuesta se encuentran la dignidad, la libertad, la solidaridad, la igualdad, la protección integral de los hijos… (art.2). Fundamentalmente quisiera subrayar dos: el de dignidad y el de la protección integral de los hijos. Respecto de la dignidad precisamente mediante el recurso a esta técnica la dignidad de la mujer queda en entredicho pues se convierte durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer unas pretendidas necesidades de terceros. Por otra parte, no creo que exista protección integral del niño cuando a éste se le despoja radicalmente de su verdadero origen.

Se trata de una propuesta de gestación por sustitución muy amplia pues está pensada tanto para personas solas, como parejas homosexuales o heterosexuales. En el caso de parejas se exige que sean matrimonio o que se trate de una unión reconocida por ley (art.8). En todo caso, no acota como sucede, por ejemplo, en la Ley portuguesa de gestación subrogada, 25/2016, de 22 de agosto (que ha entrado en vigor el 1 de agosto de este año) que señala que sólo pueden acceder a ésta las mujeres que carecen de útero, tienen alguna lesión o dolencia en ese órgano que les impide de forma absoluta y definitiva la gestación (arts. 1 y 8.2). Por tanto, no se trata de una ley como la portuguesa concebida para casos excepcionales. Además, en esta Ley, a diferencia de la portuguesa (art. 8.3) no es necesario la aportación de gametos por ninguno de los comitentes.

La modalidad que se propone es la gestación por sustitución altruista (como la portuguesa (art. 8.3), es decir la no comercial, sin perjuicio de la cobertura de gastos que se puedan ocasionar durante la gestación, el parto y el post-parto (art. 5), señalándose como falta muy grave el pago de cualquier cantidad dineraria o en especie a la mujer gestante (art. 24 2 c 8). Al respecto cabe señalar que el reconocimiento de este tipo de gestación altruista no impedirá que algunas personas sigan recurriendo, por diversos motivos, fuera de España, a una gestación subrogada comercial.

Por otra parte, se señalan unos requisitos para la gestación por subrogación entre los cuales cabe resaltar que la mujer gestante no podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes (art.4.3). Resulta elogiable que se rechace el vínculo familiar para este tipo de gestación; pues como señala el Comité de bioética, mencionado anteriormente, se originan conflictos respecto de los roles que las personas han desempeñado, llegando a duplicarse. Así se produce una alteración sustancial que puede ser contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia, como al propio interés del menor (Apartado III, pp. 74 y 5). Así, la abuela o la tía del bebé puede que pasen a ser la madre del mismo, pudiendo

producirse conflictos emocionales por no saber bien el papel que están desempeñando; sin perjuicio de la confusión que se pueda generar al menor.

Con esta Proposición ya no será posible que se den estas duplicidades de roles pero, por otra parte, cabe preguntarse ¿quién, pues, llevará a cabo altruistamente la gestación? ¿Personas que no tengan vínculos con aquel-aquéllos que quieren ser padre/s? Tal vez la futura y previsible Ley no pueda tener prácticamente aplicación porque no existan mujeres que generosamente presten su útero para satisfacer los deseos de otra u otras personas. Al respecto cabe recordar el Informe del Comité de bioética citado anteriormente que señala que, en la donación de órganos, el donante vivo altruista que no tiene relación de parentesco con el receptor es muy bajo (Apartado III, p. 74).

Se establece la creación de un Registro Nacional de gestación por sustitución, adscrito al Registro Nacional de Donantes, donde se inscribirán tanto las mujeres que quieran ser gestantes por sustitución como los progenitores subrogantes (art. 15) creándose una sección específica donde figuren los contratos que se formalicen, debiéndose renovar cada año las inscripciones (art. 16.3). Este ideal no resulta tan fácil de llevarse a cabo. En este sentido, también sobre esta cuestión el Informe del Comité manifiesta que en estos momentos seguimos sin disponer en España de un Registro de Donantes de Gametos y Preembriones, cuando ya se preveía en la LTRHA de 1988 (Apartado III, p. 79). Sobre este Registro de Donantes GARCÍA RUIZ, Y: "Sin Registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación", *Ius et scientia*, vol. 1, núm. 1, 2015, p. 48, advierte muy acertadamente que su inexistencia pone en riesgo datos médicos y de identificación que pueden ser vitales para la salud de los hijos en el futuro.

En la Proposición se señalan unos requisitos que debe reunir la mujer gestante, A) Ser mayor de 25 años y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito, b) plena capacidad jurídica y de obrar, c) tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el art. 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes, d) tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos, e) haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad, f) disponer de una situación socioeconómica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad, g) poseer la nacionalidad española o residencia legal en España, h) no tener antecedentes penales, i) no tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol, j) no haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad (art. 7).

De todos ellos quisiera resaltar el consignado en el apartado 9, el relativo a haber tenido previamente un hijo sano. Quizás con este requisito se esté intentando

debilitar el instinto materno por la existencia de otro hijo, que exigen que sea sano. No creo que con este requisito se pretenda destruir o debilitar los lazos afectivos que se originan entre una madre y un hijo, pues cada hijo es diferente y ninguno puede suplir al otro.

También se señalan unos requisitos que deben reunir el o los progenitores subrogantes como tener plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayor de 25 años y menor de 45, tener la nacionalidad española o residencia legal en España y acreditar que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir (art. 8.2).

Alude, asimismo, al contrato que deberá realizarse ante notario debiendo acreditar por parte de la futura gestante el certificado de estar inscrita en el Registro Nacional de Donantes y por parte del o los progenitores el correspondiente certificado que acredite los requisitos establecidos por la Ley (art. 9).

Lógicamente la Ley se refiere también a la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución. Así la persona o personas subrogantes, tras formalizar el contrato y haberse producido la transferencia embrionaria a la mujer no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación (art. 12.1), debiendo ellos promover la inscripción en el Registro Civil. Asimismo, se contempla los casos de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes (art. 13) y el fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación (art. 14), lo que se denomina la gestación post mortem. Resulta evidente como se señala en la Disposición final primera que se tendrá que proceder a la modificación de diversos textos legales como el Código Civil o la Ley del Registro Civil.

III. CONSIDERACIÓN FINAL.

Desconozco si se seguirá manteniendo en España la prohibición de la gestación por sustitución o prosperará la Proposición de Ley u otras propuestas que lleven a su reconocimiento. Actualmente debemos tener en cuenta respecto de la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada y según dispone la LTRA que la filiación viene determinada por el parto. Y en caso de que haya aporte genético por parte de uno de los progenitores podrá reclamar la paternidad y su pareja recurrir a la adopción. De momento recuerdo el principio *ex iniuria ius non oritur* (de los hechos ilícitos no puede surgir un derecho) invocado en enero de 2017 en el voto particular por algunos jueces de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Paradiso et Campanelli contra Italia (25358/12).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CRESPO, A., ESCRIG ESTREMS, J., PAMPLONA BUENO, L., QUINZÁ REDONDO, Mª. J., DÍAZ GARCÍA, C.: "El trasplante de útero: una puerta abierta a la

posibilidad de tener hijos", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017.

BELLVER CAPELLA, V.: "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO, Revista de Filosofía,* núm. 11, noviembre 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni,* Tomo I (coord. G. CONTE y S. LANDINI), Mantova 2017.

GARCÍA RUIZ, Y.: *Reproducción humana asistida*, Comares, Granada, 2004.

GARCÍA RUIZ, Y.: "Sin Registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación", *Ius et scientia*, vol. 1, núm. 1, 2015.

MORENO BOTELLA, G.: "Maternidad subrogada: visión ético-religiosa, prohibición legal y reconocimiento fáctico en la Jurisprudencia española y del TEDH", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 42, 2016.

SILLERO CROVETTO, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: "¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017", *Diario La Ley,* núm. 9035, sección doctrina, de 6 de septiembre de 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo,* Comares, Granada, 2012.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, LA IDENTIDAD BIOLÓGICA, Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: ALGUNOS CASOS RECIENTES

THE DIGNITY OF THE PERSON, BIOLOGICAL IDENTITY, AND MEDICAL LIABILITY: SOME RECENT CASES

Dra. LORENA SALES PALLARÉS
Profesora Titular (Acreditada) de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha
Lorena.Sales@uclm.es

RESUMEN: *En el desarrollo de los derechos de la personalidad nos encontramos en situaciones donde la dignidad y la identidad biológica se pueden conculcar por actuaciones médicas. Cuando son menores los que se ven afectados por estas situaciones, la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en juego se hace imprescindible. Algunos casos recientes relativos al nacimiento de menores en madres de más de sesenta años o intercambios de embriones en las FIV ponen de relieve las dificultades a las que se enfrenta hoy el derecho.*

PALABRAS CLAVE: *dignidad; identidad biológica; responsabilidad médica; interés superior del menor.*

ABSTRACT: *In the development of the rights of the personality we find ourselves in situations where dignity and biological identity can be violated by medical actions. When minors are affected by these situations, the search for a balance between the interests at stake becomes essential. Some recent cases concerning the birth of minors in mothers over sixty years or embryo exchanges in IVF highlight the difficulties that the law faces today.*

KEY WORDS: *dignity; biological identity; medical liability; best interests.*

FECHA DE ENTREGA: *12/09/2017*/ FECHA DE ACEPTACIÓN: *12/12/2017.*

SUMARIO: I. REFLEXIONES INICIALES.- II. UN PUNTO DE PARTIDA EN LOS CONCEPTOS A USAR.- 1. Identidad y dignidad.- 2. Interés del menor y reproducción asistida.- III. DE CUANDO LOS ERRORES MÉDICOS NO PERMITEN CONOCER LOS ORÍGENES.- IV. REPRODUCCIÓN ASISTIDA ¿ILIMITADA?- V. APUNTE FINAL.

I. REFLEXIONES INICIALES.

Suele decirse que la realidad supera la ficción, y ciertamente en los casos en los que vamos a detener nuestra atención esta máxima se cumple. Al hilo de los derechos de la personalidad, que no son sino manifestación de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual, me propongo reflexionar sobre diversos casos en los que la intervención sanitaria ha provocado una colisión de derechos que ha acabado alcanzando a menores, quienes han visto cómo su identidad biológica ha quedado indeterminada en algunas situaciones, y su derecho a la dignidad en otros casos menoscabada.

Dos son las líneas que quiero trazar para intentar dibujar la situación actual de los derechos de la personalidad en el ámbito sanitario que afectan a menores: la primera alcanzará los errores que provocan error en la identidad biológica y la segunda abordará casos que conculcan la dignidad de los menores afectados por las técnicas de reproducción asistida, llegándonos a plantear si puede predicarse el fraude de ley internacional en algunos de ellos, cuando se ha recurrido al uso de técnicas fuera del territorio nacional.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado (STS de 11 de enero de 2017, Roj: ATS 67/2017) sobre el uso de material genético erróneo al amparo de una fecundación *in vitro*, de manera que los menores concebidos no lo eran de los progenitores que suscribieron el contrato con el centro médico. Más allá de fijarnos en la cuantiosa indemnización que ha recaído sobre la clínica (que ascendió a 315.000€), el asunto nos permite reflexionar sobre situaciones similares conocidas en fechas recientes, como la acaecida el pasado mes de diciembre de 2016 en el hospital *Universitair Medisch Centrum Utrecht* (UMC) de Utrecht, que reconoció un error en sus laboratorios que afectaba a un centenar de parejas, que no están seguras de que el padre de sus hijos sea su pareja o un desconocido[1]. O el caso del médico holandés que durante décadas inseminó a todas las pacientes de su clínica de fertilidad no con los donantes anónimos que las pacientes escogían sino con su propio esperma[2].

[1] Como consecuencia de este error cabe la posibilidad de que un mismo paciente de la clínica fuera el padre biológico de todos los niños resultantes de las fecundaciones *in vitro* entre abril de 2015 y noviembre de 2016.
Sobre esta noticia vid. las siguientes referencias periodísticas: primera y segunda.

[2] Vid. referencia periodística.

Pero también queremos reflexionar sobre la relación entre la responsabilidad médica y la dignidad de la persona en otros supuestos. En febrero de 2017, una mujer española, tras someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro* en Estados Unidos, ha dado a luz a unos gemelos en Burgos. El matiz surge del hecho de que la madre tiene 64 años y una hija anterior de 6 años, también concebida por fecundación *in vitro,* cuya tutela ostentan servicios sociales de la Junta de Castilla y León[3]. ¿Quién y cómo han protegido la dignidad de estos menores así concebidos? ¿Se ha producido en este caso concreto un fraude a la ley española?

Antes de avanzar una respuesta a esta última cuestión que planteamos, no podemos obviar que no existe un límite (nos referimos a uno legal) en cuanto a la edad para someterse a tratamientos de fertilidad en España, por lo que técnicamente, el hecho de acudir al extranjero no conculca legislación alguna española. Sin embargo, ¿queda margen para, atendiendo a los derechos de estos menores, limitar estas prácticas? ¿qué responsabilidad tienen los centros sanitarios en estos casos? Y si solo responden *cuando las cosas van mal*, ¿realmente han ido bien las cosas para estos menores?, ¿no tienen ninguna responsabilidad en el éxito de estos tratamientos los centros médicos que los realizan?

II. UN PUNTO DE PARTIDA EN LOS CONCEPTOS A USAR.

1. Identidad y dignidad.

Si importante es saber dónde se quiere llegar, no lo es menos saber cuál es nuestro punto de partida. Y el nuestro debe ser fijar qué alcance tienen los conceptos de identidad y dignidad, como manifestación de los derechos de la personalidad, y el equilibrio, a veces complejo, entre la colisión de los mismos cuando se circunscriben a situaciones de intervenciones sanitarias relacionadas con la reproducción asistida[4].

Si bien referida a otro tema, la STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53), determinó que el libre desarrollo de la personalidad como "autodeterminación, consciente y responsable de la propia vida", entroncaba con el valor jurídico fundamental "dignidad de la persona"; con línea similar la STC 215/1994 de 14 de julio (RTC 1994, 215) vino a mantener que el ejercicio de la sexualidad (como

[3] Sobre el caso de Mauricia Ibáñez hay numerosa prensa y programas de televisión que han documentado el caso, vid. las siguientes referencias periodísticas: primera y segunda.
Similar ha sido el caso, aunque con un perfil mediático más bajo de Lina Álvarez, madre a los 62 años con un embrión donado. En este caso todo el procedimiento se ha llevado a cabo en España, a diferencia del primer caso en el que la mujer viajó a Estados Unidos para el proceso de la fecundación *in vitro*. Vid. referencia periodística.

[4] Enmarcan estas reflexiones los trabajos de MOLERO MARTÍN-SALAS, Mª.P.: "La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 14, núm. 2, 2016, pp. 183-206; QUICIOS MOLINA, S.: "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de la filiación", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 263-303; SERNA MEROÑO, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012, pp. 273-307.

también la *libertad de procreación*), "deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 CE"[5].

Esto es, la identidad personal y la dignidad de la persona son derechos fundamentales a proteger tanto desde nuestra Constitución como por la vía del Convenio de Roma de Derechos Humanos, cuyo art. 8 salvaguarda el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, esta protección es bidireccional, en el sentido de que puede amparar tanto la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de quien quiere hacer coincidir su realidad legal con la biológica, como la de quien ostentando una identidad y un estado civil determinado quiere seguir manteniendo su vida privada y familiar sin verse afectado en sus derechos y en su identidad.

Habiendo menores de por medio, el socorrido recurso a la invocación del interés superior del menor para conciliar los derechos de todas las partes no nos presta un asidero legal firme, ya que este interés puede estar tanto en que su filiación legal coincida con la biológica, o justo lo contrario, que el interés que mejor le proteja sea mantener una situación jurídica previa sin atender a otros derechos que se reclamen amparados en la genética.

Es necesario antes de continuar, hacer una breve referencia al tema de los orígenes y al derecho a conocer el propio origen y el trato que se dispensa al mismo tiempo a los donantes de capacidad de generación (ya sean óvulos, semen o preembriones). Si bien la ley parte del anonimato de estos donantes[6], ello confronta con el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica y al mismo tiempo con el derecho a la intimidad personal o familiar del donante[7].

Estas situaciones plantean un dilema jurídico, el derecho a la intimidad frente al derecho a la identidad genérica[8], al que el TEDH también dio respuesta en el asunto *Odièvre*[9], donde se discutió el derecho de la persona a conocer su propio origen frente al derecho a guardar el secreto de su identidad de quien lo gestó y parió[10].

[5] Sobre el desarrollo de los derechos de personalidad en sentido amplio vid. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

[6] Interesante ver el abordaje de temas colaterales de estas donaciones en IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 38, 2016, pp. 71-86.

[7] Cierto es que esta "anonimización" legal de las donaciones es un secreto de polichinela como acertadamente pone de relieve BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Una filiación: tres modalidades de establecimiento: La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015, pp. 1 a 16, en concreto, p. 8, ya que la identidad del donante es perfectamente conocida por el centro sanitario autorizado.

[8] Más a fondo véase ROMERO COLOMA, A. Mª.: "Identidad genética frente a intimidad", *Diario La Ley*, núm. 7199, de 18 de junio de 2009, pp. 1-13.

[9] *Odièvre c. Francia*, (GS), núm. Núm. 42326/98, TEDH 2003. Para un análisis de los efectos de esta sentencia nos remitimos a RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", *Actualidad Civil*, núm. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, pp. 1-25.

[10] Esta posibilidad de parto oculto quedó cercenada en España tras la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró que la legislación registral que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica estaba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida.

Mantuvo el Tribunal que la protección dispensada por el art. 8 alcanza al derecho a la identidad y, por tanto, a obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en la identidad de los progenitores[11]. De manera análoga podemos encontrar esta confrontación de derechos en al adoptado, al que se le reconoce también el derecho a conocer sus orígenes biológicos[12], y donde persisten los mismos conflictos entre el derecho a conocer los orígenes biológicos con el derecho a la intimidad de quienes renunciaron a ese hijo. Desde donde se aborde el tema, el conflicto de intereses en presencia no permite obtener respuestas claras y precisas de dónde y cómo regular los derechos de quienes se ven involucrados en estas situaciones.

2. Interés del menor y reproducción asistida.

La regulación de la reproducción humana asistida[13] desde el punto de vista jurídico nos hace entrelazar diferentes intereses en presencia: el derecho a formar una familia, la necesaria protección del anonimato de los donantes de gametos o preembriones, el derecho de la persona a conocer sus orígenes biológicos, etc., que no siempre se acomodan en la misma dirección.

Pongámonos en el supuesto de una gestación por sustitución en la que la identidad biológica del menor está claramente determinada, esto es, los progenitores son a la vez donantes, por lo que los orígenes genéticos del menor son claros y ciertos. ¿Qué sucede a nivel legal? Para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica, esto es, la madre se determinará por el parto y será por tanto la gestante sustituta y no quien aporta la carga genética quien conste como madre de ese menor. Esto hace que nos preguntemos si esta presunción (*mater semper certa est)* trabaja a favor del interés superior del menor o si obedece a otros intereses, en el sentido de que, si lo que se busca es que el menor tenga protegido el derecho a conocer sus orígenes biológicos y estos ya están debidamente determinados, ¿por qué no han de coincidir en una única filiación?, ¿exige realmente el interés del menor que se ponga de manifiesto el hecho de su gestación en el registro y en su filiación?

[11] Quien más allá ha llegado ha sido Alemania, en el sentido que en 2016 planteó un proyecto de ley que prevé la obligación mediante la cual pueda exigirse, bajo pena de sanción, a una mujer a revelar a su pareja el nombre de los amantes frecuentados durante el momento de la concepción en aras de discernir la paternidad biológica de la criatura. Véase en extenso SANCHO LÓPEZ, M.: "El voto particular de la STS, Sala 1ª, sentencia 202/2015, de 24 de Abr. y la nueva Ley Alemana que obliga a las madres a revelar quién es el padre biológico de sus hijos", *Diario La Ley*, núm. 8856, de 4 de noviembre de 2016.

[12] VELA SÁNCHEZ, J.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes", *Diario La Ley*, núm. 7526, 13 de diciembre de 2010.

[13] Sobre este extremo realiza DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en G. CONTE y S. LANDINI: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Montova, 2017, pp. 583-614, un repaso de las consecuencias en el plano jurídico que se derivan de estos intereses contrapuestos en la reproducción asistida incidiendo en la mayoría de supuestos que aquí hemos apuntado.

El propio art.7 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su apartado 2 dice que "[E]n ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación". Pero en los supuestos de gestación por sustitución es justamente en la inscripción registral donde se reflejan los datos que infieren claramente el carácter de la generación de este menor. ¿Hemos de interpretar el interés superior del menor en estos términos?

Que no siempre es fácil poder determinar cuál es la mejor solución para los menores implicados lo ejemplifica el caso al que debió enfrentarse el Tribunal de Roma el 20 de agosto de 2014 cuando tras un negligente intercambio de embriones por parte del hospital italiano entre varias parejas que se estaban sometiendo a una *FIV* en el mismo centro, nacieron unos gemelos que ostentaban la carga genética no de la madre gestante y su marido, sino de otra de las parejas, por lo que reclamaban sus derechos como padres de los que para ellos eran sus hijos, como las pruebas de ADN confirmaron. La magistrada encargada del asunto desestimó las consideraciones de los padres genéticos que reclamaban a los gemelos, dando preferencia al vínculo de esos recién nacidos con quien había llevado a cabo la gestación a sabiendas del error en la transferencia embrionaria. La demanda fue rechazada alegando que la misma "no es conforme a los intereses de los niños menores, a la estabilidad de su estatuto ni a su derecho a vivir con quienes constituyen su familia, según el orden vigente italiano".

Al margen de la realidad jurídica italiana en lo que se refiere a la reproducción asistida y que obviamente modula o justifica la solución alcanzada, el hecho de que no se tenga en cuenta la carga genética de los menores ni el error en el intercambio de los embriones, parece que choca con el derecho a la identidad o al derecho a conocer los orígenes de estos menores, por no entrar en los derechos que sobre los embriones tienen los propios donantes involuntarios. Conociendo todas las partes el error en el intercambio de los embriones, ¿no debería haberse tenido en cuenta el mismo a la hora de determinar la filiación de estos menores? ¿qué peso dejamos pues a la carga genética en general y en particular en los supuestos de impugnación de la paternidad? La respuesta en todo caso que demos debería llevar aparejada una coherencia con el sistema de filiación que se me antoja difícil de mantener.

III. DE CUANDO LOS ERRORES MÉDICOS NO PERMITEN CONOCER LOS ORÍGENES.

Como apuntaba al inicio de este trabajo, recientemente el Supremo ha resuelto un tema que arrancaba en Las Palmas (SAP Las Palmas (Sección 5ª) de 16 de mayo 2016, rec. nº 461/2013), donde a raíz de un error del *Instituto Canario de Infertilidad* nacieron dos gemelos, hijos, no del conviviente, sino de un tercero anónimo. Se condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (por pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que

asumir en solitario la crianza de los hijos y el sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).

El interés de la sentencia radica para mí en que reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos, cuando determina que el "daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable".

Queda patente en esta argumentación que el juzgador entiende que la identidad juega un papel fundamental en la determinación de la personalidad y la misma se vincula a la base genética de la misma. Sin embargo, y a pesar de esta línea marcada por el Supremo, me queda la duda de cómo hubiera afrontado el asunto romano de intercambio de embriones. ¿En un ordenamiento jurídico como el español basado en el principio de *mater sempre certa est*, ¿se hubiera determinado la filiación de estos menores atendiendo al parto o a su carga genética, esa que entronca con su identidad y con el desarrollo de la personalidad?

Es difícil creer que la respuesta no hubiera sido la misma que se obtuvo en Italia, ya que a pesar de los razonamientos y argumentos que se esgrimen sobre la identidad y la dignidad y la biología por parte de los tribunales españoles en algunos casos concretos, lo cierto es que legalmente hablando es imposible impugnar la maternidad en estos casos, ya que la misma se establece legalmente por el parto, sin atender al origen genético del menor[14]. Aunque las parejas supieran que había habido un error en la *FIV* y se hubieran intercambiado los embriones, no hay margen de maniobra amparado legalmente. Piénsese en los casos de maternidad subrogada acaecida en el extranjero, donde lo que se ha tratado siempre de

[14] Cierto es (vid. *Noticias Legales IDIBE*, junio 28, 2017, que cabe la posibilidad que se apunta en el art. 223-2 de la Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que contempla en su nº 3, el "caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga", previendo que, en este caso, "queda determinada la maternidad de la madre gestante", solución ésta, que se corresponde con la legislación vigente (determinación legal de la maternidad por el parto), introduciendo, sin embargo, la siguiente novedad: si la madre gestante "pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento".

impugnar ha sido la prevalencia de la maternidad genética o intencional sobre la biológica.

Plantear lo contrario pasaría por que ambas parejas renunciaran a los derechos sobre esos menores de manera simultánea y cruzada, de modo que la impugnación de la filiación legal no llevara a una indeterminación de la misma. Y, aun así, aun estando ambas parejas de acuerdo, ¿cómo habría que hacerlos constar en el Registro correspondiente? Ya hemos puesto de manifiesto que el art.7.2 LTRHA dice que "[E]n ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación", y tampoco se permite el parto secreto, con lo que ¿cómo hacemos constar como madre a otra persona que no es la que dio a luz al menor sin que de ello se pueda inferir su generación?

Con la legislación en la mano sólo se podría impugnar la paternidad de los menores por parte del padre genético, por lo que hemos de plantearnos por qué merece menos protección conocer los orígenes genéticos maternos o que los mismos prevalezcan sobre los biológicos. Entiende, al menos una parte de la doctrina[15], que si bien la reivindicación del derecho a conocer los orígenes genéticos puede resultar contradictora en el momento actual en el que la "parentalidad social" desplaza a la biología, la misma se fundamenta en la libertad de cada individuo para decidir qué peso otorga a los elementos genéticos y biológicos en la configuración de su identidad. Y en este punto, el derecho debe ser *neutral* en el sentido de ofrecer a todas las partes implicadas los mismos instrumentos y acciones para que pueda configurar esa identidad como mejor la sientan[16].

En cuanto a la responsabilidad derivada de este error por parte del centro sanitario, por supuesto acarrearía indemnizaciones, pero, ¿qué indemnización habría que calcular? No existiría como en el caso canario un error en la identidad, no estaría indeterminada o bajo anonimato, sino que estaría totalmente determinada: los padres genéticos de los menores estarían perfectamente identificados, pero no coincidirían con la filiación legal debido al negligente intercambio. ¿Seguiría entendiéndose que se ha producido este daño moral? Y entendiendo que el mismo se ha producido igualmente, ¿afectaría en la cuantía el hecho del conocimiento de la identidad de los progenitores?

Parece natural creer que así sería, es decir, que la indemnización se minoraría en tanto en cuanto no "se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia

[15] Vid. por todos FARNÓS AMORÓS, E.: "¿Deben los donantes de gametos permanecer en el anonimato?", *InDret*, 2/2017, pp. 253 -273, en concreto p.256.

[16] En similares términos se expresa DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada", cit., pp.588 y 589, cuando sugiere que "[…] los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que ciertamente, acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría, tan sólo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia vida privada, como son sus orígenes biológicos".

historia, ya que su origen en este supuesto no será siempre un interrogante en sus vidas".

En Europa ya hemos apuntado que también ha habido recientemente sonados casos derivados de negligencias médicas. El caso del médico holandés Jan Karbaat es uno de los más llamativos. Fallecido en abril de 2017, ha quedado constatado que su clínica *Bijdorp*, abierta en los años 80, era una de las mayores de Holanda y proporcionaba a su vez semen al resto de los centros del país. En el año 2009 la clínica fue cerrada porque las autoridades sanitarias holandesas constataron que mezclaba semen de varios hombres para aumentar las posibilidades de embarazo, una práctica por otra parte, legalmente prohibida y que fue la que clausuró el centro. Pero lo realmente grave ha sido conocer que el dr. Karbaat era el donante principal de su clínica y por ende de los principales centros del estado holandés, a pesar de que hizo creer a sus pacientes que se las inseminaba con los donantes anónimos que las mismas escogían. Los cálculos del propio doctor, elevaban hasta casi 10.000 los menores nacidos en su clínica en sus 40 años de ejercicio. Las pruebas de ADN efectuadas con ayuda de uno de sus hijos legítimos han demostrado que el facultativo es "casi seguro" el padre de 18 hijos concebidos en el centro, pero hay otros 25 que están a la espera de obtener permiso para realizarse las pruebas. En los próximos meses las autoridades holandesas prevén un incremento en las solicitudes de pruebas de paternidad relacionadas con el caso, y no se sabe bien qué efectos o consecuencias acabarán derivando.

En Utrech, el hospital *UMC* reconoció un "error humano" durante los procesos de manipulación de las fecundaciones, no siendo posible determinar con seguridad que las parejas que habían acudido a la clínica entre abril de 2015 y noviembre de 2016 hubieran recibido los espermatozoides del hombre correcto, o si, por el contrario, se produjo algún tipo de intercambio de modo que nadie sabe de quién es el esperma con el que fue fecundado su óvulo o incluso reconoce el hospital que pueden haberse intercambiado embriones entre las parejas involucradas. La mitad de las mujeres tratadas directamente por el *UMC* en ese periodo de tiempo han logrado quedarse embarazadas, o incluso algunas han tenido ya un hijo que puede que sea de alguien distinto a su pareja. Hay otros 13 embriones que siguen congelados, sin que se tenga la certeza de que se corresponde con los donantes auténticos o si se han visto afectados por el error del hospital. Está en manos de las parejas decidir qué hacer en este momento con esos embriones.

El problema en todo caso es cómo articular los diferentes derechos e intereses en presencia: la de los padres biológicos/intencionales, la de los padres genéticos, la de los menores y su derecho a conocer sus orígenes… Todos ellos derechos o intereses legítimos, pero que obligan a una cuadratura del círculo con un difícil encaje jurídico. Pensemos en los 13 embriones congelados, ¿quién puede reclamarlos para sí como propios?, ¿aquellos que creyeron aportar su carga genética o los que efectivamente la han aportado? Teniendo en mente el caso *Evans*[17] no es tan sencillo

[17] *Evans contra Reino Unido* (2006): Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), de 7 marzo 2006 (TEDH 2006, 19).

aportar una solución, ya que con la arquitectura jurídica que tenemos tan legitimado está para pedir la destrucción de un embrión quien ha realizado una aportación involuntaria o errónea al mismo, como quien a sabiendas del error prefiere seguir adelante con un embarazo, aun sabiendo que el menor no tendrá los progenitores que debían serlo.

IV. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ¿ILIMITADA?

En 2015 nacieron en España un total de 36.318 niños gracias a técnicas de reproducción asistida, representando esta cifra el 8,6% de los más de 420.000 nacimientos que hubo ese año, según los últimos datos del Ministerio de Sanidad, que acaba de poner en marcha el Sistema de Información en Reproducción Humana Asistida (SIRHA)[18]. De igual modo, los datos muestran cómo se incrementa en un 9,5% el número de tratamientos *FIV* en España.

Los datos que se desprenden del SIRHA sitúan a España como líder europeo en la realización de estos tratamientos, con un total de 127.809 ciclos de *FIV* y 38.903 inseminaciones artificiales en 2015. Ello hace imposible no reconocer que por diversos factores España es un destino de *turismo reproductivo*: por un lado, porque nuestros equipos médicos están en la punta de lanza de las técnicas de reproducción humana asistida (tanto los pertenecientes al ámbito público como al privado); de otro porque nuestra normativa legal da mayor cobertura que algunos de nuestros vecinos[19].

Hasta el propio TEDH ha sido criticado por *alentar* este turismo cuando señaló explícitamente[20] que "no existe prohibición, bajo la ley austriaca, de ir al extranjero en busca de un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria". La misma idea parece que subyace en el pronunciamiento de la Gran Sala de TEDH al caso *Dickson*[21], cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la vida privada y familiar de los demandantes que comprende también "el derecho

[18] El objetivo del nuevo sistema SIRHA es velar para que las técnicas de reproducción asistida sean una prestación sanitaria de alta calidad y seguridad en España. Para ello contará con un *Registro Nacional de Donantes*, ya en fase de pilotaje, un *Registro Nacional de Actividad y Resultados* y un *Registro de Centros y Servicios de Reproducción Humana Asistida*, que estarán desarrollados por completo para finales de año. El sistema permitirá cumplir la normativa española y europea, identificando cada donación con un "Código Único Europeo" que garantizará la trazabilidad y el control de las donaciones y sus resultados, para cumplir los requerimientos que se están formulando a nivel europeo para permitir la libre circulación de muestras biológicas entre países europeos.

[19] No solo la propia LTRHA es una de las más modernas de Europa (a pesar de las críticas que sobre la misma podamos realizar), sino que el hecho de contar con una regulación del matrimonio que abarca tanto a las personas del mismo como de diferente sexo, permiten una combinación legal de protección del derecho a crear una familia perfecto.

[20] Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *S.H.y otros vs. Austria (II)* de 3 de noviembre de 2011 (Aplication num.57813/00).

[21] Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre 2007 (TEDH 2007, 86).

al respeto de su decisión de ser padres genéticos".

Partiendo de esta idea de que la voluntad de tener un hijo es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y que esta búsqueda de una descendencia genética es del todo lícita, cabe preguntarse si el recurso a las TRHA tiene o no alguna limitación. En concreto, y retomando los casos que enuncié al inicio, cómo se contempla la posibilidad de recurrir, dentro o fuera de España, a las técnicas de reproducción alcanzada una determinada edad.

Según reconoce la propia Sociedad Española de Fertilidad un tema que continua en discusión es el establecimiento de un límite de edad por encima del cual deba rechazarse la realización de tratamientos de fertilidad. Han sido ampliamente evidenciados por la literatura los riesgos en las gestaciones de mujeres de edad avanzada, pero existen trabajos publicados con receptoras por encima de los 50 años, e incluso se han publicado gestaciones en mujeres mayores de 60 años con resultados aceptables en cuanto a tasas de embarazo y pronóstico perinatal.

Las cifras actuales del SIRHA indican que el grupo más numeroso de pacientes sometidas a un tratamiento de *FIV* tiene entre 35 y 39 años, en los casos de ovocitos propios, o más de 40 años en el caso de ovocitos de donante. A pesar de todo ello, se mantiene hoy en día la idea, de que, aunque cada caso debe valorarse de forma individual, en principio debiera desaconsejarse la recepción ovocitaria por encima de los 50 años.

Si atendemos a la LTRHA, el único límite de edad que se fija es el de a partir de la cual las mujeres pueden hacer uso de estas técnicas, pero no se fija legalmente ningún límite a las mismas.

El caso *De Ambrosis* ilustra los conflictos reales que se dan cuando no hay concordancia entre la letra de la ley y la vida real. El matrimonio formado por Gabriella y Luigi De Ambrosis se casaron en 1990 cuando la mujer tenía 36 años y se sometió a diez intentos de fecundación in vitro en Italia sin éxito, e intentó adoptar en dos ocasiones, pero su petición fue rechazada. Contaban con 56 y 68 años respectivamente, cuando decidieron viajar al extranjero para someterse a una fecundación asistida. En mayo de 2010 nacía la hija de ambos, aunque en septiembre de 2011, un tribunal de menores decidió que la menor debía ser alejada de ellos quitándoles así la custodia de la hija de 15 meses tras una denuncia por "abandono" presentada por una vecina[22], al considerarles demasiado ancianos. Afirmaba la sentencia, que la niña era "fruto de una aplicación distorsionada de las enormes posibilidades que ofrece el progreso en materia genética, se quedará huérfana muy pronto y, además, se verá obligada a cuidar a unos padres ancianos, con posibles graves patologías o minusvalías".

La menor fue entregada a una familia de acogida y con posterioridad dada en adopción y aunque la decisión fue recurrida por los padres, en marzo de 2017, el

[22] El padre fue absuelto de la acusación de abandono.

tribunal de apelación de Turín confirmó la sentencia de adopción, al considerar que sus padres no eran idóneos "al ser demasiado ancianos en el momento de su nacimiento", y teniendo en cuenta que mantener a la menor con su familia adoptante era la opción que menos perjuicio causaría a la menor.

En España este 2017 hemos conocido también los casos de Lina Álvarez y Mauricia Ibáñez, pero no son los únicos de las llamadas madre-abuela[23]. Como acertadamente apunta SERNA[24], el mero hecho de la edad no tiene necesariamente que conllevar una desprotección de los intereses del menor y conviene realizar la casuística antes de emitir un juicio genérico de valor[25].

A pesar de ello, en el caso de Mauricia Ibáñez, apenas quince días después de salir del hospital con los mellizos, los servicios sociales le retiraban la tutela de los menores[26] al detectar indicios de desprotección. Plantea este asunto en concreto varios puntos sobre los que reflexionar: por un lado, está el hecho de que con anterioridad a este embarazo ya recurrió a la *FIV* para tener una hija, que también fue apartada por servicios sociales y que actualmente se encuentra adoptada por una sobrina de la madre que reside en Canadá.

¿Qué ha fallado, si ha fallado algo en el sistema? En los dos embarazos recurrió Mauricia a la *FIV* en los Estados Unidos, donde viajó para someterse a estas técnicas de reproducción asistida. En el primero de ellos contaba con 57 años y en el segundo superaba ya los 60 años claramente ya que dio a luz con 64 años cumplidos. Y en ninguna de las dos ocasiones supuso la edad un impedimento. ¿Afecta por tanto el hecho de que se hubieran llevado a cabo en el extranjero estas técnicas de reproducción asistida? ¿se hubieran podido lleva a cabo en territorio nacional? A esta última pregunta hemos de responder afirmativamente, ya que Lina Álvarez, de 62 años, daba a luz después de someterse a estas técnicas en Madrid, a su tercer hijo. El segundo, concebido cuando contaba con 52 años supuso el mismo procedimiento y resultado. Por tanto, hemos de llegar a la conclusión de que con independencia de si los tratamientos se llevan a cabo en España o en el extranjero, el requisito de la edad no tiene por qué ser un impedimento.

¿Por qué entonces tanto prejuicio? ¿Se atenta realmente contra el interés del menor al permitir la reproducción asistida ilimitada? Ciertamente, si el legislador español no ha previsto límite alguno, dejar que sean los equipos médicos quienes decidan esta cuestión decidiendo quién y cuándo pueden convertirse en padres de manera

[23] Meramente ilustrativa la noticia de la estadounidense de 62 años de edad, que daba a luz a su duodécimo hijo. Vid. referencia periodística.

[24] SERNA MEROÑO, E.: "Las técnicas", cit., p. 287.

[25] No es el tema de esta intervención, pero conviene señalar en este punto la más que discriminatoria postura de la doctrina, que hace que resulte perjudicial para el interés del menor que la madre sea mayor, pero no se caiga en esa apreciación cuando la madre es joven pero el padre es quien tiene una avanzada edad. El interés del menor debería jugar en ambos casos en el mismo sentido, y predicarse el perjuicio en todo caso, con indiferencia del género que ostente el progenitor provecto.

[26] Vid. referencia periodística.

arbitraria con la fijación de una edad determinada según el género sería extralimitarse. Solo el legislador debería poder restringir este acceso, puesto que una prohibición atendiendo solamente al criterio de la edad podría interpretarse como una vulneración del libre desarrollo de la personalidad que tiene toda persona[27].

Además, ¿por qué cincuenta, por qué no cincuenta y dos? ¿cuál es la edad que estaría justificada hoy? De acuerdo con las estadísticas del INE de junio de 2017, la edad a la que las mujeres son madres por primera vez ha alcanzado la cifra histórica de 32 años. Estamos hablando de estadísticas, lo que hace suponer una concordancia con los datos del SIRHA, acerca del mayor porcentaje de población femenina que se somete a las técnicas de reproducción asistida entre la franja que rodea la edad de los 40 años. Por tanto, la recomendación de desaconsejar la maternidad a partir de los 50 años, ¿sigue vigente? ¿se debería actualizar de acuerdo con el avance de la ciencia?

En todo caso es una edad fijada en atención a criterios médicos relativos a llevar a término un embarazo, no pensada en función de otros criterios, como podrían ser los esgrimidos por el tribunal italiano, considerando un abuso de derecho aprovecharse del progreso médico actual que permite embarazos tan tardíos; o considerar que los progenitores con una edad superior a la fijada van a dejar antes huérfano al menor; o que en el mejor de los casos, condenan al menor a cuidar de unos progenitores ancianos o con minusvalías.

Da un poco de miedo plantearse, como progenitor que soy, que el derecho ampararía una actuación judicial que me apartara o retirara la patria potestad *preventiva* ante la posibilidad de caer yo en una enfermedad grave, o degenerativa, o en una estadística de muerte temprana por profesión de riesgo (pongamos por caso).

Justificado todo ello por el interés superior del menor…Es difícil reflexionar de una manera global sobre este derecho, porque la batalla de la protección de los menores se está librando en simultáneos y diversos frentes. El más activo es sin duda alguna el de la gestación por sustitución, técnica de reproducción asistida que sirve de punta de lanza para poner en práctica la positivización del interés superior del menor en el nuevo artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor. De momento son las Salas de lo Social las que han apostado por buscar la justicia material y proteger esta maternidad/paternidad que ha tenido lugar fuera de las fronteras, porque "los problemas sobre constancia registral del progenitor biológico no deben privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece"[28].

Pero si realmente pensamos que una maternidad tan tardía perjudica al menor y al desarrollo de sus derechos más fundamentales, ¿qué responsabilidad podemos exigir a los centros sanitarios en los que se practican estas técnicas? Justamente, la no existencia de una edad límite legal a partir del cual se pueda denegar el acceso a estas

[27] En esta línea SERNA MEROÑO, E.: "Las técnicas", cit., pp. 288 y 289.
[28] STS, Sala 4ª, de 25 de octubre de 2016.

prácticas[29] no permitiría demandar a la clínica en cuestión. En estos supuestos no hay error médico, ni daño moral, ¿o puede exigirse al centro un estándar de responsabilidad por daños sobre ese menor de verse con unos padres tan mayores a los que previsiblemente tendrá que cuidar en su adolescencia? ¿Qué base de cálculo se utilizaría?

Planteemos antes el siguiente caso[30], que aunque tenga otro origen puede servirnos para alcanzar una respuesta final: la SAP Valencia (Sección 7ª) de 30 de marzo de 2016, rec. nº 764/2015, recoge el asunto de un menor nacido por *FIV* con óvulo de donante anónima y esperma del marido de la usuaria, con hemofilia, razón por la cual los padres demandaron a la clínica. A pesar de no encontrar el tribunal negligencia en la clínica en la selección del óvulo de la donante, sí la condenó al considerar que la información suministrada a los demandantes era deficiente, al pago en concepto de daños morales a cada progenitor de 100.000 euros y 200.000 euros al niño nacido hemofílico.

Traigo aquí a colación el supuesto al hilo de que la solución podría parecer extraña como bien se señala en el comentario, desde el momento en que se concede indemnización por daño moral (el patrimonial por el tratamiento de la hemofilia está cubierto por el sistema público de salud), no sólo a los padres, sino también al niño. Y es extraña porque en los supuestos en los que los niños nacidos naturalmente padecen enfermedades (por ejemplo, la hemofilia) no detectadas durante el período de embarazo de la madre (y, por lo tanto, no comunicadas a ella en orden a decidir la posible interrupción del mismo), pero que no tienen su origen en una negligencia médica, sino en el patrimonio genético de la madre portadora, no puede pretenderse ningún resarcimiento si la madre decide no abortar.

¿Podría por tanto el menor nacido mediante una *FIV* a una mujer de edad avanzada solicitar una indemnización a la clínica por consentir y conseguir ese embarazo a sabiendas de las dificultades que potencialmente le podrían generar de cuidado de unos padres ancianos? La repuesta si atendemos a esta sentencia debería ser afirmativa, pero me genera toda una serie de dudas.

V. APUNTE FINAL.

No era la pretensión inicial llegar a una conclusión sobre estos temas sino reflexionar sobre las dificultades en las debemos fijarnos para lograr una respuesta del derecho lo más ajustada a la búsqueda de la justicia material del derecho.

Las relaciones que se producen entre los derechos a los que me he referido cuando se predican sobre menores no son fáciles ni de resolver ni de adecuar al sentir de la

[29] No me refiero a una exclusión del sistema público sanitario hacia el privado, planteado como una cuestión económica, sino a una prohibición al acceso a estas técnicas reproductivas genérica.

[30] Sobre este caso y el comentario al mismo vid. *Noticias Legales IDIBE*, junio 28, 2017, https://idibe.org/noticias-legales

comunidad actual. Si bien los imparables avances de la ciencia suponen un constante desafío para el Derecho, los Estados no pueden mantenerse impasibles ante las nuevas necesidades que se generan y demandan. Lo cierto es que muchos de estos avances, y en especial los relativos a las técnicas de reproducción humana, afectan directamente a lo más esencial de la naturaleza humana, y suponen una constante revisión de la concepción que se tiene con respecto a derechos tan básicos como la dignidad o el libre desarrollo de la persona[31].

Pero la dificultad no debería ser motivo para dejar de avanzar hacia soluciones más justas para todos los implicados, y en estos temas, sobre todo se trataría de dar respuestas judiciales que amparen los intereses de los menores, aunque en algunos casos ello suponga anteponer la realidad a la letra de la ley.

"Vine a Comala porque me dijeron que acá vivía mi padre, un tal Pedro Páramo. Mi madre me lo dijo […] Y de este modo se me fue formando un mundo alrededor de la esperanza que era aquel señor llamado Pedro Páramo, el marido de mi madre. Por eso vine a Comala"[32].

La búsqueda de la verdad biológica, de la identidad, de la dignidad de la persona no puede detenerse por no encontrar acomodo en un derecho de familia que no lleva la misma velocidad que el avance de la ciencia médica. Hacia *Comala* siempre va a seguir yendo gente, pero hoy deberían poder llevar mejores alforjas para ese viaje. Y eso, en parte, depende de nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Una filiación: tres modalidades de establecimiento: La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en G. CONTE y S. LANDINI: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Montova, 2017.

FARNÓS AMORÓS, E.: "¿Deben los donantes de gametos permanecer en el anonimato?", *InDret*, 2/2017.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 38, 2016.

[31] MOLERO MARTÍN-SALAS, Mª. P.: "La reproducción asistida", cit., p. 184.

[32] Fragmento inicial de la novela *Pedro Páramo* (1955), del escritor mexicano Juan Rulfo.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid, 2010.

MOLERO MARTÍN-SALAS, Mª. P.: "La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 14, núm. 2., 2016.

QUICIOS MOLINA, S.: "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de la filiación", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)", *Actualidad Civil*, núm. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003.

ROMERO COLOMA, A. Mª.: "Identidad genética frente a intimidad", *Diario La Ley*, núm. 7199, de 18 de junio de 2009.

SANCHO LÓPEZ, M.: "El voto particular de la STS, Sala 1ª, sentencia 202/2015, de 24 de Abr. y la nueva Ley Alemana que obliga a las madres a revelar quién es el padre biológico de sus hijos", *Diario La Ley*, núm. 8856, de 4 de noviembre de 2016.

SERNA MEROÑO, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012.

VELA SÁNCHEZ, J.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes", *Diario La Ley*, núm. 7526, 13 de diciembre de 2010.

LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA

THE ECHR'S CASE-LAW ON THE RIGHT TO DIE

Dr. JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART
Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia, Abogado
Jorge.climent@uv.es

RESUMEN: A través del presente texto se ha estudiado la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida. Con carácter previo se analizan los diferentes conceptos relacionados con el tema y también se hace una especial mención al concepto "margen de apreciación nacional", por ser especialmente relevante en esta cuestión.

PALABRAS CLAVE: derecho a la disposición de la propia vida; derecho a la autodeterminación del paciente; eutanasia; suicidio asistido.

ABSTRACT: This article provides a review of ECHR's case-law on the right to die. Previously, the different concepts related to the subject are analyzed and a special mention is also made of the concept of "national margin of appreciation", as it is especially relevant in this matter.

KEY WORDS: right to die; patient´s right to self-determination; euthanasia; assisted suicide.

FECHA DE ENTREGA: 24/07/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL PREVIA.- III. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA.- IV. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA.- 1. Caso Lambert y otros contra Francia.- 2. Caso Pretty contra el Reino Unido.- 3. Caso Hass contra Suiza.- 4. Caso Gross contra Suiza.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Debemos comenzar la redacción de este artículo advirtiendo al lector qué no es, ni pretende ser, el presente texto. Así pues, no hemos querido realizar un estudio general sobre el derecho a la disposición de la propia vida, puesto que nada habríamos podido aportar a lo que tan exhaustivamente ha sido estudiado por distintos autores pertenecientes a diferentes áreas del Derecho, como Penal, Constitucional, o Civil, o incluso de otras disciplinas, como la Filosofía o las Ciencias Religiosas.

Este artículo pretende, sin más aspiraciones, exponer ante el lector cuál es el tratamiento que el TEDH ha dado a este tema, y, especialmente, si de su posición se puede deducir una tesis que sea aplicable para todos los países miembros del Consejo de Europa.

II. UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL PREVIA.

Con carácter previo a estudiar la posición del TEDH, sí creemos oportuno intentar delimitar diferentes conceptos que suelen ser objeto de confusión cuando se trata este tema. Por su precisión terminológica, vamos a tener presente en todo momento, y al mismo nos remitimos, el "Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio" elaborado por el Comité Consultivo de Cataluña, Organismo dependiente del Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña.

Lo primero que cabe distinguir son los conceptos enfermedad irreversible y enfermedad terminal. Por irreversible entenderemos la afectación grave o potencialmente grave que con los conocimientos médicos disponibles no se puede curar. Por enfermedad terminal cabe entender aquella que también es incurable, pero que, además, se encuentra en estado avanzado y que en un período corto de tiempo progresará indefectiblemente hacia la muerte.

En ambos casos, nos encontramos ante enfermedades que no tienen cura, pero en la terminal, el fallecimiento se prevé relativamente inminente, mientras que en la irreversible no necesariamente.

A ambos tipos de enfermos se les reconoce el derecho a la autodeterminación (o también llamado derecho a la autonomía personal). Se entiende por este la potestad de elegir, por parte del paciente, entre las diferentes opciones médicas existentes. Con esta concepción se supera la visión paternalista que caracterizaba a la Medicina, conforme la cual, el sanitario era el que estaba en mejores condiciones para decidir lo que era bueno para el enfermo. Ahora es el paciente el que decide lo que es lo mejor para sí, en base a su conciencia, creencias, ideología, etc., en definitiva, en base a su libertad. De hecho, el consentimiento informado es una manifestación del derecho a la autonomía personal. Es únicamente el paciente quien está legitimado para autorizar si se le interviene o no, tras haber recibido información precisa al respecto.

En relación al tema que estamos tratando, el derecho a la autonomía es trascendental, puesto que, como consecuencia del mismo, el paciente puede optar legalmente por el rechazo al tratamiento, aun cuando dicha decisión pueda comportar su fallecimiento.

En este punto, debemos tener en cuenta que dicho rechazo puede ser expresado en diferentes momentos:

Estando plenamente consciente, antes de que se proceda a llevar a cabo una determinada actuación médica o, incluso una vez iniciado el tratamiento, el paciente también podría optar por rechazar que se continúe con el mismo.

O bien, en un momento muy anterior, expresado a través del documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, también conocido como testamento vital. Así pues, si en dicho documento se recoge el deseo de no ser intervenido en caso de estar inconsciente, aun cuando dicho rechazo pueda comportar su fallecimiento, dicha voluntad deberá respetarse.

Los otros dos conceptos referidos a dos prácticas sanitarias que se considera que entran dentro de la buena praxis médica serían la limitación del esfuerzo terapéutico y la sedación terminal. En ambos se busca lo mismo: evitar el sufrimiento innecesario del paciente en sus últimos días de vida.

¿Cómo se consigue evitar ese padecimiento innecesario del enfermo?

En el caso de la limitación del esfuerzo terapéutico, rechazando actuaciones médicas que solo tienen por finalidad prolongar la vida del paciente cuando el mismo esté abocado irreversiblemente a la muerte, evitándose así el tan inhumano encarnizamiento u obstinación terapéutica. En el de la sedación terminal, aplicando un tratamiento farmacológico que consiga aliviar el grave padecimiento, aun cuando como consecuencia del mismo, se pueda acortar la vida del paciente.

En todo caso, el respeto hacia el rechazo al tratamiento, la limitación del esfuerzo terapéutico y la sedación terminal se encuentran amparadas como formas de buena *praxis* médica.

El problema vendrá precisamente con los dos siguientes conceptos: el suicidio asistido y la eutanasia. Aceptar la legalidad de estas acciones supone aceptar que existe un derecho a la disposición de la propia vida, siendo que ello no ha sido entendido así por los legisladores de distintos países europeos, entre los que se encuentra el español.

Llegados a este punto, podemos aseverar que lo conceptos más controvertidos y que suelen reproducirse de manera confusa son los de suicidio asistido, eutanasia y homicidio por compasión.

En el suicidio asistido se requiere la existencia de dos personas: el paciente y un tercero. El paciente debe padecer una enfermedad irreversible o terminal. En ambos casos, le debe producir graves sufrimientos físicos y/o psicológicos. Debe ser el propio paciente el que le solicite al tercero que le proporcione un medicamento para poder poner fin a su vida sin padecimientos. Cuando ese tercero es un médico, hablamos de suicidio médicamente asistido. Lo más importante, en este caso, es que es el propio paciente el que ejecuta directamente la acción que comportará la muerte. El tercero se limita a suministrarle el fármaco, pero será el propio enfermo quien se lo tome.

Esta es la principal diferencia con la eutanasia. Así pues, en la eutanasia es el tercero el que, previa petición del paciente, le inyecta la sustancia que pondrá fin a su vida. En otras palabras, aquí el tercero es el autor directo e inmediato de la muerte del paciente. Es su acción la que, directamente, pone fin a la vida del enfermo.

Tradicionalmente se ha distinguido entre eutanasia directa (y dentro de ella, la activa y la pasiva) y la indirecta. La eutanasia directa activa se correspondería con el concepto que aquí hemos dado a la eutanasia, sin más adjetivos, es decir, aquella acción mediante la cual se provoca la muerte de un enfermo, previa petición de este y con el propósito de terminar con su sufrimiento. Esta será objeto de sanción penal en algunos países del Consejo de Europa. Las otras dos suponen ejemplos de lo que antes hemos tildado como supuestos de buena praxis médica. Así, retirar el tratamiento por indicación del paciente (eutanasia directa pasiva) o administrar narcóticos para calmar los dolores que tienen como efecto no deseado, aunque sí probable, el fallecimiento del enfermo (eutanasia indirecta) son supuestos de prácticas médicas llevadas a cabo todos los días en los hospitales y que se encuentran amparadas por la ley. Esa es la razón por la que creemos oportuno limitar el concepto de eutanasia al supuesto recogido para la directa activa, que es la verdaderamente controvertida, desechándolo para las otras dos, que no comportan polémica alguna.

En ambos casos, en el de la eutanasia y en el del suicidio asistido, ha de existir siempre inexcusablemente una previa petición del paciente y la acción debe ser llevada a cabo con una finalidad benefactora, esto es, evitar que la persona siga sufriendo. Naturalmente, si falla alguno de estos dos requisitos, nos encontraríamos ante un homicidio.

En relación a dicha carencia, traemos a colación el concepto de homicidio por compasión. En este caso, un tercero provoca la muerte del paciente aquejado de un grave sufrimiento, pero sin contar con su petición previa. Es decir, lo hace con una buena intención (evitar que siga padeciendo), pero sin la autorización previa del paciente. Precisamente porque falta el requisito más importante, esto es, la solicitud del propio interesado, es por lo que se considera homicidio y no eutanasia.

La eutanasia y el suicidio asistido suponen entender que existe un derecho de la persona a disponer libremente de su propia vida. Y este es el auténtico punto de fricción entre las dos grandes concepciones que se han enfrentado en este tema: la que defiende la santidad de la vida y la que defiende la calidad de la vida.

Así pues, la tesis de la santidad ha encontrado su justificación principal en la religión. Los defensores de esta teoría entienden que la vida es un bien que nos ha sido otorgado por Dios, y que solo Dios nos puede quitar. Por tanto, si nosotros osamos atentar contra nuestra propia vida, en realidad estamos atentando contra la voluntad divina.

Por ello conciben el derecho a la vida como un derecho-deber. No solo tienes derecho a vivir, y por tanto, a que ni el Estado ni terceros atenten contra tu propia vida, sino que, además, tú tampoco puedes disponer de la misma.

Frente a esa posición, se encontrarían los defensores de la calidad de la vida. Esta doctrina parte de una distinción conceptual muy interesante: vida biológica-vida biográfica.

Así pues, por vida biológica se entiende aquella que se extiende hasta que falleces. Es decir, lo que normalmente entendemos por vida, sin adjetivos. Pero por vida biográfica se entiende aquella que, en virtud de nuestra libertad, nuestro libre desarrollo de la personalidad, nuestra conciencia, nuestra libertad ideológica y de pensamiento, nuestra libertad religiosa, etc., vamos construyendo con cada decisión que tomamos en nuestro día a día.

Esta distinción no es menor, puesto que explica muy bien, por qué para esta doctrina, sí que debe existir el derecho a la disposición sobre la propia vida. Así, para sus defensores, en aquellos supuestos en que, por cualquier enfermedad o accidente, una persona ya no pueda seguir desarrollando su vida biográfica, debe poder optar a poner fin a su vida biológica, si así lo desea.

Como a continuación veremos, inspiradas en estas dos grandes concepciones, la de la santidad y la de la calidad de la vida, las legislaciones de los países que forman parte del Consejo de Europa han dado una respuesta u otra a este tema.

III. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA.

Uno de los conceptos que cualquier estudioso de la jurisprudencia del TEDH debe tener en cuenta, a fin de evitar conclusiones precipitadas, es el del margen de apreciación nacional. Este término, de construcción jurisprudencial al inicio, e introducido ya en el Preámbulo del CEDH en virtud del Protocolo número 15, nos va a explicar las razones por las que el TEDH da aparentemente diferentes respuestas ante supuestos aparentemente semejantes.

Así pues, para comprender mejor este concepto, en primer lugar debemos recordar que el TEDH es el organismo judicial creado en el seno del Consejo de Europa encargado de tutelar los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH (y sus protocolos). Su jurisprudencia tiene como efecto conseguir precisamente una armonización hermenéutica de dichos derechos en todos los países miembros del Consejo de Europa.

De dicha organización internacional forman parte 47 países, que van desde Portugal hasta Rusia. No encontramos, por tanto, ante Estados que responden a tradiciones jurídicas, históricas, culturales y religiosas muy distintas. Eso provoca que, en determinados asuntos, no haya un mínimo consenso necesario para poder conseguir dicha armonización. Este es un claro ejemplo de ello: Así pues, hay países que tienen legalizado tanto el suicidio asistido como la eutanasia, como son Holanda, Bélgica y Luxemburgo, otros en los que solo se permite el suicidio asistido pero no la eutanasia, como es el caso de Suiza, y otros en los que ambas opciones no solo no están permitidas, sino que incluso están sancionadas penalmente, como ocurre en España. Ante esta tesitura, el TEDH adopta una actitud de autocontención: Precisamente para no imponer una determinada interpretación como única compatible con el CEDH, acepta en esos casos el llamado "margen de apreciación nacional", esto es, entiende que cada Estado está en mejor situación para responder ante determinados temas (especialmente los complejos como el presente) respecto de los que no existe una unanimidad europea.

Ello nos va a explicar por qué en este tema la inmensa mayoría de las sentencias suelen ser desestimatorias, habida cuenta que el TEDH acepta, en sus fundamentos jurídicos, que es el propio Estado el que está en mejores condiciones para evaluar las restricciones de los derechos afectados.

No obstante, el "margen de apreciación nacional" ha sido objeto de profundas críticas, puesto que el mismo puede servir de excusa perfecta para que el TEDH, acogiéndose a la autocontención, no entre a revisar el fondo de asuntos especialmente sensibles para el Estado demandado. Además, la consecuencia práctica de su asunción supone admitir que el alcance y contenido concreto de los derechos (que se determinan a través de su interpretación) dependa del lugar en que se ejerciten. Ello comporta una auténtica quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Con independencia de las anteriores críticas, la realidad actual es que se trata no solo de un concepto consolidado en la jurisprudencia del TEDH, sino que, como decíamos, el Protocolo número 15 ha previsto su incorporación en el texto del Preámbulo del CEDH.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA.

En relación al asunto del derecho a la disposición sobre la propia vida, el TEDH se ha enfrentado, fundamentalmente, a dos tipos de supuestos:

En primer lugar, aquel en el que el paciente ejerce su derecho a la autonomía personal y muestra su rechazo al tratamiento, aun cuando ello tenga como consecuencia su fallecimiento.

En segundo lugar, aquel en el que el paciente solicita al Estado el suicidio asistido o que no se sancione penalmente a quien le asista al suicidio.

Con el fin de evitar equívocos, deseamos destacar que en el presente epígrafe hemos seleccionado aquellas sentencias que consideramos más relevantes. Conscientemente hemos decidido dejar al margen aquellas otras resoluciones del TEDH que no entran en el fondo del asunto, siendo que se limitan a inadmitir o desestimar las demandas por cuestiones puramente procedimentales.

1. Caso Lambert y otros contra Francia.

El primer supuesto ha sido tratado por la Gran Sala del TEDH, en la Sentencia que resuelve el caso Lambert y otros contra Francia de 5 de junio de 2015.

Los hechos son, de manera resumida, los siguientes:

El Sr. Lambert tuvo un accidente de tráfico, sufriendo como consecuencia del mismo un grave traumatismo craneoencefálico, con resultado de tetraplejia,

quedando además en estado vegetativo. Sobrevive gracias a la hidratación y nutrición enteral.

Tras cinco años de hospitalización, y múltiples pruebas médicas, se concluyó que su estado era irreversible. Ello llevó al médico al cargo, tras consultarlo con la esposa, a interrumpir la alimentación y reducir la hidratación.

Esta decisión fue recurrida ante la Justicia a través de una solicitud de medidas urgentes por parte de los padres del paciente, siendo que el juez, aceptó dicho recurso, ordenando al hospital restablecer la alimentación e hidratación asistidas.

Con carácter posterior, y a la vista de la irreversibilidad de las lesiones, y de que la situación no iba a avanzar, el médico al cargo, decidió mantener diferentes reuniones con un equipo de seis doctores para tratar la cuestión. Como resultado de las mismas, cinco de los seis médicos se mostraron a favor de interrumpir el tratamiento.

También mantuvo reuniones con la familia del paciente (ya no solo con su esposa, sino también con sus padres y sus ocho hermanos), siendo que su mujer y seis de los ocho hermanos eran partidarios de interrumpir el tratamiento, mientras que los otros dos hermanos y sus padres no. En relación a esta cuestión, su esposa y uno de los hermanos manifestaron que, en el pasado, el paciente, estando consciente, les había indicado verbalmente que si se diese una situación como esa, no querría que se le estuviese manteniendo artificialmente con vida. Esta afirmación no fue negada en ningún momento por los padres ni por el resto de los hermanos.

Tras este período consultivo, el médico al cargo anunció su intención de interrumpir la nutrición e hidratación y ello en base a: la naturaleza irreversible de las lesiones cerebrales, la inutilidad del tratamiento, sin otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida, y que el paciente había manifestado en el pasado su rechazo al tratamiento.

Esta decisión fue de nuevo impugnada por los padres, y el juez de instancia les volvió a dar la razón. Esta sentencia fue recurrida ante el Consejo de Estado francés por la esposa, uno de los hermanos y el propio centro hospitalario. Este organismo, con carácter previo a resolver, y dada cuenta de la trascendencia y gravedad del asunto en cuestión, decidió hacer partícipes, en calidad de peritos, a un panel de tres médicos especialistas designados directamente por el propio Consejo. Así mismo, instó a diferentes organismos médicos y bioéticos para que manifestasen su parecer sobre el caso.

Como resultado de todo ello, el Consejo de Estado llegó exactamente a las mismas conclusiones a las que había llegado el médico que había estado al cargo del paciente, considerando que la hidratación y alimentación asistidas suponían, dada

cuenta la irreversibilidad de las lesiones, un claro ejemplo de obstinación terapéutica. Además, también tuvo en cuenta que el paciente había indicado verbalmente cuál era su voluntad para un caso como el presente.

Los padres y dos de los hermanos decidieron interponer una demanda ante el TEDH, siendo que este desestimó íntegramente la misma. Y ello, fundamentalmente, porque entendió que el derecho a la autonomía del paciente supone una manifestación del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH que debe ser, en todo caso, respetado.

Así, el TEDH, citando literalmente uno de los fundamentos jurídicos de la sentencia que resuelve el caso Pretty contra el Reino Unido (analizada a continuación), indica que: "En materia médica, el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un desenlace fatal, pero la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente si es adulto y sano mentalmente se interpretaría como un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos por el artículo 8.1 CEDH. Una persona puede reivindicar su derecho a ejercer su elección de morir rechazando un tratamiento que pudiera prolongar su vida".

Por tanto, para el TEDH no queda duda de que el paciente es el actor principal en el proceso de la toma de decisiones médicas que le afectan. Y su voluntad deberá ser respetada aun cuando ello pueda comportar su muerte. En el presente caso, el TEDH entiende que al no haberse podido comprobar el deseo del enfermo a través de un documento de instrucciones previas, se tuvo que recurrir al testimonio de la propia familia, a fin de que la misma adverase cuál habría sido la voluntad del enfermo en caso de estar en una situación de dependencia vital como en la que se encontraba.

2. Caso Pretty contra el Reino Unido.

El otro supuesto al que se ha enfrentado el TEDH es el relativo a la petición de suicidio asistido, o, al menos, que no se sancione a quien pueda prestar tal asistencia. Son varias las sentencias en las que se ha pronunciado al respecto. Nosotros nos vamos a centrar en las que consideramos como las tres principales.

Comenzaremos por la que supuso el "leading case", como es la que resuelve el caso Pretty contra el Reino Unido de 29 de abril de 2002, dictada por la Sección Cuarta del TEDH.

Así, los hechos se pueden resumir del siguiente modo:

La Sra. Pretty padecía de ELA (esclerosis lateral amiotrófica). Se trata de una enfermedad neurodegenerativa irreversible. Comporta que la persona vaya

perdiendo la capacidad de movimiento de los músculos del cuerpo, hasta que finalmente muere por insuficiencia respiratoria, debido al debilitamiento de los músculos implicados en la respiración. Es decir, se trata de una muerte agónica.

Esta mujer, que por el estado avanzado de la enfermedad, ya se encontraba paralizada de cuello para abajo, solicitó a las autoridades británicas que no se iniciara ningún procedimiento penal contra su marido si este, accediendo a sus deseos, la ayudaba a suicidarse. Debemos tener en cuenta que en el momento de la petición, en el Reino Unido el suicidio asistido estaba sancionado penalmente. La contestación de las autoridades fue negativa. Tras agotar los recursos internos, decidieron acudir al TEDH, el cual también desestimó la demanda.

De los diferentes derechos alegados, nosotros nos vamos a centrar en el derecho a la vida (art. 2 CEDH) y en el derecho al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH).

La Corte Europea consideró que no existía violación del artículo 2 CEDH, puesto que el derecho a la vida no incluye, como contenido negativo del mismo, el derecho a la propia muerte, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de una autoridad pública.

En cuanto a la vulneración del artículo 8 CEDH, el TEDH mantiene una tesis muy interesante. Considera que la legislación británica que prohíbe el suicidio asistido restringe el derecho al respeto a la vida privada, al impedirle elegir un final que no sea indigno y penoso. De manera no tan clara como sería deseable, reconoce que el derecho a poner fin su vida encontraría su amparo en el artículo 8 CEDH.

Así pues, indica literalmente que: "la demandante padece los efectos devastadores de una enfermedad degenerativa que va a llevar consigo un deterioro gradual de su estado y un incremento de su sufrimiento físico y mental. La interesada desea atenuar este sufrimiento ejerciendo una elección consistente en poner fin a sus días con la ayuda de su marido.

La dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. Sin negar en forma alguna el principio del carácter sagrado de la vida protegido por el Convenio, el Tribunal considera que la noción de calidad de vida toma todo su significado desde el punto de vista del artículo 8. En una época en la que se asiste a una sofisticación médica creciente y a un aumento de la esperanza de vida, muchas personas temen que se les fuerce a mantenerse vivas hasta una edad muy avanzada o en un estado de ruina física o mental en las antípodas de la percepción aguda que ellas tienen de sí mismas y de su identidad personal.

(…) La demandante en este caso se ve impedida por la Ley para ejercer su elección de evitar lo que, en su opinión, será un final indigno y penoso. El Tribunal no puede

excluir que esto representa una vulneración al derecho de la interesada al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio".

A pesar del reconocimiento de tal derecho, a su vez manifiesta que la restricción llevada a cabo por las autoridades británicas resulta legítima. Y ello porque tal limitación tiene como finalidad evitar que se puedan dar situaciones de abusos, esto es, que se pueda aplicar el suicidio asistido a personas que no lo hayan solicitado expresamente o a aquellas cuya petición venga viciada. Es decir, para el TEDH la prohibición británica del suicidio asistido tiene como fin precisamente proteger a aquellos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y dependencia.

Además, indica el TEDH que la petición de la demandante tampoco podría ser atendida, puesto que de estimar la misma, se estaría concediendo una especie de impunidad, con carácter previo, a quien va a cometer un delito. Ello supondría un grave quebranto del Estado de Derecho.

3. Caso Hass contra Suiza.

La siguiente sentencia que vamos a analizar es la que resuelve caso Hass contra Suiza, de fecha 20 de enero de 2011, dictada por la Sección Primera del TEDH. Este es un supuesto muy distinto al anterior, porque Suiza sí que permitía el suicidio asistido, siempre que se hiciera con fines altruistas. Sin embargo, si se apreciaran fines egoístas, la ayuda al suicidio seguiría considerándose delictiva.

Los hechos se resumen del siguiente modo: Nos encontramos ante un enfermo, afectado de trastorno bipolar grave durante más de veinte años, que había cometido dos intentos de suicidio, y había estado ingresado varias veces en distintas clínicas psiquiátricas.

Esta persona, harto de vivir con esta enfermedad, tenía la intención de suicidarse pero de un modo indoloro, no traumático. Para ello, pretendía que se le suministrara pentobarbital sódico, que es una sustancia que proporciona una muerte dulce. Resulta fundamental tener en cuenta que en Suiza el suministro de dicho fármaco está sujeto a prescripción médica. Además, para que el médico pueda recetar el pentobarbital, será necesario que, con carácter previo, haya aplicado un riguroso protocolo psiquiátrico en el paciente. El mismo tiene como fin, precisamente, distinguir aquellos supuestos en que la decisión de suicidarse responde a una verdadera voluntad de morir de aquellos otros en que la misma no supone más que un síntoma de una enfermedad que debe ser tratada.

En nuestro caso, el interesado solicitó dicho medicamento en una farmacia, siendo que se le negó su venta al carecer de receta firmada por un galeno. A la vista de esta

negativa, decidió acudir directamente a las autoridades estatales solicitando que se le autorizara a obtener tal medicación sin necesidad de la receta sanitaria. Dicha petición fue desestimada tanto en la vía administrativa como en la posterior judicial.

Ante este rechazo, el enfermo finalmente envió una carta a 170 psiquiatras en la que pedía que se le atendiese a fin de poder conseguir la receta. Ningún médico respondió afirmativamente a su petición.

Ante esta tesitura decidió acudir al TEDH, fundamentando la demanda en una presunta vulneración del artículo 8 CEDH.

En este caso, lo interesante es que el TEDH reconoce, ya de manera clara y taxativa, sin ambigüedades, el derecho de disposición sobre la propia vida.

Así pues, indica que "el derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH".

Y en relación con el supuesto de hecho en concreto, "reconoce la voluntad del demandante de suicidarse de forma segura, digna y sin dolor ni sufrimientos superfluos, atendiendo especialmente al elevado número de suicidios que fracasan y que a menudo tienen graves consecuencias para las víctimas y sus familiares".

Todo ello no obstante, considera que la restricción llevada a cabo por las autoridades suizas a este derecho resulta legítima. Así pues, el que se exija prescripción médica para el suministro del pentobarbital sódico tiene como objetivo proteger a cualquier persona de una decisión precipitada que no tiene vuelta atrás. Asegurarse de que solo un médico pueda prescribir dicho fármaco, tras la práctica del correspondiente protocolo psiquiátrico, garantiza que la voluntad del suicidio responda, de verdad, a una decisión libre, autónoma, meditada y reiterada de una persona con capacidad de discernimiento.

4. Caso Gross contra Suiza.

La última sentencia que vamos a analizar es la que resuelve caso Gross contra Suiza, de fecha 14 de mayo de 2013, dictada por la Sección Segunda del TEDH. Este es un supuesto muy interesante, porque aquí la peticionaria ni tan siquiera estaba enferma cuando llevó a cabo la petición del pentobarbital sódico. Se trataba de una anciana que deseaba poner fin a sus días, antes que la degradación física y psíquica avanzara.

Habida cuenta de la obligatoriedad legal suiza de contar con un informe psiquiátrico previo para la dispensación del pentobarbital, como hemos visto anteriormente, esta mujer decidió acudir a un especialista, el cual indicó que la misma era capaz de

formar su propio juicio, y que su deseo de morir estaba razonado y bien considerado. Así mismo, informaba que no tenía objeción alguna a que se le prescribiera el pentobarbital, pero que él se abstenía de hacerlo, por cuanto no quería confundir los roles de perito y de médico.

A la vista de ello, la mujer se dirigió a diversos psiquiatras, solicitándoles que le prescribieran el pentobarbtial sódico, manifestando estos que no tenían problema alguno en hacerlo, siempre y cuando se les asegurase que no se les sancionaría, ni que se les incoarían procedimientos judiciales contra ellos. Como eso no podía ser garantizado por la mujer, pues no dependía de ella, los médicos rechazaron prescribir el medicamento.

Tras recurrir al Consejo de Salud, el mismo rechazó la solicitud, manifestando que la previa prescripción médica un requisito imprescindible para el suministro del fármaco. Dicha decisión fue impugnada judicialmente, siendo que todas las instancias internas confirmaron la desestimación inicial.

A la vista de ello, la mujer decidió acudir al TEDH, alegando una presunta vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH. La Corte Europea amparó su demanda.

Deseamos destacar que en este caso, el TEDH no es que se aparte de la doctrina sentada por el anterior caso Hass, sino que fundamenta su decisión en una razón distinta. Aquí lo que considera el TEDH es que la actuación del Estado no respetó el principio de seguridad jurídica imprescindiblemente ligado al de legalidad. Así pues, viene a señalar que aun cuando en Suiza se reconoce la posibilidad del suministro del pentobarbital, y se indica claramente que el mismo solo puede ser suministrado previa prescripción médica, no se recoge legalmente en qué casos sí puede o no debe ser suministrado. Esta ausencia de directrices legales claras es probable que tenga un efecto paralizador en los médicos que, de otra manera, estarían dispuestos a proporcionar a alguien como la demandante, la receta médica solicitada. Esto se confirma por las respuestas que los psiquiatras dieron declinando la petición de la demandante por miedo a ser sancionados o a que se incoaran procedimientos judiciales contra ellos.

Y en relación a dicha carencia normativa, "el Tribunal concluye que la demandante debe haber sufrido un grado de angustia e incertidumbre con respecto a la medida de su derecho a acabar con su vida que no hubiera ocurrido si hubieran existido directrices claras, aprobadas por el Estado definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir la receta solicitada en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida." Esta ausencia normativa, y las angustiosas consecuencias que tuvo en la demandante, es lo que sirve de fundamento al TEDH para considerar

que, efectivamente, se vulneró el derecho de a demandante al respeto a su vida privada del artículo 8 CEDH.

No obstante, merece ser destacado que esta sentencia fue objeto de revisión por la Gran Sala, a petición del Estado Suizo, siendo que la misma consideró, mediante sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014, que la demanda era abusiva, y, por tanto, la declaró inadmisible. La consecuencia práctica de ello, es que revocó el fallo por una cuestión puramente procedimental: La mujer había fallecido antes de que se dictara sentencia por la Sección Segunda. Sin embargo, este óbito no fue comunicado al TEDH, lo cual habría comportado automáticamente el archivo del caso.

A pesar de lo anterior, creemos que la apuesta decidida del TEDH por consolidar el derecho a elegir cómo y cuándo morir, como manifestación del derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 CEDH, no puede quedar orillada por la Sentencia de la Gran Sala.

V. CONCLUSIONES.

Llegados a este punto, y para finalizar, podemos concluir que para el TEDH:

1º) El derecho a la autonomía personal en el ámbito sanitario supone una manifestación del derecho al respeto a la vida privada del artículo 8 CEDH.

2º) Este derecho a la autodeterminación personal conlleva que el paciente pueda incluso rechazar un tratamiento médico, aun cuando de ello se pueda derivar su fallecimiento.

3º) Este derecho a la autonomía personal también comporta que el paciente pueda decidir cuándo y cómo desea morir. Es decir, que el derecho a la disposición de la propia vida se encontraría amparado por el artículo 8 CEDH.

4º) En relación con el derecho a la disposición de la propia vida, el TEDH interpreta que son los Estados los que, en virtud del margen de apreciación nacional, están en mejores condiciones para determinar el alcance de las restricciones al mismo.

IDENTIDAD GENÉTICA Y ANONIMATO EN LA FERTILIZACIÓN ASISTIDA

GENETIC IDENTITY AND ANONYMITY IN ASSISTED FERTILIZATION

Dra. CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
mdsanchez@uma.es

RESUMEN: La concepción mediante técnicas de reproducción asistida basada en la donación de gametos o embriones genera un problema que afecta a los intereses de los sujetos involucrados en el proceso, tales son, los padres biológicos (receptores de los gametos), las personas nacidas mediante estas técnicas y los padres genéticos (donantes del material). Este dilema surge cuando los sujetos concebidos por donación desean conocer sus orígenes genéticos. Como supuesto diferente a la adopción, los intereses en conflicto permiten una modulación del derecho al anonimato de los donantes a favor del sujeto así concebido. El deseo por conocer el origen genético se ve influenciado por las circunstancias que rodean la concepción y estructura familiar, tratándose de una decisión que forma parte de la esfera personal y familiar.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción asistida; identidad genética; anonimato.

ABSTRACT: The conception to birth through assisted reproduction techniques based on the donation of gametes or embryos generates a problem that affects the interests of the subjects involved in the process, such as biological parents (gametes receptors), people born with these techniques and genetic parents (donors of the material). This dilemma arises when the subjects conceived by donation wish to know their genetic origins. As a different aspect from adoption, conflicting interests allow a modulation of the donors' right to anonymity in favor of the subject thus conceived. The desire to know the genetic origin is influenced by the circumstances that surround the conception and the family structure, being a decision that is part of the personal and familiar sphere.

KEY WORDS: assisted reproductive technology; genetic identity; anonymity.

FECHA DE ENTREGA: 28/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REALIDAD LEGAL DEL CASO OBJETO DE ESTUDIO.- III. PUNTO DE PARTIDA DEL CONFLICTO: LA LLAMADA "VOLUNTAD PROCREACIONAL".- IV. LA IDENTIDAD GENÉTICA: EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.- V. EL ANONIMATO DEL DONANTE: EL CONFLICTO ENTRE PADRE Y PROGENITOR.- VI. MODELOS DE FAMILIA E IDENTIDAD GENÉTICA.- VII. EL INTERÉS DEL MENOR ANTE EL CONFLICTO ANONIMATO *VERSUS* IDENTIDAD.

I. INTRODUCCIÓN.

La utilización de técnicas de reproducción humana asistida plantea numerosos conflictos que trascienden al ámbito ético, social y jurídico que exigen una respuesta. En concreto, la donación de gametos o embriones que mediante el recurso a las referidas técnicas permiten al sujeto el ejercicio de su derecho a procrear genera la colisión entre, por un lado, el derecho al anonimato del donante, su intimidad, como derecho fundamental constitucionalmente reconocido (art. 18 CE), derecho no patrimonial derivado de la dignidad de la persona y ligado a la personalidad del individuo, a su ámbito privado[1]; y por otro lado, el derecho del sujeto concebido en estas circunstancias a conocer sus verdaderos orígenes biológicos sin ánimo de fijación de la filiación (arts. 10.1, 14, 15 y 39.2 CE). Asimismo, en los sujetos nacidos por la donación de gametos el acceso a sus orígenes implica el conocimiento de la forma a través de la cual han sido concebidos y las circunstancias que la rodean, pues hay que tener presente que a partir del uso de estas técnicas es posible la creación de una familia en la que los descendientes no se encuentran ligados genéticamente con uno de los progenitores o con ninguno de ellos.

Habitualmente se ha buscado el posible paralelismo existente entre los sujetos que han sido concebidos mediante fecundación humana asistida por la donación de material genético y los sujetos adoptados, respecto de los cuales el derecho a conocer sus orígenes biológicos se encuentra legalmente reconocido[2]. Los dos supuestos tienen en común el posible ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos sin intención de cuestionar la filiación ya determinada. No obstante, cabe estimar que son realidades diferentes, pues el nacimiento de un hijo a partir de material genético ajeno al menos de uno de los progenitores lo vincula genéticamente con él, cuestión que no se plantea en el hijo adoptado. Asimismo, el

[1] DURÁN RIVACOBA, R.: "El anonimato del progenitor", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2004, p. 35 y "Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma", *Ius et Praxis*, núm. 1, 2010, p. 50, estima un exceso y un abuso que la intimidad impida ser conocido por la descendencia.

[2] Art. 12 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; art. 180.5 C.c. modificado por la Disposición Final Primera de la Ley 54/2007. Ambos preceptos han sido modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia, para adecuarlos a las directrices de los textos internacionales.

hecho de que la mujer da a luz a un hijo, aunque sea genéticamente ajeno, permite hacerles pensar que el niño es más suyo que uno procedente de un proceso de adopción[3], cuestión sobre la que se volverá con posterioridad.

Bien es cierto que la decisión que se adopte en torno a poner en conocimiento del sujeto, la forma de procreación y la identidad del donante, debe buscar cuál es el interés del menor en el supuesto concreto, valorar qué es lo mejor para él[4]. Sin embargo, no se debe obviar que la revelación del origen genético se encuentra, desde mi punto de vista, fuertemente influenciado por las circunstancias que rodean la concepción, así como por la estructura familiar, tratándose de una decisión que forma parte de la esfera personal. No es posible tampoco olvidar que el recurso a estas técnicas ha incrementado la variedad de familias poniendo a disposición de determinados tipos la posibilidad de tener descendencia, generando un pluralismo de familias que en ningún caso debe ser sometido a un modelo de conducta, ya que en la actualidad su constitución deriva de un acto de voluntad libremente emitido[5].

Establecidas estas premisas y en una sociedad en la que la maternidad se retrasa por razones fundamentalmente laborales y existen diversos modelos de familia, la ciencia ofrece una solución a los casos en los que la naturaleza negaba esta posibilidad, lo que implica un cambio en las concepciones culturales existentes, pudiendo otorgar la primacía a la voluntad procreacional sobre la genética. Esta voluntad que genera vida y determina la filiación entra en conflicto con la identidad genética cuya determinación revela la identidad del donante.

[3] En este sentido LYNDON SHANLEY, M.: "El derecho reproductivo" y el mercado de esperma y óvulos humanos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 18, 2001, p. 101.

[4] Como ha referido GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos", *La Ley Derecho de Familia,* núm. 9, 2016, p. 4 (laleydigital360, fecha de consulta 7/3/2017), "es evidente que no se busca hacer coincidir la realidad biológica con la realidad jurídica, no se está en presencia de una cuestión de filiación, se está en presencia de un aspecto integrante de la identidad personal que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y el legislador español funda en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)". Vid. también, STEDH de 7 de julio de 1989, caso Gaskin c. Reino Unido (TEDH 1989, 16); STEDH de 7 de febrero de 2002, caso Milukic c. Croacia (JUR 2002, 78019); STEDH de 13 de julio de 2006, caso Jäggi c. Suiza (JUR 2006, 210705); STEDH de 15 de septiembre de 2012, caso Godelli c. Italia (TEDH 2012, 84).

[5] En opinión de PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Diario La Ley*, núm. 7675, 2011, pp. 16 y 17, "los ciudadanos cada vez crean sus relaciones familiares con más libertad (…). El resultado de todo ello es que la familia se "privatiza", en el sentido de que prevalecen las opciones personales, la voluntad individual, como manifestación del respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos individuales. Se refuerza con ello la autonomía de la voluntad, la posibilidad de autorregulación. El respeto a la libertad y el pluralismo solo implica que para el legislador no existe un único modelo familiar, pero el Derecho de familia continúa construyéndose sobre principios y valores: los principios de la ética familiar, de solidaridad de sus miembros y los valores y principios constitucionales (…)".

II. REALIDAD LEGAL DEL CASO OBJETO DE ESTUDIO.

La procreación mediante las técnicas de reproducción asistida es objeto de regulación en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), recientemente modificada el 14 de julio de 2015. Si como bien refiere en su Exposición de Motivos, el uso de estas técnicas supuso "la apertura de nuevas posibilidades de solución al problema de la esterilidad para un amplio grupo de parejas aquejadas por esta patología", hoy en día recurren a ellas personas que no desarrollan una vida en pareja, o que siendo del mismo sexo su capacidad de procreación se encuentra limitada. La LTRHA debe ser concebida en la actualidad de forma más amplia, tal es, la de posibilitar con carácter general, la procreación por cauces distintos a los naturales[6], con independencia de la existencia o no de esterilidad.

Atendiendo al contenido de la norma en el art. 1 se hace referencia, al delimitar su objeto y ámbito de aplicación, a su finalidad reproductiva, que es la que interesa a efectos del estudio que se realiza y donde se concreta el conflicto de intereses existentes: anonimato del donante frente a identidad genética del concebido. Asimismo, las técnicas que permiten el ejercicio del derecho a procrear son determinadas en una lista abierta en el art. 2 LTRHA[7], y que según la procedencia del material genético permite diferenciar entre técnicas homólogas, cuando los gametos empleados proceden de la pareja que recurre a ellas, en cuyo caso el problema de la identidad genética no se presenta; y técnicas heterólogas, cuando el material genético procede de una tercera persona (ya se trate de semen, óvulos o embriones), el llamado donante anónimo cuyo derecho entra en conflicto con el derecho a la identidad genética del sujeto así concebido.

Delimitado en la normativa el caso que nos ocupa resulta procedente el análisis del régimen susceptible de ser aplicado. Atendiendo al contenido de la LTRHA el llamado "contrato de donación" es gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado (art. 5.1), siendo posible excepcionalmente su revocación cuando el donante necesite para sí mismo el material donado y éste se encuentre todavía disponible (art. 5.2). La donación será anónima y debe garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de

[6] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Reproducción humana asistida", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 8, 2009, p. 195.

[7] La anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, siguió, por el contrario, el método de enumerar mediante una lista cerrada cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento. La nueva regulación sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, puedan realizarse hoy en día. Evita la "petrificación normativa", habilitando a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica, una vez constatada su evidencia científica y clínica. El Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas (Exposición de Motivos LTRHA).

gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Solamente excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes (art. 5.5 LTRHA). En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones del anonimato de la donación (art. 6.5 LTRHA). La revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda conforme al art. 5.5, no implica en ningún caso la determinación legal de la filiación (art. 8.3 LTRHA)[8].

Queda, en consecuencia, legalmente constatado el derecho del donante al anonimato en la medida en que ni la receptora, ni sus hijos pueden conocer de su identidad salvo en los casos en que legalmente proceda. Por su parte, el donante tampoco tiene derecho a conocer la identidad de la receptora ni de los hijos nacidos fruto de estas técnicas con su material reproductor. Asimismo, tampoco por Ley puede el donante autorizar que su identidad sea desvelada aun siendo solicitada, ni tampoco negarse a que sea conocida en los casos legalmente previstos.

III. PUNTO DE PARTIDA DEL CONFLICTO: LA LLAMADA "VOLUNTAD PROCREACIONAL".

La voluntad procreacional se ha erigido en un elemento indispensable para iniciar el procedimiento en virtud del cual mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida los sujetos que la emiten vean culminado su deseo de llegar a ser madres o padres. Como bien precisa la normativa, la filiación en estos casos concretos se edifica precisamente sobre esta voluntad, caracterizándose fundamentalmente porque resulta intrascendente el origen del material genético que ha permitido hacer posible el cumplimiento de esta voluntad: tener descendencia. La conexión entre procreación y desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) resulta pues evidente, siendo entendido como un principio constitucional que significa "la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente" concebir o no un hijo, "decisión personalísima en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni

[8] El legislador español no prohíbe de forma absoluta el acceso a la información por parte de los hijos, esta regulación procede de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, la cual como es sabido fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto en virtud de STC de 17 de junio de 1999 (STC 1999, 116).

prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano"[9].

El consentimiento emitido que materializa esta voluntad procreacional debe ser libre, consciente y escrito (arts. 3.1 y 6.1 pfo. 2º LTRHA), debiendo existir una información previa en torno a las posibilidades de éxito y riesgo, así como de las condiciones de la aplicación. Al respecto cabe decir[10], que el consentimiento emitido para autorizar la procreación mediante técnicas de reproducción asistida afecta a dos ámbitos bien delimitados: a) La mujer gestante autoriza este tipo de intervención sobre sí misma con fines de procreación; b) La mujer gestante consiente y asume las consecuencias de la maternidad y paternidad derivada del recurso a estas técnicas y en virtud de la cual queda determinada también la filiación.

Cuando la mujer está casada, único supuesto contemplado en la norma (art. 6.3 LTRHA), al que cabe añadir el caso de vivir en pareja, esta voluntad procreacional es completada con el consentimiento del marido o pareja de forma previa, libre, consciente y formal.

En consecuencia, cabe decir que, en la configuración y delimitación de esta voluntad procreacional destinada a consentir una reproducción heteróloga asistida confluyen una pluralidad de voluntades que deben ser tenidas en cuenta y capaces de generar diversas consecuencias. Atendiendo al tema que nos ocupa es necesario tener presente: 1º. La voluntad de la persona que hace uso de estas técnicas, bien para asumir directamente la responsabilidad parental del nuevo ser; o bien, para entregarlo en el supuesto de ser madre gestante por sustitución en cuyo caso no asume responsabilidad parental alguna; 2º. La voluntad del varón, exista o no vínculo matrimonial, quien acepta no solamente la concepción asistida con material ajeno, sino que asume la responsabilidad de la paternidad sobre el mismo; 3º. La voluntad del donante o donantes, según sea el nuevo ser resultado de una gestación parcial o total de material genético ajeno.

Resulta pues de crucial importancia en los casos de fecundación heteróloga a los efectos de la configuración de esta voluntad procreacional la existencia de un marco normativo que garantice todo el proceso que esta concepción asistida conlleva, en la medida en que engloba no solamente el momento de la fecundación, sino también las consecuencias una vez producido el alumbramiento. El varón que consiente la fecundación de su mujer o pareja con material genético de un tercero debe asumir la

[9] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Reproducción", cit., pp. 194 y 195. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 4 de diciembre de 2007, caso Dickson c. Reino Unido (TEDH 2007, 86), si bien estima que el "mero derecho a procrear no está protegido por el Convenio en el art. 8", "el recurso a las técnicas de reproducción asistida afecta a su vida privada familiar incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres".

[10] En este sentido, GUZMÁN ÁVALOS, A./VALDÉS MARTÍNEZ, M. C.: "Voluntad Procreacional", *Oñati Social-Legal Series*, Vol. 7, núm. 1, 2017, p. 78.

responsabilidad parental derivada del nacimiento, concebido con su voluntad en estas circunstancias.

Como consecuencia de esto, la voluntad aparece en la actualidad como un elemento delimitador de la filiación en los casos de procreación asistida heteróloga[11]. La maternidad y la paternidad, como ha sido referido, son algo más que el resultado de una relación sexual o una aportación genética concreta, implican la asunción de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, por ello los sujetos nacidos mediante fecundación asistida se encuentran mejor protegidos en el entorno de aquellas personas que de forma libre y voluntaria se comprometieron a tenerlos y educarlos frente a aquellos que se limitaron a prestar su material genético[12].

IV. LA IDENTIDAD GENÉTICA: EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS.

El sujeto nacido mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida heterólogas ostenta la filiación por naturaleza[13], en la que el consentimiento prestado para el empleo de las mismas sustituye a la verdad biológica. No obstante, la verdad biológica no coincide con la legal, por lo que se plantea el ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos en estos supuestos. La búsqueda de los mismos no tiene como fin hacer coincidir la verdad biológica con la legal, sino

[11] El Libro II del C.c. de Cataluña relativo a la persona y la familia, después de la regulación por la Ley 25/2010, de 29 de julio, aunque mantiene dos tipos de filiación (por naturaleza y por adopción –art. 235.1-) y considerar la derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida como filiación por naturaleza (arts. 235.8, pfo. 1º y 235.13 pfo. 1º), incluye un nuevo cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida, tal es el consentimiento a la fecundación de la mujer (art. 235.3).

[12] SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: "Los orígenes biológicos y los derechos de los hijos e hijas: filiación y derecho a saber", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2016, p. 304.

[13] Al respecto gran parte de la doctrina estima que no es procedente seguir calificando la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con origen exclusivo en el consentimiento, como de filiación por naturaleza. Sobre el particular, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", Ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-X a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 147-168; LAMM, E.: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, p. 81; FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, núm. 1, 2015, p. 8; BENAVENTE MOREDA, P.: "Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación , acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 6 y ss.

solamente tener conocimiento sobre cuáles son dada su importancia en el desarrollo de la personalidad y en la construcción de la identidad[14].

El reconocimiento legal del derecho a conocer los orígenes biológicos se ha producido a nivel internacional, en concreto, en la Convención sobre los Derecho del Niño de 1989, en cuyo art. 7.3 se establece expresamente que el niño tendrá derecho desde que nace y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. El derecho a conocer la identidad genética en materia de reproducción asistida ha sido elaborado a partir de la Convención sobre los Derecho del Niño y que como ya se ha manifestado no es más que una reivindicación amparada en la protección de la identidad familiar[15]. Por ello, la identidad genética se configura como un bien o derecho subjetivo de la personalidad[16].

No obstante, cabe decir que el desarrollo legislativo a nivel internacional se ha centrado en la búsqueda de los orígenes biológicos en materia de adopción[17], tendencia también seguida por parte de la legislación nacional, no en los casos de sujetos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en la que se mantiene el anonimato del donante salvo en las excepciones legalmente previstas (arts. 5.5, 7.2, 21 y 22 LTRHA).

En principio, este derecho a conocer los orígenes correspondería[18] al sujeto concebido mediante estas técnicas si es mayor de edad o a través de su representante durante la minoría de edad[19]. En cualquier caso, como paso previo a la búsqueda de los orígenes está la puesta en conocimiento del sujeto de la forma en virtud de la cual fue concebido, debiendo los padres atendiendo al interés del menor y a su grado de madurez precisar el momento más idóneo para ello[20].

---

[14] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Notas", cit., p. 4; QUICIOS MOLINA, S.: "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado de filiación", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, p. 270.

[15] Sobre el particular, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L.: "Identidad genética y libertad de ciencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 60.

[16] Vid. ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2016, p. 3, BIB 2015, 18278.

[17] Como ejemplos, el art. 30 Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993; art. 22 Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008.

[18] Al respecto en opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Notas", cit., p. 11, "acaso fuera conveniente revisar este extremo y, tras un análisis reposado, extender la regulación del derecho a conocer los orígenes en la adopción a los casos derivados de TRHA, de suerte que el derecho a conocer los orígenes biológicos sea idéntico con independencia del contexto en que se origine, pues, no hay que olvidar que idéntico es su fundamento".

[19] Como derecho sin límite de edad, STEDH de 13 de julio de 2006, caso Jäggi c. Suiza (JUR 2006, 210705); STEDH de 25 de septiembre de 2012, caso Godelli c. Italia (TEDH 2012, 84).

[20] En particular, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de Derecho Civil*, 1987, p. 24. Vid. al respecto,

La búsqueda de los orígenes biológicos en este supuesto tiene como finalidad la determinación de la identidad genética del sujeto concebido mediante reproducción asistida heteróloga[21]. Sin embargo, ante esta realidad cabe preguntarse si todo sujeto tiene reconocido de forma general el derecho a saber quiénes son sus progenitores biológicos, cuando en la práctica hay sujetos que concebidos de forma natural no llegan nunca a saber quiénes han sido sus progenitores.

No hay duda de que parte de la identidad es el derecho de todo sujeto a acceder a la información relativa a su origen genético, es decir, a conocer quiénes son sus progenitores genéticos, aunque de ello no se deriven consecuencias jurídicas como en el caso de las TRHA. Se trataría entonces de una "sana curiosidad que todo individuo tiene derecho a satisfacer"[22]. No se trata de constatar la identidad genética con fines de impugnación o reconocimiento de la filiación, ya que el donante cede su material genético sin intención de asumir filiación alguna. Esto no es incompatible con el derecho del hijo así concebido a saber quién o quiénes son sus progenitores, su verdadero origen genético.

V. EL ANONIMATO DEL DONANTE: EL CONFLICTO ENTRE PADRE Y PROGENITOR.

El secreto ha acompañado siempre a la procreación asistida, cabe recordar que los propios bancos de semen adoptaron la prohibición de revelar la identidad del donante, salvo en los casos que fuera necesario hacer frente a un riesgo muy grave para la vida del nacido con semen donado que requería la identificación del donante para así poder tratar la enfermedad[23]. Este "secretismo" en torno a la identidad del donante se ha defendido principalmente desde el sector médico[24], pero ha ido extendiéndose de forma progresiva a otros ámbitos, incluido el legal. Frente al anonimato se defiende la necesaria revelación de la identidad[25].

STEDH de 7 de julio de 1989, caso Gaskin c. Reino Unido (TEDH 1989, 16); STEDH de 7 de febrero de 2002, caso Milukic c. Croacia (JUR 2002, 78019); STEDH de 13 de julio de 2006, caso Jäggi c. Suiza (JUR 2006, 210705); STEDH de 25 de septiembre de 2012, caso Godelli c. Italia (TEDH 2012, 84).

[21] Como ha estimado RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de enero de 2003)", *Actualidad Civil*, núm. 24, 2003, p. 4, "la identidad de la persona tiene varios componentes: de tipo biológico o genético (…), el más importante, pero también de tipo social y jurídico".

[22] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, p. 55.

[23] LAMM, E.: "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", p. 65 (fecha de consulta 8/7/2017)

[24] ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 35.

[25] Sobre el impacto de esta información, ALKORTA IDIAKEZ, I., y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-legal Series*, Vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 157 y 158.

En relación al anonimato del donante, si bien es cierto que el mismo puede o no ser defendido, hay una cuestión sobre la que no existe duda, la paternidad del donante anónimo está totalmente excluida[26]. Esto nos conecta de forma directa con la necesaria diferenciación terminológica entre "padre/madre" y "progenitor". Mientras el primero es aquél o aquélla que socialmente asume los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad; el segundo solamente aporta el material genético y convierte en padre/madre al primero. La fecundación humana asistida ha permitido la configuración de un concepto de padre/madre-progenitor al margen del dato biológico y basada en la voluntad de querer serlo[27]. Siendo lo habitual que padre y progenitor coincidan a través de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga ambos conceptos se separan de forma total o parcial según los casos. En estos supuestos, como se ha establecido, el rol jurídicamente relevante es el de padre y no el de progenitor o donante[28]. Esta paternidad se encuentra basada en la voluntad, otorga importancia a la relación socio-afectiva que surge en la que aunque no existe identidad genética sí existirá la familia[29].

No obstante, hay que tener presente una vez aclarados los términos que, una cosa es ser padre y otra muy distinta el derecho del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a conocer o no a su progenitor y donante. En este caso entra el conflicto el derecho del sujeto a conocer sus orígenes con independencia de su edad, es decir, a su donante, y el derecho del progenitor a mantenerse en el anonimato. En principio y, como ha sido constatado, resulta evidente que el progenitor no es padre, que la mera aportación de material genético que puede incluso no ser utilizado, no conlleva responsabilidades precisas.

En nuestro ordenamiento, la LTRHA defiende la donación anónima, es decir, manteniendo en secreto los datos sobre la identidad del donante, aunque sí permite a las receptoras de gametos y a los hijos, el derecho a tener información general sobre el donante, salvo su identidad, y ésta en casos excepcionales como se ha podido comprobar. Se trata, por lo tanto, de un anonimato de carácter relativo[30].

---

[26] Al respecto, existen autores que la defienden en determinados casos, vid. entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", Ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-X a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 290 y ss.

[27] Por eso se habla por parte de la doctrina de conceptos culturales y naturales, siendo los primeros los de padre/madre/hijo y los segundos los de progenitor/procreado. Vid. al respecto, LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987, Vol. 2, p. 2037; BLASCO GASCÓ, F.: *Derecho de Familia*, MONTÉS PENADÉS, V., y ROCA TRÍAS, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 968.

[28] En este sentido, LAMM, E.: "El elemento", cit., p. 68.

[29] LLEDÓ YAGÜE, F.: Fecundación artificial y derecho, Tecnos, Madrid, 1988, p. 71.

[30] Sobre el particular, la ya conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 (STC 1999, 116) en la que se establece que "la Constitución ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los

Sentado lo cual, se trata de valorar la idoneidad del sistema de anonimato consagrado en la legislación nacional atendiendo a los intereses en conflicto, los cuales son: el derecho a conocer los orígenes biológicos del sujeto concebido mediante técnicas heterólogas de reproducción asistida; el derecho al anonimato del donante y el derecho a la intimidad familiar de los padres legales (art. 8 CEDH). Al respecto, cabe decir que, este anonimato relativo desde mi punto de vista es en principio compatible con el interés del menor, ya que la ley garantiza el acceso a los datos del donante cuando por motivos de salud sea necesario. El derecho del menor a conocer sus orígenes en el caso de las TRHA se presenta de una forma diferente, en la medida en que solamente le va a permitir descubrir la persona que aportó el material genético, es decir, quién es el progenitor, pero no quién es su verdadero padre o madre. En este caso, el anonimato del donante no impide la determinación de la filiación, fijada por el padre que consiente[31].

La intimidad del donante no aparece vulnerada en mi opinión por el hecho de que el hijo acceda a los datos biológicos permitidos por la norma. Aunque se intenten buscar identidades entre adopción e hijos nacidos mediante TRHA, "el respeto a la libertad personal no implica necesariamente atribuir los mismos efectos, la misma protección, a todas las situaciones"[32], en la adopción existe una historia previa que el sujeto puede tener interés en conocer ya que el vínculo entre el padre y el hijo adoptado surge con posterioridad. En las TRHA el vínculo surge cuando nace el hijo así concebido. En la adopción el progenitor ha estado presente en la vida del niño, mientras que en la TRHA no[33]. El interés del menor por conocer su historia

ciudadanos que tengan por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor (…). La revelación de la identidad de quién es progenitor a través de técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico (se refiere a la filiación), sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación". En relación a la misma, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Reproducción", cit., p. 198, y "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en *Principi, Regole, Interpretazione, Contratti e Obbligazioni, Famiglie e Successioni*, Scritti in Onore Di Giovanni Furgiuele, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova 2017, p. 585, ha considerado que el TC otorga a la acción de investigación de la paternidad un alcance muy restringido al considerarla exclusivamente como un medio para determinar la relación paterno filial ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual, conciliándose también mal con el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño desde su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres.

[31] Sobre el particular, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación", cit., pp. 588 y 589, estima que el conocimiento por parte de los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida debería ser posibilitado por parte de los poderes públicos, lo que "ciertamente acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial".

[32] PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "Autonomía", cit., p. 26.

[33] En contra, ALKORTA IDIAKEZ, I., y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato", cit., p. 169, quienes no consideran suficiente este argumento, pues "en virtud del principio de igualdad ante la ley, el conocimiento del propio origen como manifestación de la propia personalidad no puede negarse a determinadas personas por razón de nacimiento, condición o circunstancias personales o sociales".

previa con el progenitor queda desde mi punto de vista protegido con la regulación ofrecida por nuestra legislación a través del anonimato relativo, pues no ha existido una filiación determinada anterior, como ocurre en sede de adopción.

VI. MODELOS DE FAMILIA E IDENTIDAD GENÉTICA.

Cuando se ponen en práctica en sus inicios las técnicas de reproducción humana asistida su finalidad era fundamentalmente resolver los "problemas de esterilidad de numerosas parejas" y, en concreto, una pareja casada y heterosexual. En estas condiciones al hijo nacido mediante fecundación asistida heteróloga difícilmente se le podían plantear dudas en torno a su origen genético dado el anonimato que legalmente ampara esta situación. Salvo que los padres decidieran revelar la verdad al hijo en estas circunstancias concebido, surgieran problemas de salud o se produjera la intervención de terceros conocedores de la situación que desvelaran el "gran secreto", este sujeto podía desarrollar su vida sin tener dudas en torno a sus verdaderos orígenes, en la mayoría de las ocasiones. Sin embargo, los nuevos modelos de familia, tales como las homoparentales y monoparentales, acompañadas o no de una gestación por sustitución, hacen saltar las alarmas en el sujeto que se cuestiona ante su situación familiar cuál es su procedencia. A ello debe unirse el hecho de la importancia que de forma progresiva se le ha ido otorgando a la necesidad de conocer cuáles son los orígenes de manos de los avances de la psiquiatría, para quienes este conocimiento desempeña un papel fundamental en el desarrollo de la personalidad.

En cualquier caso y como ya ha sido constatado, cuando los hijos nacen mediante reproducción médica asistida el "gran secreto" tiene un doble contenido: por un lado, hay que revelar la forma de concepción; y, por otro lado, la identidad de los donantes. Si bien es cierto que, en nuestro ordenamiento como se ha estudiado, es regulado un anonimato relativo con el que se puede estar o no de acuerdo, la modalidad de familia en la que nace el hijo así concebido (heteroparental, monoparental u homosexual) y el tipo de donación (óvulos, semen o embriones) influye y condiciona enormemente la actitud de los padres en torno a la revelación, así como el interés que surge en el niño en torno a la forma de su concepción y orígenes, sobre lo que la legislación no se ha manifestado, aunque forma parte de su identidad genética. La revelación o no en torno a la forma de la concepción y el origen genético queda en manos de las personas que accedieron a las técnicas de reproducción humana asistida para tener un hijo.

Para con posterioridad reconocer que "si bien es cierto que la cuestión sobre los orígenes podrá surgir con mucha más intensidad en las personas adoptadas que en las concebidas mediante gametos donados, ello no justifica soluciones distintas para ambos supuestos".

En España la revelación de la forma de concepción y orígenes genéticos se empieza a valorar como un hecho positivo[34], pero todavía existe una gran mayoría de personas que no lo hacen, o no son partidarias de hacerlo. Por ello y atendiendo a la realidad de las familias que acceden a estas técnicas cabe considerar que: 1º. Cuando nos encontramos ante familias tradicionales, es decir, heterosexuales existiendo o no vínculo matrimonial, la revelación no suele producirse, existiendo bastante reticencia ya que implica el reconocimiento de un problema para muchos aún mayor: la esterilidad o incapacidad procreacional. A esto se une el hecho del miedo a que la revelación de la forma en que fue concebido despierte el interés por conocer a sus progenitores y las consecuencias que esto podría tener en la estabilidad familiar; 2º. Las nuevas formas de familia (mujeres u hombres en soledad, o parejas del mismo sexo) dada su estructura hacen saltar las alarmas en el hijo nacido mediante reproducción médica asistida, por lo que sus padres no pueden cuestionarse la revelación o no, la situación de una familia sin padre o madre o con dos padres o dos madres hace que el hijo se cuestione la forma en la que fue concebido y cuáles son sus orígenes genéticos.

Asimismo, la predisposición a la revelación se encuentra fuertemente influenciada por el tipo de donación de la que han sido objeto (óvulos, semen o embriones), estando demostrado que existe una mayor tendencia a revelar la situación cuando se trata de donación de óvulos con independencia del tipo de familia[35], siendo las mujeres las partidarias de poner en conocimiento del niño su origen. Esto puede ser debido sobre todo a que no solamente revelan la incapacidad para poder tener un hijo, sino el miedo a la pérdida del mismo y, sobre todo, la diferencia en la relación existente entre la madre y el hijo, ya que ésta lo ha gestado y dado a luz, mientras que la paternidad es cuestionada[36]. En términos generales, este secreto es fácil de mantener en familias convencionales no así en las que pueden englobarse dentro del grupo de "nuevas formas de familia" nacidas a partir del recurso a la reproducción médica asistida[37]. En éstas cabe informar al hijo que ha sido concebido a través de

[34] Vid. al respecto, JOCILES-RUBIO, Mª. I., RIVAS-RIVAS, A. Mª., y POVEDA-BICKNELL, D.: "Monoparentalidad por elección y revelación de los orígenes a los hijos nacidos por donación de gametos. El caso de España", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 21, núm. 65, 2014, pp. 68 y ss.; JOCILES-RUBIO, Mª.I., y RIVAS-RIVAS, A. Mª.: "La revelación de los orígenes según los modelos familiares en los casos de donación de gametos (Un estado de la cuestión)", *Diversidades familiares, cuidados y migración: nuevos enfoques y viejos dilemas,* Gonzálvez Torralbo, H. (Dir.), Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2015, pp. 213 y ss.

[35] JOCILES-RUBIO, Mª. I., RIVAS-RIVAS, A. Mª., y POVEDA-BICKNELL, D.: "Monoparentalidad", cit., p. 70.

[36] JOCILES-RUBIO, Mª. I., y RIVAS-RIVAS, A. Mª.: "La revelación", cit., p. 17. Las autoras también ponen de manifiesto la influencia que el tipo de familia tiene a la hora de precisa el momento en el que revelar el origen al hijo así concebido. Mientras las familias monoparentales y homoparentales, no solamente tienen clara la información, sino que deciden transmitírsela al niño a una edad más temprana; las familias heterosexuales son partidarias de revelar el origen cuando el niño tiene una mayor capacidad para entender todo el proceso biológico.

[37] Los denominados "casos difíciles", ROCA TRIAS, E.: "*Dura Lex Sed Lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", *Treinta años de reproducción asistida en*

estas técnicas, pero no de la identidad del donante, lo que conlleva revelaciones parciales en torno al origen biológico, salvo en casos excepcionales.

VII. EL INTERÉS DEL MENOR ANTE EL CONFLICTO ANONIMATO *VERSUS* IDENTIDAD.

Los avances de la ciencia han permitido a personas para las que la procreación no era posible, se convierta en una realidad susceptible de ser alcanzada. Si bien es cierto que, en principio, estos medios se pusieron a disposición de las parejas con problemas de esterilidad, sus posibilidades y los nuevos modelos de familia han hecho que el supuesto de hecho contemplado en la norma sea objeto de ampliación, siendo la consecuencia jurídica la misma: ser padres con los efectos legales que esto conlleva.

La filiación natural de la que gozan los nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida no debe obstaculizar y, en ningún caso, vincularse a la búsqueda de los orígenes biológicos del sujeto por no ser ésta cuestionada. El interés del menor debe ser el principio que determine la revelación de la forma en la que fue concebido, lo que conlleva el deseo de saber o no de dónde procede, lo que debe resultar del respeto libre de los derechos a él reconocidos. En el caso de los sujetos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga la filiación aparece desvinculada del derecho a conocer los orígenes biológicos y, por lo tanto, la identidad genética. El sujeto tiene derecho a conocer la forma en la cual fue concebido y cuál es su origen genético, sin ánimo de reconocimiento o impugnación de la filiación establecida. En estos términos quedan garantizados y satisfechos el interés del menor (conocer su procedencia genética), los padres y los donantes de gametos. Cuando la verdad genética y la verdad biológica o legal no coinciden el sujeto debe ser informado en torno a la forma en la que fue concebido, así como de su derecho a conocer su verdadera identidad genética, lo que desde mi punto de vista queda protegido mediante el anonimato relativo.

Los distintos tipos de familia surgidos con la ayuda de la fertilización médica asistida, son ante todo "familia" y ninguna de ellas es mejor que otra ni ofrece al niño más posibilidades en la medida en que éste lo que necesita es educación, cariño y amor para lo que no hace falta vínculo genético alguno. Aunque el sujeto concebido por estas técnicas tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos, no debe considerarse que el anonimato relativo del donante coloca en una situación de desprotección al sujeto así nacido, lo importante ante estas realidades es que el ordenamiento ofrezca unas soluciones coherentes con el fin de dotar de seguridad y garantías a las mismas. En estos casos, la filiación deriva de un acto de voluntad de las personas que recurren a las TRHA para poder concebir un hijo, por lo que el

vínculo que debe ser protegido es el creado por los que son considerados padres y no progenitores. Esto no es contrario al interés del menor, si como bien se hace en la LTRHA este interés es objeto de protección mediante la revelación de los datos del donante en casos determinados. La previsión normativa protege dese mi punto de vista todos los intereses que entran en conflicto: el del hijo así concebido que puede conocer la forma de concepción y los datos no de identidad del donante pero sí necesarios para preservar su interés, salvo que concurran las circunstancias legalmente previstas; el interés del donante, quien no pretende nada con la cesión del material genético; y la de los padres, quienes asumen los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad a través de los cuales se protege el verdadero interés del menor.

Cabe la posibilidad de que la realidad empírica pueda poner de manifiesto los posibles efectos positivos que el conocimiento del origen genético por parte del hijo nacido por TRHA pueda tener, cuando el interés protegible como es la salud se encuentra ya previsto en la propia norma. Dese mi punto de vista en nuestro ordenamiento y atendiendo a la previsión normativa existente estimo que el interés del menor se encuentra suficientemente protegido en los términos en los que la misma está redactada en la medida en que: 1º. El conocimiento de los orígenes biológicos en la reproducción médica asistida heteróloga se encuentra desvinculada de las acciones de filiación ya sea de impugnación o de reclamación, lo que no supone una vulneración del derecho a conocer la identidad genética. Se trata de una búsqueda de los orígenes biológicos sin ánimos filiatorios, igual que ocurre en sede de adopción, pero con la diferencia de que en ésta existía una filiación previamente determinada que se extingue. Esto es así en la medida en que el derecho a la búsqueda de la persona responsable de la herencia genética no puede encontrarse constreñido por criterios como los que condicionan las acciones de filiación; 2º. El grado de revelación de la identidad del donante se encuentra protegido en la norma atendiendo a otros valores dignos de ser tenidos en cuenta, en un supuesto que no deja de ser especial y como tal "debe" ser tratado, lo que no obliga a ser interpretado en términos de desigualdad[38]. Tales valores son la paz y estabilidad familiar, en la medida en que no "debe" existir ningún obstáculo que perturbe la relación que surge entre los padres y el hijo así nacido, entre los que existe un vínculo sentimental que permite ser padres a quienes actúan como tales, asumiendo la función que por ello les corresponde; 3º. El equilibrio entre el derecho a la identidad y el derecho al anonimato se encuentra en una solución que proteja a ambos derechos, ya que si el derecho al anonimato del donante es incuestionable no debe ser entendido como derecho absoluto pues hay que tener presente cuáles son los derechos fundamentales de los hijos y sus intereses. Por su parte, el derecho a la identidad a conocer los orígenes biológicos, queda salvaguardado reconociendo al hijo así concebido acceder a la información necesaria con respecto a la forma en que fue

AMORÓS, E. (Coords.), Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2179, 2015, p. 306.

[38] STC de 27 de octubre de 2005 (STC 2005, 273).

concebido y los datos necesarios en los términos previstos en la norma y sus excepciones[39].

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

ALKORTA IDIAKEZ, I. y FARNÓS AMORÓS, E.: "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *Oñati Socio-legal Series*, Vol. 7, núm. 1, 2017.

BENAVENTE MOREDA, P.: "Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, núm. 1, 2017.

BLASCO GASCÓ, F.: *Derecho de Familia*, MONTÉS PENADÉS, V., y ROCA TRÍAS, E. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

DURÁN RIVACOBA, R.: "El anonimato del progenitor", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2004.

DURÁN RIVACOBA, R.: "Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma", *Ius et Praxis*, núm. 1, 2010.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L.: "Identidad genética y libertad de ciencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, núm. 1, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos", *La Ley Derecho de Familia,* núm. 9, 2016.

[39] Como bien ha considerado ROCA TRÍAS, E.: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Derecho y Salud*, 1999, núm. 7, p. 5 y "Embriones, padres y donantes", *Revista Jurídica de Cataluña*, 2000, núm. 2, p. 429, la paternidad se configura como una forma de protección para lo que existe la investigación de la paternidad, la cual es concebida no como un derecho del hijo cuya finalidad es el conocimiento de la identidad de los padres, sino como un derecho para que se determine quién es el obligado a otorgarle la debida protección. Aparece la investigación como

GUZMÁN ÁVALOS, A., y VALDÉS MARTÍNEZ, M. C.: "Voluntad Procreacional", *Oñati Social-Legal Series*, Vol. 7, núm. 1, 2017.

JOCILES-RUBIO, Mª. I., RIVAS-RIVAS, A. Mª., y POVEDA-BICKNELL, D.: "Monoparentalidad por elección y revelación de los orígenes a los hijos nacidos por donación de gametos. El caso de España", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 21, núm. 65, 2014.

JOCILES-RUBIO, Mª. I., y RIVAS-RIVAS, A. Mª.: "La revelación de los orígenes según los modelos familiares en los casos de donación de gametos (Un estado de la cuestión)", *Diversidades familiares, cuidados y migración: nuevos enfoques y viejos dilemas,* Gonzálvez Torralbo, H. (Dir.), Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2015.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, Vol. 2, 1987.

LAMM, E.: "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida" (fecha de consulta 8/7/2017).

LAMM, E.: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24.

LLEDÓ YAGÜE, F.: Fecundación artificial y derecho, Tecnos, Madrid, 1988.

LYNDON SHANLEY, M.: "El derecho reproductivo y el mercado de esperma y óvulos humanos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 18, 2001.

ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2016, BIB 2015, 18278.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", Ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-X a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana*, Trivium, Madrid, 1988.

PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Diario La Ley*, núm. 7675, 2011.

algo funcional que solamente es necesaria cuando el hijo no tenga atribuida la protección necesaria. En este sentido también, ORDÁS ALONSO, M.: "El derecho", cit., p. 32.

QUICIOS MOLINA, S.: "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado de filiación", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de Derecho Civil*, 1987.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", Ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-X a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana*, Trivium, Madrid, 1988.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de enero de 2003)", *Actualidad Civil*, núm. 24, 2003.

ROCA TRÍAS, E.: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *Derecho y Salud*, núm. 7, 1999.

ROCA TRÍAS, E.: "Embriones, padres y donantes", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2000.

ROCA TRÍAS, E.: "*Dura Lex Sed Lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, BENAVENTE MOREDA, P., y FARNÓS AMORÓS, E. (Coords.), Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2179, 2015.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O.: "Los orígenes biológicos y los derechos de los hijos e hijas: filiación y derecho a saber", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 36, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Reproducción humana asistida", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 8, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (Un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en *Principi, Regole, Interpretazione, Contratti e Obbligazioni, Famiglie e Successioni*, Scritti in Onore Di Giovanni Furgiuele, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova 2017.

CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO: DIVERSOS INSTRUMENTOS PARA SU APLICACIÓN

ASSENT FOR REPRESENTATION IN THE SANITARY AREA: DIVERSE INSTRUMENTS FOR HIS APPLICATION

Dra. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, UCM.
aiberrocalanzarot@der.ucm.es

RESUMEN: La información y el consentimiento informado son derechos de los pacientes en ejercicio de su autonomía de voluntad que, constituye el eje básico de las relaciones clínico-asistenciales y forma parte integrante de la lex artis ad hoc. El titular de la información y quien presta el consentimiento es el paciente, si bien, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones o se está ante un supuesto de consentimiento por representación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho a sus representantes legales. El presente estudio se va a centrar en el derecho a la información, consentimiento informado y en los diversos instrumentos para su prestación de los que el paciente se puede valer.

PALABRAS CLAVE: consentimiento informado; información; paciente; instrucciones previas; asistencia; mandato preventivo; menores de edad; incapaces de hecho e incapacitados.

ABSTRACT: The information and the informed assent are rights of the patients in exercises of his autonomy of will that constitutes the basic clinical of the relations welfare and form a part member of the lex artis ad hoc. The holder of the information and the one who givers assent is the patient though when the patient is not capable of taking decision or it is before a supposition of assent for representation, the assent the persons will give it linked to for familiar reason or of fact. The present study in going to center on the right to the information, informed assent and on the several instruments for give it.

KEY WORDS: informed assent; right to the information; patient; previous instructions; assistance; representative mandate; minors; incapable of fact; incapacitation.

FECHA DE ENTREGA: 28/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE.- 1. Concepto y finalidad.- 2. Contenido y alcance de la información sanitaria.- 3. Caracteres y forma de la información sanitaria.- 4. Sujetos a quienes corresponde transmitir el deber de información al paciente.- 5. Titular de la información sanitaria.- 6. El derecho a la información epidemiológica y sobre el sistema de la salud.- 7. Efectos de la información. Obligación de medios y de resultado. Medicina curativa y medicina satisfactiva.- III. CONSENTIMIENTO INFORMADO.- 1. Concepto, alcance y contenido.- 2. Excepciones al consentimiento informado.- 3. Capacidad para prestar válido consentimiento. El consentimiento por representación. Instrumentos para prestarlo.- A) Personas incapaces de hecho.- B) Personas con la capacidad modificada judicialmente.- C) Menores de edad.- D) Supuestos en los que no cabe el consentimiento por representación.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -en adelante, Ley de Autonomía del Paciente- tuvo lugar una importante reforma en las relaciones médico-paciente, en concreto, en el tratamiento y salvaguarda de los derechos y deberes de los pacientes y usuarios, como eje principal sobre el que se asientan dichas relaciones; en esencia, en lo que supone el desarrollo del derecho médico en España desde uno de sus principales vértices. Se regula, entre otros aspectos, el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad en el ámbito médico, las distintas cuestiones relativas a la autonomía del paciente, así como al principio general del consentimiento libre e informado, las instrucciones previas (voluntades anticipadas) y la historia clínica. Esta Ley completa las previsiones que la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad (en adelante, LGS) enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un tratamiento especial al derecho de autonomía del paciente. Se trata de una ley básica de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución española, sin perjuicio que el Estado y las Comunidades Autónomas adopten, en el ámbito de sus respetivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley[1]. Tiene como objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los

[1] Varias Comunidades Autónomas han aprobado leyes especiales en la materia: Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón; Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre de Ordenación Sanitaria de Cantabria; Cataluña: Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y a la documentación clínica; artículos 212-1 a 212-3 del Código Civil catalán; Castilla-La Mancha: La Ley 8/2000, de 30 de noviembre de Ordenación sanitaria; Castilla y León: Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de julio de Salud de Extremadura; Illes Balears: Ley 5/2003, de 4 de abril de Salud de las Illes Balears; La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril de Salud de La Rioja; Madrid: La Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; y, la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones precias en el ámbito sanitario y se crea el registro competente; Navarra: Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre de

pacientes, usuarios y profesionales, así como de los Centros y servicios sanitarios, públicos y privados en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica (artículo 1). Asimismo, tiene como precedente internacional el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre derechos humanos y biomedicina, en adelante CDHBM), suscrito el día 4 de abril de 1997 en Oviedo, ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2002. La especialidad de dicho Convenio reside en el hecho que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España -instrumento de ratificación el 23 de noviembre de 2007-[2] se reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidos aquellos que necesitan un apoyo más intenso. Además se señala que, la persona con discapacidad tiene su propia autonomía e independencia individual incluida la libertad para tomar sus propias decisiones. A la par que se establece la exigencia de participar activamente en el proceso de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidas las que les afecten directamente. En todo caso, se establece como principios de esta Convención, la dignidad como persona, su autonomía individual, incluidas la libertad de tomar sus propias decisiones (artículo 3 a)). Recientemente, la Disposición Final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha modificado la Ley de Autonomía del Paciente, incorporando los criterios de la Circular 1/2012, de 3 de octubre sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. A tal fin, introduce para una mayor claridad un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a la capacidad para prestar consentimiento a los menores emancipados o mayores de 16 años, indicando que no procede otorgar el consentimiento por representación, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud. Por otra parte, se añade a este artículo 9 un apartado 6 en el que se establece que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo un representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y en caso contrario, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que adopte la resolución correspondiente. Asimismo, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se modifica el artículo 17.10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LOPJM- y se considera situación de riesgo la negativa de los padres, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento para salvaguardar la vida e integridad física o psíquica de un menor. A tal efecto, las

derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra; y, Valencia: Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

[2] Publicado en el B.O.E. de 21 de abril de 2008. Firmado por España el 30 de marzo de 2007.

autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial bien directamente, o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos que se adopten la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor. No hemos de olvidar que, la prestación del consentimiento por representación ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcional a las necesidades del paciente y con respeto a su dignidad. Además, el paciente podrá participar en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. También con esta reforma de la LOPJM se define el concepto de interés del menor desde un tiple aspecto: 1. El menor tiene derecho a que cuando se adopte una medida que le concierne, su interés superior sea valorado y considerado primordial en cualquier acción o decisión que se adopte y en caso de concurrir con otros intereses, se deben priorizar las medidas que respondiendo a este interés, respete también otros intereses. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir; 2. Un principio de carácter interpretativo. Se ha de optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Asimismo, se han de tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor y su derecho a participar progresivamente en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés personas (artículo 2.2 b)); 3. Como norma de procedimiento.

En todo caso, el menor tiene derecho a ser oído como establece el artículo 9.3 c) Ley de Autonomía del Paciente conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJM en relación con cualquier decisión que incida en su esfera personas, familiar o social, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Para ello el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto o tratado en cada supuesto. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez, cuando tenga doce años cumplidos (artículo 9.2 de la LOPJM).

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar en el análisis del deber de información y en el consentimiento informado, en especial, en el consentimiento por representación y en los diferentes instrumentos que, de los que se puede valer el paciente para prestación de tal consentimiento.

II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE.

1. Concepto y finalidad.

El deber de información se configura, por la mayoría de la doctrina y la

jurisprudencia como uno de los deberes integrantes de la *lex artis ad hoc*[3] que, asumido por el médico, es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva y no viciada por una información inexacta o sesgada, puesto que toda obligación médica, como obligación de medios, comprende no sólo la aplicación de los procedimientos o técnicas más modernas y existentes en el estado actual de la ciencia médica, sino también el dar al paciente la información adecuada en cada caso, que le permita tomar una decisión libre y soberana sobre una actuación concreta en el ámbito de su salud[4]. Ciertamente, la exigencia que cualquier tratamiento o intervención médica

[3] La sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003, 148063) establece que la *lex artis* "se refiere a una serie de reglas técnicas siguiendo los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que hubieran de efectuarse y la situación del paciente en cada caso, en definitiva, es hacer bien las cosas o realizar una actuación profesional concreta".

[4] GALÁN CORTÉS J.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001, p. 29; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva", *La Ley,* 1995-3, pp. 707-708; MANRIQUE DE LARA MORALES, J.: "El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001)", *La Ley,* 2001-6, p. 1589. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 1997 (LA LEY 1997, 9738) señala que: "un elemento esencial de esa *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo"; asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 13 de abril de 1999 (LA LEY 1999, 5656) manifiesta en este sentido que "(…) el derecho del paciente a ser informado no debe depender de la importancia que le dé un facultativo y siendo, como es, un riesgo importante en las anestesias totales, la información debe ser requisito imprescindible (…) podemos traer a colación la sentencia de esa Sala del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, en donde se recoge, como uno de los componentes de la *lex artis ad hoc* el derecho de información (…) y es que no cabe compartir la irrelevancia de esta información según pretende la Audiencia, pues, es una exigencia ineludible dentro del total estructuración de la repetida *lex artis ad hoc*". Igualmente, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997 (LA LEY 1998, 191); de 16 de octubre de 1998 (LA LEY 1998, 9726); de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399) al afirmar que "la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal forma parte de toda actuación del paciente asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS de 25 de abril de 1994, de 2 de octubre de 1997, y 24 de mayo de 1999). Se trata que el paciente participe en la toma de decisiones que, afectan a su salud y que a través de la información que, se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma"; y, de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4256).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 5572) señala al respecto que "el deber de información deriva del contenido obligacional del contrato de arrendamiento de servicios entre el médico y su paciente, y del principio general de no dañar a otro; y tal daño se produce si el médico deja de informar en los supuestos y en la forma que las circunstancias aconsejen. Tal deber viene impuesto también por la buena fe contractual (artículo 7.1 y 1958 del Código Civil) y se halla recogido en el Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de abril de 1978, artículo 21, así como en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, artículo 10 número 2, 5 y 6 y en la propia Carta de Derechos y Deberes del Paciente del Instituto Nacional de la Salud, al disponer esta

cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad comporta la facultad de oponerse o no a la asistencia médica en una suerte de ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida[5]. El deber de dar información constituye un deber jurídico de notoria trascendencia que, desde la promulgación de la LGS y la Ley de Autonomía del Paciente, se ha convertido en un específico deber legal, adquiriendo por ello una considerable importancia[6], que lo ha llevado a ser calificado en alguna ocasión como derecho humano fundamental[7]. Asimismo, se ha señalado que, tal deber de información supone un manifestación oportuna de un derecho natural del paciente a disponer y resolver acerca de su propia suerte y de aceptar libremente las posibles contingencias derivadas de la intervención médica y como contrapartida, de una obligación ética y moral del facultativo, pues, es capaz de percibir en qué condiciones y ante qué eventualidades

última en su punto cuarto que el paciente tiene derecho a recibir una información completa y continuada, verbal y escrita incluyendo alternativas al tratamiento". Y añade "existe el de información del médico respecto de su paciente y el correlativo derecho de éste a ser informado, a quien corresponde decidir sobre su propia salud dentro de ciertos límites. Y esta decisión personal en ocasiones trascendente y médicamente orientada tras el diagnóstico y la exposición de las distintas alternativas posibles de curación puede devenir lesiva de los intereses del paciente cuando la información médica facilitada es incompleta o defectuosa, en cuyo caso, es susceptible de convertirse por sí misma en fuente autónoma de responsabilidad civil y factor causante de un daño objetivamente evaluable. El deber de información vendrá delimitado por su contenido, el sujeto al que se dirige y sobre todo su alcance y el modo de cumplir con este deber. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que habrá que analizar cada caso concreto".

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 20 de febrero de 2006 (AC 2006, 432); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, de 28 de mayo de 2009 (AC 2009, 1694); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 27 de junio de 2014 (AC 2014, 1750) la ausencia de consentimiento informado o su firma tardía suponía una mala praxis médica.

[5] Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154). Asimismo, se ha afirmado que el derecho a la integridad física y moral resulta afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional, 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120); 137/1990, de 19 de julio (RTC 1990, 137); y, 37/2001, de 28 de abril (RTC 2001, 37)).

[6] MANRIQUE DE LARA MORALES, J.: "El deber", cit., pp. 1589-1590.

[7] CORCOY BISASOLO, M.: "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Ángel Tório López*, Granada, 1999, p. 275. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3); y, de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197) que han manifestado que "(…) el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo".

una determinada dolencia puede empeorar o aliviarse[8].

En lógica consecuencia, este deber de obligado cumplimiento por los profesionales médicos, se corresponde con el correlativo derecho a ser informado del enfermo y, en su caso, con el de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. De no cumplirse adecuadamente este deber, nada impide la exigencia de responsabilidad tanto en la vía penal como civil, de la actuación médica, en algunos casos, incluso aunque la misma haya sido correcta[9].

[8] GARCÍA BLÁZQUEZ Y MOLINOS COBO, M.: *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico forenses)*, Comares, Granada, 1997, p. 120.

[9] Así, la inobservancia del deber de información implica una actuación incorrecta que da lugar a responsabilidad civil, obligación de indemnizar por el resultado dañoso producido en caso de generarse y ello con independencia de que la actuación del facultativo sea técnicamente correcta, pues, el deber de información integra una de las obligaciones asumidas por aquél. En consecuencia, si el médico no informa al paciente es él quien asume los riesgos que se generan con su actuación, aun cuando su pericia y técnica hayan sido correctas, vid., entre otras las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 (LA LEY 1992, 3323); de 7 de junio de 1994 (RJ 1994, 4897); de 31 de julio de 1996 (RJ 1996, 6084); de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005, 949); de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547); de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 3658); y, de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015, 641); la sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, sección 6ª, de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 8126); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 32593); y, de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1ª, de 25 de septiembre de 2014 (AC 2014, 1846). En esta línea, en ocasiones se hace abstracción de la causalidad entre el comportamiento y el daño, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 5462); y, de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554). Asimismo, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2007, pp. 313 y 322, señala que "lo correcto es entender que el incumplimiento del deber de informar por parte del facultativo constituye un supuesto de actuación negligente del mismo. es decir que, este deber, en tanto en cuanto está sancionado legalmente, forma parte de la *lex artis ad hoc*, por lo que si se omite o se cumple defectuosamente se incurre en responsabilidad civil".

Algunas otras sentencias, sin embargo, prescinden de la teoría del riesgo como base donde sustentar la operatividad de la responsabilidad civil del médico por falta de información, exigen un nexo causal, de tal modo y manera que, la falta de diligencia determinada por la omisión de la información, haya provocado y sea la consecuencia del resultado dañoso, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997 (LA LEY 1998, 1991); de 10 de noviembre de 1997 (LA LEY 1997, 10866); de 20 de febrero de 1999 (LA LEY 1999, 3340); de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958); de 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 2397); de 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638); y, de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3712) la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a un indemnización si no hay daño derivado, evitable de haberse producido. Pero también lo es en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente. En este línea, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 316, para quien por lo que respecta a la responsabilidad civil en sede de consentimiento informado no se deroga la regla general de que se responde por los daños causados, si bien, la inexistencia de consentimiento informado no genera responsabilidad civil si la responsabilidad es exitosa; ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad civil médica", *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II, coordinadores L. Fernando Reglero campos y José Manuel Busto Lago*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 382-383, manifiesta al respecto que "en tema de deberes de información y de consentimiento informado merecen atención especial y conjunta, extremos relativos al daño y a la causalidad. Si, a efecto de indemnización, la conducta negligente debe ser causa del daño, resulta

Ahora bien, cuando hablamos del derecho-deber de información es necesario distinguir entre: la información terapéutica y la información como requisito del consentimiento en su fase de adhesión precisamente al tratamiento que, se prescriba. Se señala que, el deber de información terapéutica o de seguridad no es más que la información obligada por las necesidades del tratamiento y exigible al médico si no quiere infringir los deberes de cuidado que, le impone el ejercicio de su profesión; constituye un instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica para lograr el óptimo restablecimiento del paciente que, requiere, asimismo, la colaboración de éste, para el mantenimiento del tratamiento, y, en su caso, del éxito curativo del mismo. Por otra parte, la información como requisito del consentimiento para el tratamiento, denominada también información clínica, constituye una obligación o deber del médico previo y necesario para que el paciente pueda consentir con conocimiento de causa entre las distintas opciones de tratamiento que se le presentan, cuál de ellas más le conviene, siendo en consecuencia, presupuesto de validez del consentimiento del paciente para todos los actos e intervenciones clínicas (consentimiento informado) y encontrando, en suma, su fundamento en el respeto a la libertad del paciente, en su derecho de autodeterminación[10].

Aunque hayamos insistido en la distinción entre estos dos tipos de información, se ha de señalar que ambas se integran en el concepto global del derecho-deber de información clínica y participan por igual de las exigencias que, en relación al mismo se fijan legalmente[11].

Así, la Ley de Autonomía del Paciente contiene una regulación exhaustiva de lo que representa este deber-derecho de los pacientes a la información, adaptándolo a la demanda creciente que del mismo la realidad sanitaria actual exige. Se dedica a ello el Capítulo II titulado "El derecho de información sanitaria", y dividido en tres artículos "El derecho a la información asistencial" (artículo 4); "Titular del derecho de información asistencial" (artículo 5); y "Derecho a la información epidemiológica" (artículo 6).

---

comprometido indemnizar aquellos daños que, de todos modos se hubieran producido". Por lo que se pregunta ¿procede en tales casos, la reparación de los daños morales y patrimoniales derivados de la afección inevitable o de la intervención del tratamiento? A lo que responde que "en clave de causalidad al plano indemnizatorio sólo deberían conducirse los daños efectivamente causados por no haber informado o por no haber prestado el consentimiento o no haberlo hecho suficientemente informado".

[10] DE LORENZO Y MONTERO, R.: *El consentimiento informado en la cirugía ortopédica y traumatológica*, Editores Médicos, Madrid, 1997, p. 54; ROMERO CASABONA, C. Mª.: *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 47-48; FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria*, La Ley, Madrid 1995, p. 93; FRAGA MADIÁN, A., Y LAMAS MEILÁN, M.: "El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)", *Revista Xurídica Galega,* Monografías, 1999, pp. 79-80.

[11] DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos y obligaciones de los pacientes (Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica),* Colex, Madrid, 2003, p. 26.

Viene a formar parte del proceso de participación activa de los pacientes o usuarios en la toma de decisiones clínicas y produce una continua interacción e intercambio de información entre el profesional sanitario y el paciente[12]. Ahora bien, la información, a la que alude la citada Ley de Autonomía del Paciente, resulta exigible en toda actuación terapéutica, incluso en aquellos supuestos excepcionales de tratamiento sanitarios obligatorios por razones de salud pública en los que, no se requiere consentimiento (artículo 9.2 a)); y, ha de prestarse previo al consentimiento informado con la antelación suficiente[13].

2. Contenido y alcance de la información sanitaria.

El artículo 4.1 de la Ley de Autonomía del Paciente contiene una regla general sobre el contenido de la información, estableciendo que, la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales y comprende como mínimo los siguientes extremos respecto de cada intervención: finalidad, naturaleza riesgos y consecuencias. A lo que habría que añadir como señalan SÁNCHEZ CARO y ABELLÁN las alternativas posibles a la intervención propuesta, pues, siempre que existan varias opciones clínicas, se hace necesario informar al paciente de las mismas, de los peligros que acarrean[14]. Si bien, en los supuestos en los que sea necesaria la prestación de un consentimiento informado por escrito, se fija también *ex lege* el contenido de la información, adjetivada como "básica" y se extiende: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probable en condiciones normales,

[12] DE LORENZO Y MONTERO R.: *Derechos*, cit., p. 28.

[13] El artículo 43.9 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana señala que, habrá de prestarse al menos con 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. Y añade que, en ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico.

[14] SÁNCHEZ CARO J., y ABELLÁN, F.: *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Granada, 2003, pp. 17-18.

Para GALÁN CORTÉS J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 5ª. ed., 2016, pp. 726-730, "el médico debe informar al paciente del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, de la forma (medios) y el fin de tratamiento médico, de las opciones o alternativas terapéuticas existentes en su caso, así como de sus consecuencias seguras y posibles, y de todas aquellas circunstancias que pueden incidir razonablemente sobre la decisión del paciente, entre ellas, la posible falta de medio del centro sanitario en el que se encuentra y las consecuencias que para su salud tendría rechazar el tratamiento"; y, en cuanto a los riesgos se ha de facilitar al paciente información sobre "los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y (…) la información de los riesgos probables y de los riesgos típicos" (p. 732). Asimismo, la información de riesgos previsibles señala que "es, por consiguiente, independiente de su frecuencia, probabilidad o porcentaje de casos" (p. 737); y respecto de los riesgos atípicos dispone que "no existe obligación de informar sobre los mismos, pues, no resulta exigible a los profesionales sanitarios la información de todos y cada uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan derivarse" (pp. 750-751).

conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones (artículo 10.1)[15].

[15] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 2002 (RJ 2002, 5514) cuando afirma "se dé en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico, en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención. Y en el presente caso resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos previsibles e incluso frecuentes". Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal, de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547) "como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, sean de carácter permanente o temporal y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnico. Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos cuando sean remotos, poco probables o se produzca excepcionalmente y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 de enero de 2001)- no es la no obtención del resultado, sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide". Y añade que "la información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad o porcentaje de casos y solo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención"; de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4352); y, de 20 de enero de 2011 (RJ 2011, 299) sobre información de los riesgos, incluidos los de anestesia, se refiere esta última; y, de 1 de junio de 2011 (RJ 2011, 4260) explicaciones sobre tratamiento, posibles secuelas, alternativas, complicaciones, así como todos los detalles en términos comprensibles a su entendimiento.

Por su parte, el artículo 8.5 de la Ley 3/2001 de Galicia se establece que la información deberá incluir: "Identificación y descripción del procedimiento, objetivo del mismo, beneficios que se esperan alcanzar, alternativas razonables a dicho procedimiento, consecuencias previsibles de su realización, consecuencias de la no realización del procedimiento, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia, riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente y contraindicaciones"; y, el artículo 49.9 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra señala que la información que se proporcione al paciente deberá incluir al menos: "a) Identificación y descripción del procedimiento; b) Objetivos del procedimiento; c) Beneficios que se esperan alcanzar; d) Alternativas razonables al procedimiento; e) Consecuencias previsibles de su realización; f) Consecuencias previsibles de la no realización; g) Riesgos frecuentes; h) Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento por criterios científicos; i) Riesgos y consecuencias en función de la situación clínica del paciente y sus circunstancias personales; y, j) Contraindicaciones".

Se considera en líneas generales como riesgos típicos de un tratamiento o intervención que, sean frecuentes; y aquéllas, igualmente típicos, que, aunque sean remotos o poco probables, cuando concurren y producen un perjuicio grave; no así los atípicos o excepcionales cuya posibilidad de producción en el acto médico concreto a efectuar es prácticamente nula sobre todo en medicina curativa. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164) señala que "como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de medicina curativa se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia"; de 19 de abril de 1999 (LA LEY 1999, 9251); de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126); de 12 de enero 2001 (RJ 2001, 3) dispone que "poco importa la frecuencia a efectos de información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal la complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida, debió manifestárselo a la enferma"; de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958) se debía haber informado del riesgo de 0,44% de

En todo caso, el contenido mínimo que fija el artículo 4.1 coincide en algunos de sus extremos con el alcance del deber de información del profesional sanitario previo al consentimiento escrito del paciente definido como básico en el artículo 10.1 de la citada Ley de Autonomía del Paciente, en concreto, en los extremos relativos a los riesgos y consecuencias, si bien, de una forma más específica teniendo presente los supuestos limitados a los que se refiere –en concreto, los del artículo 8.2 de esta misma Ley-. De forma que, la combinación de ambos preceptos en estos últimos supuestos resulta necesaria para definir el alcance del contenido de la obligación de informar por parte del personal sanitario. Pues bien, de lo que no cabe duda es que en cualquier actuación médica se debe aportar toda aquella información que sea relevante para prestar un consentimiento libre y consciente por parte del interesado, en el que se deberá incluir como contenido ordinario, además del mínimo señalado; las características y naturaleza de la intervención, fines que se persiguen con ella, consecuencia que tendrá para la forma de vida del paciente, riesgos típicos de la misma, posibles alternativas de la intervención, molestias, efectos inmediatos de segura aparición, efectos colaterales o secundarios probables o posibles; a lo que habría que añadir, para los supuestos del artículo 8.2, las

necrosis como típico de la intervención; de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547) se ha de informar de los riesgos previsibles con independencia de su probabilidad o porcentaje y se deben excluir los desconocido por la ciencia médica en el momento de la intervención; y, de 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638) que en relación a los riesgos afirma que "con carácter general no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. El artículo 10 de la LAP incluye hoy dentro de la información básica que corresponde al consentimiento prestado por escrito las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones". Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4323) distingue entre la previsibilidad y frecuencia en relación con los riesgos. Así afirma que: "(…) Así las cosas, ha de concluirse que el motivo debe ser estimado porque, en efecto, la sentencia recurrida infringió el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, al considerar "imprevisible" una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia de 3,5%, confundiendo por tanto el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad, como alega la parte recurrente, ya que la circunstancia de que el riesgo de la intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo, como declaró la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2005. Y como quiera que en el presente caso no hubo información alguna del riesgo típico de la lesión del nervio ciático, según se desprende de la motivación de la sentencia recurrida e incluso de lo alegado por el propio cirujano demandado al contestar la demanda y tal lesión efectivamente se produjo, la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad por el referido cirujano por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario".

A modo orientativo algunos autores han llegado a considerar como riesgos atípicos los que aparecen en menor del 5% de los casos, pues entre 5% y 10% se les considera típicos, vid., SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contratos de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 59.

consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina, los riesgos relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente, como asimismo, los riesgos probables que en condiciones normales, conforme a la experiencia o estado de la ciencia, o directamente relacionadas con la intervención puedan tener lugar; y, por último, las contraindicaciones[16].

Finalmente, se ha de indicar que, esta Ley de Autonomía del Paciente contempla también el derecho de todo paciente o usuario a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que, le apliquen en un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para la salud (artículo 8.4)[17].

3. Caracteres y forma de la información sanitaria.

De acuerdo con el artículo 4.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, la información clínica deberá ser verdadera, comprensible y adecuada a las necesidades del paciente, de forma que le puede ayudar a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad[18]. Lo que significa que esta información que el médico debe prestar al

[16] ABEL LLUCH, X.: "El derecho de información sanitaria (I)", *LA LEY,* año XXIV, núm. 5698, de 16 de enero de 2003, p. 2 señala que "el contenido ordinario de la información debe ponerse en relación con la finalidad de la información y, particularmente, si ésta es presupuesto de la prestación de un consentimiento informado, o, simplemente, el soporte para una toma de decisión (artículo 4.2) debe prestarse "toda la información disponible (artículo 4.1)".

[17] En este sentido, el artículo 9 de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 11.3 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears; y el artículo 4.1 m) de la Ley 6/2002 de Aragón.

[18] Frente al controvertido artículo 10.5 de la LGS que se refería a que la información habría de ser completa, lo que resultaba inviable en la práctica; de ahí que, de forma mayoritaria la doctrina se muestra partidaria de sustituir dicho término por el de "suficiente", "razonable" o "adecuada". Vid., entre otros, ROMERO CASABONA, C. Mª.: "El consentimiento informado en la relación entre médico y paciente: aspectos jurídicos", *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Fundació Victor Grífols i Lucas, Barcelona 2012*,* pp. 93-94; GALÁN CORTÉS, J.: *Responsabilidad,* cit., p. 179.
Por su parte, el artículo 2.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña dispone que "la información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, debe ser verídica, y debe darse de manera compresible y adecuada a las necesidades y los requerimiento del paciente, para ayudarlo a tomar decisiones de una manera autónoma"; el artículo 212-1.1 del Código Civil catalán señala que "toda persona tiene derecho a recibir información verídica, comprensible y adecuada a sus necesidades y requerimientos sobre el alcance de cualquier intervención en el ámbito de su salud, que le ayuda a tomar decisiones de forma autónoma, salvo que haya expresado su voluntad de no ser informada. Este derecho es directamente exigible ante los tribunales de justicia"; el artículo 8.2 de la Ley 3/2001 de Galicia establece que "la información será verdadera, comprensible, adecuada a las necesidades del paciente, continua, razonable y suficiente" y añade en su apartado 4 "será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente". Asimismo, el artículo 8.2 de la Ley 6/2002 de Aragón señala que "la información proporcionada será lo más amplia posible, verídica y se expresará de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, con la finalidad de que éste pueda tomar las decisiones de una manera autónoma". En esta línea, el artículo 17.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León dispone que "la información, con el fin de ayudar a cada persona a tomar decisiones sobre su propia saludo, será veraz, razonable y suficiente, estará referida al diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y comprenderá la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención"; el artículo 26.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria establece que

paciente deberá adaptarse a sus circunstancias personales, de manera que, deberá atenderse entre otros factores, a la edad del mismo, su estado de ánimo, su nivel cultural o de formación, su grado de madurez; deberá, asimismo, tener presente factores moduladores de carácter objetivo como la urgencia del caso, la necesidad de tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la gravedad de la enfermedad, la novedad del tratamiento, entre otros, y deberá proporcionarse en la cantidad que el paciente demanda –siempre que claro está que como indica el artículo 4.1 de la Ley, se trate de información "disponible"-. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 1997 cuando afirma que "la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continua precisa y exhaustiva, es decir que, para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendas o proponen"[19]. Y, precisa la sentencia de este mismo Alto Tribunal y

"la autoridad sanitaria velará por el derecho de los ciudadanos a recibir, por cualquier medio de comunicación, información sanitaria clara, veraz, relevante, fiable equilibrada, actualizada y de calidad que, posibilite el ejercicio autónomo y responsable de la facultad de elección y la participación activa del ciudadano en el mantenimiento o recuperación de su salud"; el artículo 11.1 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears dispone que "el paciente tiene derecho a que se le facilite en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluidos el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento. No obstante, se respetará la voluntad del paciente a quien se le ofrecen las alternativas siguientes: no querer ser informado; darle la posibilidad de decidir entre las distintas opciones terapéuticas del centro; renunciar al tratamiento y autorizar expresamente a otra persona para recibir esta información"; el artículo 11.1 a), b) y, c) de la Ley 2/2002 de La Rioja señala que "1. El paciente tiene el derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud y a disponer, en términos comprensibles para él, información veraz y adecuada referente a su salud, y al proceso asistencial, incluyendo el diagnóstico, la relación riesgo/beneficio, las consecuencias del tratamiento y las de no tratamiento, las alternativas al tratamiento planteado y siempre que, sea posible el pronóstico". Asimismo, añade que "a) La información debe ser dada en un lenguaje comprensible (atendiendo a las características personales, culturales, lingüísticas, educacionales, etc.) de manera que pueda disponer de elementos de juicio suficientes para poder tomar decisiones en todo aquello que le afecte; b) Los profesionales sanitarios han de pedir a los pacientes indicaciones acerca de las personas a quienes deseen que se les facilite información sobre su proceso clínico, debiendo informar a las personas próximas a él en la medida que el paciente lo desee; c) En caso de menores o pacientes no capacitados para entender la información, se les informará de acuerdo con su grado de comprensión, así como también a sus familiares, representantes o personas vinculadas a ellos"; el artículo 49.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra la información será verídica y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y a los requerimientos del paciente, para ayudarle a tomar decisiones de una manera autónoma; y, el artículo 42.2 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana después de señalar que, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud en cualquier proceso asistencial, incluso en situaciones de incapacidad, en la forma y con los límites establecidos en la legislación básica, precisa que, la información debe ser veraz, comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, con el objeto de ayudarle a tomar decisiones sobre su salud.

[19] RJ 2003, 3916. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396) que señala que, "se ha de hacer de una forma comprensible y adecuadas a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y en su vista elegir, rechazar o

Sala de 28 de julio de 2008 que "la completitud de la información no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias"[20]. En todo caso, quien fija el *quantum* de la información no es el médico –salvo en los supuestos de "estado de necesidad terapéutica" (artículos 5.4 y 9.1)-, sino el paciente. Deberá, asimismo, evitarse por parte del médico recurrir a un lenguaje técnico, pues, no se trata de dar una conferencia magistral, sino de fomentar un diálogo. El requisito de la adecuación de la información a las posibilidades de comprensión del paciente también está contemplado en el artículo 5.2 según el cual "el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad (…), cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal". La intervención del paciente en todo el desarrollo del proceso asistencial resulta imprescindible. Por lo que, a estos caracteres de la información clínica podemos añadir otros no mencionados expresamente en el citado artículo 4.2, como son: el que debe ser continua su prestación, durante todo el tiempo que, dure la actuación asistencial; y que sea facilitada con la suficiente antelación y de forma previa a la prestación del consentimiento con el objeto que, el paciente pueda reflexionar y decidir libremente.

Respecto a la forma en que debe transmitirse la información al paciente o a terceras personas a la misma, rige como regla general la forma verbal[21], aunque es necesario dejar constancia por escrito de dicha información en la historia clínica, debiendo comprender como mínimo la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riegos y sus consecuencias (artículo 4.1)[22]. Esto concuerda con el artículo 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente según el cual, el consentimiento prestado por el paciente

demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialistas o centro distinto".

[20] RJ 2008, 4638. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, de 13 de noviembre de 2013 (AC 2014, 759) la información proporcionada fue suficiente; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 25 de noviembre de 2014 (AC 2014, 2245) información poco clara.

[21] En esta línea, el artículo 42.4 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7636); y de 13 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5564); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 30 de octubre de 2002 (AC 2003, 1867).

[22] ABEL LLUCH X.: "El derecho", cit., p. 3, señala que "la oralidad, amén de ser una previsión legislativa que refuerza y dinamiza la relación médico-paciente, pertenece a la propia esencia de tal relación que, además de la competencia profesional, presupone la delicadez humana de tratar como persona al paciente y ofrece las ventajas siguientes: a) Facilitar la necesaria y deseable proximidad en la relación médico-paciente, así como la continuidad, fluidez y espontaneidad de la información; b) Permite al médico responsable adecuar el consentimiento de la información a las circunstancias y requerimientos del paciente, lo cual también es una exigencia legal; c) Permite que el paciente, si lo desea, solicite al médico que, complemente la información con aspectos que son de su interés".

En el misma línea, el artículo 8.2 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 11.1 de la Ley 2/2002 de La Rioja establece que, el paciente tiene derecho a una información veraz y adecuada referente a su salud, y al proceso asistencial, incluyendo el diagnóstico, la relación riesgo/beneficio, las consecuencias del tratamiento y las de no tratamiento, las alternativas al tratamiento planteado y siempre que, sea posible el pronóstico"; y añade en su número 4 que "el ciudadano tiene el derecho a disponer de la información escrita sobre su proceso asistencial y estado de salud en términos comprensibles, con el contenido fijado en las disposiciones vigentes"; el artículo 49.8 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; y, el artículo 43.2 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana

será verbal con carácter general, si bien deberá prestarse por escrito en los supuestos legales tasados. Una previsión similar a esta última no se contiene en relación con la información, pues, expresamente no se señalan los supuestos en que la información debe prestarse por escrito. Pero en lógica consecuencia, deberá bastar la transmisión de la información de forma verbal cuando el paciente pueda consentir oralmente y por ende, será necesaria la constancia por escrito de la información en los casos en que la ley establece que el consentimiento debe ser prestado utilizando también este mismo medio de expresión[23].

Ahora bien, la transmisión de la información en la forma indicada no se reduce necesariamente a un solo acto, sino que tal como se ha señalado, va a ser objeto de un proceso continuado, debido entre otras razones, a que en ocasiones se van a suceder distintos actos autónomos de los anteriores y no inicialmente previstos como posibles por el médico cuando comenzó la asistencia, que van a requerir necesariamente la prestación de un consentimiento válido por el paciente. Además, se ha de añadir que la información que recibe el facultativo es continua en función de las nuevas pruebas que se van realizando y de la propia evolución del paciente, lo que en lógica consecuencia exigirá la proporcionalidad de la información de una forma paulatina, con el fin que el consentimiento mantenga su validez para cada tratamiento o intervención.

4. Sujetos a quienes corresponde transmitir el derecho de información al paciente.

El artículo 4.3 señala como sujetos responsables de transmitir la información sanitaria al paciente: al médico responsable del mismo y a él corresponde la carga de la prueba[24]. El artículo 3 lo define como "el profesional que tiene a su cargo

[23] ROMEO MALANDA, S.: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos de los pacientes (I)", *LA LEY, año XXIV,* núm. 5703, de 23 de enero de 2003, p. 2; ABEL LLUCH, X.: "El derecho", cit., p. 3 quien, precisa, asimismo que, en aquellos supuestos en los que dada la naturaleza de la intervención en el ámbito de la sanidad requieren una plasmación y soporte documental, lo será a efectos "por una parte, de garantizar el hecho y el contenido de la información y, por otra parte, servir de elemento probatorio ante una reclamación judicial en los supuestos de denuncia de la infracción de este deber legal".
Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396) se refiere a la facilitación por personal del centro sanitario en un impreso modelo sin especificación alguna de la concreta operación de riesgo medio-alto a realizar. Al efecto "es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida no correcta información. Son documentos éticos y legalmente inválidos que se limitan a obtener la forma del paciente, pues, aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, lo que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada y no un simple trámite administrativo, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención".
[24] En este sentido, el artículo 42.5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.
Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección única, de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065) incumbe a los profesionales de la medicina intervinientes y al

coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial (…)". No obstante, tal como se desprende de la dicción del artículo 2.6, no sólo es el sujeto pasivo de la obligación de informar (así como de las obligaciones de documentación clínica y respecto a la voluntad del enfermo que, junto a la clásica obligación de realizar una actividad curativa diligente, componen el contenido obligatorio de la prestación de servicios sanitarios) el médico, sino "todo profesional que interviene en la actividad asistencial". En este sentido, señala el párrafo 3 del citado artículo 4 que los profesionales que atienden al paciente durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto también serán responsables de informarle. De manera que, quedan dentro del ámbito de aplicación de ambas normas todo el personal sanitario, aunque su responsabilidad quede constreñida a las funciones, siempre menores que, las que asuma el facultativo dentro de la relación jurídica asistencial. Ello no obsta para que el caso de intervenciones multidisciplinares o sucesivas de distintos profesionales en unidad de tiempo, el equipo médico designe a un "interlocutor válido", por así llamarlo con el paciente que garantice el deber de información y evite la reiteración inútil de la información por distinto profesionales[25].

Centro sanitario; y, de 17 de junio de 2015 (RJ 2015, 2651) probado que se informó a la paciente de la naturaleza de la actuación médica y las alternativas y que no fue privada de su derecho a decidir con suficiente conocimiento de causa del tratamiento que más le convenía. No hay daño imputable a una omisión del deber de informar. No se le garantizó el resultado.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente define médico responsable como "el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales".

[25] ABEL LLUCH, X.: "El derecho", cit., p. 3; DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos,* cit., p. 39. Por su parte, GALÁN CORTÉS J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 683 señala al respecto que "el médico responsable deberá propiciar o fomentar tal información, pero no podrá garantizarla, siendo los especialistas de cada actuación concreta quienes sí deben garantizar que la misma se facilite al paciente en los términos precisos".

Por su parte, el artículo 2.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña dispone que "corresponde al médico responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información. También deben asumir responsabilidad en el proceso de información los profesionales asistenciales que le atienden o le aplican una técnica o un procedimiento concreto"; el artículo 8.3 de la Ley 6/2002 de Aragón establece que "corresponde al médico o equipo de médicos responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información. Esta responsabilidad es igualmente exigible a los demás profesionales sanitarios que le atiendan o le aplique una técnica o un procedimiento concreto"; el artículo 11.2 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears además de indicar que, el médico responsable del paciente ha de garantizar el cumplimiento del derecho a la información, añade que, los profesionales asistenciales que le atienden y le aplican una técnica o un procedimiento concreto también han de asumir la responsabilidad en el proceso de información al paciente; el artículo 21 de la Ley 8/2003 de Castilla y León dispone al respecto que: "1. En todos los centros, servicios o establecimientos debe asignarse a los pacientes un médico, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial, y en su caso, un enfermero responsable del seguimiento de su plan de cuidados. Su identificación debe darse a conocer a los destinatarios de la información asistencial. 2. En el ámbito hospitalario, se deberá procurar que la asignación e identificación del médico y el enfermero

Ahora bien, consecuencia lógica de los artículos 2.6 y 4.3 es la responsabilidad de los obligados ante el incumplimiento de lo debido: en este caso, el incumplimiento de la obligación de información. El médico no solo es responsable, sino que, además, es garante que la información sea recibida por el destinatario (paciente). Como garante responderá siempre, bien de forma directa si él ha incumplido; o, bien de forma indirecta, si son algunos de los otros profesionales que de él dependen, los que han incumplido[26].

En este contexto, este deber del médico de garantizar el derecho del paciente a recibir la información sanitaria adecuada tiene como límite lo que se conoce como "privilegio terapéutico" o "excepción terapéutica" prevista en el artículo 5.4, que consiste en "la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave"[27]. El daño que se puede ocasionar al paciente, si se le proporciona la información sobre su estado de salud, puede ser de tal envergadura que las circunstancias aconsejan que la misma no se le transmita (estado de necesidad terapéutico) y que el médico puede actuar profesionalmente, incluso si fuera el caso, sin obtener también su consentimiento o, en su caso, el de las personas llamadas a prestarlo por representación, pues, la excepción del beneficio terapéutico no constituye uno de los supuestos previstos en el artículo 9.3 de la Ley de Autonomía del Paciente. En el caso de que esta información no sea transmitida "el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho" (artículo 5.4 *in fine*). Ha de precisarse que, al tratarse de una "excepción por necesidades terapéuticas" solo justificada en situaciones muy

responsable tenga lugar en el menor intervalo de tiempo posible tras el ingreso del paciente. 3. En los casos de ausencia de profesionales asignados, los centros, servicios y establecimientos garantizarán que otros profesionales del quipo asuman la responsabilidad de aquéllos; 4. De conformidad con el principio establecido en el artículo 17.3 de esta Ley, deben asumir también responsabilidad en el proceso de información al paciente todos los profesionales que lo atiendas o le apliquen una técnica o procedimiento concreto, con una especial implicación del enfermero responsable en cuanto a su proceso de cuidados"; los artículos 44.1 y 49.4 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra señala que, en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios debe asignarse al paciente, para cada proceso, un profesional sanitario, que será el responsable de la información y su interlocutor principal con el equipo asistencia, sin perjuicio del deber de todos los profesionales que atiendan al paciente de facilitarle información; y, el artículo 42.2 apartado 6 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

[26] CERVILLA GARZÓN Mª. D.: "Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica", *Actualidad Civil,* núm. 12, semana de 17 al 23 de marzo de 2003, p. 317. En igual sentido, se pronuncia el artículo 2.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 42.2 *in fine* de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana; el artículo 8.3 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 42.5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; el artículo 6 de la Ley 3/2001 de Galicia dispone que el titular de la obligación de información es el facultativo "sin perjuicio de la que le corresponda a todos los profesionales dentro del ámbito de su intervención".

[27] En el mismo sentido, el artículo 7 de la Ley 3/2001 de Galicia; y, el artículo 20 de la Ley 8/2003 de Castilla y León si bien, en función de la evolución de dicha necesidad terapéutica existente el médico podrá de forma progresiva, debiendo aportar al paciente la información competa en la medida en que aquella necesidad desaparezca.

excepcionales, por lo que debe interpretarse el citado artículo 5.4 de forma muy restrictiva.

Otra de las excepciones o límites al deber de informar se plantea en aquellas hipótesis en las que existe una situación de urgencia, peligro inmediato para la vida o integridad física del paciente, de modo que no puede perderse el tiempo en proporcionar una información previa[28]. En estos supuestos, el médico tiene la obligación de actuar, siguiendo su propia conciencia, en interés del paciente y con el único objetivo o finalidad de salvar la vida del paciente[29]; sin perjuicio que el deber de información al paciente se conserve y tenga lugar en un momento posterior, en concreto, durante el resto del tratamiento[30].

5. Titular de la información sanitaria.

El paciente es, según el artículo 5.1 primer inciso, el titular del derecho a la información, señalando, además, el segundo inciso de este apartado que "también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita"[31]. Ahora bien, el

[28] El artículo 42.3 *in fine* de la Ley Foral 17/2010 de Navarra señala que, podrán restringirse el derecho a no ser informado cuando sea necesario en interés de la salud del paciente, de terceros, de la colectividad o de las exigencias terapéuticas del caso, debiendo hacer constar dicha circunstancia en la historia clínica.

[29] En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4262): "…en cuanto que, deontológica y legalmente todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener el consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato".

[30] CARRASCO GÓMEZ J. J.: *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Colex, Madrid, 1998, p. 83.

[31] En la misma línea, el artículo 3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-1.2 del Código Civil catalán; el artículo 8.1 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 11.6 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears señala que, las personas autorizadas por el paciente también tiene derecho a ser informadas en los términos establecidos en este artículo; el artículo 18.1 de la Ley 8/2003 de Castilla y León y añade en su apartado 2 que "los menores tendrán derecho a recibir información sobre su salud y sobre el tratamiento médico al que sean sometidos en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico y en las condiciones que reglamentariamente se determinen"; los artículos 43 y 49.5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra el primero, en relación con los destinatarios del derecho a la información, cuando se trate de menores, serán titulares sus padres o tutores cuando aquél sea menor de dieciséis años, sin perjuicio del menor para recibir información sobre su salud en un lenguaje adecuado a su edad, madurez y estado psicológico. Cuando a criterio del médico responsable el paciente carezca de capacidad para comprender la información o para hacerse cargo de su situación a cada de su estado físico o psíquico, se informará a las personas vinculada a él por razones familiares o de hecho, sin perjuicio de la obligación de informar al paciente en le medida que lo permita su grado de comprensión. Y en caso de paciente incapacitado legalmente, el titular del derecho a la información será el tutor, en los términos que fije la sentencia de incapacitación y sin perjuicio del derecho del incapacitado a recibir información sobre su salud en un lenguaje adecuado que permita la comprensión de la misma; y, el artículo 42.2 apartado 3 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

paciente será informado en la medida adecuada a sus posibilidades de comprensión, aun estando incapacitado, cumpliendo en este supuesto con el deber de informar también a su representante legal (artículo 5.2)[32]. Si se diera el caso que el paciente, según el criterio del médico, carece de la capacidad suficiente para entender la información referida a la concreta actuación médica, a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá, entonces, en conocimiento de aquellas personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (artículo 5.3)[33]. Se están refiriendo el legislador de la Ley de Autonomía del Paciente al expresarse en estos términos, tanto al menor de edad, como tal incapacitado legalmente en virtud de sentencia judicial y sometido a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada; como igualmente, al incapacitado de hecho. En todos estos casos, el derecho a ser informado del paciente descansa en el respeto a la autonomía y libertad de decisión y resulta pieza clave en el actual sistema sanitario, predeterminando, en consecuencia, todas las actuaciones que se lleven a cabo[34].

Por otra parte, la expresión "en la medida en que el paciente lo permita" contenida en el citado precepto puede interpretarse referida tanto a las personas destinatarias como al contenido de información a proporcionar; y consagra el respeto a un derecho personalísimo del paciente como es la información sobre los datos relativos a su salud; y ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Autonomía del Paciente, pues, no olvidemos que la información médica afecta a la intimidad del sujeto y solo éste puede dar acceso a la misma; permitiendo que sea conocida por otras personas bien de una manera expresa o tácita.

Ahora bien, el paciente, como titular del derecho a la información sanitaria, tiene derecho, asimismo, a que se respete su voluntad a no ser informado (derecho a no saber)[35], sin perjuicio que pueda designar a otra persona a quien facilitar la información sanitaria conforme dispone el artículo 5.1 segundo inciso. Para que tenga operatividad la renuncia es preciso que el sujeto haya manifestado, previamente, su voluntad al respecto y que la misma tenga lugar dentro de los límites y con las formalidades que la ley señala. Así, según dispone claramente el artículo 9.1 segundo inciso la renuncia a no saber debe ser expresa y constar

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente define paciente como "la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud".

[32] El artículo 42.2 apartado 5 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana señala al respecto que, los menores emancipados y los mayores de 16 años son titulares del derecho a la información. Al resto de los menores se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, cuando sean mayores de 12 años, debiendo informar plenamente a los padres o tutores, que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores.

[33] En este sentido, el artículo 3 de la Ley 21/2000 de Cataluña, artículo 42.2 de la Ley 10/2014 de la Comunidad valenciana; artículo 43.1 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; y, el artículo 9 de la Ley 6/2002 de Aragón.

[34] Vid., artículo 43.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

[35] Vid., asimismo, artículo 11.1 de la Ley 2/2002 de La Rioja; y, el artículo 42.2 apartado 4 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

documentalmente por escrito[36]. Esta renuncia a no ser informado no exime al paciente de la obligación de prestar el consentimiento para ser sometido a cualquier intervención médica, consentimiento que, en este caso, sería consentimiento no informado. No obstante, este derecho a no saber no es absoluto, sino que se encuentra limitado, tal como indica el artículo 9.1 en su primer inciso "por el interés en la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso"[37]. Tales limitaciones determinan con claridad que el médico en estos supuestos debe informar.

6. El derecho a la información epidemiológica y sobre el sistema de salud.

Todo paciente, además de tener derecho a conocer los datos relativos a su salud, también lo tiene respecto a los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para la salud individual. Es lo que se conoce como derecho a la información epidemiológica reconocido en el artículo 6, el cual explicita además que esta información habrá de difundirse en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley[38].

Asimismo, la Ley Autonomía del Paciente contiene una obligación de información de carácter administrativo, que sale, por tanto, del círculo obligacional que une al médico y al enfermo y cuyo destinatario son los pacientes como usuarios. Tienen éstos derechos a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos, debiendo existir para ello en los centros y servicios sanitarios una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los siguientes extremos: los derechos y obligaciones de los usuarios; las prestaciones disponibles; las características asistenciales del centro o del servicio y las dotaciones de su personal, instalaciones y medios técnicos (artículo 12.1 y 2 de la Ley de Autonomía del Paciente).

7. Efectos de la información. Obligación de medios y de resultado. Medicina curativa y medicina satisfactiva.

[36] Vid., el artículo 19 de la Ley 8/2003 de Castilla y León que, precisa que, deberá dejarse constancia escrita de tal renuncia en la historia clínica. Esta situación añade podrá "ser revocada por escrito en cualquier momento y pudiendo el paciente designar un familiar u otra persona para recibir la información"; y, el artículo 42.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra deberá respetarse la voluntad del paciente de no ser informado. El escrito de renuncia deberá ser incorporado a la historia clínica y podrá ser revocado en cualquier momento.

[37] En esta línea artículo 11.1 de la Ley 3/2001 de Galicia; y, el artículo 19 *in fine* de la Ley 8/2003 de Castilla y León

[38] En el mismo sentido, el artículo 4 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 10 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 24.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria; el artículo 23 de la Ley 8/2003 de Castilla y León; y, el artículo 42.3 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

En terminología comúnmente aceptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde las sentencias de 21 de marzo de 1950[39] y 25 de abril de 1994[40], se distingue entre medicina curativa, necesaria o asistencial y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología y se califica nítidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda, es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo o, en fin, para transformar una actividad biológica. En ambos casos, la información que se facilita al paciente es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo una actividad médica, especialmente en estas intervenciones médicas no necesarias en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo ante la innecesariedad de la misma. Y si bien es cierto que uno y otra han conducido a soluciones jurídicas distintas, vinculadas en determinados casos a una discutida obligación de medios y resultados, la diferencia entre ambas modalidades no aparece en ocasiones muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente que, las consiente, con aproximación a una medicina de medios en la que la posibilidad de elección está condicionada por una situación previa de riesgo, que permite mantener un criterio menos riguroso que el que se exige en medicina satisfactiva en la que como se ha dicho "la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención" (sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 2005)[41]. Ahora bien, como destaca la sentencia de 4 de octubre de 2006[42] los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comporta por sí la garantía de resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico al paciente cuando resulte de la narración fáctica. Además en la medicina voluntaria el deber de información se muestra más riguroso para la adecuada formación del consentimiento informado que, se justifica por la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención[43]; frente a la cirugía necesaria, curativa o asistencial en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesaria o falta de premura de la misma[44]. En este contexto, el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de octubre de

[39] RJ 1950, 394.

[40] RJ 1994, 3073.

[41] RJ 2005, 8547. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871).

[42] RJ 2006, 6428.

[43] En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4667).

[44] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 583) en este caso, se cumplimiento la información en los términos en que era conocido y aceptado el riesgo de rotura por las pacientes inherente a cualquier tipo de prótesis utilizadas en el momento de

2008[45] dispone que, la doctrina jurisprudencial sobre la información médica en lo que aquí puede interesar, cabe resumirla en los siguientes apartados: "1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más convenientes a sus intereses (sentencias, entre otras, de 23 de noviembre de 2007, de 4 de diciembre de 2007, de 18 de junio de 2008). Es indispensable y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que puedan sobrevivir de la intervención que se autoriza; 2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (sentencias de 28 de noviembre de 2007 y 29 de julio de 2008), revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 2004; de 26 de abril de 2007 y 22 de noviembre de 2007); 3. Cuando se trate de medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (sentencias de 17 de abril de 2007, de 30 de abril de 2007, de 28 de septiembre de 2007, y de 29 de julio de 2008); 4. En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible- o de una necesidad relativa; y 5. La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil (sentencias, entre otras, de 21 de diciembre de 2006 y 14 de mayo de 2008).

Ahora bien, esa distinción discutida entre obligación de medios y resultado, aplicando la primera en relación con la medicina curativa y la segunda, con la medicina satisfactiva, se ha matizado en la propia jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 30 de junio de 2009[46] señala que: "la

contratar. La rotura de la prótesis en una intervención quirúrgica no supone la inhabilidad absoluta del servicio contratado, coincidente con una intervención quirúrgica destinada a realizar un aumento de mamas, que se llevó a cabo con absoluta corrección por profesionales médicos, en contemplación al principio de identidad e integridad de la prestación convenida.

[45] RJ 2008, 5789.

[46] RJ 2009, 6460. En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 138); 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778); de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5155); de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 4641); de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2477); y, de 13 de abril de 2016 (RJ 2016, 1495) que, añade "es, asimismo, doctrina reiterada de esta Sala que "los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida". Añade que, "estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se

distinción entre obligación de medios y resultado no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial. (…) La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no se puede garantizar un resultado concreto. Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada, a una buena praxis, sino a la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en la mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario sería prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis,* cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de los que dispone la medicina actual (STS de 12 de marzo de 2008). Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva y sobre obligación de medios-obligación de resultado, dice la sentencia de 23 de octubre de 2008, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto, influyen de

acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que, permite al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesariedad de la misma y ello, sin duda como precisa la sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencia, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales, a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención si esta información no fue proporcionada debidamente". Finalmente, señala que "en este caso hubo información y que ha sido calificada de correcta y suficiente en la sentencia y no consta de la lectura de la misma que a la paciente se la prometiese resultado. La promesa de resultado no es una consecuencia de la información sino una deducción que la sentencia obtiene de la equivocada doctrina jurisprudencial con la que da respuesta al problema planteado, en el seno que este debía necesariamente obtenerse porque así lo exigía el contrato al margen de la buena o mala praxis médica, criterio que, es, además, contradictorio con la información recibida en la que al paciente se le advierte de los riesgos de la operación, que finalmente se materializaron, pese a la cual decide someterse a ella. La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala"; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 4 de mayo de 2012 (AC 2012, 995); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 7 de junio de 2013 (AC 2013, 1495).

manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que solo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica en la resolución recurrida".

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

1. Concepto, alcance y contenido.

La Ley de Autonomía del Paciente dedica el Capítulo IV a un principio general que inspira la totalidad de la misma y que, debe, en consecuencia, presidir cualquier actuación médica, como es el respeto a la autonomía del paciente que, consiste en reconocer validez y eficacia jurídica a las decisiones que libre, reflexiva y voluntariamente toma el paciente sobre los tratamientos sanitarios que le van a llevar a permitir o rechazar éstos. Y en este sentido, se debe tener presente que, las decisiones que se toman en el ejercicio de la autonomía privada como base del consentimiento a prestar, deben ser respetadas por los profesionales sanitarios, quienes además, están obligados a aplicar correctamente sus técnicas en cada actuación asistencial (artículo 2.6 de la Ley de Autonomía del Paciente). Precisamente, se ha de señalar que, este sometimiento soberano, voluntario y libre a una actuación adecuada en el ámbito de la salud, incluyen no sólo a esta sino también al respeto a la dignidad humana e intimidad de quien se somete a ella[47]. Se trata de un derecho del paciente y su obtención representa un deber del médico[48]. El paciente tiene derecho a decidir libremente, tras recibir la información adecuada –prevista en el artículo 4 de la Ley de Autonomía del Paciente- entre las opciones clínicas disponibles[49].

Considera la mayoría de la doctrina, que al igual que, ocurre con el derecho a la información, el consentimiento informado es presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*[50]. Asimismo, se ha llegado a afirmar su naturaleza de derecho fundamental[51].

[47] DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos,* cit., p. 54.

[48] Vid., asimismo, el artículo 3.2 de la Ley 3/2001 de Galicia, y, el artículo 48.2 y 3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra que establece al respecto que: "2. La autonomía de la voluntad del paciente comprende la libertad para elegir de forma autónoma entre las distintas opciones que le exponga el profesional sanitario responsable, para negarse a recibir un procedimiento diagnóstico, pronóstico o terapéutico, así como para revocar una anterior decisión sobre su propia salud. 3. Las decisiones de los menores no emancipados sobre su propia salud vendrán determinadas por su capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de las actuaciones sobre la misma y deberán ser respetadas con los límites previstos en la legislación vigente".

[49] Vid., asimismo, el artículo 3.3 de la Ley 3/2001 de Galicia.

[50] GALÁN CORTÉS J. C.: *Responsabilidad,* cit., p. 621. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10149) que dispone al respecto que "el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* (SSTS de

El deber de información que, integra, tal como hemos manifestado en líneas precedentes, una de las obligaciones asumidas por los facultativos en el ejercicio de su profesión médica, se constituye en un requisito previo al consentimiento –salvo que se haya excluido expresamente por el paciente-, para que éste pueda otorgar su aceptación al acto médico de una forma válida y eficaz; aquélla ha de ser adecuada y comprensible, de modo que el consentimiento no quede viciado por una incompleta o sesgada información[52]. Se puede afirmar que, entre los derechos del paciente se encuentran los relativos a la información y consentimiento, ambos, íntimamente ligados, en lo que se conoce como consentimiento informado, fruto de la consagración legal del principio de autonomía o derecho de autodeterminación del individuo[53]. El paciente habrá de estar previa y oportunamente informado para

2 de octubre de 1997, de 29 de mayo y 23 de julio de 2003, entre otras) y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; de 2 de octubre de 1997 y de 24 de mayo de 1999). Siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe proporcionar a quien prestó su consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información medicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la cesión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro"; de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059); de 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3384); de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2716); y, de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, de 3 de febrero de 2003 (JUR 2003, 148063); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1ª, de 20 de febrero de 2003 (AC 2003, 265); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3ª, de 7 de marzo de 2007 (AC 2007, 829); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8ª, de 23 de julio de 2007 (AC 2007, 1858); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 28 de enero de 2008 (JUR 2008, 114524) señala al respecto que "es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, destacando el cómo debe practicarse en los términos que precedentemente quedan recogidos, para señalar que "en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información". Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente"; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, de 23 de diciembre de 2009 (AC 2010, 707) es una exigencia ética y legalmente exigible a la profesión médica. Se trata de una información básica y personalizada, no un simple trámite administrativo, en el que paciente/cliente adquiere una participación activa; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 13 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1702); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 24 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 43861) la ausencia de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la *lex artis*; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 4 de junio de 2013 (AC 2013, 1351); y, de esta misa Audiencia y sección, de 24 de febrero de 2017 (AC 2017, 674).

[51] GRACIA GUILLÉN, D.: *Ocho tesis*, cit., p. 116. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3); y de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197). En contra de esa calificación, PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil,* núm. 2, mayo 2003, p. 18.

[52] FRAGA MADÍAN A. y LAMAS MEILÁN, M.: *El consentimiento*, cit., p. 16; MANRIQUE DE LARA, J.: *El deber,* cit., p. 1591.

[53] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 3323) conecta el deber de información con la necesidad de consentimiento del paciente, exigiendo que este último haya de prestarse tras recibir una información objetiva, veraz, completa, y asequible y se

consentir el concreto acto médico y el consentimiento constituye un requisito indispensable para la realización de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico[54].

El artículo 3 de la Ley de Autonomía del Paciente define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tengan lugar una actuación que afecta a su salud"[55].

Los requisitos de libertad y voluntariedad a los que se refiere el mencionado artículo 3 y pone de manifiesto la doctrina, constituyen elementos esenciales en la construcción básica del consentimiento informado y son reiterados por el artículo 8.1, el cual, además, hace una remisión al artículo 4 relativo al requisito de la información previa al consentimiento. Un consentimiento libre de cualquier vicio que lo invalide y voluntario en cuanto haya valorado oportunamente las opciones propias de cada caso. En este sentido, se ha señalado que, la trascendencia de tal consentimiento informado implica que el mismo se convierta en el instrumento adecuado para la efectividad de un principio esencial que supone que el paciente sea capaz de decidir acerca de su propio destino[56].

---

pronuncia en los siguientes términos: "El motivo ha de desestimarse, al fundarse en una inexistencia de culpa que está en contradicción con la apreciación de la Sala de Apelación que, este Tribunal comparte; la operación a la que fue sometida la menor Mónica no era ineludible y necesaria, siendo posible otros tratamientos alternativos, evitándose el alto riesgo de la intervención quirúrgica que se le practicó, que no se le advirtió a la madre de Mónica de los riesgos de la operación ni de las otras alternativas para que ella decidiera. Estas son las actividades y omisiones culposas que, llevan a la Sala de Apelación a sostener fundamentalmente que los demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible". En este mismo sentido, se pronuncia la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 31 de julio de 1996 (LA LEY 1996, 8974) señalando que, el consentimiento del paciente previo al acto médico, que deberá ser otorgado por aquél tras recibir la información precisa, especialmente sobre los riesgos de la intervención en el supuesto de operaciones quirúrgicas: "A esta clara imputabilidad hay que añadir el incumplimiento de un deber médico fundamental que, figura en todos los Códigos Deontológicos, y que especialmente en el presente caso, debió ser tenido en cuenta. Si se trataba de una operación considerada como de alto riesgo, cuyos resultados negativos se producían, aunque fueron en escasa proporción, resultaba indispensable explicar a la enferma en qué consistía el riesgo y obtener previamente su autorización; consentimiento que debió constar de una forma explícita, clara y concluyente".

Asimismo, vid., el artículo 30.2 de la Ley 7/2002 de Cantabria que establece que "el consentimiento del usuario a que se le practiquen los procedimientos médicos citados deberá estar precedido de la información precisa, clara y completa por parte del equipo responsable de los mismos".

[54] Vid., el artículo 30.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria.

[55] El artículo 3.1 de la Ley 3/2001 de Galicia define el consentimiento informado en los siguientes términos: "A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa obtención de la información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables".

[56] RUIZ VADILLO, E.: *La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales*, Madrid, 1996, p. 1.

El consentimiento se expresará en forma verbal (artículo 8.2)[57], salvo en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, que será prestado por escrito, lo que constituye otra de las importantes innovaciones de esta Ley[58]. No obstante, dada la generalidad de la redacción del precepto, en la práctica se convierte la formalidad escrita en la más común[59]. En todo caso, la constancia

[57] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8891); de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7135); y, de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2716); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 26 de enero de 2011 (AC 2011, 322).

[58] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428) señala que "el consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trata de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros se puede afirmar con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. El artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones"; y, de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649).

Asimismo, el artículo 2.2 de la Ley de Autonomía del Paciente dispone que "toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley".

[59] Vid., en esta línea, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho,* cit., p. 301 al señalar que, en caso de duda es preferible que el consentimiento conste por escrito. Asimismo, en este sentido, se pronuncia el artículo 6.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña, si bien añade en su apartado 3 algunas precisiones sobre el documento en el que el consentimiento debe contenerse, en caso de que éste adopte la forma escrita, así señala que "el documento de consentimiento debe ser específico para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus riesgos". Igualmente, el artículo 49.1 y 2 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra después de establecer que el documento de consentimiento debe ser específico para cada episodio clínico, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus riesgos. Esta información constará en la historia clínica". Por su parte, el artículo 12.1 de la Ley 6/2002 de Aragón se pronuncia de igual forma que la ley estatal. También como la normativa estatal, el artículo 6.1 b) de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 30.3 de la Ley 7/2002 de Cantabria; y, el artículo 12.2 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 3/2001 de Galicia exige la forma escrita con carácter definitorio y consustancial al consentimiento informado. Asimismo, establece en el artículo 10.1 el contenido mínimo del documento-formulario, en el que, además, de constar documentalmente la información precisa y previa a la emisión del mismo, deberá figurar como datos mínimos: "identificación del centro, identificación del procedimiento; identificación del paciente, representante legal, familiar o allegado que presta el consentimiento; identificación del médico que informa; consentimiento del paciente o del familiar, allegado o representante legal que autoriza, declaración del paciente de que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación; lugar y fecha, firmas del médico, paciente, familiar, representante legal o persona a él allegada"; y, por último el apartado 2 de este artículo se establece que "en el documento de consentimiento informado

por escrito del consentimiento del paciente en los supuestos descritos posibilita incorporar anejos y otros datos de carácter general, aunque se otorgará un documento de consentimiento para cada actuación o intervención sanitaria (artículo 8.3 de la Ley de Autonomía del Paciente)[60]. En todo caso, los documentos o formularios del consentimiento deben ser específicos y personalizados, por cuanto como señala la doctrina, un formulario genérico de información no resulta válido a tales efectos[61], y, si bien, pueden servir de elemento probatorio para constatar la existencia de consentimiento, no constituyen *patente de corso* para justificar la actuación médica, ni determina que la información y el consentimiento se hayan obtenido correctamente[62]. El consentimiento deberá recabarse por el médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente o por el que practique la intervención diagnóstica o terapéutica del propio paciente que, asimismo, tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.[63]. Y el paciente tendrá derecho a una copia del documento escrito de consentimiento y firmado por él mismo. Resulta evidente que, el consentimiento del paciente debe prestarse antes de la actuación o intervención médica y ha de subsistir durante todo

quedará constancia de que el paciente o la persona destinataria de la información recibe una copia de dicho documento y de que comprendió adecuadamente la información".

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059) "es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente, y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda optar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por lo que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y resultado de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas"; y, la 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1481). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 20 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 211291) no hay consentimiento informado en el impreso de autorización de la intervención dirigido a la clínica y sin que conste información sobre la misma o expresión de que se haya explicado al paciente la intervención y su alcance.

[60] En la misma línea, el artículo 12.2 de la Ley 6/2002 de Aragón que establece al respecto que "se efectuará un documento de consentimiento para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. El documento deberá contener como mínimo información sobre la finalidad y naturaleza de la intervención así como sus riesgos y consecuencias más frecuentes".

[61] GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., pp. 706-707.

[62] En similares términos, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho,* cit., p. 302. Por su parte, precisa, GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., pp. 709-710, que "los documentos impresos de carácter genérico en modo alguno sirven, por consiguiente, para acreditar el cumplimento de esta obligación por parte del médico, más bien al contrario, al igual que, sucede con aquellos protocolos que carecen de la personalización necesaria, pues lo contrario, implicaría otorgar una carta en blanco al facultativo". Y añade que "estos documentos tipo o documentos genéricos de consentimiento informado constituye una clara y evidente infracción del deber de información del médico".

[63] Vid., asimismo, el artículo 4 apartado 1 de la Ley 3/2001 de Galicia.

el tratamiento o actuación sanitaria[64]. El artículo 2.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, en esta línea, señala que "toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios"; y el artículo 8.1 de este mismo texto legal precisa que "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso".

Ahora bien, pese a constituir principio general la necesidad de consentimiento previo del paciente en todas las actuaciones médicas, la Ley de Autonomía del Paciente, como ya establecía la LGS y de forma más clara, prevé una serie de supuestos en donde no es necesaria la obtención del consentimiento; en concreto, en el artículo 9.2 se indica que, los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente en los siguientes casos: 1. La existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitaria establecidas por la ley; y 2. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, cuando no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él[65].

Por otra parte, aun partiendo de la base que el acto de prestación del consentimiento es un acto personal del sujeto afectado, pues, el paciente es titular del mismo[66], también de forma excepcional, puede ser suplido su consentimiento en los casos en los que el sujeto se encuentra imposibilitado legal o físicamente para ello. El artículo 9.3 en consonancia con el artículo 6 CDHBM, regula uno de los aspectos más importantes en la práctica sanitaria habitual: la prestación del consentimiento por representación cuando el paciente está incapacitado para consentir, o se trata de menores de edad.

---

[64] GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 687 precisa que, "el consentimiento ha de modularse a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisan tratamiento en distintas fases, con el que se protege el derecho a la libertad del paciente". Y añade que, "se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada y no de tracto único".

[65] Vid., asimismo, el artículo 7.1 a) y b) de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 11.2 a) y b) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 6.2 a) y b) de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 33 a) y b) de la Ley 7/2002 de Cantabria; el artículo 13 de la Ley 6/2002 de Aragón que, aclara que, en tales supuestos se pueden realizar las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada; el artículo 12.2 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears añade el supuesto en que el paciente haya manifestado por escrito el deseo de no ser informado; asimismo, el artículo 50 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra se refiere a estos supuestos y, añade "c) Cuando el paciente haya manifestado expresamente su deseo de no ser informado, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, sin perjuicio de que se obtenga el consentimiento previo para la intervención, dejando constancia documentada de esta renuncia a la información"; y, el artículo 43.8 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

[66] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4262) ha señalado con ocasión de una ligadura de trompas efectuada en el curso de una cesárea, sin la oportuna autorización de la interesada que, "el consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera el cónyuge del interesado, a no ser que concurran ciertas circunstancias (urgencia o incapacidad)".

El objeto del consentimiento vendrá dado –teniendo en cuenta lo manifestado con relación al contenido mínimo de toda información contenido en el artículo 4.1 y con relación al consentimiento escrito, además, lo previsto en el artículo 10.1-, por la actuación médico-quirúrgica ajustada a la *lex artis*, ya se trate de intervención o de simples tratamientos, con los riesgos que le son inherentes, sin comprender el resultado, puesto que éste es aleatorio y depende de múltiple factores tanto endógenos como exógenos, que resultan ajenos al actuar del facultativo, pero que pueden influir en que no se logre el fin perseguido[67]. El consentimiento del paciente determina así el campo de actuación dentro del cual puede lícitamente desenvolverse la actuación médica y se extiende únicamente a lo relatado en la información proporcionada por el facultativo. De ahí que, el médico deba comunicar al paciente la posibilidad que en el curso de la realización del procedimiento surjan nuevas dificultades o nuevos problemas que puedan requerir una modificación en la forma o extensión de la intervención a realizar. De no hacerlo así, el médico no podrá exceder en ningún momento los límites del consentimiento emitido, a no ser que pueda justificar su actuación en una excepción de urgencia o estado de necesidad. Obvio resulta decir que el consentimiento prestado es específico de cada intervención; y, la carga de la prueba incumbe al médico[68]. La ausencia u omisión del consentimiento puede determinar la responsabilidad del médico[69].

---

[67] FRAGA MADÍAN A., y LAMAS MEILÁN, M.: *El consentimiento,* cit., p. 67; GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 715. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554); y, de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649) señala que "el consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico, y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trata de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros se puede afirmar con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia, no ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, de 17 de abril de 2007 y 30 de abril de 2007). El artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 34 de noviembre incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones".
Por su parte, el artículo 52.2 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra establece que, el documento de consentimiento informado deberá contener, además de la información a que se refiere el artículo 49.9, al menos los siguientes datos: a) Identificación del centro, servicio o establecimiento sanitario; b) Identificación del profesional sanitario responsable del procedimiento; c) Identificación del paciente y, en su caso, del representante legal o persona vinculada a él por razones familiares o de hecho; d) identificación y descripción del procedimiento que contendrá todas las cuestiones relevantes e importantes del mismo según los criterios médicos; e) Declaración de quien presta el consentimiento en la que conste que ha comprendido adecuadamente la información, que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación y que ha recibido una copia del documento; f) Lugar y fecha; y, g) Firma del profesional sanitario responsable del procedimiento y de la persona que presta el consentimiento.
[68] En esta línea, GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 711. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724); y, de 9 de junio de 2015 (RJ 2015, 5979); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 104484).
[69] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2633); y de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de

Finalmente, se sigue manteniendo como no podía ser de otra forma, teniendo presente el margen de libertad que corresponde al paciente en la toma de decisiones, por un lado, hay que referirse al derecho que tiene el paciente de negarse al tratamiento, a la intervención, en esencia, de rechazo a la misma, en cuyo caso deberá firmar el alta voluntaria y constar tal negativa por escrito tal como prescribe el artículo 2.4. Si el paciente no firma el alta voluntaria la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las

Navarra, sección 1ª, de 1 de febrero de 2002 (AC 2002, 1114) responsabilidad del médico por la omisión del consentimiento, aun siendo la realización de la intervención correcta; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 11 de junio de 2008 (JUR 2008, 273551) la omisión del consentimiento determina la asunción del riesgo por el médico.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal de 27 de octubre de 2001 (RJ 2001, 1079) dispone que "la responsabilidad civil médica por la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado es preciso que, el paciente haya sufrido, como consecuencia de una intervención médica, correctamente realizada, un daño cuya eventual producción no hubiera sido informado con carácter previo al consentimiento requerido para el acto, pese a constituir su acaecimiento un riesgo típico o inherente a ella en una razonable representación de sus previsibles consecuencias. En definitiva, la apreciación de la expresada responsabilidad civil exige el concurso de los siguientes requisitos: a) Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de responsabilidad. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual; b) Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella. Su exigencia no constituye sino manifestación de la necesaria relación de causalidad que, es asimismo presupuesto de la responsabilidad civil. El daño no sólo ha de demostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención, sino que ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado precisamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento. Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerados de responsabilidad (artículo 1105 del Código Civil) y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información al paciente; c) Que el riesgo finalmente materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención. Como antes se ha dicho es la omisión del consentimiento previa y suficientemente informado de los riesgos típicos la que determina su asunción por el médico responsable tratándose de un riesgo asociado a la intervención, la omisión de su advertencia es a este respecto suficiente, aunque el consentimiento hubiera precedido la información de otros posibles riesgos; d) Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio. En caso contrario, será apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación o en la organización del servicio y no por título de imputación a que este examen se contrae". Y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 12 de julio de 2013 (AC 2014, 245) señala que, "el incumplimiento del deber de información por parte del médico y por ende, la omisión o deficiencia del consentimiento informado, no está anudada, de forma inmediata y automática, a una consecuencia indemnizatoria, resultando imprescindible para ello la identificación de un daño derivado de la materialización de un riesgo del que el paciente no fue informado con carácter previo a la intervención médica, correctamente ejecutada desde el punto de vista técnico, para así poder declarar con fundamento en tal incumplimiento, la responsabilidad civil, ya que pueda haber responsabilidad civil sin culpa, pero no sin daño. Por consiguiente, aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis médica y una infracción de la *lex artis* al configurarse como un presupuesto y elemento esencial de la misma su ausencia no puede *per se* dar lugar a responsabilidad civil si del acto médico no se deriva daño alguno para el paciente".

condiciones reguladas en la ley. Ahora bien, en el caso que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión. No obstante, el no aceptar un tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Todo ello quedará debidamente documentado en la historia clínica (artículo 21 de la Ley de Autonomía del Paciente)[70]; y, por otro, la facultad de revocar el consentimiento en cualquier momento, sin que sea preciso para ello que, el paciente justifique de forma alguna su decisión[71]. No obstante, la Ley exige que tal revocación conste por escrito en la historia clínica[72], lo que no tiene mucho sentido en los casos que, la información y el consentimiento se prestaron de forma oral[73].

En este contexto, el paciente también tiene derecho a que se tome en consideración su voluntad expresada con anticipación en un documento de instrucciones previas, cuando no se encuentre en situación de manifestarla en el momento de la intervención. El artículo 11.1 de la Ley de Autonomía del Paciente señala que, por el documento de instrucciones previas –en algunas legislaciones autonómicas se opta

[70] Vid., asimismo, el artículo 3.3 de la Ley 3/2001 de Galicia que, igualmente, establece que la negativa al tratamiento conste por escrito; y el artículo 28.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León. Por su parte, el artículo 6.1 a) de la Ley 2/2002 de La Rioja establece al respecto que "los usuarios del Sistema Público de Salud de La Rioja mayores de dieciséis años tienen derecho a negarse que se les practique cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico. Asimismo, el consentimiento del usuario a que se le practiquen los procedimientos médicos citados deberá estar precedido de la información precisa, clara y completa por parte del equipo responsable de los mismos"; el artículo 30.4 de la Ley 7/2002 de Cantabria señala que "los usuarios del sistema sanitario podrán rechazar cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico, estando obligados a registrar tal negativa por escrito, en la forma que reglamentariamente se determine"; y, el artículo 53 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra que dispone al respecto que: "1. En los casos en los que el paciente se niegue a recibir un tratamiento, el profesional responsable de su aplicación deberá informarle acerca de otras alternativas existentes y, en su caso, ofertar éstas cuando estén disponibles, debiendo tal situación quedar adecuadamente documentada en la historia clínica. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. 2. De no existir tratamientos alternativos disponibles o de rechazarse todos ellos, se propondrá al paciente la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro, a propuesta del profesional sanitario responsable, podrá ordenar el alta forzosa del paciente en los términos previstos por la legislación vigente".

[71] Vid., el artículo 30.5 de la Ley 7/2002 de Cantabria.

[72] Igualmente, el artículo 6.1 c) de la Ley 2/2002 de La Rioja. Sin embargo, se prescinde de la constancia documental de tal revocación, en el artículo 6.4 de la Ley 21/2000 de Cataluña; en el artículo 12.4 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 12.3 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears; el artículo 28.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León; y, el artículo 49.1 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

[73] ROMERO MALANDA, S.: "Un nuevo", cit., p. 3 señala al respecto que, "otra cuestión distinta es que sí tenga que quedar registrada por escrito el alta voluntaria derivada de dicha negativa en los casos que proceda".

por la denominación de voluntades anticipadas[74]- "una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo"[75]. Establece la Ley básica estatal que, la persona que ha de otorgar las instrucciones previas es una persona mayor de edad con capacidad de obrar plena[76], lo que contrasta con lo establecido en algunas legislaciones autonómicas donde se posibilita que puedan otorgarlas el menor emancipado o el incapacitado judicialmente cuando la sentencia de incapacitación lo permita[77]. En este documento se pueden establecer las opciones e instrucciones expresas y previas sobre determinadas actuaciones e intervenciones clínicas haya expresado el paciente –si las desea recibir o no-; cuestiones relacionadas con el final de la vida, siempre que sean conformes con la *lex artis*, también la designación de un representante para que sirva

[74] Vid., el artículo 8 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 15 de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 54 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; el artículo 34 de la Ley 7/2002 de Cantabria se refiere a la expresión de la voluntad con carácter previo; y, el artículo 45 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana se refiere al derecho a las voluntades anticipadas o instrucciones previas.

[75] En el mismo sentido, el artículo 8.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-3.1 del Código Civil catalán; el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 34.1 de la Ley 7/2002 de Cantabria; el artículo 30.1 de la Ley 8/2003 de Castilla y León que, también, establece expresamente que solo podrán realizar estas instrucciones previas las personas mayores de edad, capaces y libres; y, el artículo 2 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid que señala al respecto que "por el documento de instrucciones precias, una persona manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre el cuidado y el tratamiento de su salud o, llegado el momento de fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo".
Para DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., p. 419 el término "libre" parece referido a la declaración de voluntad y no directamente a la persona. Y añade que, "el tenor literal del precepto es lo suficientemente claro para entender que debe tratarse de personas mayores de 18 años, sin que pueda interpretarse que los menores emancipados pueden otorgar el documento de instrucciones previas, lo cual le parece poco coherente con el tratamiento que los emancipado y los que han obtenido el beneficio de mayor edad tienen en otros preceptos de la ley". Aparte de lo anterior, señala, asimismo que, "parece que en los casos de incapacitación tampoco se reconoce eficacia a este tipo de documentos, pues, el precepto habla de una persona "capaz"".

[76] Vid., en esta línea, el artículo 4 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid establece que se requiere ser mayor de edad y no haber sido incapacitado judicialmente y manifestar libremente la correspondiente declaración de voluntad.

[77] El artículo 15.1 de la Ley 6/2002 de Aragón establece que por voluntades anticipadas el documento en el que una persona con capacidad legal suficiente, mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, en su caso, con la asistencia prevista en el Código Civil aragonés. Y añade en su apartado 3 que "además de los mayores de edad, menores emancipados y menores aragoneses mayores de catorce años en los términos indicados en el apartado primero de este artículo, podrán emitir declaración de voluntades anticipadas los incapacitados judicialmente, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida". Asimismo, el artículo 45.1 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana establece que, podrá prestar voluntades anticipadas o instrucciones previas una persona mayor de edad o menor emancipado con capacidad legal suficiente.

como interlocutor válido con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, y en su caso, si así se hubiera establecido, tomar decisiones relativas a la aplicación o no de determinados tratamientos o la realización o no de determinadas intervenciones, esto es, sustituir en el otorgamiento del consentimiento informado en los casos en que este proceda-[78]; de no ser informado en caso de diagnóstico fatal, sobre donación de órganos con fines terapéuticos, docentes o de investigación; sobre las personas que, en su caso, se ha de informar, la aplicación de medidas paliativas o que, no se tomen medidas que prolonguen la vida artificialmente por medios de tecnologías y tratamientos extraordinarios –órdenes de no reanimación-, y, en fin, se puede contener referencia a los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias[79]. En todo caso, no serán aplicadas las instrucciones previas que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas[80]. Estas instrucciones pueden modificarse o revocarse en cualquier momento, dejando constancia por escrito[81], deben, asimismo, incorporarse tales instrucciones a la historia clínica, y con el fin de asegurar su eficacia en todo el territorio nacional, su inscripción en el Registro Nacional de Instrucciones Previas, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección que, ha sido creado por el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Se encuentran legitimados para acceder a los asientos del Registro Nacional: a) Las personas otorgantes de las instrucciones previas inscritas en él; b) Los representantes legales de las personas otorgantes o los que a tal efecto hubieran sido designados de manera fehaciente por estas; c) Los responsables acreditados de los registros autonómicos;

[78] En esta línea LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntades anticipadas (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 130 al señalar que "en el documento de instrucciones previas se podrá indicar si en caso de contradicción con la voluntad del otorgante éste prefiere que prevalezca la decisión del representante o su propia voluntad, sobre todo porque puede existir un conflicto de intereses". Asimismo, el artículo 212-3.1 *in fine* del Código Civil catalán.
En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho,* cit., p. 430 para quien, lo que no cabe es designar representante para que decida en lugar de aquél.

[79] Vid., el artículo 15.1 a), b) y c) de la Ley 6/2002 de Aragón; el artículo 8.1 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-3.2 del Código Civil catalán; el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de Galicia en relación con el nombramiento de representante; el artículo 34.3 de la Ley 7/2002 de Cantabria que, establece la posibilidad de dejar constancia escrita de las personas en las que el usuario delega su representación; los artículos 6 y 10 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid –este último referido al nombramiento de representante-, en el que se indica que se podrán designar uno o varios representantes por el orden y en la forma que estime conveniente para que, llegado el caso, sirvan como interlocutores suyos con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Podrán nombrarse los representantes en el mismo documento de instrucciones previas o en otro documento independiente; y el artículo 54.1 apartado 4 –designación de representante- y apartado 5 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

[80] En el mismo sentido, el artículo 8.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 5.3 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 11 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid; y, el artículo 54.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

[81] Vid., asimismo, el artículo 7 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid; y, el artículo 212-3.5 del Código Civil catalán.

d) Las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad y Consumo. En todo caso, la persona otorgante de instrucciones previas, o en su caso, sus representantes legales o los designados en el documento registrado ejercerán sus derechos de acceso mediante la presentación de la oportuna solicitud escrita al encargado del registro quien, previa comprobación de la identidad del peticionario, podrá expedir la oportuna certificación acreditativa. De todas formas, los responsables de los registros autonómicos y las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma y por el Ministerio de Sanidad y Consumo podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de comunicación telemática, previa solicitud del facultativo que estuviese tratando al otorgante. A tal efecto, deberán disponer de un certificado de clase 2 CA emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, o de un certificado de forma electrónica reconocida, emitido por el prestador de servicios de certificación homologado, conforme a las prescripciones sectoriales y a la legislación de firma electrónica. A tal fin, se establece un sistema que garantice técnicamente la identificación de la persona destinataria de la información, la integridad de la comunicación, la disponibilidad las 24 horas del día, la conservación de la información comunicada y la confidencialidad de los datos. Por otra parte, las personas designadas por las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de sus respectivos registros autonómicos, en la forma que en cada caso se determine. Y, en fin, las personas que, en razón de su cargo u oficio, accedan a cualquiera de los datos del Registro nacional de instrucciones previas están sujetas al deber de guardar secreto (artículo 4). En cuanto al procedimiento registral, hay que señalar que, una vez inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de éste lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada. Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas y se procederá a notificar el acto de inscripción al registro autonómico, en el término de siete días por el mismo procedimiento telemático. Cuando la información mínima resulte incumple o se aprecie algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que subsane la ausencia de aquellos datos en el plazo que se señale que, no podrá ser superior a 15 días. Transcurrido dicho plazo son suplir la omisión o corregir el defecto advertido, se denegará la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento (artículo 3)[82].

[82] La Disposición Transitoria única de este Real Decreto 124/2007 se refiere al otorgamiento de instrucciones previas en comunidades autónomas que no han regulado el procedimiento disponiendo a tal fin que "1. Cuando una comunidad autónoma no haya regulado el procedimiento al que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la persona que desee otorgar instrucciones previas, o, en su caso, su representante legal o la persona designada a tal efecto, en el propio documento, por el otorgante, las presentará ante la autoridad sanitaria de dicha comunidad autónoma, la cual en el plazo y condiciones fijadas en el artículo 3 de este Real Decreto

Habrá de constar por escrito[83] y, aunque la normativa estatal no se indica nada sobre cómo han de formalizarse las instrucciones previas, en las normativas autonómicas, sin embargo, si se precisan los procedimientos que permiten su otorgamiento así: 1. Ante Notario; 2. Ante dos o tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar[84]; 3. Ante el personal o funcionario habilitado al efecto en el departamento o Consejería competente en materia de salud[85]. Corresponde, en todo caso, al médico

deberá remitirlas al Registro nacional para su inscripción provisional, el cual notificará dicha inscripción provisional a la comunidad autónoma correspondiente; 2. En estos casos, tales instrucciones previas y los documentos que las acompañen quedarán en depósito y bajo la custodia del Registro nacional hasta tanto se cree el correspondiente registro autonómico; 3. Creado ese registro, el Registro nacional de instrucciones previas le hará entrega de las instrucciones y documentos en él depositados conforme lo dispuesto en el apartado anterior y, al propio tiempo, notificará a los interesados esta entrega. El registro autonómico, por su parte, comunicará al Registro nacional, en el plazo de siete días, la inscripción efectuada y tomará carácter definitivo en este la inscripción que, en su momento, se realizó provisionalmente; y, 4. En lo que se refiere a estas inscripciones, el acceso al Registro nacional de instrucciones previas se sujetará a lo dispuesto en el artículo 4".

[83] El artículo 5 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid añade que, debe figurar en el mismo la identificación del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento.

[84] Vid., el artículo 5.2 de la Ley 3/2001 de Galicia que precisa que, dos como mínimo no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

[85] Vid., el artículo 8.2 de la Ley 21/2000 de Cataluña alude solo al otorgamiento ante notario y tres testigos, mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relaciones de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante; el artículo 15.5 de la Ley 6/2002 de Aragón que se refiere a estas tres formas de otorgamiento. Si bien, solo ante dos testigos, de los cuales uno no puede tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculado por relación patrimonial con el otorgante; el artículo 30.2 de la Ley 8/2003 de Castilla y León que, igualmente, señala las tres formas de otorgamiento descritas; y en el caso de testigos han de ser tres mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial u otro vínculo obligacional con el otorgante"; también el artículo 34.2 a), b) y c) de la Ley 7/2002 de Cantabria que, en caso de testigos, se ha de prestar ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado, ni relación laboral, patrimonial o de servicios, ni relación matrimonial ni de análoga afectividad a la conyugal con el otorgante; por su parte, el artículo 5.2 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid señala como procedimientos para otorgar instrucciones previas, además de en las unidades administrativas y en los servicios de atención al paciente de las instituciones y centros sanitario y socio-sanitarios, público y privados, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por matrimonio o vínculo de análoga relación de afectividad en la forma establecida legalmente, relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligaciones con el otorgantes; señala que, igualmente, los pacientes de manera excepcional y en un contexto de riesgo vital podrá manifestar sus instrucciones precias en cualquier soporte que de forma fehaciente exprese su libre e inequívoca voluntad. En este supuesto, dicha voluntad deberá incorporase en la historia cínica, además, será precisa la firma del médico y de la enfermera responsable de dicha atención. Para garantizar el respeto de la voluntad del paciente, la dirección del centro lo notificará al Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid. Asimismo, el artículo 55 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra se refiere e los tres tipos de procedimiento, y en caso de testigos han de ser tres, mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

encargado directamente de prestar la asistencia al paciente de cumplir con las instrucciones previas[86].

En este contexto, hay que señalar que, el consentimiento informado no representa un derecho ilimitado, pues, hay límites que, analizaremos, y derivan de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo o en caso de riesgo para la salud pública o en razón de la necesidad derivada se situaciones de urgencia.

2. Excepciones al principio de consentimiento informado.

El artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente se hace referencia, por una parte, a los supuestos ya mencionados en líneas precedentes, en los que se exime al médico de la obligación de recabar el consentimiento del paciente, como son los de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por ley y, riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, sin perjuicio de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él -urgencia vital- (apartado 2)[87]; y, por otra, se recoge aquellos otros casos en los que, aun siendo necesario el consentimiento, éste no proviene de la persona que se somete a la intervención médica de que se trata, sino de una tercera persona (apartados 3, 4 y 5). Se trata de lo que el legislador ha llamado "consentimiento por representación", incluyendo en el apartado 3 a las personas incapaces de hecho, a las personas con la capacidad modificada judicialmente –incapacitadas legalmente- y a los menores de edad sin o con suficiente juicio, pues, en este último supuesto, el legislador tiene presente y hace también una previsión al respecto, como es la relativa al caso de los menores maduros y al valor jurídico de su consentimiento.

Antes de analizar los supuestos de "consentimiento por representación", con relación a los riesgos para la salud pública a causa de razones sanitarias (letra a) del apartado 2 del citado artículo 9) se hace referencia a la preservación y protección de la misma frente a los riesgos que puedan derivarse de la extensión incontrolada de alguna enfermedad transmisible al ser humano con relativa facilidad. Supone la admisión de tratamientos obligatorios o coactivos impuestos por la Ley, pues se otorga prioridad a los intereses colectivos frente a los individuales. Respecto a los casos de urgencia vital, el artículo 9.2 letra b) faculta al personal sanitario para intervenir inmediatamente a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento "cuando exista riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización". Nos estamos

[86] Vid., asimismo el artículo 8.1 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid.

[87] En esta línea, el artículo 11.2 a) y b) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 6.2 a) y b) de la Ley 2/2002 de La Rioja; el artículo 33 a) y b) de la Ley 7/2002 de Cantabria precisa, con relación a la no realización del procedimiento diagnóstico o terapéutico represente un riesgo para la salud pública. En estos casos, deberá comunicarse a la autoridad judicial, en el plazo de veinticuatro horas, las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias; el artículo 13 de la Ley 6/2002 de Aragón; y, el artículo 43.8 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

refiriendo a situaciones de inconsciencia, de deficiencia o enfermedad mental del paciente, donde por su estado no está capacitado para otorgar el consentimiento, ni es posible acudir a los representantes legales o familiares del paciente o personas vinculadas de hecho a él y donde además, la propia urgencia del caso exige la actuación inmediata del facultativo.

3. Capacidad para prestar válido consentimiento. El consentimiento por representación. Instrumentos para prestarlo.

El artículo 9 apartado 3 de la Ley de Autonomía del Paciente viene a regular los diversos supuestos en los que el consentimiento se puede otorgar por representación. Se trata de supuestos muy heterogéneo, entre los que se vienen a incluir aquellos en los que la persona carece de representante y su consentimiento viene a ser prestado por personas vinculadas con él; y en los que precisamente en atención a diversas circunstancias el consentimiento no lo presta directamente el paciente, como viene a ser la regla general prevista en el artículo 8; lo que no predetermina el que no deba recibir previamente información, en base a lo dispuesto en el artículo 5 [88]. Ahora bien, el legislador estatal utilizar la expresión "consentimiento por representación" que, no casa bien con una materia como es la relacionada con el ejercicio de los derechos de la personalidad. De ahí que, hubiera sido preferible mantener la propuesta en la Proposición de Ley "por sustitución"[89].

No obstante, conviene precisa, por un lado, que, la prestación del consentimiento por representación se debe realizar según los parámetros contenidos en el artículo 9.5 de la Ley de Autonomía del Paciente, cuya pretensión es garantizar el respeto a la autonomía privada del paciente. Tales parámetros se concretan en que la decisión tomada por el representante ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del paciente, que actúe a su favor y que respete su dignidad. La exigencia de actuación a favor del paciente, sea menor o con la capacidad modificada judicialmente, conlleva que los representantes adopten decisiones relativas a su salud guiados únicamente por su interés y siguiendo la escala de valores de aquél y no la suya propia, sin que dicha actuación tenga que identificarse necesariamente con la mejor o más recomendable opción médica. Además el respeto a la dignidad personal del paciente pretende evitar el denominado "encarnizamiento terapéutico" que consiste en aplicar todos los medios posibles para salvar la vida del paciente con independencia del sufrimiento que pueda causar o del estado en que puede quedar tras la aplicación del tratamiento o la realización

[88] DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., pp. 345-346.

[89] El artículo 7 de la Proposición de Ley presentada en el Congreso tenía como redacción "Excepciones a la exigencia de consentimiento y otorgamiento de consentimiento por sustitución". Tras una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la número 79, que fue admitida se sustituye la palabra sustitución por representación. La justificación que se dio a la redacción de esta enmienda fue que "en nuestro derecho la palabra adecuada es representación" (B.O.C.G., número B-134, 27 de septiembre de 2001, p. 57).

de la intervención[90], resultando especialmente relevante en el supuesto de "enfermo en estado crítico". Se introduce así criterios objetivos de contenido ético que deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso. Y, por otro lado, que el consentimiento al que nos vamos a referir en los siguientes apartados, es el consentimiento del paciente a la actividad médica concreta, tenga ésta una finalidad directamente terapéutica o no, pues, resulta indispensable para legitimarlo[91]. Si bien, la necesaria intervención del representante legal en la prestación del consentimiento exigirá tener presente la normativa de las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil; como, asimismo que, cuando nos referimos a representación legal nos estamos refiriendo a los titulares de la patria potestad, al tutor o al defensor judicial, al curador, y en caso de menores en situación de desamparo, a la Entidad Pública que asume la tutela automática de menores en situación de desamparo (artículo 172 del Código Civil).

A) Personas incapaces de hecho.

El paciente, como hemos señalado, es quien necesariamente ha de expresar su consentimiento al tratamiento médico correspondiente, decisión personal que dimana del derecho de autonomía o autodeterminación del individuo. Por consiguiente, al paciente, mayor de edad, con plena capacidad de obrar para prestar su consentimiento, le corresponde otorgarlo, siendo aplicable todas las reglas relativas al mismo ya analizadas.

Ahora bien, para que el consentimiento sea válido para el médico es necesario, asimismo, que el paciente sea capaz de tomar decisiones, que esté en plena posesión de sus facultades físicas o psíquicas; que sea, en esencia, capaz de entender y de querer la trascendencia del acto a consentir. Puede darse el caso que éste no se halle en esta situación, bien por tener su capacidad de decisión disminuida (de forma temporal: minoría de edad; o sobrevenida: incapaz de hecho), o bien por carecer totalmente de ella (capacidad modificada judicialmente).

Pues bien, a la situación de incapacidad de hecho alude tanto el artículo 9.3 a) como el artículo 5.3 de la Ley de Autonomía del Paciente cuando se refiere al titular del derecho a la información. Ambos preceptos hacen referencia a los supuestos de incapacidad transitoria o sobrevenida. Estamos ante una falta de capacidad, donde el paciente se haya impedido temporalmente tanto de entender la información que le proporciona el médico, como, igualmente, de tomar la decisión más adecuada. Se trata, por tanto, de aquellas personas que sin estar necesariamente inconscientes ni tratarse de menores o personas incapacitadas judicialmente, no pueden, por no encontrarse en la plenitud de sus facultades, prestar válidamente el consentimiento. En estos supuestos, como señala el artículo 9.3 a), el consentimiento será sustituido

[90] SEUBA TORREBLANCA, J. C., y RAMOS GONZÁLEZ, D.: "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica", *Indret,* núm. 2, 2003, p. 8. Vid., asimismo, el artículo 14.3 de la Ley 6/2002 de Aragón.

[91] SANTOS MORÓN, Mª. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamiento médico. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 54.

por el del representante legal, y a falta del mismo, por el de las personas vinculada a él por razones familiares o de hecho[92]. Ahora bien, esta referencia a la sustitución del consentimiento por parte del representante legal resulta un tanto dudosa, pues, el paciente no está, en principio, incapacitado judicialmente; y, además, porque, tal como dispone el artículo 5.3, aquella se proporcionará a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho sin aludir al representante legal. Por lo que, en lógica consecuencia, resulta más correcta la referencia contenida en el artículo 5.3 que la de este artículo 9.3 a)[93]. En todo caso, no se indica nada de quienes serán las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. No obstante, el artículo 6.1 a) apartado segundo de la Ley 3/2001 de Galicia precisa que "en caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad". Igualmente, el artículo 43.4 a) de la Ley 10/2014 de la Comunidad valenciana señala que, el orden de prelación de las personas vinculadas al mismo para prestar el consentimiento informado por sustitución o representación será el siguiente: el cónyuge no separado legalmente o el miembro de la unión de hecho formalizada de conformidad con lo establecido en la legislación vigente, o en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. No obstante, si el paciente hubiera designado previamente por escrito o de forma indubitada a una persona a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia.

Ahora bien, el hecho que la persona esté incapacitada transitoriamente para tomar decisiones y su consentimiento sea sustituido por el de su representante, o por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, no impide que su opinión sea tenida en cuenta, a los efectos de facilitar al máximo su participación en el proceso asistencial, pues el respeto a su dignidad personas así lo exige[94]. En todo

[92] Vid., el artículo 7.2 a) de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 6.1 a) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 31 a) de la Ley 7/2002 de Cantabria; y, el artículo 14.1 a) de la Ley 6/2002 de Aragón.

[93] No obstante, esta referencia a la figura del representante también tiene lugar en alguna legislación autonómica, olvidando, igualmente, que la legitimación en este supuesto opera al margen de la representación legal: así, el artículo 31 de la ley 7/2002 de Cantabria; y, el artículo 6.3 a) de la Ley 2/2002 de La Rioja.

[94] ROMEO MALANDE, S.: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 4172002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (y II)", *LA LEY,* año XXIV, núm. 5704, de 24 de enero de 2003, p. 1. Asimismo, se expresa en este sentido el artículo 6.3 del CDHBM: "cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización". Igualmente, vid., el artículo 7.4 último inciso de la Ley 21/2002 de Cataluña; y el artículo 212-2.3 del Código Civil catalán que dispone al respecto que "si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permita hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento debe obtenerse de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, de las mismas personas que deben recibir la información a que se refiere el artículo 212-1.4". estas personas son: las designadas en documento de voluntades anticipadas, el asistente legalmente

caso, a quien corresponde decidir si tiene el paciente capacidad para expresar su opinión es al médico. Quien dejará constancia motivada y expresiva de la misma. Si existe desacuerdo entre la opción del médico y el paciente entorno a su capacidad, será necesario solicitar la intervención de la autoridad judicial. No obstante, exista o no discrepancia, en situaciones de urgencia vital, el médico deberá actuar inmediatamente, sin tener que solicitar ningún consentimiento. Corresponde evaluar la capacidad del paciente al médico que, en su caso, podrá solicitar la ayuda de otros especialistas –psiquiatras o psicólogos clínicos-, así como de los Comités Asistenciales Éticos que, existen en los Centros Sanitarios.

Por otra parte, el paciente puede haber designado previamente a una persona, a efectos de que emita en su nombra el consentimiento informado, correspondiendo a ellas esa decisión. Puede haberse nombrado esa persona en el documento de instrucciones previas como representante en los términos analizados en líneas precedentes; o en el caso de tratarse de un apoderamiento o mandato preventivo en los dos supuestos contenidos en el artículo 1732.3 del Código Civil: 1. Apoderamiento preventivo en sentido estricto o ad cautelam: el apoderamiento se otorga en previsión de incapacidad del poderdante; de forma que, surtirá efectos, cuando ésta tenga lugar. La incapacidad abarca un espectro más amplio al incluir todos aquellos supuestos en que con carácter temporal o permanente una persona no puede prestar válidamente el consentimiento[95]. Puede, por tanto, dentro del amplio margen de posibilidad que ofrece el término "incapacidad" bastar la simple falta de capacidad natural acreditada por el apoderado mediante dictamen médico; o dejar su apreciación al amplio arbitrio del apoderado; o, en fin, estar el poderdante incapacitado judicialmente para que el apoderado sea eficaz. Todo depende de la voluntad de quien otorga el poder. El apoderado puede actuar ante la incapacidad del poderdante en la toma de decisiones y actuaciones sanitarias; y, 2. Apoderamiento continuado o con subsistencia de efectos: se trata de un poder ya otorgado que se mantiene subsistente y eficaz, pese a la incapacitación sobrevenida de la persona, sea ésta como en el caso anterior declarada o no judicialmente, pues así se ha previsto por ésta, en el margen de autonomía que el ordenamiento le brinda respecto de todo aquellos que su capacidad de autogobierno le permita regular hacia el futuro. El poderdante ha dispuesto su eficacia, aunque sea posteriormente incapacitado. En este caso, el apoderado, igualmente, puede tomar decisiones referentes a tratamientos o actuaciones sanitarias[96].

De todas formas, en cualquiera de estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Por lo que, es posible que, aun siendo incapacitado judicialmente,

designado, el representante legal, la persona que tiene la guarda de hecho, y los familiares o las personas que están vinculadas a ella según proceda.

[95] Vid., JIMÉNEZ CLAR, A. J.: "La autotutela y los apoderamientos preventivos", *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de discapacitados, Valencia 12, 19 y 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia 2005, p. 151.

[96] Vid., BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El "apoderamiento o mandato preventivo" como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad", en LASARTE ÁLVAREZ, C.: *La protección de las personas mayores,* Tecnos, Madrid, 2007, p. 202.

subsista el apoderamiento preventivo y las decisiones referentes al paciente las siga adoptando el apoderado; o se extinga en la misma resolución judicial de incapacitación o por el tutor, siendo éste entonces quien decida en estos casos.

Finalmente, en caso de nombramiento de asistente que, conforme dispone el artículo 226-1 del Código Civil catalán puede solicitarlo a la autoridad judicial por el procedimiento de jurisdicción voluntaria "la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ellas misma o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas". En todo caso, la autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial podrá determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de lo que debe cuidad el asistente. Así, a los efectos que nos interesan, en el ámbito personal, el asistente deberá velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refiere los artículos 212-1 y 212-2 respectivamente, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos[97] y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas (artículo 226-2-2). Por lo que, podrá consentir cualquier actuación o tratamiento médico relativo a la persona del asistido cuando no pueda decidir por sí misma. En todo caso, a instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial podrá acordar la reducción o ampliación del ámbito de las funciones del asistente, si es necesario dadas las circunstancias. Si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación del su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial (artículo 226-4).

B) Personas con la capacidad modificada judicialmente.

La incapacitación es un estado civil de la persona física que, se declara judicialmente cuando concurren en ella alguna de las causas establecidas por la ley (artículo 199 del Código Civil). A estas causas se refiere el artículo 200 del mismo cuerpo legal como "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma". La limitación de la capacidad que sufre el incapacitado judicialmente ha de ser necesariamente sustituida o completada por una persona. Por su parte, el artículo 760.1 de la LEC señala que, la sentencia que declara la incapacitación deberá determinar la extensión y límites de la misma, así como el régimen al que debe quedar sometido el incapacitado. Y añade, en su apartado 2, que si en la demanda de incapacitación se solicitó el nombramiento de la persona o personas que hubieran de asistir o representar al incapaz (artículo 759.2

[97] El artículo 212-1.4 del Código Civil catalán dispone al respecto que "si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, este debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda".

de la LEC), se podrá proceder por el Tribunal al nombramiento de tales personas. Pues bien, trasladándose al ámbito médico-sanitario, a estas personas con la capacidad modificada judicialmente se refiere el artículo 5.2 de la Ley de Autonomía del Paciente en relación al titular del derecho a la información asistencial y artículo 9.3 b) "cuando el paciente esté incapacitado judicialmente". Mientras que la información se deberá proporcionar, además de al paciente, a las personas encargadas de su guarda (representantes legales). Una información que deberá transmitirse a aquél "de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión". El consentimiento, en cambio, en este mismo supuesto será sustituido por el representante legal designado judicialmente[98], sin participar el paciente incapacitado de la "ventaja" que el legislador estatal parece consolidar, en cambio, cuando regula el derecho a la información. No obstante, partiendo de esta premisa, lo cierto es que, puede suceder que el paciente, aun estando incapacitado, tenga, sin embargo, capacidad para entender el alcance de la intervención, por lo que cabe preguntarse ¿se debe prescindir de su consentimiento u operar como sucede en la información dejándole participar, si a juicio del facultativo reúne suficientes condiciones de madurez? La mayoría de la doctrina, sin embargo, responde a esta cuestión señalando que, si el incapacitado tiene suficiente "condiciones de madurez", esto es, capacidad natural para querer y entender el significado y alcance de la actuación a realizar, no se deberá prescindir de su consentimiento[99]. Lo que está en consonancia con la base sobre la que se asienta la Convención de la ONU de personas con discapacidad de favorecer la participación del discapacitado en todas las actuaciones

[98] En esta línea, el artículo 14.1 b) de la Ley 6/2002 de Aragón; si bien, establece el apartado 2 del artículo 14 que "se podrán realizar, sin la exigencia del consentimiento previo del paciente, las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada"; el artículo 33.1 b) de la Ley 7/2002 de Cantabria y añade el apartado 2 de este mismo precepto que, el consentimiento regulado para este supuesto como para el caso que el médico responsable entienda que el usuario no está en condiciones de entender de manera clara, precisa y completa la información relativa al procedimiento diagnóstico o terapéutico indicado, deberá, además, contar con autorización judicial cuando de los procedimientos o prácticas se derive un gran peligro para la vida o la integridad física o psíquica del enfermo; el artículo 6.3 b) de la Ley 2/2002 de La Rioja que, precisa que "este consentimiento deberá expresarse por escrito en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos o prácticas médicas que, impliquen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles para la salud del usuario, y deberá, asimismo, contar con autorización judicial cuando de tales procedimiento o prácticas se derive un gran peligro para su vida e integridad física o psíquica. Cuando razones de urgencias impidan obtener la autorización judicial, se deberá comunicar al juez lo actuado en el plazo de veinticuatro horas"; el artículo 12.5 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears para cualquiera de los supuestos de incapacidad del paciente para tomar decisiones. El derecho sobre cualquier tipo de intervención que afecte a su salud corresponderá a los representantes legales que determine la sentencia de incapacidad. Y, añade que, en el caso de inexistencia de declaración judicial, corresponderá a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él. La situación de incapacidad no obsta para que los pacientes sean informados y participen en el proceso de toma de decisiones de manera adecuada a su grado de discernimiento; el artículo 51.1 b) de la Ley Foral 17/2010; y, el artículo 43.4 b) de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

[99] SANTOS MORÓN, Mª. J.: *Incapacitados,* cit., pp. 37-38; RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 256-257; PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "La capacidad", cit., p. 32.
Precisamente, en el artículo 6.1 b) *in fine* de la Ley 3/2001 de Galicia se establece que "la opinión del paciente será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad".

relacionadas con el mismo, incluso en el ámbito sanitario y, de tener presente que, la incapacitación constituye la última opción, y que se debe optar por realizar "un traje a medida" a la hora de concretar el campo de actuación del discapacitado, en el que se favorezca, asimismo, al máximo la autodeterminación de individuo y su dignidad.

Ahora bien, como ocurre en el supuesto analizado con anterioridad, corresponde al médico apreciar si el paciente incapacitado tiene suficiente madurez para poder consentir. Evidentemente, la capacidad de discernimiento necesaria para comprender las implicaciones de un tratamiento de poca entidad no puede ser la misma que, la que puede ser exigida para entender los riesgos y beneficios de una intervención de mayor entidad y riesgo. Si existen discrepancias con el médico, tanto por parte del paciente como del representante legal, acerca de las condiciones de madurez del incapacitado, será la autoridad judicial la que decida. También será necesaria la intervención judicial cuando la decisión tomada por los representantes legales sea perjudicial para la integridad o salud del representado-paciente, o entrañe un grave riesgo o le pueda suponer graves secuelas. No obstante, como hemos mencionado en más de una ocasión, si existe una razón de urgencia vital, el médico deberá actuar de manera inmediata, amparando su actuación el estado de necesidad.

C) Menores de edad.

El artículo 154 del Código Civil atribuye a los padres que ostenten la patria potestad la representación legal de sus hijos menores no emancipados, como una de las formas de prestarles asistencia, de velar por ellos. El fundamento de dicha representación legal se encuentra, por tanto, en la protección de la persona, al no ser capaz por sus especiales circunstancias, de desenvolverse por sí mismo, de actuar con plena independencia y autonomía jurídica. El menor hasta que no alcance su plena madurez y sea capaz naturalmente de asumir el resultado de su propia actuación con libertad, su autonomía queda limitada como medida que redunda en su propio beneficio. Por mandato legal, se sustituye su voluntad por la de ciertas personas a las que de forma irrenunciable y automáticamente se legitima para actuar en nombre e interés del menor representado[100]. En consecuencia, este derecho y deber de representar que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores no emancipados, comprende todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes del representado, en esencia, en todos aquellos asuntos que puedan beneficiarles, salvo aquellos que se encuentren expresamente exceptuados. Precisamente, en el apartado segundo del artículo 162 se excluyen de la representación de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Entre estos derechos de la personalidad, hemos de destacar, el

[100] BARRADA ORELLA, R.: "El ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor emancipado", *LA NOTARIA,* núms. 7-8, julio-agosto 1997, p. 110 señala, al respecto que "a medida que el menor desarrolla sus aptitudes físicas e intelectuales, a medida que la capacidad del menor madura, el ejercicio de las funciones representativas debe disminuir en su rigor, adaptándose elásticamente al desarrollo real de la personalidad del representado".

derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, cuyo carácter personalísimo y el reconocimiento expreso de la capacidad natural del menor en el ejercicio de los mismos, resulta especialmente relevante cuando nos adentramos en el campo sanitario, y al menor se le tiene que someter a un tratamiento médico o a una intervención quirúrgica. Por lo que dicho precepto responde a la idea que en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular, de forma que, el representante no puede actuar o su actuación es solo complementaria. Por consiguiente, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que un consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez. Por su parte, el artículo 2 de la LOPJM dispone que, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva[101].

Por tanto, la representación legal de los menores tiene como límite el interés del representado y el respeto al libre e integral desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española), y su dignidad individual como persona. Este respeto conlleva la necesidad de reconocerle cierto ámbito de autonomía, esto es, un progresivo ámbito de actuación de forma independiente y conscientemente responsable[102]. Ahora bien, este reconocimiento de un ámbito de capacidad al menor de edad, favorecedor de su libre desarrollo de su personalidad no puede llevarse a tales extremos que, pongan en peligro su propia existencia. Resulta esencial actuar siempre en interés del menor[103]. Son dos, pues, los principios sobre los que ha de operar la regulación que se viene elaborando entorno a la figura del menor, y que inciden en la propia operatividad de la excepción: la capacidad natural y el interés del menor. Lo que determina esa capacidad natural de discernir viene delimitada en la realización de actos relativos a los derechos de la personalidad por el contenido de la ley y por las condiciones de madurez del menor; y debe, asimismo, analizarse, atendiendo al caso concreto, la naturaleza de los derechos sobre los que el menor de edad está ejerciendo la disposición y las consecuencias que, la misma en un futuro va a tener para él[104]; y sobre todo si estás va a redundar

[101] Las Resoluciones de la DGRN de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2380) y 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3631) señalan que "no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que autorizase a aquél actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del artículo 322 del Código Civil en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados". Y, añaden que "(…) si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1.3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que, además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad".

[102] BARRADA ORELLA, R.: "El ejercicio", cit., p. 109.

[103] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Capacidad", cit., p. 953; VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, p. 144.

[104] CORDOY BIDASOLO, M.: "El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento", *Protección de los menores en el Código Penal,* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 299; BARRADA ORELLA, R.: "El ejercicio", cit., p. 123.

en su interés, es decir, si le van a resultar o no beneficiosas[105]. Se trata, en definitiva, en este nuevo marco jurídico, de buscar el punto de equilibrio –en interés siempre del menor- de la doble necesidad a la que el Ordenamiento Jurídico debe atender, por un lado, el reconocimiento al menor de una capacidad de obrar progresiva, un ámbito de autonomía acorde con su propia personalidad; y, por otro, la necesaria intervención de los padres, como representantes del menor, limitando su actuación siempre en su propio beneficio e interés.

En este contexto, el artículo 9.3 c) de la Ley de Autonomía del Paciente establece expresamente la capacidad necesaria de los menores para prestar el consentimiento a un tratamiento médico, y la actuación en su caso, de quienes ejercen la patria potestad como "representantes legales", desplegando toda la diligencia necesaria para garantizar la vida e integridad física de sus hijos menores, cuando aquellos carecen de condiciones de madurez suficientes para la toma de decisiones que, afectan a su vida e integridad personal, no sólo en aquellos supuestos que la propia norma lo exige, sino también cuando el acto en concreto por su propia envergadura lo determina, en aras de lograr una adecuada protección.

Se ha de distinguir entre supuestos de consentimiento "por representación" que, son los relativos a los menores de edad no emancipados, que carecen de capacidad natural de entender y querer –de condiciones de madurez suficientes-; y, los menores de edad no emancipados, pero con suficiente madurez para entender el alcance de la intervención (menores maduros). El artículo 9.3 c) solo se refiere a los primeros, los segundos carecen de mención legal[106]. Respecto a los menores de edad incapacitados habrá de estarse a la sentencia de incapacitación.

En el caso de paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención –menores no maduros-, el consentimiento lo presta su representante legal, después de haber escuchado la opinión del menor, conforme lo dispuesto en el artículo 9 de la

No obstante, de las posibles interpretaciones en torno a la excepción primera del artículo 162, la doctrina se inclina mayoritariamente por entender que los actos relativos a la personalidad corresponde realizarlos al menor cuyas condiciones de madurez le permitan comprender su alcance, dejando el requisito de la previsión legislativa para las demás hipótesis, vid., URIBE SORRABAS, A.: "La representación de los hijos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. XXV, 1982, p. 261; DÍEZ PICAZO, L.: "La reforma del Código Civil en materia de patria potestad", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia, Sevilla 1982, p. 304.

[105] VARGAS CABRERA, B.: *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994, p. 9, señala que, debe primar siempre el interés del menor sobre el del padre o guardador y el interés futuro sobre el de presente.

[106] En cambio, a estos menores, sí se refiere el artículo 6.4 de la Ley 2/2002 de La Rioja cuando dispone que "el usuario menor de 16 años que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención o tratamiento, deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado. Si careciere de dicha capacidad, dicho consentimiento habrán de prestarlo, en los supuestos y formas establecidos en esta Ley, sus representantes legales, informándose en todo caso el menor de forma comprensible y adecuada a su edad y necesidades sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud"; y, el artículo 212-2.1 del Código Civil catalán.

LOPJM –que serán aquéllos también titulares del derecho a la información asistencial-[107]. Ciertamente, los representantes legales del menor vienen obligados a procurar y, por ende, a consentir los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la vida y la salud de los menores en su posición de garantes de tales bienes jurídicos en función del deber de velar por ellos que, les impone el artículo 154 del Código Civil y, en el ámbito sanitario el artículo 9.6 de la Ley de

[107] Recordemos que el artículo 9.1 de la LOPJM establece que "el menor tiene derecho a ser oído y escuchado son discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias". Y añade el apartado 2 que el derecho a ser oído y escuchado "se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos". Por su parte, el artículo 6 apartado 2 del Convenio de Oviedo señala que "cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factos que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. El apartado cuarto del citado precepto añade que, el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5. Y, el apartado quinto, finalmente, dispone que la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada. El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subraya la exigencia que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones. También se pone de manifiesta en tal informe, la necesidad que existan procedimientos adecuados para "los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente".
En esta línea, el artículo 7.2 d) de la Ley 21/2000 de Cataluña en caso de menores, si éstos no son competentes ni intelectual ni emocionalmente para comprender el alcance de la intervención sobre su salud el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años; el artículo 6.1 c) de la Ley 3/2001 al disponer, asimismo que, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos; el artículo 33.1 c) de la Ley 7/2002 de Cantabria remite a la legislación básica estatal y señala que prestará el consentimiento el representante legal y añade en el artículo 32 que "los menores será consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada"; y, el artículo 14.1 c) de la Ley 6/2002 de Aragón. Por su parte, el artículo 12.6 de la Ley 5/2003 de las Illes Balears en cuanto a los menores de edad, siempre que no estén emancipados o tengan dieciséis años cumplidos, señala que el derecho a decidir corresponderá a sus padres, tutores o curadores que ostente su representación legal. Si bien, la opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo que establecen las leyes civiles. En el caso que, haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la última autorización se someterá a la autoridad judicial; el artículo 51.1 c) de la Ley Foral 17/2010 de Navarra cuando se trata de paciente menor de entre doce y dieciséis años, no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado la opinión de éste, si tiene doce años cumplidos; y, el artículo 43.4 c) de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

Autonomía del Paciente, en esta línea, exige que el consentimiento por representación se otorgue "siempre a favor del paciente y con respecto a su dignidad personal". Ahora bien, si los progenitores están separados o divorciados, aunque la guarda se atribuya en exclusiva a uno de ellos, ambos son titulares de la patria potestad y deberán prestar el consentimiento conjuntamente. Si se trata de actos cotidianos o rutinarios en la vida del menor o de urgencia vital bastará con el consentimiento del progenitor que esté presente, bien porque tenga atribuida la guarda, o bien porque está ejercitando su derecho de visitas[108]. Igualmente, en caso de guarda y custodia compartida (artículo 92 del Código Civil) las decisiones relativas a actuaciones o tratamientos sanitarios de sus hijos menores de edad corresponden tomarlas a ambos progenitores como titulares de la patria potestad, sin perjuicio de las indicadas decisiones rutinarias, ocasionales o de poca trascendencia, o de urgencia vital que en este caso, decidirá el progenitor que tenga en ese momento la guarda. En todos estos casos, se actuará siempre en interés del menor[109].

De existir conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con suficiente madurez y la de sus padres o representantes legales, el médico decidirá siempre atendiendo al interés superior del menor.

Por otra parte, siendo posible la toma de decisiones en función de la representación en materia relacionada con el ejercicio de los derechos de la personalidad, ello no excluye, sin embargo, la posibilidad brindada por el artículo 158.6 del Código Civil, de un cierto control judicial en la actuación de los representantes legales. Si bien, el artículo 9.3 c) no hace referencia a este control, si bien no se impide la operatividad del mismo cuando la decisión del representante pueda ocasionar un perjuicio al menor, negándose, por ejemplo, a que se le realice una intervención precia para su vida o integridad. El citado artículo 158.6 permite al Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictar cualquier disposición que considere oportuna "a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios"[110]. Precisamente, la operatividad de dicho artículo 158.6 puede tener lugar cuando las decisiones, acciones u omisiones de los padres o representantes legales pueden presumirse contrarias a los intereses del menor o de la persona incapacitada[111].

[108] En esta línea, vid., el artículo 43.5 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

[109] En esta línea, GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad*, cit., p. 661, si bien, precisa que, en ocasiones, será necesaria la práctica de pruebas periciales médicas para determinar el mejor interés del menor, cuando falta el consenso entre ambos progenitores.

[110] El artículo 51.3 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra establece que, en caso que la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

[111] En esta línea, vid., el artículo 43.6 de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana. Por su parte, el artículo 212-2.4 del Código Civil catalán señala al respecto que "si las personas llamadas a dar el consentimiento por sustitución se niegan a darlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir".

En este contexto, con la reforma operada por la Ley 26/2015 se considera situaciones de riesgo la negativa de los padres, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento para salvaguardar la vida e integridad física o psíquica de un menor. A tal efecto, las autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos que se adopten la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (artículo 17.10 de la LOPJM). No se ha de olvidar que, la prestación del consentimiento por representación ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del hijo –paciente- y con respeto a su dignidad personal. Además, el paciente podrá participar en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

En el caso, de guarda voluntaria asumida por la Entidad Pública que en el respetivo territorio tiene encomendada la protección de menores, que tiene lugar cuando los padres/progenitores o tutores no pueda cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el juez en os casos en que legalmente proceda (artículo 19 de la LOPJM y artículo 172 bis del Código Civil), los progenitores seguirán teniendo la titularidad de la patria potestad y la responsabilidad en la toma de decisiones en materia de actuaciones e intervenciones sanitarias relativas a su hijo o hijos menores de edad. De declararse el desamparo del menor, corresponde asumir la guarda por ministerio de la ley a la Entidad Pública (artículo 172 del Código Civil). La asunción de la guarda lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, por lo que la toma de decisiones relativas al menor de edad desamparado corresponde a la Entidad Pública –que también será el titular de la información-; incluso puede procederse a la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. De tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades (artículo 19 bis.1 de la LOPJM).

De estar el menor bajo guarda de hecho y la autoridad judicial tiene conocimiento de la existencia de tal guarda de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer, asimismo, las medidas de control y vigilancia que, considere oportunas. Si el juez mantiene la guarda de hecho, cautelarmente, puede otorgar al guardador de hecho facultades tutelares, entre ellas puede referirse a las relativas al ámbito personal de la tutela y, en consecuencia, poder tomar decisiones en relación con intervenciones o actuaciones en el ámbito sanitario que, sean rutinarias y cotidianas, en tanto se decide la constitución de la tutela[112]. Para intervenciones de alto riesgo en el caso de concederle el juez al guardador de hecho

[112] Vid., sobre la materia, BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, septiembre-octubre 2016, pp. 2845 a 2868.

facultades de actuación en todo el ámbito personal, podría tomar decisiones de esta naturaleza; si no fuera así, debería solicitarse por el guardador autorización judicial.

En todo caso, ante el desamparo del menor se podrá constituir por la Entidad Pública al guardador de hecho como acogedor mediante la constitución de un acogimiento familiar temporal que, tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar o la adopción de otra medida de protección definitiva (artículo 173 bis.2 b) del Código Civil).

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone al acogedor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral en un entorno afectivo adecuado (artículo 173.1 del Código Civil). En este supuesto, el acogedor asume obligaciones similares a las de los progenitores y en interés del menor podrán decidir en todo lo relativo a las intervenciones y actuaciones sanitarias del menor acogido –dentro de la obligación de velar por él-.

Si hay guardador de hecho y no se dan los presupuestos objetivos de falta de asistencia moral o material que contemplan los artículos 172 y 239 bis del Código Civil, no procede declarar el menor en desamparo[113]. En todo caso, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (artículo 303.2 *in fine* del Código Civil).

D) Supuestos en los que no cabe el consentimiento "por representación".

Para estos casos el artículo 9.4 ha querido utilizar tanto el criterio de la edad como las condiciones de madurez para señalar que, no cabe la prestación de consentimiento por representación –en la línea de la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas obre menores de edad en caso de riesgo grave-. Así se refiere expresamente a los menores emancipados o mayores de 16 años que no encuentren en los supuestos b) y c) del apartado 3 del citado artículo 9. Por lo que se opta por establecer una presunción generalizada que tanto el emancipado como el mayor de dieciséis años que tenga suficiente madurez

[113] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5183) fija como doctrina de la Sala que "cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección". En este caso, la menor se encuentra con todas sus necesidades cubiertas en el plano material y afectivo, teniendo el abuelo paterno o su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado del menor. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1ª, de 25 de julio de 2017 (JUR 2017, 231273) se trata en este supuesto de un menor que desde los cuatro meses hasta los cinco años vive con sus tíos por ingreso en prisión de su madre.

puede adoptar decisiones como las que representan actuaciones o intervenciones médicas. Si bien, en los emancipados presume, además las condiciones de madurez, sin embargo, en los mayores de dieciséis años, además de la edad, debe demostrarse que posee tales condiciones de madurez. El legislador de la Ley de Autonomía del Paciente se sitúa en una posición intermedia favorable a la prestación del consentimiento por el menor y a que se le informe siempre que sea capaz intelectual y emocionalmente para comprender el alcance y carácter de la intervención[114].

Por lo que, la exclusión del consentimiento por representación alcanza a los menores emancipados o mayores de dieciséis años con suficientes condiciones de madurez. En estos casos, como regla general, pueden prestar el consentimiento por sí solos, respecto de cualquier actuación médica, sin necesidad de representación, al igual que, pueden ser personalmente informados[115]. Lo que resulta más lógico en el caso de menores emancipados o que haya obtenido la mayor edad, ya que no se hallan bajo patria potestad o tutela (artículos 169.2 y 276.4 del Código Civil). Sin embargo, resulta más problemático en el caso del menor no emancipado con dieciséis años cumplidos, pues, sigue existiendo representación legal de los titulares de la patria potestad o del tutor. A pesar de ello, el criterio del legislador ha sido que tengan el mismo tratamiento que los emancipados, sin tienen suficientes condiciones de madurez, de forma que puedan prestar ellos por sí mismos el consentimiento habiendo sido previamente informados.

No obstante, cuando se trata de actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor emancipado o mayor de dieciséis años maduro, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída u tenida en cuenta su opinión. Frente a la regulación anterior que, en este caso los padres únicamente eran informados y su opinión se tenía en cuenta para la toma de la decisión correspondiente[116]. Por lo que, se refuerza la intervención de los padres ante actuaciones de grave riesgo, pues, ahora ellos son los que consienten, a diferencia de la regulación anterior que, solo tenían derecho a la información y a la toma en consideración de su opinión.

Ahora bien, si se trata de un mayor de dieciséis años sin que tenga suficiente madurez para tomar una decisión seria, libre, consciente en relación con un determinado tratamiento o intervención médica, en este supuesto, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor.

Lo que el legislador ha pretendido con la reforma de este precepto es atender al criterio de la edad y madurez, por lo que, respecto al menor maduro –mayor de

114 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho*, cit., pp. 361-362.

115 En esta línea, el artículo 7.2 d) de la Ley 21/2000 de Cataluña; el artículo 212-2.1 del Código Civil catalán respecto a las personas mayores de 16 años; el artículo 6.1 c) apartado 2 de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 14.1 c) de la Ley 6/2002 de Aragón; y, el artículo 28.3 de la Ley 8/2003 de Castilla y León.

116 Al igual que, la legislación estatal anterior a la reforma se expresa el artículo 6.1 c) de la Ley 3/2001 de Galicia; el artículo 28.3 de la Ley 8/2003 de Castilla y León; el artículo 51.2 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra; y, el artículo 43.4 c) de la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana.

doce años y menor de dieciséis años con madurez suficiente- no podrá prestar el consentimiento por sí mismo, pues, el legislador exige ahora una doble exigencia edad -dieciséis años- y condiciones de madurez.

En todo caso, la decisión acerca de la madurez del menor el legislador lo ha dejado precisamente en manos del médico[117]. En cada caso concreto y llevando a cabo una evaluación individualizada, deberá apreciar si el menor reúne o no esas condiciones de madurez[118].

Sobre tales bases, hay que señalar que, lo dispuesto en líneas precedentes, se entiende sin perjuicio con lo establecido en algunas legislaciones autonómicas con competencia civil. Así el artículo 5.3 del Código Civil de Aragón señala que "la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años, desde entonces su capacidad se complementa con la asistencia". A esto añade el artículo 7 a) de este mismo texto legal que "el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad". En el mismo sentido, el artículo 12.2 señala que se exceptúa de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad. Por último, el artículo 23 dispone que "el menor cumplidos los catorce años aunque no esté emancipado puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia en su caso de uno cualquiera de sus padres que este en el ejercicio de la autoridad familiar en su defecto del tutor. No obstante, el menor de catorce años no necesita la asistencia en los actos que las leyes permitan realizar por si solos (apartado 3). De forma que, el menor de catorce años no emancipado aragoneses puede consentir respecto de todos los actos y actuaciones referidas a sus derechos de la personalidad, en concertó en el ámbito de la saludo, sin la asistencia de sus representantes legales, pues, así lo permite la ley.

Por otra parte, para la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida será necesaria la mayoría de edad. En cuando a la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificado judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales[119]. Por lo que, en este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se habrá de resolver conforme lo previsto en el Código Civil (artículo 9.5 de la Ley de Autonomía del Paciente).

En este contexto, asimismo, debemos recordar que, en los casos de consentimiento otorgado por el representante legal o las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho en cualquier de los supuestos previsto en el artículo 9

[117] En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho,* cit., p. 364.

[118] El Comité de Derechos del Niño en su Observación General número 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG12, 20 de julio 2009) señala que, el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

[119] En esta línea, el artículo 14.1 c) apartado 2 de la Ley 6/2002 de Aragón; y, el artículo 51.4 de la Ley Foral 17/2010 de Navarra.

apartados 3 a 5 –consentimiento por representación, el consentimiento de menores emancipado o mayores de 16 años cuando se trate de actuación de grave riesgo para la vida y saludo del menor, según el criterio del facultativo, los ensayos clínicos, práctica de técnicas de reproducción asistida e interrupción voluntaria del embarazo-, la decisión que se adopte deberá atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Por lo que, aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber –juramento hipocrático- y de estado de necesidad, otorgando de esta forma un mayor poder de decisión al facultativo cuando ésta se basa en los términos descritos. Asimismo, hay que señalar que, en los supuestos de consentimiento por representación, la prestación de tal consentimiento será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal[120]. Si bien, el paciente podrá participar en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario en la medida de lo posible[121]. Si el paciente es una persona con discapacidad se le proporcionaran todas las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuado, siguiendo para ello las reglas marcadas por el principio de diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que puedan prestar por sí su consentimiento –en la línea con la Convención de la ONU de personas con discapacidad-.

Por otra parte, en caso que exista un conflicto de interés en la actuación de los facultativos y los menores y sus representantes legales, cuando aquéllos constaten la necesidad de una concreta intervención o actuación sanitaria y sin embargo, los menores o en su caso, sus representantes se niegan a consentirla. Los bienes en conflicto son por un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella su salud, y por otro, su autonomía y libertad de decisión sea indirectamente ejercida por sus representantes legales o sea directamente ejercida por el propio menor cuando se trata de menores emancipados o mayores de 16 años o menores maduros. Ante estas situaciones excepciones y los riesgos de una no intervención y la importancia de los intereses en juego, exigen que en cualquier decisión que se adopte se priorice el interés superior del menor y del paciente sobre la voluntad expresa del mismo, o en su caso, de sus representantes legales. El principio del "interés del paciente" viene establecido en los artículos 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. El primero de ellos señala que, cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá

[120] Vid., en este sentido, el artículo 51.5 de la Ley Foral 17/2010, de Navarra, que establece que, en los casos de consentimiento por representación, la decisión e intervención médica deberán ser proporcionadas y orientadas al beneficio objetivo del paciente.

[121] En la misma línea, el artículo 6.3 de la Ley 3/2001, de Galicia; y, el artículo 14.3 de la Ley 6/2002, de Aragón.

efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada. Y el segundo, indica que, el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente. En caso de menores, el interés del paciente coincide con el interés superior del menor que, el artículo 2 de la LOPJM lo califica de principio rector en la aplicación de esta Ley, y además establece una primacía de este interés sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir. Además, se ha de identificar el "interés superior del menor" con la protección de su vida y salud y las consecuencias futuras que, cualquier decisión referida a dichos bienes jurídicos se puede derivar, unida al carácter irreversible de ciertas actuaciones médicas o, en fin, a la omisión del consentimiento por parte del menor o sus representantes legales en supuestos de grave riesgo que, exige cuestionar la relevancia de tales voluntades en la toma de decisiones. De todas formas, recordemos que, el artículo 9.4 segundo párrafo de la Ley de Autonomía del Paciente impone restricciones a la capacidad de los menores emancipado o mayores de 16 años en relación con decisiones que en el ámbito sanitario comporten grave riesgo y, el artículo 9.6 de esta misma norma establece que, aquellas decisiones que sean contrarias a la vida y salud del paciente, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X.: "El derecho de información sanitaria (I)", *La Ley,* año XXIV, núm. 5698, de 16 de enero de 2003.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad civil médica", *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II, coordinadores L. Fernando Reglero campos y José Manuel Busto Lago*, Thomson Reuters Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2014.

BARRADA ORELLA, R.: "El ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor emancipado", *La Notaria,* núms. 7-8, julio-agosto 1997.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El "apoderamiento o mandato preventivo" como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad", en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.): *La protección de las personas mayores,* Tecnos, Madrid, 2007.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La "revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la

adolescencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, septiembre-octubre 2016.

CARRASCO GÓMEZ, J. J.: *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Colex, Madrid, 1998.

CERVILLA GARZÓN, Mª. D.: "Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica", *Actualidad Civil,* núm. 12, semana de 17 al 23 de marzo de 2003.

CORCOY BISASOLO, M.: "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Ángel Tório López,* Granada, 1999.

DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos y obligaciones de los pacientes (Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica),* Colex, Madrid, 2003.

DE LORENZO Y MONTERO, R.: *El consentimiento informado en la cirugía ortopédica y traumatológica*, Editores Médicos, Madrid, 1997.

DÍEZ PICAZO, L.: "La reforma del Código Civil en materia de patria potestad", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia, Sevilla 1982.

DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2ª. ed., Valladolid, 2007.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria*, La Ley, Madrid 1995.

FRAGA MADIÁN, A., y LAMAS MEILÁN, M.: "El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)", *Revista Xurídica Galega,* Monografías, 1999.

GALÁN CORTÉS, J.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2016.

GALÁN CORTÉS, J.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, 2001.

GARCÍA BLÁZQUEZ Y MOLINOS COBO, M.: *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico forenses)*, Comares, Granada, 1997.

JIMÉNEZ CLAR, A.J.: "La autotutela y los apoderamientos preventivos", *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de discapacitados, Valencia 12, 19 y 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia 2005.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntades anticipadas (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003.

MANRIQUE DE LARA MORALES, J.: "El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001)", *La Ley,* 2001-6.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva", *La Ley,* 1995-3.

PARRA LUCÁN, Mª. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil,* núm. 2, mayo 2003.

RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.

ROMERO CASABONA, C.Mª.: "El consentimiento informado en la relación entre médico y paciente: aspectos jurídicos", en *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Fundació Victor Grífols i Lucas, Barcelona, 2012.

ROMERO CASABONA, C. Mª.: *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1990.

ROMEO MALANDE, S.: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos de los pacientes (I)", *La Ley,* año XXIV, núm. 5703, de 23 de enero de 2003.

ROMEO MALANDE, S.: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 4172002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (y II)", *LA LEY,* año XXIV, núm. 5704, de 24 de enero de 2003.

SÁNCHEZ–CARO J., y ABELLÁN, F.: *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, Granada, 2003.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contratos de servicios médico y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

SANTOS MORÓN, Mª. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamiento médico. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

SEUBA TORREBLANCA, J. C., y RAMOS GONZÁLEZ, D.: "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica", *Indret,* núm. 2, 2003.

VARGAS CABRERA, B.: *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS Y EL MENOR MADURO: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 154/2002

INFORMED CONSENT OF MINORS. PROBLEMS AND MATURE CHILD: SPECIAL REFERENCE TO STC 154/2002

D. BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ
Investigador pre-doctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo
campoborja.uo@uniovi.es

RESUMEN: El consentimiento informado es una de las principales garantías de la libertad del individuo en el ámbito médico. El propio paciente tiene la capacidad de decidir sobre sus tratamientos médicos o sus operaciones quirúrgicas. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad puede generar situaciones de conflicto, especialmente en casos con pacientes menores de edad.

PALABRAS CLAVE: consentimiento informado; menores; autonomía del paciente; menor maduro.

ABSTRACT: Informed consent is one of the main guarantees of the individual's freedom in the medical field. The patient has the ability to decide on his medical treatments or his surgical operations. However, this autonomy can generate situations of conflict, especially regarding patients under age.

KEYWORDS: informed consent; minors; patient autonomy; mature child.

FECHA DE ENTREGA: 08/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO MÉDICO: VISIÓN GENERAL Y MARCO LEGAL.- II. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS. SUPUESTOS Y SOLUCIONES SEGÚN LA EMANCIPACIÓN, MADUREZ Y EDAD DEL MENOR.- III. EL MENOR MADURO: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 154/2002.

I. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO MÉDICO: VISIÓN GENERAL Y MARCO LEGAL.

Durante los últimos tiempos, la voluntad del paciente se ha erigido como el principio inspirador de la legislación española en el ámbito sanitario. En consecuencia, todas las cuestiones médicas –desde la aplicación de un tratamiento hasta el sometimiento a una operación quirúrgica– giran en torno a la propia autonomía y capacidad de decisión de la persona, tema muy controvertido y estudiado por la doctrina[1].

Todo ello supone, por un lado, la consolidación de la plena libertad de una persona para decidir a qué tratamiento está dispuesta a someterse o qué riesgos asume en una determinada intervención quirúrgica. De otro, implica una clara limitación a la intervención de terceros en la conocida como esfera privada del individuo.

Esto último cobra especial trascendencia dada la naturaleza de la cuestión tratada. En último término, se está legislando sobre la vida de las personas, su salud y su integridad física y moral. Cabe recordar, en este punto, su protección constitucional[2] y la defensa que de estos derechos el Tribunal Constitucional ha realizado a través de una jurisprudencia más que consolidada[3].

---

[1] Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291; BLASCO IGUAL, C.: "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", *Revista de bioética y derecho*, núm. 35, 2015, pp. 32-42; CASANOVA TORRADO, P.: "El consentimiento informado en los menores de edad", *Revista de derecho*, año 13, núm. 26, 2014, pp. 239-247; DEL RÍO SÁNCHEZ, C.: "El consentimiento informado en menores y adolescentes"*, Informació psicològica*, núm. extra 100, 2010, pp. 60-67; GUÉREZ TRICARICO, P.: *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente,* Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 29 y ss.; GARCÍA LLERENA, V. Mª.: *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias-Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), Gijón, 2012, pp. 11-53.

[2] Cfr. GARCÍA LLERENA, V. Mª.: *Una concepción, c*it., pp. 55-89.

[3] SSTC 75/1984, de 27 de junio, sobre la punición de un aborto realizado en el extranjero; la 65/1986, de 3 de junio y la 2/1987, de 21 de enero, sobre aislamiento de presos en celdas; la 89/1987, de 3 de junio, sobre restricción de relaciones sexuales de los reclusos; la 120/1990, de 27 de junio, sobre la huelga de hambre de un miembro de GRAPO; la 137/1990, de 19 de julio y la 11/1991, de 17 de enero (en idéntico sentido que las anteriores); la 7/1994, de 17 de enero, sobre sometimiento obligatorio a investigación de paternidad; la 215/1994, de 14 de julio, sobre la posibilidad de esterilizar incapaces; la 57/1994, de 28 de febrero, sobre registros corporales a

Este reconocimiento de la autonomía y capacidad de decisión del paciente respecto a su situación médica se traduce, a efectos prácticos, en el conocido como consentimiento informado. Fruto de nuestra condición de estado plurilegislativo, existe regulación tanto en el plano estatal como en el plano autonómico[4]. Si bien es de agradecer que la normativa no presente especiales contradicciones entre sí.

En la normativa estatal, el consentimiento informado aparece recogido en el artículo 9 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dicho precepto dificulta, dada su extensión y su mejorable redacción, el estudio del consentimiento informado y, especialmente, cuando el paciente es menor de edad. Conviene, por consiguiente, hace alguna precisión al respecto.

En primer lugar, si nos encontramos ante un menor incapacitado o, en términos actuales, con la capacidad de obrar modificada habrá que estar a lo dispuesto para esta situación. Por su parte, si el menor tiene dieciséis años cumplidos o está emancipado es él mismo quien debe prestar su consentimiento, con cierta salvedad.

En segundo lugar, puede darse el supuesto de que el menor cuente con menos de dieciséis años. En ese caso, el legislador español señala que es necesario el concurso de decisiones con sus representantes legales. Introduce, sin embargo, una excepción: la suficiente capacidad intelectual y emocional del propio menor. Comparto y suscribo plenamente la opinión de parte de la doctrina de que el sentido dado en esta norma al concepto de capacidad se aleja de la regulación de nuestro Código Civil[5].

Respecto a los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida la norma nos remite a la mayoría de edad, con las excepciones derivadas de las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

---

reclusos; la 37/1989, de 15 de febrero, la 207/1996, de 16 de diciembre y la 234/1997, de 18 de diciembre, sobre intervenciones corporales en el proceso penal (cabello, orina, sangre, examen ginecológico); la 48/1996, de 25 de marzo, sobre libertad condicional por riesgo para la vida e integridad física de un preso; la 166/1996, de 28 de octubre y la 154/2002, de 18 de julio, sobre trasfusiones de sangre a testigos de Jehová; la 116/1999, de 17 de junio, sobre la Ley de técnicas de reproducción asistida; las SSTC 119/2001 y 16/2004, sobre el ruido.

[4] Ley 21/2000, de 29 de diciembre (Cataluña); ley 3/2001, de 28 mayo (Galicia); ley 6/2002, de 15 de abril (Aragón); ley 2/2002, de 17 de abril (La Rioja); ley 5/2003, de 4 de abril (Islas Baleares); ley 8/2003, de 8 de abril (Castilla y León); ley 3/2005, de 8 de julio (Extremadura); ley 3/2009, 11 de mayo (Murcia); ley 5/2010, de 24 de junio (Castilla La Mancha); ley 17/2010, de 8 de noviembre (Navarra); ley 10/2014, de 29 de diciembre (Comunidad Valenciana), entre otras disposiciones normativas.

[5] Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado", cit., p. 268.

Una vez hechas estas someras consideraciones sobre el consentimiento, sería razonable exponer alguna idea en relación con la audiencia de los menores. Esta ley impone que el menor siempre sea oído. Asimismo, se determina que los padres o representantes legales sean informados cuando se trate de una actuación médica de riesgo grave. Esta cláusula parece constituir un límite a la capacidad de decisión del menor de edad mayor de dieciséis años.

Todo este marco legal debe ponerse en relación con las normas autonómicas ya mencionadas. Así como con algunas de carácter nacional y complementario como la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor o la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y, por supuesto, con el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina[6] (Convenio de Oviedo), entre otros.

Nos encontramos pues ante una situación compleja y casuística, en la que se entremezclan varios sujetos (el propio menor, los padres o representantes legales y el médico o equipo médico responsable) y diferentes intereses, en ocasiones contrapuestos (derecho a la salud, interés del menor, potestad de los padres para decidir...).

Toda la legislación referida no solventa la cuestión con éxito. A mi modo de ver, por un motivo esencial: la introducción de un excesivo número de conceptos jurídicos indeterminados. Esta técnica legislativa, muy propia de nuestro legislador, lleva implícitos los riesgos de que la realidad imponga supuestos no contemplados en la normativa aplicable o que el concepto sea tan abierto que resulte imposible determinar su contenido.

II. LAS SITUACIONES PROBLEMÁTICAS. SUPUESTOS Y SOLUCIONES SEGÚN LA EMANCIPACIÓN, MADUREZ Y EDAD DEL MENOR.

El artículo 9.3 apartado c de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone que "cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...) el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor". Cabe recordar que al artículo 9 de la Ley 1/1996 es el que regula el derecho del menor a ser oído y escuchado en procedimientos administrativos o judiciales.

[6] Este acuerdo internacional se convirtió en el primer texto jurídico en el plano internacional que conectaba el respeto a la dignidad de la persona, la protección de derechos humanos, la ética y la biomedicina. Fue suscrito por 21 países integrantes del Consejo de Europa y otros 7 participaron como observadores.

De la lectura y análisis del precepto cabe realizar algún tipo de consideración. Es necesario señalar que estas normas han sido modificadas en el año 2015 por la disposición segunda de la ley 26/2015 por la que se modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *A priori*, esta limitada reforma parece una mera variación formal sin incidencia alguna en el fondo del asunto. Sin embargo, a mi modo de ver puede esconder algún cambio de cierta relevancia.

El supuesto contemplado en el artículo conjuga tres elementos importantes. Nos encontramos, en primer lugar, con un menor de edad con una edad inferior a los dieciséis años. En segundo lugar, el menor de edad no se encuentra incapacitado ni emancipado. Finalmente, dicho menor carece de la capacidad intelectual y emocional para conocer el alcance de la intervención. En este caso, la norma determina que sea el representante del menor quien exprese el consentimiento, después de haber escuchado su opinión.

En este punto radica una de las diferencias capitales con la anterior redacción, la cual hacía referencia a la necesidad de oír al menor si tenía doce años cumplidos. La legislación actual parece flexibilizar este criterio al hacer una remisión a la ley 1/1996.

En este texto legal, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado independientemente de la edad que tenga ("El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia (...)", reza su artículo 9.1).

En consecuencia, conforme a la legislación actual el menor de dieciséis años -no emancipado, no incapacitado y sin la capacidad intelectual ni emocional de entender- tiene derecho a ser oído y escuchado. Sin embargo, si se aplicara lo regulado antes de la reforma operada en 2015, el menor solo tendría ese derecho si tuviera doce años cumplidos ("el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos", afirmaba la antigua dicción del precepto).

Así, el legislador parece querer preservar cierto grado de respeto a la opinión del menor en relación con su situación médica. Comete, por el contrario, la imprudencia de crear la figura del denominado 'menor maduro', a la que posteriormente me referiré con más detenimiento.

Por su parte, el artículo 9.4 de la ley 41/2002 afirma que "cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el

consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

Son varias las cuestiones susceptibles de interés las que se derivan de esta regla. Por un lado, queda claro que el ámbito subjetivo de aplicación es bien distinto respecto al apartado anterior. Mientras este artículo 9.4 resulta de aplicación para los emancipados y menores de edad mayores de dieciséis años, el artículo 9.3.c está pensando en el menor cuya edad es inferior a los dieciséis años. De otro, queda descartada la aplicación de este precepto para los supuestos de incapacitación, que encajarían en lo dispuesto por el artículo 9.3.b.

Se equipara, además, la situación del menor de edad mayor de dieciséis años con la del menor de edad emancipado. Cuestión que ha suscitado alguna crítica por parte de la doctrina[7]. Bien es cierto que, en términos generales, la situación del menor emancipado y del menor mayor de dieciséis años no es idéntica: el menor emancipado tiene un amplio abanico de facultades, una mayor capacidad para tomar decisiones y no se encuentra bajo la autoridad de sus padres o tutores. Por estas mismas razones, no parece muy adecuado que el legislador haya decidido establecer una regulación común para los menores emancipados o mayores de dieciséis años en relación con su consentimiento en el ámbito médico.

Por consiguiente, se establece que el menor emancipado o mayor de dieciséis años tiene la plena capacidad y autonomía para decidir en relación con su propia salud con una salvedad: la existencia de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor. La anterior redacción daba lugar a una enorme confusión, pues establecía que en estos casos los padres serían informados y que su opinión sería tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Los interrogantes entonces giraban en torno a si este régimen se aplicaba también respecto a los menores emancipados o si solo estaba pensado para los menores de edad mayores de dieciséis años. Con la última reforma, el problema ha quedo solventado y la solución es nítida: ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento debe prestarlo el representante legal del menor con la consabida audiencia y conocimiento de su opinión. Ello significa que esta excepción solo resulta operativa para menores de edad mayores de dieciséis años, puesto que los menores de edad emancipados carecen de representante legal[8].

[7] Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento infomado", cit., pp. 272-273.

[8] Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonsegui Guillot, Fátima Yáñez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009, pp. 7-18; PARRA LUCÁN, M. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", Aranzadi Civil, núm. 1, 2003, pp. 1901-1930; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 61 y ss.

Por tanto, la existencia de distinto régimen para los menores emancipados y los menores de edad mayores de dieciséis parece respetar, a mi juicio con buen criterio, la idea de que la emancipación implica una mayor autonomía y capacidad decisoria, reconocida judicialmente.

Realmente no tendría mucho sentido, a modo de ejemplo, que un menor de edad de dieciséis años tomara por sí mismo la decisión de ser intervenido de una operación a corazón abierto o de un tratamiento de quimioterapia para la sanación de un cáncer. Tampoco parece que un menor emancipado tuviese la madurez suficiente para enfrentarse a un supuesto de idénticas circunstancias. Mas la intervención de un funcionario público –juez o notario– o la propia voluntad de los padres inherentes a un proceso de emancipación parece erigirse como garantías suficientes sobre la capacidad del menor.

Cabría plantearse si la legislación futura del consentimiento en el ámbito médico va a avanzar en términos similares respecto a los menores mayores de dieciséis años; es decir, si aun existiendo un grave riesgo para la salud del menor éste puede tener la suficiente y necesaria madurez y, por tanto, total autonomía para decidir respecto de su salud.

En mi opinión, cualquier modificación normativa que trate de equiparar, sin excepción o salvedad, la situación de los menores emancipados y los menores mayores de dieciséis años entrañaría importantes riesgos. Se desvirtuaría la figura de la emancipación, tal y como siempre se ha concebido en nuestro ordenamiento, y provocaría, en último término, problemas prácticos de difícil solución.

En la práctica pueden producirse diferentes situaciones problemáticas o de conflicto, derivadas de la divergencia de criterios entre el menor, los representantes legales y el equipo médico. Dos son los factores a tener en cuenta a este respecto: la situación de emancipación y la edad del menor.

En caso de que se produzca una divergencia entre la voluntad del menor y la de sus padres o representantes legales, la solución depende de su edad. Si el menor supera la barrera legalmente establecida de los dieciséis años cumplidos, su voluntad debe ser respetada y tiene libertad para tomar la decisión. Se trata de una autonomía casi plena, ya que la ley prevé (art. 9.4 in fine) que la decisión corresponde a los representantes legales, a iniciativa del médico, en supuestos en los que la salud del menor está en riesgo.

En consecuencia, el criterio médico será, en última instancia, el que determine si la decisión corresponde bien al menor bien a sus padres o representantes legales. En esta última situación, el menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Evidentemente, si el menor se encuentra en régimen de emancipación no puede existir discrepancia de voluntades alguna puesto que la decisión le corresponde en exclusividad al menor emancipado. Cuestión ésta que no estaba tan clara, como se expuso previamente, con la regulación anterior.

En cambio, si el menor no supera la edad de los dieciséis años cumplidos entra en juego el factor madurez. Si el menor de dieciséis años no es capaz –como afirma el tenor literal de la ley– capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, la decisión le corresponde a sus padres o representantes legales, después de ser oído.

Por el contrario, si el menor de dieciséis es capaz –es un menor maduro– la decisión le corresponde a él, haciendo una interpretación *sensu contrario* del apartado c del artículo 9.3 de la ley 41/2002.

Uno de los principales problemas que pueden observarse en estos supuestos es el de determinar a quién le corresponde valorar la madurez del menor. La ley no establece nada a este respecto y los autores[9] parecen inclinarse, de forma mayoritaria, a que sean los médicos quienes sean los responsables de la decisión.

Asimismo, otra dificultad que puede encontrarse es la remisión que puede hace el artículo 9.3.c de la ley 41/2002 al artículo 9 de la ley 1/1996. Este precepto hace alguna referencia a la madurez del menor de edad y, dependiendo de la interpretación que se haga, pueden surgir contradicciones. Sobre este y otros extremos se ahondará con más profundidad cuando se analice la figura del 'menor maduro'.

III. EL MENOR MADURO: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 154/2002.

La figura del conocido como "menor maduro" es la que plantea mayores dificultades en el ámbito del consentimiento médico por personas menores de edad. Esta circunstancia obedece, fundamentalmente, a que el legislador no ha tenido la capacidad de prever los problemas que este concepto jurídico indeterminado podría plantear en el terreno práctico.

Cabe recordar que el artículo 9.3 apartado c de la ley 41/2002 establece que "cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (...) el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a

[9] Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A.: *Consentimiento sanitario de menores. Reformas legales* (revisión y actualización de El consentimiento informado de los menores e incapaces. Su normativa legal y su interpretación jurisprudencial en Informar para consentir. Responsabilidad del Médico, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, 2013, págs. 44 y ss.); ROMEO MALANDA, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico en la ley 41/2002", *Actualidad de Derecho sanitario*, núm. 102.

lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor". Son varios los aspectos controvertidos que giran en torno a la redacción de este precepto.

Si se realiza una interpretación sensu contrario de esta regla puede concluirse que el paciente menor –incluso por debajo de los 12 y 16 años, es decir, independientemente de su edad- capaz intelectualmente y emocionalmente prestará el consentimiento por sí mismo. Las dos primeras cuestiones problemáticas es saber qué se entiende por capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención y según qué criterio se va a valorar esa capacidad.

Evidentemente, no existe disposición legal alguna que establezca algún tipo de aclaración a este respecto. Es cierto que se puede teorizar y definir de diferente forma y manera este concepto; sin embargo, considero que todo este tipo de esfuerzos doctrinales o normativos pueden resultar, hasta cierto punto, estériles. Lo más razonable es ajustar este concepto a las características y circunstancias del caso: no todas las intervenciones médicas son igual de complejas, tanto en términos semánticos como estrictamente médicos.

En consecuencia, la capacidad intelectual y emocional del menor de comprender el alcance de la intervención variará según cada caso y dependerá, en último término, de las características de la intervención. Por tanto, es el proceso médico, al que el menor tiene que someterse, el eje en torno a lo que debe girar su capacidad para entenderlo y tomar una decisión. No todas las situaciones médicas son iguales ni requieren el mismo nivel intelectual para conocer sus pormenores y riesgos.

A este respecto, la Fiscalía General a través de una Circular del año 2012 trató de abordar el asunto haciendo alguna aclaración sobre las pautas de valoración de la madurez. Así, dicha circular estima que "(...) que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación". Criterio que, como ya se puso de manifiesto con anterioridad, parece el más razonable.

Respecto a esas pautas concretas, la Fiscalía General señala que "la primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones (...). La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción, de forma de que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados (...) y razonablemente realizables en el marco de su realidad personal".

Se inclina, en consecuencia, por un criterio más bien relativista dejando al margen grandes soluciones generales. La clave es comprobar si, en cada caso y persona en concreto, existe una mínima racionalidad de la opinión.

Continúa la Circular diciendo que "la segunda [de las pautas de valoración de la capacidad o madurez del menor] es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión".

Esta segunda pauta presenta, en mi opinión, un razonamiento de lo más correcto. No todos los menores por tener una determinada edad presentan el mismo nivel de madurez. A modo de ejemplo, un menor de 15 años puede presentar una nula capacidad emocional e intelectual para entender una determina situación. Sin embargo, puede suceder que un menor de 11 años reúna, por las razones que fuesen, las condiciones necesarias para emitir un juicio maduro racional. Sobre este punto se ahondará más adelante, cuando se aborde la remisión que el artículo 9.3.c de la ley 41/2002 hace al artículo 9 de la ley 1/1996.

La tercera, continúa la Fiscalía General, "es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos". Por consiguiente, se establece una lógica relación directamente proporcional entre la trascendencia de la decisión y la rigidez a la hora de determinar si el menor presenta esa necesaria madurez. Algún estudio doctrinal ha realizado una clasificación muy interesante[10].

El segundo punto controvertido es el que se refiere a quién está legitimado para valorar esas condiciones. Se ha señalado por algunos autores que es el facultativo médico el responsable de valorar la madurez y la capacidad intelectual y emocional del menor en cada caso[11]; otros, sin embargo, consideran que esta valoración le corresponde a los propios padres o representantes legales del menor[12].

Ambas posturas no parecen ofrecer quizás las soluciones más idóneas para este tipo de situaciones. La primera de ellas –que hace recaer el peso de la valoración de la madurez del menor en el médico– tiene como principal inconveniente que el facultativo puede no tener los conocimientos o destrezas necesarias para ello.

[10] Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C. E.: *Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado.* Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, V-2002, pp. 698-707.
[11] Cfr. ESQUERDA ARESTÉ, M. PIFARRÉ PARADERO, J. MIQUEL FERNÁNDEZ, E.: "La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven", *Anales de Pediatría Continuada*, 2013, pp. 204-211.
[12] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 185.

Por ejemplo, a un médico cardiólogo le presuponemos su pericia para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de esa especialidad. En cambio, es posible que para valorar emocional o intelectualmente a un paciente se requieran conocimientos más propios de un psicólogo. Procede recordar que, en estos casos, nos encontramos ante problemas de personas menores de edad, con las especialidades y circunstancias propias que ello conlleva.

Por su parte, que sean los padres o representantes legales quienes valoren si su hijo menor de edad es maduro o no para tomar una decisión de estas características tampoco parece lo más razonable. Es una cuestión en la que la valoración subjetiva tiene bastante peso. Además, los conflictos de intereses entre padres e hijos, por los motivos que fuesen, pueden suponer muy directamente el agravamiento del problema.

A mi modo de ver, lo más razonable es que la decisión sobre si un menor de 16 años es 'maduro' recaiga sobre un equipo médico especializado, es decir, sobre un grupo de psicólogos que, mediante los protocolos propios para estos casos, valore si el menor tiene la capacidad intelectual y emocional suficiente para emitir su consentimiento.

El tercero de los puntos controvertidos es respecto a la validez del consentimiento de los menores sobre una intervención médico. A la luz de lo dispuesto por esta Ley y en consonancia con el artículo 162.1º del Código Civil parece que el consentimiento del menor es válido a estos efectos, como así se desprende de la voluntad del legislador. Se trata pues de una mera opción legislativa.

Así, lo más lógico es pensar que esta validez depende de las consecuencias de su decisión y que, por supuesto, está sometido a limitaciones. El Tribunal Constitucional así lo puso de manifiesto en varios pronunciamientos, entre ellos, en la célebre STC 154/2002 cuyo análisis se realizará en líneas siguientes.

Otra cuestión no pacífica es la remisión del artículo 9.3.c de la ley 41/2002 al artículo 9 de la ley 1/1996, el cual, regula el derecho del menor a ser oído y escuchado. El apartado dos dispone que "se considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos". No queda claro, en consecuencia, si al tener doce años cumplidos se considera que el menor ya es maduro y, por tanto, tiene esa capacidad emocional e intelectual para conocer el alcance de la intervención médica o si es maduro para ser oído y escuchado.

Dependiendo de la interpretación que se haga sobre estos dos preceptos podría incurrirse en cierta contradicción. La teoría más sólida es pensar que el legislador remite al artículo 9 de la ley 1/1996 sólo en cuanto al derecho a ser oído y escuchado y no en términos generales. No obstante, la referencia a la madurez –a modo de regla general, como se hace en este segundo apartado– introduce un elemento ciertamente confuso a un debate ya bastante complejo. En cualquier caso,

mi opinión gravita sobre la idea de que la madurez de un menor no puede hacerse depender única y exclusivamente del factor edad.

Finalmente, sobre la validez del consentimiento del menor en el ámbito médico y sus límites es preceptivo hacer un estudio más sosegado. Esta cuestión, entre otras, fue abordada por la STC 154/2002 de 18 de julio, conocida como la sentencia de los Testigos de Jehová o de las transfusiones de sangre.

En primer lugar, cabe hacer mención a datos de interés sobre el *factum* del caso y su íter jurisprudencial. El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario, por el procedimiento ordinario por el fallecimiento del menor Marcos Alegre Vallés, en el que, abierto el juicio oral, fueron acusados los padres del menor y recurrentes en amparo ante el TC.

La Audiencia Provincial de Huesca dictó Sentencia con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: "Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Pedro Alegre Tomás y Lina Vallés Rausa del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas". Se les acusaba, en concepto de autores, por un delito de homicidio por omisión (previsto y penado en el artículo 138, en relación con el artículo 11, ambos del Código penal de 1995), en la que concurrían otras circunstancias atenuantes y agravantes.

En dicha sentencia, quedaron como hechos probados Pedro Alegre Tomás, agricultor, y su esposa Lina Vallés Rausa, residían en Ballobar (Huesca) junto con su hijo Marcos Alegre Vallés, quien entonces tenía trece años de edad. El 3 de septiembre de 1994, el menor tuvo una caída con su bicicleta, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia. El 6 de septiembre, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; El 8 de septiembre sangró con más intensidad, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca) donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, traslado que hicieron con su hijo ese mismo día.

Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de sangre. Los padres del menor trasladaron, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una intervención médica de este tipo y que, en consecuencia, se oponían a la misma. Solicitaron, a su vez, que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión.

Los médicos les informaron de que no conocían ningún otro tratamiento. Los padres solicitaron entonces el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo. El centro hospitalario denegó la petición de alta por considerar que con ella peligraba la vida del menor, que también profesaba la misma religión que sus progenitores.

Para proceder a realizar la transfusión, se solicitó autorización el día 9 de septiembre al Juzgado de guardia. Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los padres acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada. Los médicos se dispusieron a realizar la transfusión. Sin embargo, el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente para su salud.

Los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, convencer al menor para que la consintiera. El personal sanitario pidió a sus padres que trataran de convencer al niño, los cuales no accedieron a ello pues consideraban, conformen que su religión no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre, aunque estuviera en peligro la vida.

Tras observar la imposibilidad de realizar la transfusión y sin tratamiento alternativo alguna, los médicos le concedieron el alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo. El 9 de septiembre, los padres llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el 12 de septiembre en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall D'Hebrón de Barcelona.

En dicho hospital el niño fue reconocido en consulta, considerando urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder, a continuación, a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de sus dolencias e iniciar luego su tratamiento.

Tanto los padres como el mismo menor manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido. Tras este episodio y antes de acudir a su domicilio, se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro médico privado, en el que los médicos expresaron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas.

El 13 de septiembre llegaron a su domicilio. El menor contó con la asistencia médica de las visitas del médico titular de Ballobar. El 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) tras recibir un escrito del Ayuntamiento de Ballobar informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba.

El menor, acompañado por la fuerza pública, fue conducido en ambulancia al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los padres. Posteriormente, el niño fue trasladado, por orden

médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza. Finalmente, el menor falleció el 15 de septiembre de 1994.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1996. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, estimó el recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada. A continuación, mediante una segunda Sentencia de igual fecha, condenó a los padres del menor como autores responsables de un delito de homicidio. Tras la publicación y conocimiento de este fallo, los padres del menor interpusieron un recurso amparo ante el Tribunal Constitucional invocando le lesión de los derechos fundamentales a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante (art. 15 CE).

Una vez aclaradas estas cuestiones, procede ahondar sobre los razonamientos jurídicos efectuados a lo largo de esta sentencia. En el FJ 7º, el Tribunal Constitucional señala que "el art. 16 CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16.1 CE)".

"El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4)".

De estas dos afirmaciones anteriores, puede observarse que el grado de protección de este derecho es amplio y que solo el orden público, el respeto a los derechos fundamentales y a otros bienes jurídicos protegidos juegan como límite.

Recuerda el TC que la libertad religiosa, "en su dimensión objetiva, (...) comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias (...)".

Respecto a la configuración de la libertad religiosa "en cuanto derecho subjetivo (...) tiene una doble dimensión, interna y externa. (...) Garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual" (STC 177/1996, FJ 9) y asimismo, 'junto a esta dimensión interna, (...) incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros' (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)".

Continúa el Tribunal con su razonamiento afirmando que "la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además 'en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso' (STC 46/2001)". Como se aprecia, esta sentencia del Tribunal Constitucional tiene una gran carga doctrinal y es sumamente clarificadora en cuanto al contenido y límites de la libertad religiosa.

Reconoce, en primer lugar, la titularidad del menor de la libertad religiosa –algo sobre lo que, en mi opinión, no albergaba duda alguna– con base en las SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio y en la STEDH de 23 de junio de 1993 (caso Hoffmann), así como en el art. 14 de la Convención de derechos del niño y en el art. 6 de la ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

Respecto al significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico, se señala que "no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza (...) que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa (...)". En cualquier caso, se afirma que "la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos (...) habían de adoptar".

Pese a ello, "la reacción del menor a los intentos de actuación médica descrita en el relato de hechos probados— pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial".

Concluye, con gran esfuerzo didáctico, el Tribunal indicando en el FJ 12º "que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión".

En el fallo se opta por "reconocer que a los recurrentes en amparo se le ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE)" y restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 1997.

Así pues, en estos razonamientos se muestran serias dudas respecto a la madurez del menor para tomar una decisión de este calibre, lo cual, legitimaría la posible responsabilidad de los padres a este respecto. Sin embargo, el Constitucional niega la misma aludiendo el respeto de los padres a la decisión judicial respecto a la

transfusión, cuya actitud fue respetuosa con el derecho a la vida del menor. En consecuencia, parece que el espíritu del fallo de la sentencia pretende evitar más padecimientos a unos padres que ya han sufrido la pérdida de su hijo.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

BLASCO IGUAL, C.: "El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria", *Revista de bioética y derecho*, núm. 35, 2015.

CASANOVA TORRADO, P.: "El consentimiento informado en los menores de edad", *Revista de derecho*, año 13, núm. 26, 2014.

DEL MORAL GARCÍA, A.: *Consentimiento sanitario de menores. Reformas legales* (revisión y actualización de El consentimiento informado de los menores e incapaces. Su normativa legal y su interpretación jurisprudencial en Informar para consentir. Responsabilidad del Médico), Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, 2013).

DEL RÍO SÁNCHEZ, C.: "El consentimiento informado en menores y adolescentes"*, Informació psicològica*, núm. *extra* 100, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

ESQUERDA ARESTÉ, M. PIFARRÉ PARADERO, J. MIQUEL FERNÁNDEZ, E.: "La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven", *Anales de Pediatría Continuada*, 2013.

FERREIRÓS MARCOS, C. E.: *Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado.* Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, V-2002.

GUÉREZ TRICARICO, P.: *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente,* Civitas, Cizur Menor, 2012.

GARCÍA LLERENA, V. Mª.: *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: La integridad física en investigación y medicina*, Junta General del Principado de Asturias-Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), Gijón, 2012.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonsegui Guillot, Fátima Yáñez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009.

PARRA LUCÁN, M. Á..: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2003.

ROMEO MALANDA, S.: "Minoría de edad y consentimiento médico en la ley 41/2002", *Actualidad de Derecho sanitario*, núm. 102.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

IDENTIDAD DE GÉNERO. SOBRE LA INCOHERENCIA LEGAL DE EXIGIR EL SEXO COMO CATEGORÍA JURÍDICA

GENDER IDENTITY. THE LEGAL INCOHERENCE OF DEMANDING SEX AS A LEGAL CATEGORY

Dra. ELEONORA LAMM
Subdirectora de Derechos Humanos. Suprema Corte de Justicia de Mendoza
elelamm@gmail.com

RESUMEN: Este trabajo procura demostrar los avances en materia de identidad de género que conllevan a la necesidad de suprimir el sexo como categoría jurídica a los efectos de efectivamente permitir la autodeterminación y el respeto por todas las identidades.

PALABRAS CLAVE: identidad de género, características sexuales.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the advances in gender identity that lead to the need to eliminate sex as a legal category in order to effectively allow self-determination and respect for all identities.

KEY WORDS: gender identity. Sexual characteristics.

FECHA DE ENTREGA: 28/11/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA.- II. INTRODUCCIÓN. LA IDENTIDAD DE GÉNERO.- III. LOS "COSTOS" DE COSTOS DE LA RUPTURA SEXO=GÉNERO. - IV. LA LEY 26743. ¿QUÉ PERMITE NUESTRA LEY? ¿POR QUÉ ES UN AVANCE? LA DESPATOLOGIZACIÓN TRANS*.- V. DERECHO COMPARADO.- VI. DERECHOS ACORDADOS POR LA LEY ARGENTINA. EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA. VII. ALCANCES DE LA LEY. LAS PARTIDAS DE MATRIMONIO Y DE NACIMIENTO DE L*S HIJ*S.- VIII. LAS PERSONAS EXTRANJERAS.- IX. L*S NIÑ*S Y ADOLESCENTES.- X. EL DEBATE ACTUAL. LA INCONGRUENCIA DE GÉNERO EN LA INFANCIA.- XI. LAS OPCIONES DE LA LEY ¿CABE EN NUESTRA LEY LA INSCRIPCIÓN COMO "X"?- 1. Derecho comparado. -XII. INTERSEXUALIDAD.- 1. La violencia. 2. Las razones para las cirugías. 3. ¿Qué se recomienda?- XIII. LAS INSCRIPCIONES DE NIÑ*S EN ARGENTINA. LA SUPRESIÓN DEL SEXO COMO CATEGORÍA JURÍDICA.

I. EL PUNTO DE PARTIDA.

En julio de 2017 distintos diarios de todas partes del mundo dieron a conocer una noticia que generó numerosos interrogantes: en Canadá nació un* beb*[1] a quien no se le asignó sexo/género. Le llamaron Searyl Atli Doty y nació en noviembre de 2016. Un* de l*s *adres de Searyl, Kori Doty, se identifica como una persona trans no binaria, esto quiere decir que no concibe la división de géneros sólo en dos formas.

Sus *adres dijeron que querían evitar la asignación de sexo/género al* recién nacid*. Searyl nació "por fuera del sistema médico", por lo que no hubo inspección genital en el momento del nacimiento.

Una de las noticias explica que "el problema es que Searyl no tiene certificado de nacimiento porque el registro de su provincia obliga a inscribirl* con una eme de *male (*varón) o una efe de *female* (mujer)" [2].

Su progenitor* presentó una demanda ante una corte local para lograr que se le registre sin ningún sexo/género. Pero en julio de 2017 le enviaron la tarjeta de salud con una "u" para que, mientras se revuelve el contencioso, *l niñ* pueda acceder a

[1] Las enseñanzas de Mauro Cabral me llevaron a rever mi forma de escribir y de expresarme. Para explicar entonces el porqué del asterisco, me remito a uno de sus textos que dice: "Podríamos escribir siempre los. Podríamos escribir as/os. Podríamos escribir las y los. Podríamos escribir las, los y les. Podríamos usar una arroba. Podríamos usar una x. Pero no. Usamos un asterisco. ¿Y por qué un asterisco? Porque no multiplica la lengua por uno. Porque no divide la lengua en dos. Porque no divide la lengua en tres. Porque a diferencia de la arroba no terminará siendo la conjunción de una a y una o. Porque a diferencia de la x no será leído como tachadura, como anulación, como intersex. Porque no se pronuncia. Porque hace saltar la frase fuera del renglón. Porque es una tela de araña, un agujero, una estrella. Porque nos gusta. ¡Faltaba más!" Extracto del texto incluido en CABRAL, M.: (ed.): *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*, Anarrés, Córdoba, 2009.

[2] V. noticia de prensa.

los servicios médicos. La "U" quiere decir "indeterminado" o "no asignado" (del inglés undetermined, unknown).

Según declaraciones en la prensa: "La asignación sexual en nuestra cultura se hace cuando un médico levanta los pies del recién nacido y mira los genitales. Pero sabemos que la identidad de género no se desarrolla hasta unos años después del nacimiento", dijeron voceros de una organización canadiense que lucha por que la categoría "sexo" se elimine de los documentos. "No voy a obstaculizar su elección por una asignación arbitraria de género al nacer basada en una inspección de sus genitales" declaró un* de sus progenitores, quien argumenta que "requerir un marcador de género viola los derechos del bebé como ciudadano canadiense a la vida, la libertad, la seguridad personal, libertad de expresión e igualdad".

Esta noticia, por sus consecuencias y repercusiones lleva a plantearme si es posible esta opción en nuestro marco jurídico. Concretamente: ¿Podemos inscribir a un* niñ* que nace como "x"?

II. INTRODUCCIÓN. LA IDENTIDAD DE GÉNERO.

Como nos alerta Paula Viturro "cualquiera que se inicie en las discusiones teórico políticas respecto del concepto de género, rápidamente advertirá que se trata de una expresión resbaladiza, que suele funcionar en el ámbito del discurso jurídico como un truismo que oculta más de lo que muestra, y que da lugar a complejas y gravosas consecuencias políticas para quienes pretende favorecer"[3].

Muchos de los conceptos relativos al género que se utilizan en las culturas occidentales se basan en una concepción binaria del sexo, que considera que existen básicamente dos polos opuestos: varón-mujer, masculino-femenino, hembra-macho.

La literatura reciente explora el género y el sexo, como continuos conceptuales[4].

Mientras que el sexo se ha presentado como lo biológico, hoy podemos afirmar que, como sucede con el género, el sexo también es una construcción social.

Definir al sexo mediante sus elementos cromosómicos, gonadales, hormonales es un posicionamiento arraigado en la tradicional fórmula naturaleza/cultura; implica situar al sexo, en un plano pre-discursivo, atribuirle un carácter ontológico, inmutable e inmodificable, circunstancia que se refuerza al categorizar al género como "condición política, social y cultural construida históricamente", es decir, asignarle a éste una dimensión cultural. El problema que suscita el par naturaleza/cultura estriba en soslayar el carácter normativo por el cual se precisa de

[3] VITURRO, P.: *Constancias, en Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Christian Courtis (comp.), Trotta, Madrid, 2006.
[4] WEEKS J.: *The Languages of Sexuality*, Routledge, Abigdon, Oxon, 2011, p. 71.

antemano toda subjetividad, y la jerarquización que supone ciertos sexos y géneros en el entramado sociopolítico[5].

El sexo no está determinado sino sobre la base de categorías y las categorías son construcciones sociales, por ende también netamente políticas. Sino entonces ¿Qué definimos o consideramos en un cuerpo para "clasificarlo" femenino o masculino? ¿Qué parte del cuerpo seleccionamos a los efectos de dividir los cuerpos en masculino y femenino? ¿Quién decide esta elección? Pero además, como se dijo, el sexo no es estático, no es invariable en el tiempo.

Por su parte, el uso del término género parece haber aparecido primeramente entre las feministas estadounidenses que deseaban insistir en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo. Mediante dicho término, se pretende rechazar al determinismo biológico implícito en el empleo de términos tales como "sexo" o "diferencia sexual"[6]. Rechazando la idea de "determinismo biológico", dichas corrientes de pensamiento plantean que la cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano[7].

De esta manera esta separación sexo-genero, o esta indeterminación del género por el sexo, constituyó un enorme paso en la lucha feminista en tanto la biología dejó de ser el destino.

Ahora bien, este indeterminismo biológico se exponencia con las identidades trans en las que no importa la biología[8]. Hay un desprendimiento absoluto entre cuerpos e identidades, si entendemos los cuerpos sobre la base de las asociaciones efectuadas en las categorías sexuales. En las identidades trans, cualquiera sea el cuerpo, lo que importa es la identidad que es independiente de toda biología. Las identidades trans implican una ruptura, diría yo casi absoluta, con el biologicismo.

Así lo definen los Principios de Yogyakarta, en su primer documento del año 2006 que entienden que la identidad de género "…se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

---

[5] LITARDO, E.: "Habemus Corpus: El acto de juzgar los cuerpos (tod*s)." *Derecho de familia,* núm. 1. 2012, p. 147.

[6] SCOTT, J. W.: *El género: una categoría útil para el análisis histórico.*

[7] Cfr., LAMAS, M. W.: "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual", *Cuicuilco*, enero-abril, vol. 7, núm. 018, Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH), Distrito Federal, México, 2000.

[8] Se critica a la idea esencialista de que las identidades de género son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza, en el cuerpo o en una heterosexualidad normativa y obligatoria ("heteronormatividad"). BUTLER, J.: *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad,* Paidós Ibérica, Madrid, 2007.

Entonces, conforme se desprende de esta definición y de esta desbiologización, hoy no hay dos géneros[9] que se corresponden con dos sexos. Esta ruptura binaria del género también se presenta respecto del sexo, en tanto también es necesario deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos. Pero además, de los supuestos sexos no se desprenden los géneros sino que el género es independiente del sexo. De esta manera, hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas.

Si bien este resulta el punto de partida, aunque no comparto la división o la categorización entre personas cis y trans, entiendo aun necesaria esta visibilización, en especial para advertir los privilegios de un*s y las violaciones de derechos de otr*s. Mientras que seguir la heteronorma privilegia, apartarse "perjudica" o tiene efectos perjudiciales.

Así, podemos decir que las personas "trans" son aquellas personas cuya identidad y/o expresión de género no se corresponde con las normas y expectativas sociales tradicionalmente asociadas con el sexo asignado al nacer. Mientras que las personas "cis" o "cisgénero" son personas cuya identidad y/o expresión de género se corresponde con su sexo asignado al nacer.

Trans* es entonces un término paragua utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, y comprende a todas las personas cuyo común denominador es que se identifican con un género diferente del que les fuera asignado al nacer, independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. La intención del Asterisco es hacer explícita su naturaleza de "final abierto".

Como explica Mauro Cabral la transgeneridad "constituye un espacio por definición heterogéneo, en el cual conviven –en términos no sólo dispares, sino también enfrentados- un conjunto de narrativas de la carne, el cuerpo y la prótesis, el deseo y las prácticas sexuales, el viaje y el *estar en casa,* la identidad y la expresión de sí, la autenticidad y lo ficticio, el reconocimiento y la subversión, la diferencia sexual y el sentido, la autonomía decisional y la biotecnología como instrumento que es, a la vez, cambio de batalla. Es, por lo tanto, un espacio atravesado por una multitud de sujetos en dispersión –travestis, lesbianas que no son mujeres, transexuales, *drag queens*, *drag kings*, transgéneros… y tod*s aquell*s que, de un modo u otro, encarnamos *formas de vida* no reducibles ni al binario genérico ni a los imperativos de la hetero o la homonormatividad"[10].

[9] En términos de Judith Butler, podría decirse que "un discurso restrictivo de género que insista en el binario del hombre y la mujer como la forma exclusiva para entender el campo del género performa una operación reguladora de poder que naturaliza el caso hegemónico y reduce la posibilidad de pensar en su alteración". BUTLER, J.: *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70-71.

[10] CABRAL, M.: "La paradoja transgénero", en CÁCERES, C. F. et al.: *Sexualidad, Ciudadanía y Derechos Humanos en América Latina. Un quinquenio de aportes regionales al debate y la reflexión*, Lima, Perú, 2011, p. 98.

III. LOS "COSTOS" DE COSTOS DE LA RUPTURA SEXO=GÉNERO.

En un mundo que privilegia lo "natural", como si existiese – siendo además que este argumento ha sido la fuente de las peores consecuencias discriminatorias de la humanidad (se argumentó que no es natural que judí*s se casen con católic*s, negr*s con blanc*s, etc) – romper "el orden de la biología" tiene su costo.

Ya en el año 2006 la CSJN, en el fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia" que otorgó la personería jurídica a dicha Asociación sostuvo que "No sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo."

Así, las personas trans han sido sujet*s de innumerables violaciones de derechos, comenzando por la exclusión del hogar, que a su vez genera privaciones a nivel de educación, con consecuencias en el acceso al empleo y por ende también en la salud, lo que a su vez también provoca importantes consecuencias en su derecho a la vida[11] y en el derecho a nos sufrir tratos inhumanos y degradantes[12].

Esto genera que la población trans muchas veces no tenga otra opción que el acceso a la prostitución como forma se subsistencia, un promedio de vida de 35 años y tasas muy superiores de SIDA respecto del resto de la población, siendo además el SIDA la principal causa de muerte (62%).

Pero además, el índice de suicidios es muy alto en las personas trans[13]. Muchas son

[11] En 2009 la OSCE informó de 44 asesinatos motivados por prejuicios de personas lesbianas, gays, bisexuales y trans sobre la base de datos *parciales* de 22 de sus Estados miembros. (OSCE *Office for Democratic Institutions and Human Rights*: "Hate Crimes in the OSCE Region –Incidents and Responses", *Annual Report for 2009*, Warsaw, November 2010.)
La *National Coalition of Anti-Violence Programs de Estados Unidos* informó 27 asesinatos motivados por prejuicios de personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en 2010, frente a los 22 de 2009. (*National Coalition of Anti-Violence Programs:* "Hate Violence against Lesbian, Gay, Bisexual Transgender, Queer and HIV-Affected Communities in the United States in 2010", New York, July 2011.)

[12] El estudio *Engendered Penalties* reveló que el 72% de los/as encuestados/as habían experimentado alguna forma de acoso en público. El 46% declararon que habían experimentado acoso en su barrio y el 21% declararon que evitaban salir a la calle.
El *Transgender EuroStudy* mostró que el 79% de los/as encuestados/as habían experimentado abuso verbal, amenazas y abuso físico o sexual en público.

[13] Argentina: 53,7% tienen ideaciones suicidas y el 39.4% hombres trans han realizado algún intento de suicidio, siendo el valor modal de edad de 13 años. ARISTEGUI, I., VÁZQUEZ, M., LUCAS, M., & DORIGO, A.: *Percepciones y experiencias sobre estigma y discriminación en poblaciones trans, HSH, y usuarios de drogas*, Informe realizado por Fundación Huésped, 2012.

víctimas de asesinatos, que muchas veces ni siquiera son investigados y que además son cometidos con altos grados de tortura.

Así, según la Comisión Interamericana de DDHH, en un informe presentado en diciembre del 2014 sobre Registro de Violencia contra personas LGBT en América, en un período de quince meses (entre enero de 2013 y marzo de 2014), se contabilizaron 770 actos de violencia contra personas LGBT, incluyendo 594 muertes[14].

Como se pregunta Emiliano Litardo: "¿a qué tipo o noción de derechos humanos debe apelar una persona trans* para acceder a su reconocibilidad como persona humana?"[15].

Segun un estudio titulado: Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina, llevado a cabo por la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina (ATTTA) y la Fundación huésped, la ley 26743 tuvo impacto en la situación de las personas trans.

En esta encuesta de la que participaron 498 personas trans (452 mujeres trans y 46 varones trans) surgen los siguientes resultados:

En materia de educación: antes de la ley 26743 el 48,8% de las personas trans manifestó la necesidad de abandonar educación por estigmatización, este número disminuyó al 4% luego de ley.

En materia de empleo: antes de la ley 26743 el 54,6% de las personas trans se le había negado un trabajo por su identidad trans y un 33,9% no solicitó un empleo o le negaron un ascenso. Mientras que este número se redujo al 12,5% y un 3,2 % respectivamente luego de la ley.

En cuanto al derecho a la salud, mientras que el 41,2% de l*s encuestad*s evitaba asistir a un centro de salud por miedo a ser discriminad*, este número se redujo a un 5,3%. Algunas de las situaciones más frecuentes previas a la ley, como no ser llamadas por su nombre de elección (67,1%) y ser ridiculizadas o agredidas por el personal (40,2%) se redujo a un 17% y un 12,7% después de la ley.

Irlanda: el 26% de las personas trans habían intentado suicidarse al menos una vez *Supporting LGBT Lives: A Study of the Mental Health of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People*, se publicó en 2009. Suecia: 50% de las personas trans había considerado suicidarse y el 21% lo había intentado. *Statens Folkshälsoinstitut* (2005); *Homosexuellas, bisexuellas och transpersoners hälsosituation, Återrapportering av regeringsuppdrag att undersöka och analysera hälsosituationen bland hbt-personer*, Östersund, FHI, p. 21.USA: 41% de las personas encuestadas había intentado suicidarse en algún momento de sus vidas. Encuesta realizada por el Centro Nacional para la Igualdad Trans publicada en octubre de 2010. Chile: el 50% de la población ha intentado suicidarse y el 87,5% manifiesta haber sufrido depresión.

[14] V. también Comisión Interamericana de derechos Humanos: "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36. 12 noviembre 2015.

[15] LITARDO, E.: "Habemus Corpus" cit., pp. 147.

No obstante estos presuntos avances, subsiste el estigma y la discriminación. Antes de la ley, 9 de cada 10 personas trans sufrían estigma y discriminación. Aún después de la ley, 6 de cada 10 personas viven situaciones de discriminación social.

Además, en materia de empleo, gran parte de la comunidad trans sigue excluida del sistema formal de trabajo y las mujeres trans en su mayoría siguen recurriendo a la prostitución.

Incluso, el riesgo de suicidio todavía supone "una situación preocupante". Según el informe: "5 de cada 10 hombres trans han tenido ideaciones suicidas y 4 de cada 10 de ellos han realizado algún intento de suicidio".

Todo esto demuestra que son muchas las deudas pendientes. En este sentido, se están impulsando algunas medidas para paliar la violencia.

Una de ellas es la campaña #reconocer es reparar que tiene por objeto promover el proyecto de ley 526-D-2016 sobre víctimas de violencia institucional por motivo de identidad de género, régimen reparatorio, que en su artículo 1 establece una pensión graciable para aquellas personas que hayan sido privadas de su libertad por causas relacionadas con su identidad de género como consecuencia del accionar de las Fuerzas de Seguridad federales y/o por disposición de autoridad judicial o del Ministerio Público de jurisdicción nacional o federal. Serán beneficiarias, indiscutiblemente, las personas a las que se les haya aplicado los incisos "f", "h" e "i" del artículo 2 del derogado Reglamento de Procedimientos Contravencionales del Edicto policial dictado por la Policía Federal Argentina.

Otra importante medida es la ley de Cupo laboral, 14783, conocida como ley Diana Sacayan, por ser ella su principal impulsora. Según el artículo 1° el Objeto de esta ley es que el Sector Público de la Provincia de Buenos Aires, debe ocupar, en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en el empleo público.

El alcance de la aplicación es amplio. Según el artículo 2: El Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por Ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación, hayan o no accedido a los beneficios de la Ley N° 26.743

Lamentablemente esta norma aún no ha sido reglamentada obstruyendo esta formalidad su implementación.

IV. LA LEY 26743. ¿QUÉ PERMITE NUESTRA LEY? ¿POR QUÉ ES UN AVANCE? LA DESPATOLOGIZACIÓN TRANS*.

En mayo de 2012 se sanciona en Argentina la ley 26743 de identidad de género (en adelante LIDG) gracias al importante trabajo del activismo trans de Argentina.

Esta ley significó el paso del paradigma medico psiquiátrico al de los derechos humanos, de modo que esta ley, la más liberal del globo y ejemplo a nivel mundial, se funda en dos decisiones de política legislativa centrales: 1) se permite el cambio de género en el registro civil sin necesidad de acreditar ningún requisito, expresamente se manifiesta la no necesidad previa de modificación corporal alguna ni certificación de ningún tipo y 2) la autoridad pública que interviene es administrativa (registro civil) y no judicial. Se trata de dos consideraciones claves para poner fin a la patologización y estigmatización.

Entonces, el progreso más importante de nuestra ley fue el ser pionera en el avance mundial hacia la despatologización trans.

En Argentina el primer gran paso había sido dado por la Ley Nacional de Salud Mental -No 26657- que en su artículo 3 establece que "En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: c) Elección o identidad sexual", que luego viene a receptarse como un sistema en la ley 26743.

Las identidades trans fueron patologizadas por primera vez por la OMS a través de la CIE-9 en 1975, con la inclusión del "transexualismo" en el capítulo sobre "trastornos mentales", codificado bajo un bloque titulado "Trastornos neuróticos, trastornos de personalidad y otros trastornos mentales no psicóticos" y la categoría "desviaciones y trastornos sexuales"[16].

Lo cierto es que la CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades) de la OMS aún considera la identidad de género como un trastorno sexual. Esto ha llevado a que el activismo trans*, el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo "apele a la OMS para eliminar los Trastornos de Identidad de Género del listado de Trastornos Mentales y del Comportamiento, y para asegurar una reclasificación no patologizadora en las negociaciones para la onceava versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)"[17].

[16] WHO, *World Health Organization:* "International Statistical Classification of Diseases and Related Problems", 9ª revisión (ICD-9), Geneva, WHO, 1975.

[17] El Parlamento Europeo pidió a la Comisión Europea y a la OMS que retiren los trastornos de identidad de género de la lista de enfermedades mentales y del comportamiento; pide a la Comisión que redoble sus esfuerzos para acabar con la medicalización de las identidades trans; anima a los Estados a garantizar procedimientos de reconocimiento de género rápidos, accesibles y transparentes que respeten el derecho a la autodeterminación. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 -3 2015, sobre el Informe anual sobre los DDHH y la democracia en el mundo (2013) y la política de la UE al respecto.

La patologización de la IDG tiene importantes consecuencias negativas. Por un lado, la enfermedad siempre ha sido asociada con algo negativo, por lo que considerar a la IDG como una enfermedad refuerza la estigmatización. En segundo lugar, la patologización limita o niega la autonomía de las personas trans* y hace que sus vidas –y su acceso a derechos– pasen a depender de un diagnóstico. Por último, pero no menos importante, crea y refuerza límites arbitrarios entre formas saludables y patológicas de existir desde el punto de vista del género.

Además las clasificaciones médicas globales que se derivan de normas culturales occidentales restrictivas y obsoletas, y que se centran en un binario de género cisnormativo, imponen un estándar neocolonialista que busca borrar la pluralidad cultural de diversas expresiones e identidades de género[18]. Defensores y académicos de todas las regiones han resaltado la intersección entre la despatologización y la descolonización de las identidades trans[19].

Como se sostiene de Naciones Unidas, "La patologización de adult*s y niñ*s LGBT -al calificarlos como enferm*s sobre la base de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género- históricamente ha sido, y sigue siendo, una de las causas principales detrás de las violaciones de los derechos humanos que enfrentan. También es un obstáculo para superar las actitudes negativas, los estereotipos y las múltiples barreras para la realización de los derechos humanos más fundamentales de las personas LGBT"[20].

En similar sentido, el Consejo de Europa afirma que "El hecho de que la situación de las personas trans sea considerada como una enfermedad por los manuales internacionales de diagnóstico es irrespetuoso de su dignidad humana y un obstáculo adicional a la inclusión social"[21].

Producto de todas estas presiones, y del incansable activismo de las personas trans es que se han presentado avances hacia la despatologización[22] en la CIE 11, que se estima saldrá en 2018.

Así el Borrador de la CIE-11 Incluye dos nuevas categorías 'Incongruencia de género en la adolescencia y la adultez' e 'Incongruencia de género en la infancia', que forman parte de un nuevo capítulo de la CIE-11: el Capítulo 06 'Condiciones relacionadas con la salud sexual'.

[18] ESPINEIRA, WALTERS, S, WINTER, S.: "Ending Pathological Practices Against Trans and Intersex Bodies in Africa", *GIC, Iranti-org,* 2017.
[19] ESPINEIRA ,WALTERS, S, WINTER, S. "Ending Pathological", cit.
[20] "Joint statement by UN and regional human rights experts"*, IDAHOT* 2016.
[21] *Council of Europe. Parliamentary Assembly*: "Discrimination against transgender people in Europe", Resolución 2048 (2015) parr. 1
[22] Por su parte, en el *Manual Estadístico de Trastornos Mentales, Asociación Americana de Psiquiatría*, DSM-5, mayo 2013 desaparece el "trastorno de identidad de género". Subsiste la disforia de género entendida como que la no identificación con el sexo no es una enfermedad; solo lo es cuando eso causa disforia.

De esta manera, por primera vez en la historia la OMS incluye las cuestiones trans* en un capítulo distinto al Capítulo 'Trastornos mentales y del comportamiento'.

Queda ahora el arduo trabajo de desentrañar la "incongruencia de género", en especial en la infancia. Volveré sobre este punto luego, por su importancia y consecuencias.

V. DERECHO COMPARADO.

Sin ánimo de efectuar un examen exhaustivo de la legislación comparada, se puede afirmar que en líneas generales, las exigencias para permitir el cambio de sexo/género en los documentos de identidad son: haber vivido varios años conforme a su sentir; probar en alto grado que su sentido de pertenencia sobre el "genero opuesto" no cambiará; operación de reasignación sexual; diagnóstico de médic*s "expert*s" en transexualismo y disforia de género; esterilización[23] ; no estar legalmente casado/divorciado[24].

Todas estas exigencias son violatorias de derechos.

Los organismos internacionales de derechos humanos ya han sostenido: "Que se reconozca el género preferido sólo luego de pasar por una intrusión grave, forzada e irreversible en la propia integridad física equivale a tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes"[25].

"La esterilización sólo debe hacerse si se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de la persona. (…) En algunos países las personas trans continúan siendo esterilizadas sin su consentimiento pleno, libre e informado. Esto constituye una violación de derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la salud, a la información, a la intimidad, a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, a fundar una familia, a no ser discriminado y a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"[26].

En forma más amplia, en consonancia con sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados deberían "facilitar el reconocimiento legal del género preferido de las personas trans y establecer arreglos para permitir que se emitan los documentos de identidad pertinentes reflejando el

[23] Se estima que 29 países en Europa aun exigen este requisito para acceder al cambio registral.

[24] Véase el caso del TEDH H. v. Finland (37359/09) del 16 julio 2014, en el que el tribunal sostuvo que "Para la Corte, no es desproporcionado exigir que la cónyuge dé su consentimiento a tal cambio ya que sus derechos también están en juego. Tampoco es desproporcionado que el matrimonio se convierta en una unión civil, ya que esta última es una opción real que proporciona protección legal a las parejas del mismo sexo, que es casi idéntica a la del matrimonio".

[25] Informe del Relator Especial sobre la tortura_y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. 1 de febrero de 2013 A/HRC/22/53

[26] "Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement", OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO. 2014.

género y nombre preferidos, sin infringir otros derechos humanos"[27]. En particular, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sostuvo que el proceso para el reconocimiento legal de género debe: a) basarse en la autodeterminación; b) permitir el reconocimiento de identidades no binarias; c) ser un proceso administrativo simple; d) otorgar a l*s niñ*s acceso al reconocimiento de su identidad de género, y; e) no requerir que l*s solicitantes presenten certificación médica, se sometan a cirugía o se divorcien[28].

Conforme al derecho internacional, los Estados deben garantizar un acceso asequible al más alto nivel posible de afirmación de género sin el requisito de un diagnóstico de trastorno mental o enfermedad. Además, los Estados deberían asegurarse de que l*s médic*s y trabajadores de la salud estén lo suficientemente capacitad*s y sensibilizad*s sobre cuestiones relacionadas con la diversidad de género, la dignidad de las personas trans, así como a su integridad y autonomía personal, física y psicológica.

Por estas razones es que luego de la Ley 26743 de Argentina[29] que estableció que el reconocimiento y respeto por la IDG es una cuestión de derechos humanos, que se debe garantizar porque es parte de ellos y no puede estar fundado en ninguna patología ni se puede exigir otro requisito que la voluntad de la persona, se sucedieron otras leyes que adoptaron esta misma postura. Así encontramos la ley de Dinamarca[30] en 2014; la Ciudad de México[31], Malta[32], Colombia[33] e Irlanda[34] en 2015; y Noruega[35] en 2016.

Y otras que aunque parecieran de avanzada o respetuosas de derechos, conservan criterios violatorios de derechos humanos.

Así la ley de Bolivia (Ley No 807 del 21-5- 2016) en su Artículo 4 (Ámbito de aplicación y alcance) establece: "El alcance de la presente Ley es aplicable en todo el

[27] "Report of the High Commissioner for Human Rights on sexual orientation and gender identity" (A/HRC/19/41), para.84(h)

[28] *United Nation*s, OHCHR: "Living Free and Equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people" (HR/PUB/16/3), 2016, p. 95.

[29] V. "Human Rights Committee Concluding Observations on Argentina" (CCPR/C/ARG/CO/5), 30 junio 2016, para.3; "Human Rights Committee Concluding Observations on Denmark" (CCPR/C/DNK/CO/6) 21 junio 2016, para.3; *United Nations*, OHCHR, "Living Free and Equal: what States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people" (HR/PUB/16/3), 2016, p. 94.

[30] Dinamarca. *L 182 Forslag til lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister*.

[31] México. Código Civil para el Distrito Federal. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal: 05 de febrero de 2015.

[32] Malta. *Act No. XI of 2015, 14th April, 2015*. La influencia de ley argentina puede ser fácilmente comprobable en el artículo 1º.

[33] Colombia. Decreto 1227 del 4 de junio de 2015, el cual se encuentra en proceso de análisis por parte del Consejo del Estado luego de que el ex Procurador General de la Nación Alejandro Ordóñez presentara una demanda en su contra.

[34] Irlanda. *Gender Recognition Act 2015. Number 25 of 2015*.

[35] Noruega. *Lov om endring av juridisk kjønn.* LOV-2016-06-17-46.

territorio nacional a personas bolivianas transexuales y transgénero, solteras, divorciadas o viudas, mayores de dieciocho (18) años de edad." Restringiendo así el acceso a personas que no tengan pareja y solo a personas mayores de edad.

Además, en su Artículo 8. (Requisitos) exige que "Para solicitar el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, el o la solicitante deberá presentar ante el SERECI, los siguientes requisitos: Examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión".

Por su parte, en octubre de 2017 y evidenciando un importante retroceso, el Tribunal Constitucional de Bolivia declaró inconstitucional parte de un artículo de la ley sobre la Identidad de Género que permite a las personas trans contraer matrimonios tras cambiar datos en sus documentos oficiales. La sentencia declara inconstitucional el artículo que dice que se permitirá a la persona con cambio de identidad "ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales"[36].

VI. Derechos acordados por la ley argentina. El derecho a formar una familia.

La ley argentina 26743 permite, por un lado, efectuar la "Rectificación registral del (a) del sexo, y (b) cambio de nombre de pila e imagen".

Para ello basta un trámite administrativo, que se efectúa ante el registro civil y que es absolutamente gratuito. Como se dijo, la única exigencia es el consentimiento de la persona, el que manifieste su voluntad de cambiar sus datos registrales.

En segundo lugar, la ley permite acceder a: (a) intervenciones quirúrgicas totales y parciales y (b) tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo.

Para acceder a ello también solo se exige el consentimiento de la persona.

Así, el articulo 11 sobre Derecho al libre desarrollo personal establece "Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona.

[36] V. la sentencia entera.

Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación".

Lo dispuesto por esta norma se vio reforzado, aunque aún hoy no es efectivamente garantizado en su totalidad sin trabas, por el decreto 903-2015[37].

La intersección de sistema sanitario (en la dimensión de modificaciones corporales) con personas trans se debe dar a partir del expreso deseo de la persona solicitante, pero garantizado por el Estado. Esta fue la gran victoria de que la LIDG argentina incluyera este tipo de modificaciones en el Plan Médico Obligatorio[38].

Ahora bien, como se puede observar, la ley garantiza dos derechos independientes, y obviamente, como ya se explicó, sin sujetar uno a otro: ni para acceder a la modificación registral se debe previamente acceder a la modificación corporal ni viceversa, (hay personas trans que quieren modificar su cuerpo pero no su DNI y viceversa).

[37] Reglamentación del artículo 11 de la ley nº 26.743. 1. Se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida. Las mismas comprenden: Mastoplastía de aumento, Mastectomía, gluteoplastía de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastía, Clitoroplastía, ulvoplastía, Anexohisterectomía, Vaginectomía, Metoidioplastía, Escrotoplastía y Faloplastía con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo. Se entiende por tratamientos hormonales integrales a aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercibido. Todos los productos deben estar aprobados por la Administración nacional de medicamentos, alimentos y tecnología médica (ANMAT). 2. La Secretaría de salud comunitaria y la superintendencia de servicios de salud, dependiente del Ministerio de salud son autoridad de aplicación en todas las materias de su competencia de conformidad con la Ley Nº 26.743. 3. El Ministerio de salud tendrá las funciones seguidamente citadas, sin perjuicio de las que puedan surgir de normativas complementarias respecto de la presente: a) Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires la preparación de los servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional, que cumplan con los objetivos del artículo que por esta medida se reglamenta. b) Coordinar e implementar un programa de capacitación, actualización y sensibilización para los profesionales de la salud del sub sector público, a fin de poder dar respuesta al abordaje integral de la salud y a las intervenciones y tratamientos, dispuestos por el artículo 11 generando recomendaciones que propicien la implicación de las universidades formadores en ciencias de la salud. c) Realizar campañas de información a fin de promover la salud integral, intervenciones y/o tratamientos disponibles, en el marco de lo estipulado por el presente artículo, vehiculizado a través del Programa nacional de salud sexual y procreación responsable, dependiente de la Subsecretaría de medicina comunitaria, maternidad e infancia en la órbita de la Secretaría de salud comunitaria.

[38] FUSTER, L.: *Importancia de la atención primaria en la salud de la población travesti, transexual y transgénero*, Universidad de Buenos Aires.

Esto es así, no solo porque exigir lo contrario viola derechos humanos, como se vio, sino también porque la ley va más allá y procura garantizar todos los derechos humanos de las personas trans, incluido el derecho a formar una familia; derecho que se ha visto tremendamente vulnerado y postergado por quienes aún hoy pelean para subsistir.

Este derecho a formar una familia puede ser realizado, en primer lugar, a través de la adopción.

En Argentina el primer precedente tuvo lugar en Córdoba[39]. Se otorgó la adopción plena de dos niñ*s de 11 y 9 años a una mujer trans. L*s niñ*s están con ella desde 2006 (uno 1 año y el otro 3) habiéndole sido conferida la guarda definitiva desde 2009.

Entre los fundamentos de la sentencia se dice: "Bajo el paradigma de la "protección integral de los niños" que se concreta mediante la promoción del "interés superior del niño", como principio rector guía de todas las medidas relativas a los menores, estimo, en coincidencia con los argumentos brindados por el representante del Ministerio Pupilar a fs. 517 que María Belén ha manifestado en hechos su vocación irrefutable de ser madre, otorgándoles a los niños la contención necesaria para que crezcan en el marco de una familia, que se ha convertido en el lugar óptimo y natural para su desarrollo psicosocial y emocional, cumplimentando con la función de educación, vigilancia, corrección, garantizándoles el conocimiento de su propia identidad, el respeto y fortalecimiento de su autoestima, su crecimiento e inserción laboral. Los informes técnicos corroboran todos aquellos aspectos." (…) "Como corolario de ello, los varios e ilustrativos testimonios rendidos, acreditaron las cualidades personales de la actora, su generosidad, el amor profundo que siente por los niños, el compromiso asumido ante situaciones difíciles, y merituadas las circunstancias alegadas, están más que probadas y en virtud de la acabada prueba rendida en autos, estimo procedente la constitución del vínculo filiatorio por adopción plena, como también la solicitud de que los niños lleven el apellido Ochoa (art. 326, segundo parágrafo, C.C.)".

En segundo lugar, se puede acceder al derecho a formar una familia por procreación "natural". Este es el caso de Karen y Alexis que se casaron el 29 de noviembre de 2013. Amb*s cambiaron su DNI conforme la LIDG, pero ningún* se sometió a operación. Así fue como Alexis dio a luz Génesis Angelina.

O el caso de Diane Rodríguez y Fernando Machado en Ecuador[40] o más recientemente el caso de Trystan Reese y Biff Chaplow[41].

[39] Expte. N. 499744 "Ochoa, María Belén -Adopción plena", Juzgado 1ª INST. C.C.FAM.2A-SEC.3-Rio cuarto. 18-12-2014.
[40] V. noticia.
[41] V. noticia.

En tercer lugar, este derecho a formar una familia se puede acceder a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Este es el caso, por ejemplo, de Thomas Beatie quien se inseminó con semen anónimo para tener a cada un* de sus 3 hij*s, por el ser un hombre trans casado con una mujer cis que había padecido una histerectomía. Beatie sostuvo: "querer tener hij*s biológic*s no es un deseo femenino o masculino, es un deseo humano".

De allí la importancia de que las leyes de TRHA comprendan estas opciones[42] y la cobertura por parte del sistema de salud de la crioconservación de gametos o tejidos de aquellas personas que accedan a las intervenciones quirúrgicas y hormonales comprendidas en el art 11 de la ley 26.743.

Así lo prevén los Principios de Yogyakarta que sostienen que "Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes." Y manifiestan que los Estados deben:

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; (…)

C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior[43].

Y más recientemente, en los Principios de Yogyakarta +10 se agregó al derecho a formar una familia la obligación estatal de: "Permitir el acceso a métodos para preservar la fertilidad, como la preservación de gametos y tejidos para cualquier persona sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, incluso antes del tratamiento hormonal o cirugías".

En similar sentido el Comité de Ministros del consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec(2010)5 sobre las medidas para combatir la discriminación

[42] En Argentina el CCYC en su artículo 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y … Artículo 561.- El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

[43] El resaltado me pertenece.

por motivos de orientación sexual o identidad de género sostuvo: "Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debería ser la principal consideración en las decisiones relativas a la responsabilidad parental respecto de un niño, o a la tutela de un niño, los Estados miembros deberían velar por que dichas decisiones se adopten sin discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género".

Esto además refuerza la necesidad de cambiar las lógicas que imperan los regímenes de licencias. Sería conveniente que se contemplase una licencia por parto, para permitir la recuperación física luego de dar a luz, cualquiera sea la identidad de género de la persona que da a luz, y otra para el cuidado del* niñ*, que no debería estar asociada a la mujer – como en la mayoría de los países del mundo lo está, sino que debería decidirse en cada familia o pareja quién se encarga de esta tarea.

El hecho de que no solo "mujeres" den a luz implica una importante ruptura con la lógica sin sentido – y sin rigor científico - de que "las mujeres están naturalmente preparadas para cuidar". Corresponde ahora más que nunca entonces plasmarlo en normas que democraticen el trabajo de cuidado[44].

Por otro lado, las personas trans como se embarazan, entonces también abortan… sería indispensable que los protocolos de aplicación en materia de interrupción legal del embarazo contemplen esta realidad para dispensar un trato respetuoso de derechos humanos a los hombres trans que acceden a un aborto.

De hecho, nuestro código penal solo tipifica la conducta de la mujer. Desde una mirada estrictamente penalista, y si se respetara entonces el principio de legalidad, un varón trans que aborta no estaría delinquiendo. Sin embargo las taras ideológicas en materia de aborto, sumadas a la presencia de un varón trans en ese lugar, me llevan a indefectiblemente creer que se violará la LIDG apelándose en estos casos a la biología para aplicar el Código Penal.

VII. Alcances de la ley. Las partidas de matrimonio y de nacimiento de l*s hij*s.

El Art. 3 de la LIDG establece que "Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida".

Consecuentemente, en nuestro marco legal no hay limitación. Puede hacerlo toda persona, cualquiera sea su estado civil o edad, como se verá luego.

[44] En Sudáfrica se presentó un proyecto de ley –considerado como logro histórico para los grupos LGBTI- que modifica normas laborales para que sean neutrales en cuanto al género, permitiendo la licencia por maternidad y paternidad a personas del mismo sexo independientemente de cómo tengan un* hij*. Se incluye de esta manera a los casos de adopción y gestación por sustitución.

Si está casada, se procederá entonces a rectificar también el acta de matrimonio de modo que refleje la identidad de la persona.

Si bien en Argentina esto generó algunos cuestionamientos en el ámbito registral[45], lo cierto es que no existe impedimento legal, porque nuestro país cuenta también con ley de "matrimonio igualitario". No obstante, como se vio, este no es, o no ha sido, un tema menor en otros países[46], conforme sucede actualmente en Bolivia.

Así, como se debe rectificar la partida de matrimonio de modo que refleje la identidad actual de la persona, también deben rectificarse las partidas de nacimiento de l*s hij*s de aquellas personas que hubieran cambiado su identidad de género con posterioridad a su inscripción.

En Argentina se cuenta con un antecedente administrativo[47].

Amb*s progenitores de una niña cambiaron su identidad de género cuando ella tenía 3 años, por lo que reclamaron ante el registro civil que se modifique la partida y consecuentemente el DNI de su hijo reflejando las identidad actuales.

El 30 de octubre de 2013 se presentaron ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas de Salta capital, que se negó a efectuar los cambios en la partida de la niña y remitió la solicitud al Ministerio de Gobierno, que derivó las actuaciones a la Fiscalía de Estado.

Esto dio lugar al Dictamen nº 14/14 de la Dirección de Asuntos Legales de la SENAF. Buenos Aires, de 9 de abril de 2014 en el que se sostuvo, entre otros valiosos argumentos, que "No se condice con la realidad de sus vínculos filiatorios,

[45] Argentina. Amor trans: para modificar su acta de casadas les piden el divorcio, Infojus. 4-3-2014.

[46] Tribunal Constitucional Federal Aleman, BVerfG, 1 BvL 10/05 (27 de mayo de 2008); Italia, sentencia n.14329/2013, 6 junio 2013 de la Corte di Cassazione.

[47] Otro caso pero judicializado fue "Arroyo Cinthia Cristina contra GCBA sobre medida cautelar autónoma", Exp. A70469-2013/0. Del 26-8-14. En ese la Justicia avaló la rectificación de las partidas de nacimiento de las tres hijas de una persona trans, para que quede allí asentado el nuevo nombre –femenino– de quien originalmente había sido inscripto como el padre biológico de las niñas. Cinthia Cristina Arroyo debió recurrir a los tribunales porque su pedido fue rechazado por el Registro Civil y Capacidad de las Personas porteño. Esta situación afectaba especialmente el acceso de sus hijas, de 14, 12 y 9 años, a distintos programas de ayuda social, ya que como Arroyo había cambiado su DNI y ya no era quien figuraba como titular de los beneficios para las niñas, se veía obligada a explicar cada vez que los recibía que en realidad era la misma persona, pero con distinto sexo y nombre. La madre biológica de las chicas murió hace ya unos años y Arroyo es el único sostén para ellas.
En primera instancia se hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada sobre la base de la necesidad por parte de la actora de ejercer con plenitud los derechos y deberes que derivan de la patria potestad, da cuenta de la urgencia en el dictado de la medida solicitada, máxime cuando la amparista es el único adulto responsable a cargo de las niñas. No obstante, la resolución fue apelada, aunque rechazada por la cámara sobre la base del interés superior de las niñas. No sorprende esta decisión, aunque si, la apelación.

ni con su realidad familiar el mantenimiento en dicho instrumento del nombre y DNI de dos personas que ni ellas, ni el Estado reconocen como tales"[48].

Fundó la posibilidad de modificar la partida de la niña en sede registral en virtud de lo dispuesto en el Art. 7 LIDG y en el art. 13 de la 26.743, según el cual: "Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo".

Se apeló también a los principios de Yogyakarta y lo dispuesto en el art. 19 de la –hoy derogada - Ley de Registro de Estado Civil Nº 18.248 (B.O. 24/06/1969), el que dispone: "Producida la modificación, cambio, adición o rectificación del nombre o apellido de una persona, se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si correspondiere".

Unos años después, y para evitar este tipo de situaciones se sancionó en el ámbito de Buenos Aires la Resolución 1094-2016 de 5 -5 2016 que en su Artículo 1 prevé: "establecer que en los casos contemplados por la ley 26743 en los que el solicitante hubiere inscripto el nacimiento de sus hij*s, contraído matrimonio o inscripto uniones convivenciales en forma previa al cambio de identidad de género, se deberá inmovilizar el acta original y reinscribir el hecho o acto vital adecuado a la nueva identidad autopercibida del requirente".

Norma que debería ser imitada en todo registro civil de Argentina, conforme además lo previsto en los principios de Yogyakarta +10 que prevén como obligación adicional del derecho a formar una familia el deber del estado de: "Emitir certificados de nacimiento para niñ*s que reflejen la identidad de género de l*s *adres".

VIII. LAS PERSONAS EXTRANJERAS.

A los efectos de garantizar un acceso de derechos universal, Argentina contempló la situación de las personas extranjeras, aunque en este ámbito existe una limitación

[48] Se señaló además que "Los efectos directos e inmediatos de ésta situación tienen directa relación con la afectación de otros derechos elementales de la niña, que reconocen jerarquía constitucional y se encuentran consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, tales como: el derecho del niño a no ser discriminado por razón de su nacimiento o cualquier otra condición del niño, sus padres o de sus representantes legales (Art. 2); el respeto por las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención (Art 5); el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria en su vida privada o su familia (Art. 16); el derecho a la crianza y el desarrollo del niño por sus padres (Art. 18), al disfrute del más alto nivel de salud (Art. 24); el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social (Art. 26); a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (Art. 27), el derecho a la educación (Art. 28)".

que no se encuentra cuando la persona es argentina: las partidas de inscripción de los nacimientos constan en los registros del país de origen, resultando -legal y materialmente- imposible la rectificación de su contenido.

Ante esto se sanciona el decreto 1007/12 que responde a la garantía de igualdad y no discriminación de las personas que son inmigrantes y residen en Argentina, para el acceso al reconocimiento de su identidad de género autopercibida en aquellos documentos expedidos por la Argentina.

Se distinguen dos situaciones:

1. Aquell*s ciudadan*s que hayan obtenido la rectificación del sexo en sus respectivos países de origen.

En estos casos la sola presentación de su documento de identidad, la partida de nacimiento, pasaporte, sentencia judicial o cualquier otra documentación donde se disponga o conste la rectificación del sexo y/o cambio de nombre según la legislación de su país de origen será suficiente para proceder a la rectificación del sexo consignado en la residencia, en el documento nacional para extranjeros emitido por la República Argentina y en toda otra documentación que se expida a dicha persona.

2. Aquéllos en que la rectificación del sexo no existe en su país de origen con los alcances establecidos por la 26.743.

Para estos casos era necesario contemplar un procedimiento especial que respete plenamente su derecho a la identidad de género aún frente a la imposibilidad legal y práctica de la rectificación registral contemplada en la Ley Nº 26.743.

A estos fines el Art. 9 del Decreto 1007-2012 prevé: "Aquellas personas extranjeras con residencia legal en la República que no pudieran o no hubieran rectificado el sexo en su país de origen, y que soliciten su reconocimiento en virtud de la Ley Nº 26.743, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

a) Tener residencia legal permanente en la Argentina.

b) Contar con el DNI para extranjeros.

c) solicitud con los motivos por los cuales no resulta posible la rectificación de sexo en su país de origen. (Nota emitida por el consulado de su nacionalidad en la que se informe que no se encuentra prevista la rectificación de nombre y sexo en su país de origen (en original, legalizada)".

La solicitud se efectuará ante la Dirección Nacional de Migraciones quien realiza las modificaciones correspondientes a la radicación de dicha persona, de manera tal que se correspondan con el Documento Nacional de Identidad a emitirse.

Una vez que la Dirección Nacional de Migraciones formaliza las modificaciones lo comunica al Registro Nacional de las Personas a los fines que este organismo proceda a emitir el Documento Nacional de Identidad del ciudadano/a.

La documentación emitida a la persona extranjera, en este supuesto, sólo será válida en la República Argentina[49].

IX. L*S NIÑ*S Y ADOLESCENTES.

Según una encuesta piloto realizada por el gobierno argentino en 2012[50], 8 de cada 10 encuestad*s manifestó haber expresado socialmente su identidad de género antes de los 17 años.

Ante la pregunta: ¿A qué edad expresó socialmente su identidad de género? Las respuestas fueron: Hasta los 12 años el 32,5 %; Entre los 13 y los 17 años el 47,8 %; Entre los 18 y los 25 años el 15,8%; Entre los 26 y los 35 años el 3,8 %.

Como se puede observar, la gran mayoría de las personas trans se expresan socialmente en la adolescencia, lo que no significa, como está demostrado, que la identidad de género no se manifieste antes.

Por otro lado, una encuesta privada de 2014 da cuenta de que la adolescencia es un período en la vida de muchas personas trans en la que se impone el urgente acompañamiento y apoyo por parte del Estado ante el importante índice de suicidios[51].

---

[49] Esto se complemente con la Resolución Conjunta 1/2012 y 2/2012. Art. 3° -Instrúyase a la Dirección de gestión de la Dirección general técnica jurídica de la dirección nacional de migraciones para que, una vez finalizado cualquier trámite de residencia o rectificación de residencia en el que se registre una identidad diferente en cuanto al género que figure en la documentación del país de origen, se cursen sendas notas al Ministerio de relaciones exteriores y culto, Interpol y al consulado del país de origen del extranjero haciendo saber tal situación, con las reservas de la citada Ley Nº 25.326. Art. 4° -Instrúyase a la Dirección de radicaciones de la Dirección general de inmigración de la dirección nacional de migraciones para que, una vez finalizado cualquier trámite de residencia o rectificación de residencia en el que se registre una identidad diferente en cuanto al género que figure en la documentación del país de origen, se notifique fehacientemente al extranjero que no podrá utilizar el documento de identidad que se le expida para ingresar o egresar del país, debiendo hacerlo con cualquier otro documento hábil de viaje de acuerdo a su nacionalidad. Art. 5° — Por la Dirección general de movimiento migratorio de la Dirección nacional de migraciones instrúyase al Cuerpo de Inspectores de ese Organismo, haciéndole saber que, al momento del egreso o ingreso de aquellas personas que hayan ejercido el derecho receptado por la Ley Nº 26.743, deberán brindarles el trato que corresponde de acuerdo al género que se les hubiera reconocido (conforme artículo 12 "in fine" de la norma citada).

[50] Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans. Informe técnico de la Prueba Piloto. Municipio de La Matanza, 18 al 29 de junio 2012. Septiembre 2012.

[51] FUNDACIÓN HUÉSPED, ATTA y ONUSIDA: *Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina*, 2014.

Esto demuestra que es vital el reconocimiento de derechos, y en especial, el facilitamiento del acceso a la identidad a toda persona cualquiera sea su edad, incluso, especialmente, cuando se trata de niñ*s o adolescentes.

En el derecho comparado, entre las leyes que podemos catalogar como más "progresistas" un grupo aún no ha avanzado en este sentido. Así Malta permite el acceso al reconocimiento de IDG de personas menores de 18 años, pero solamente a través de un proceso judicial. Irlanda, restringe a personas menores de 18 años (con posibilidad de judicializar el caso entre 16 y 18 años bajo el requisito de la patologización). México D.F., Colombia, Bolivia y Dinamarca requieren que la persona tenga al menos 18 años.

Otro grupo, en cambio, si lo ha hecho. Así, Noruega desde el 2016 establece que a partir de los seis años, cualquier niñ* puede identificarse a sí mismo como hombre o mujer y requerir cambio registral con el consentimiento de sus padres.

En Argentina hemos ido aún más lejos en el reconocimiento de derechos, al ser el único país del mundo que no pone edad mínima. Reconoce los mismos derechos que adult*s pero con distintos requisitos, que no obstante, y conforme el principio de autonomía progresiva, cada vez estas diferencias son menores.

El primer antecedente en nuestro país – y a nivel mundial – de Rectificación registral de una persona Menor de edad fue el Caso Nati de Juzgado de 1° instancia de Córdoba el 21/08/2007.

Se trata de una demanda interpuesta por l*s progenitores en representación de su hija menor de edad (14 años), solicitando autorización judicial para intervención quirúrgica de readecuación del sexo masculino al femenino y autorización cambio de nombre.

Luego de 3 años de juicio[52], y de una audiencia en la que finalmente juez conoce a Nati en persona resuelve (Nati tenía en ese entonces 17 años):

[52] La petición inicial (la adolescente tenía 14 años) fue declarada improponible y, consecuentemente, fue rechazada *in limine*. Dijo el juez "...conceptúo que la naturaleza de la pretensión que constituye el objeto de la demanda, excede las facultades que la ley civil acuerda a los actores para actuar en representación de su hijo menor (arts. 56, 57, 62, 264 y 274 del C. Civil)" Juz. Civ. Com y Flia de Villa Dolores, 26/11/2004, *Actualidad jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, marzo 2006-vol. 23, p. 2425, con nota desaprobatoria, sin título, de Julia Reartes.
L*s *adres apelaron; el recurso fue rechazado por motivos formales (fs.58/62), sin entrar a considerar el acierto o error de lo decidido. El tribunal rechazó la apelación porque sostuvo que en la alzada se había peticionado algo distinto a lo demandado, cual es que la autorización se otorgue a los fines del tratamiento preoperatorio (Cám. Civ y Com Trab y Familia Villa Dolores, 28/11/2005, JA 2006-II-392, con nota desaprobatoria de FAMÁ, M. V.: "Identidad sexual y derecho a la autodeterminación de niñas, niños y adolescentes: un fallo que nada dice y dicha mucho"). L*s progenitores recurrieron al Superior tribunal de Justicia de Córdoba, quien hizo lugar a la casación y dispuso se imprimiera trámite a la causa; la decisión se fundó en que la facultad otorgada a los jueces de proceder al rechazo *in limine* de la demanda debe ser interpretada restrictivamente, y que el

(1) Autorizar a que se practique la intervención quirúrgica feminizante de sus órganos genitales, a través de las prácticas que fueran necesarias para la adecuación o reasignación de su sexo de varón a mujer.

(2) Imponer a "los padres del menor"[53], como obligación a su cargo derivada de los derechos-deberes que emergen del ejercicio de la patria potestad, el aseguramiento de una debida supervisión o acompañamiento interdisciplinario por psicólogo, psiquiatra, endocrinólogo y cirujano, tanto anterior como posterior a la cirugía, y hasta la mayoría de edad de su "hijo".

3) "Una vez acreditada la realización de la práctica quirúrgica autorizada, se proceda a la rectificación de la partida de nacimiento del menor, dejándose constancia de lo resuelto a través de la anotación marginal respectiva, sustituyendo los prenombres, quedando subsistentes los demás datos asentados, y se expida un nuevo Documento Nacional de Identidad, con los datos rectificados".

Como se puede advertir, aunque vista con buenos ojos en ese momento[54]. se trata de una intervención en muchos aspectos violatoria de la identidad de Nati, patologizante, judicializada, en la que además se le pide a una adolescente su "adecuación corporal a su identidad".

Afortunadamente, mucha agua ha pasado bajo el puente desde aquel primer caso, y mucho se ha avanzado en el reconocimiento de derechos.

Nuestra LDIG en el Art. 5 sobre las personas menores de edad prevé: "Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061.

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la

reclamo no revelaba una manifiesta inadmisibilidad que permitiera coartar el derecho de los accionantes a requerir la intervención jurisdiccional a fin de obtener una decisión de mérito sobre el fondo de la pretensión esgrimida, sobre cuya procedencia final no se pronunciaba, como tampoco daba opinión sobre los alcances de las facultades otorgadas a l*s *adres para actuar en representación de sus hij*s. TS Córdoba, sala civil y comercial, 31/7/2006, La Ley Córdoba 2006-787, con nota aprobatoria de CHIAPERO, S.: "Autorización judicial para una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Un interesante precedente de nuestro Tribunal Superior de Justicia a favor del proceso justo y el acceso a la justicia". La causa volvió, pues, al tribunal de origen.

[53] Si, la sentencia trata a Nati como "el menor".

[54] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. LAMM, E.: "Decisión judicial sobre la intervención médica requerida para la persona transexual, menor de edad competente", *Diversidad de lo Sexual*, APA Editorial y Lugar Editorial, Argentina, 2009, pp.183-203.

vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes".

Aunque la ley exija que sea a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del* niñ* o adolescente, en la realidad – aunque esto depende de si *l niñ* es muy pequeñ* - la petición la realiza, cuando es madur*, *l propi* niñ* acompañad* de algún* progenitor.

Así, en Argentina, Lulú abrió el camino[55] y luego pudieron cambiar su DNI much*s otro*s niñ*s, como por ejemplo Facha, de 10 años[56], quien logró cambiar su género sin ningún tipo de controversia, a diferencia de la niña Lulú, cuyo reclamo necesitó contar con el respaldo de organizaciones sociales y apoyo político.

Ahora bien, la ley habla de "sus representantes legales", ¿esto significa que se requiere el consentimiento de o amb*s *adres? O bastaría el de un*.

Esto se planteó en el caso resuelto por el Juzgado de Familia 1 de Junín, el 10 de diciembre de 2015.

Se trata de una progenitora en representación de la niña (14 años) que solicita la rectificación registral de esta última quien desde los 5 años se identifica con el género femenino. Concurre a la escuela y desarrolla todas sus actividades conforme a dicha identidad de género, la cual expresa sostenida y libremente. Hospital Elizalde realiza tratamiento hormonal.

El progenitor no prestó conformidad para la rectificación registral conforme ley 26.743.

Se procede con intervención del Fiscal y Asesor de Incapaces y se designa abogad* del niñ*.

[55] Dictamen 1/2013 de la Dirección de Asuntos Legales, ref: AE-SENAF-196-2013, referente a los alcances de la ley 26.743 de Identidad de Género, en el marco de la protección de las niñas, niños y adolescentes.
La Resolución 1589 de la Secretaria nacional de niñez, adolescencia y familia del 13 de setiembre de 2013 sostuvo los siguientes argumentos:
Está acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos por LIDG.
La LIDG expresamente remite a las normas sobre capacidad progresiva. (el art. 5o expresa que deben tenerse en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior de conformidad con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061.) (no aplicable CC y la incapacidad absoluta). Ley especial prevalece por sobre ley general.
La invocación del interés superior del niño resulta improcedente para fundar el rechazo, en tanto lo perjudica.
La judicialización es errónea porque LIDG no la exige.
[56] V. noticia.

La jueza resuelve a favor de la modificación sobre la base del el interés superior de la niña y su capacidad progresiva. Ambos derechos en vinculación con la identidad sexual y de género y en definitiva con la dignidad y libertad de la persona humana.

La pregunta no obstante es: ¿Bastaría la conformidad de un* a la luz del CCyC y la condición de adolescente?

Iñaki Regueiro de Giacomi sostiene que si bien la Ley de Identidad de Género requiere la autorización expresa de todas las personas que ejerzan la responsabilidad parental, por expresa disposición del artículo 645 del Código Civil y Comercial bastaría con el asentimiento para el trámite de al menos un* de l*s *adres o tutor*s dado que se presume que existe asentimiento del* o de l*s restantes. En caso de que un* progenitor* se exprese en contra, el caso ha de judicializarse[57].

Ahora bien, ¿qué pasaría si no hubiera progenitor? Será suficiente con que acompañe el pedido algún referente afectivo y si esto tampoco fuera posible, bastaría su solo pedido acompañado con un abogad* del niñ*. La falta de persona ejerciendo la responsabilidad parental – que ya es un perjuicio para es* niñ* - no puede significar un obstáculo para acceder a un derecho, con todos los obstáculos que un* niñ* en esas condiciones ya debe sufrir.

X. El debate actual. La incongruencia de género en la infancia.

El debate actual gira en torno a despatologizar a l*s niñ*s trans y en este ámbito desentrañar la denominada "Incongruencia de género en la infancia".

Según un informe de Stop Trans Pathologize la exploración de expresiones y trayectorias de género diferentes al género atribuido al nacer durante la infancia no está relacionada necesariamente con una experiencia de sufrimiento o conceptualizada como enfermedad, trastorno o estado necesitado de atención médica[58].

Destacan que en algunos casos, niñ*s con expresiones, trayectorias e identidades de género que difieren del género asignado al nacer pueden requerir asesoramiento psicológico y social acerca del proceso de exploración de expresiones de género o experiencias de discriminación, al igual que sus *adres y otras personas que pertenecen a su entorno social cercano. Para este tipo de apoyo, no sería necesaria una categoría específica en la CIE, sino ante todo la disponibilidad de profesionales con un enfoque no patologizante y abierto a la diversidad de género.

[57] Regueiro De Giacomi, I.: "El derecho al reconocimiento de la identidad de género de todas las niñas, niños y adolescentes: a cuatro años de la Ley que abrió el camino a nivel mundial en Derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", en AA.VV.: *Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México*, México, 2016.
[58] V. noticia.

Sostiene el informe que la inclusión de una categoría específica de 'Incongruencia de Género en la Infancia' en la CIE-11 carece de utilidad clínica, además de aumentar el riesgo de una patologización y medicalización de la exploración libre de expresiones, trayectorias e identidades de género en niñ*s.

En similar sentido, y con una claridad propia de quien conoce este tema como poc*s, Mauro Cabral afirma que "quienes exploran su identidad y expresión de género en la infancia necesitan información, contención, apoyo, reconocimiento, protección, amor. Ninguna de esas necesidades precisa de un diagnóstico para ser cubierta"[59].

"Diagnosticar a niñ*s con géneros diversos solo por quienes ell*s son y como ellos se expresan refuerza e institucionaliza el cisexismo y la transfobia en cuestiones psicomédicas y en la sociedad como un todo"[60].

Distinta evidencia científica muestra altas tasas de ansiedad y depresión en niñ*s diagnosticad*s con "desorden de identidad sexual"[61]. En cambio, se constatan niveles normativos de depresión y elevaciones sólo mínimas en la ansiedad en niñ*s que transitan socialmente[62].

La transición social se "refiere a una decisión de la familia de permitir a un* niñ* presentarse, en todos los aspectos de su vida, con el género que se identifica que es diferente al que fue asignado al momento del nacimiento. Transiciones sociales implican cambios del aspecto del niño (ej., el pelo, vestimenta), el pronombre y también un cambio del nombre del niñ*"[63].

---

[59] GATE: "Critique and Alternative Proposal to the "*Gender Incongruence of Childhood*", ICD-11, abril 4-6, 2013; GATE: *"Statement on the International Day Against Homophobia and Transphobia",* 2013; GATE: "Global Action for Trans* Equality, STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization", Nota de prensa de GATE y STP: Nuevos desarrollos en el proceso de revisión de la CIE, 19 de agosto de 2014; GATE: *"Statement on the International Day of Action for Trans* Depatho logization"*, 2013; GATE: "We Are Unstoppable! GATE Statement on the International Day of Action for Trans* Depathologization", octubre 24, 2015.

[60] CABRAL, M., SUESS, A., EHRT, J., SEEHOLE, T., WONG, L.: "Removal of gender incongruence of childhood diagnostic category: a human rights perspective", *The Lancet Psychiatry*, Volume 3, núm. 5, May 2016, pp. 405–406.

[61] WINTER, S., EHRENSAFT, D., PICKSTONE-TAYLOR, S., DE CUYPERE G., TANDO, D.: "The psycho-medical case against a gender incongruence of childhood diagnosis", *Lancet Psychiatry* 3(5), 2016, pp. 404 405; CABRAL, M., SUESS, A., EHRT, J., SEEHOLE, T. J., WONG, J.: "Removal of a gender" cit. pp. 405-406; WINTER, S., DIAMOND, M.; GREEN, J., KARASIC, D.; REED, T., WHITTLE, S., WYLIE, K.: "Transgender people: health at the margins of society.", *The Lancet*, Jun 17, 2016, pp. 367; WINTER, S., SETTLE, E., WYLIE, K., REISNER, S., CABRAL, M., KNUDSON, G., BARAL, S.: "Synergies in health and human rights: a call to action to improve transgender health", *The Lancet* June 17, 2016, pp. 318-321; WINTER, S., RILEY, E., PICKSTONE-TAYLOR, S., SUESS, A., WINTERS, K., GRIFFINS, L.; et al.: "The "*Gender Incongruence of Childhood* diagnosis revisited: A statement from clinicians and researchers", Mayo 7, 2016.

[62] OLSON, K. R., DURWOOD, L., DEMEULES, M., et al.: "Mental Health of Transgender Children Who Are Supported in Their Identities", *Pediatrics*; 137(3):e20153223, 2016.

[63] OLSON, K. R.; DURWOOD, L., DEMEULES, M.; et al.: "Mental Health", cit.

Por su parte, y siguiendo esta línea, el Parlamento Europeo recomienda la retirada de esta categoría en documentos estratégicos recientes[64].

Descartada la utilidad de este criterio, la pregunta es ¿Qué pasa en la Argentina con las intervenciones en su cuerpo?

Las intervenciones pueden ser:

- totalmente reversibles: bloqueadores hormonales

- parcialmente reversibles: terapia hormonal para masculinizar o feminizar el cuerpo.

- irreversibles: procedimientos quirúrgicos.

La LIDG establece en el Art. 11 que "En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad".

Lo dispuesto en este artículo tuvo que "aggiornarse" a lo dispuesto por el Artículo 26 del CCYC que se refiere al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad estableciendo que "Se presume que el adolescente entre trece (13) y dieciséis (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

[64] *European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*: "Report on the situation of fundamental rights in the European Union", A8 - 0230/20 15, 22 de julio de 2015. *European Parliament. European Parliament resolution of 8 September 2015 on the situation of fundamental rights in the European Union* (2013-2014), Brussels, European Parliament, 2015.

Para armonizar ambas normas el Ministerio de salud de la Nación convocó a una Mesa de Trabajo realizada los días 10, 18 y 23 de noviembre de 2015 que concluyó con la Resolución 65-2015 del 09/12/2015 publicada en el Boletín Oficial el 08/01/2016 que hoy está plenamente vigente; el documento de trabajo referido contó con el asesoramiento de vari*s especialistas[65].

Esta resolución establece que los principios constitucionales *pro persona* y *pro minoris,* implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de NNyA.

De esta manera, a partir de los 16 años, existe equiparamiento a la mayoría de edad para este tipo de prácticas.

Entre los 13 y los 16, de acuerdo con el tipo de intervención[66], la regla deberá ajustarse: las prácticas como las intervenciones quirúrgicas, puede solicitarse hasta los 16 años, únicamente con la asistencia de personas que ejerzan roles de cuidado y acompañen el proceso[67].

[65] Quienes integraron esta mesa de trabajo fueron las siguientes personas en carácter de especialistas: Nelly Minyersky, Eleonora Lamm, Marisa Herrera Silvia E. Fernández, Paola Bergallo Sonia Ariza Navarrete, Gustavo Gallo, Emiliano Litardo, Iñaki Regueiro de Giacomi, Mercedes Monjaime, Verónica Gonzalez Bonet. Asimismo, por el entonces Ministerio de Salud de la Nación: Victoria Cattaneo, Constanza Leone, Ofelia Musacchio y Victoria Keller y también participaron la entonces coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, Luciana Kanterewicz y el coordinador del Programa Nacional de Salud Integral en la Adolescencia, Juan Carlos Escobar; además de integrantes de los equipos del mencionado Programa Nacional de Salud Integral en Adolescencia, y de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, Dirección Nacional de Maternidad e Infancia, Dirección de Sida y ETS y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la Dirección de Asuntos Jurídicos del MSAL y la Secretaría de Políticas Regulación e Institutos.

[66] En este contexto, se asevera que "El criterio de 'invasividad' utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de 'gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud'. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como 'invasivo que comprometa el estado de salud' sino que además se lo asocia a tratamientos que 'provocan un riesgo grave en su vida o integridad física'. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado". Resolución 65-2015 del 09/12/2015 publicada en el Boletín Oficial el 08/01/2016.

[67] En lo que respecta al término "progenitores" empleado en el artículo 26 CCYC, la Resolución 65-2015 del 09/12/2015 publicada en el Boletín Oficial el 08/01/2016 sostiene: "en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNyA, la interpretación adecuada del término 'progenitores' del artículo 26 del CCyC, (según el contenido del artículo 59 del CCyC; ley de derechos del paciente; decreto de la ley de salud sexual) en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNyA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud. De esta manera, cualquier "allegado" (artículo 59 del CCyC) o referente afectivo (artículo 7 Decreto 415/2006 reglamentaria de la Ley 26.061) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos"**.**

Por otro lado, aclara que es necesario generar investigación que permita contar con evidencia científica en torno a las terapias hormonales y sus efectos a largo plazo, incluyendo aquellos esquemas que tienen como objetivo la detención del desarrollo puberal. Asimismo es fundamental que sean respetados los derechos reproductivos de las personas que solicitan terapias hormonales y/o cirugías de modificación corporal. Por ello, es imprescindible que reciban información completa sobre los efectos que dichas intervenciones pueden producir en relación con la fertilidad, a fines de garantizar la libertad de toma de decisiones en relación a los derechos tanto sexuales como reproductivos[68].

Ahora bien, ¿Por qué es necesario e importante que se pueda acceder a estos tratamientos hormonales en la niñez y adolescencia?

En primer lugar porque la persona adult* trans, en general ha sido un* niñ* trans.

En segundo lugar porque, como se adelantara, l*s niñ*s con género diverso que cuentan con entornos de apoyo, experimentan una salud mental positiva[69].

En tercer lugar porque la identificación en la niñez o adolescencia puede beneficiar, al permitir un acceso temprano a bloqueadores hormonales o terapias hormonales cruzadas. En este punto, los estudios indican que este enfoque en adolescentes mejora su calidad de vida[70].

Los bloqueadores hormonales alivian el sufrimiento asociado con el desarrollo de características sexuales no deseadas y previenen cambios no deseados y permanentes en el cuerpo (vgr., desarrollo de mamas, barba, cambios en el tono de la voz). De allí que se aconseje su uso previo al desarrollo puberal de cada niñ*[71].

Los tratamientos hormonales cruzados permiten el desarrollo de características sexuales femeninas o masculinas. Los estudios aconsejan que el inicio de tratamientos hormonales cruzados sea determinado de forma individual, sobre la

En igual sentido el Comité de Derechos del Niño en su Observación General Nº 15 de 2013 sobre el Derecho a la Salud, entiende que se deben equiparar las responsabilidades y derechos de todas las personas que ejercen roles de cuidado ya sean "padres biológicos, adoptivos, de acogida, tutores legales o habituales, y personas con las que el niño tenga una "relación personal estrecha."

[68] FERNÁNDEZ, S. E., HERRERA, M., LAMM, E.: "El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud," *La Ley* 28/11/2017, 28/11/2017, 1, cita online: AR/DOC/2904/2017.

[69] OLSON, K. R., DURWOOD, L., DEMEULES, M., et al.: "Mental Health", cit.; ROBLES, R., FRESÁN, A., VEGA-RAMÍREZ, H., CRUZ- ISLAS, J., RODRÍGUEZ-PÉREZ, V., DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, T., REED, G. M.: "Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11", *The Lancet Psychiatry*, Volume 3, Issue 9, 2016, pp. 850-859.

[70] DE VRIES, A. L., MCGUIRE, J. K., STEENSMA, T. D., WAGENAAR, E. C., DORELEIJERS, T. A., COHEN-KETTENIS, P. T.: "Young adult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment," *Pediatrics*.134(4), 2014, pp. 696-704.

[71] FERNÁNDEZ, S. E., HERRERA, M., LAMM, E.: "El principio de autonomía progresiva", cit.

base del desarrollo de cada un* y no basado en una edad[72].

En este sentido se pronuncia la Ley 2/2016, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Madrid[73].

Ahora bien, ¿Qué pasa con la fertilidad?

Sucede que como en personas adultas, en niñ*s o adolescentes, los procesos hormonales también deben contemplar la fertilidad.

De esta manera corresponde previo a iniciar cualquier terapia hormonal crioconservar gametos (si los hubiera, por tratarse de un adolescente que ya comenzó su desarrollo puberal) o tejido, en el supuesto de que no se hubieran desarrollado aun gametos (niñ*s con bloqueadores hormonales iniciada antes de desarrollo de pubertad (óvulos o esperma).

En este sentido se pronuncia la Ley 2/2016, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Madrid[74].

---

[72] HEMBREE, W. C., COHEN-KETTENIS, P., DELEMARRE-VAN DE WAAL, H. A., et al.: "Endocrine treatment of transsexual persons: an Endocrine Society clinical practice guideline", *The Journal of clinical endocrinology and metabolism,* 94(9), 2009, pp. 3132-3154. ROSENTHAL, S. M.: "Approach to the patient: transgender youth: endocrine considerations." *The Journal of clinical endocrinology and metabolism,* 99(12), 2014, pp.4379-4389.

[73] Artículo 13 Atención sanitaria a personas trans.

2. El sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid: a) Proporcionará tratamiento hormonal a las personas trans.

Artículo 14 Atención sanitaria de menores trans

2. Los menores trans tendrán derecho:

a) A recibir tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad, situación que se determinará utilizando datos objetivos como la medición del nivel de estradiol y testosterona, la velocidad de crecimiento o la madurez de los ovarios y gónadas, para evitar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados.

b) Y a recibir tratamiento hormonal cruzado en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados. Dicho tratamiento se producirá bajo la autorización de quienes posean la tutela de la persona menor de edad o por autorización del juez que los sustituya El protocolo de actuación determinará el procedimiento a seguir en aquellos casos en que el equipo profesional estime la improcedencia por existir circunstancias que pongan en riesgo la salud del menor.

[74] Artículo 16 Atención sanitaria en el ámbito reproductivo y sexual

1. El sistema sanitario público de Madrid promoverá la realización de programas y protocolos específicos que den respuesta a las necesidades propias y en particular a la salud sexual y reproductiva.

2. Estará garantizado el acceso a los bancos de óvulos o semen y a las técnicas de reproducción asistida incluyendo como beneficiaras a todas las personas con capacidad gestante y/o sus parejas.

3. Antes del inicio de los tratamientos hormonales se ofrecerá la posibilidad de congelación de tejido gonadal y células reproductivas para su futura recuperación

XI. LAS OPCIONES DE LA LEY. ¿CABE EN NUESTRA LEY LA INSCRIPCIÓN COMO "X"?

Analizada la ley y su alcance, la pregunta es si cabe en nuestra ley la posibilidad de que una persona sea inscripta como "x", es decir, no como femenin* ni masculin*.

Entiendo que sí. Hoy una persona adulta o menor de edad, pero con madurez suficiente podría exigir que en su DNI figure una X si esa es su vivencia interna e individual del género.

Es decir, la LIDG no se queda en el binario, permitiendo cambiar pero solo de uno a otro, sino que al permitir y establecer que la identidad de género es la "vivencia interna e individual del genero tal como cada persona la vive" está entonces permitiendo otras identidades fuera del binario: la identidad de cada persona, que perfectamente puede entonces no ser ninguna de esas dos.

De esta manera, no comparto las opiniones de quienes entienden que la ley solo permite cambiar de uno a otro. Así, Marlene Mayar sostiene: "Esta es una ley para quienes quieran sostener la normalidad hombre-mujer y a quienes tenemos un techo más alto nos deja en donde estábamos, o mejor dicho nos extorsiona a normalizarnos en estas únicas categorías"[75].

Como sostiene Mauro Cabral: "La ley de identidad de género argentina ha sido y es frecuentemente criticada en espacios autopercibidos como radicales porque limita el reconocimiento legal a dos sexos -lo que es decir, limita el cambio registral del sexo de femenino a masculino o viceversa, sin admitir la inscripción de un sexo distinto a femenino o masculino-. Esta es, sin dudas, una cuestión sobre la que será necesario regresar -a través de la exploración de las potencialidades del proceso administrativo, a través de litigio estratégico, o de futuras revisiones legislativas de la ley, de su reglamentación y de su implementación-. Es posible, sin embargo, que la superación futura de la Ley de Identidad de Género argentina no necesariamente implique el reconocimiento de más sexos o de más géneros -sino, y lo digo con esperanzas, la abolición de ambas nociones como categorías jurídicamente relevantes-"[76].

Sostiene este autor que "la LIDG opera como un dispositivo que, bajo una formula registral binaria, archiva cuerpos que se han emancipado del control verificativo de la pericia. La ley argentina no hace corresponder el cuerpo que se encarna con el género que se inscribe en el corpus del registro, a través del paso por la intervención y la autoridad médica"[77].

Laura Saldivia afirma que "el binarismo que pareciera conservar la ley termina siendo una fachada que se cae no bien se rasga un poco. (…) El supuesto punto de referencia sobre le género de las personas que implica la clasificación hombre/mujer

[75] V. noticia.
[76] CABRAL, M.: "Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema, Australia, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, 2 de abril de 2014", *Revista Derechos Humanos.* Año III, núm. 8. Ediciones Infojus, Diciembre de 2014, p. 199.
[77] CABRAL, M.: "Derecho a la igualdad", cit., p. 199.

se diluye en la práctica con realidades de género que superan tal clasificación y que hoy tienen el amparo de la ley"[78].

1. Derecho comparado.

En el derecho comparado existen algunos ejemplos interesantes de fallos o regulaciones que se apartan del binario[79].

Por un lado, en Australia se permite la X en los documentos de identidad para aquellas personas que no se identifican como F o M[80].

Además, hace unos años tuvo lugar el caso de Norrie[81] que dio la vuelta al mundo.

Norrie nació en Escocia con sexo masculino y en 1989 se sometió a una cirugía de reasignación de sexo. Manifiesta que la cirugía no resolvió su ambigüedad en relación a su sexo, por lo que presentó una petición al Director del registro civil para registrar su sexo como "inespecífico" en el certificado de nacimiento y DNI. Ante la negativa del registro, acudió a la justicia.

En primera instancia su petición fue desestimada.

Luego, la corte de apelaciones[82] hizo lugar y resolvió sobre la base de los siguientes argumentos:

Por un lado sostuvo que la palabra "sexo" contenida en la parte 5º A -"cambio de sexo"- de la ley no tiene un único significado binario de "masculino" o "femenino" y cada persona tiene derecho a anotarse en el registro con un sexo que puede no ser uno de esos dos, entre los cuales, destaca identificaciones tales como "intersex"; "andrógino" o "transgénero", condicionadas a cumplir con el requisito de someterse a la cirugía de "afirmación de sexo".

Sostuvo que la ley no habla de sexo "opuesto" y se hace mención al sexo "ambiguo".

Ante la apelación, el caso llega a la High Court, que resuelve el 2 de abril de 2014 sosteniendo que "La disposición de la ley que reconoce "ambigüedades" y el contexto de la Ley que se refiere a las personas de "sexo indeterminado", son una indicación suficiente de que la Ley reconoce que "el sexo de una persona no es

[78] SALDIVIA MENAJOVSKY, L.: *Subordinaciones Invertidas. Colección: Política, políticas y sociedad,* Editoria Universidad Nacional de General Sarmiento, 04/2017, p. 137.

[79] V. también Corte Suprema, Nepal, Pant v. Nepal, 21/12/2007. Además, en el año 2011 Bangladesh habilitó una tercera opción para la categoría "sexo" en sus pasaportes nacionales, y desde el 2012 la ciudadanía de Nueva Zelanda puede optar por la letra X en su pasaporte.

[80] V. *Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*, 2013.

[81] NSW Registrar of births, deaths and marriages v. Norrie [2014] HCA 11./2.4.2014.

[82] Norrie v NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages [2013] NSWCA.

todos los casos de manera inequívoca de hombre o de mujer"".

Argumenta que la "ley no requiere que las personas que, después de haber sido sometidas a un procedimiento de afirmación sexual, y siguen siendo de sexo indeterminado -esto es, ni hombre ni mujer- sean registradas incorrectamente, como uno o el otro. La propia Ley reconoce que una persona puede no ser hombre o mujer, por lo que puede ser tomado para permitir el registro como "no específica"".

Esta sentencia, aunque evidenciada como un avance por algún*s, fue objeto de numerosas críticas que comparto[83]. Analizaré esto en profundidad luego al tratar las violaciones de derechos que sufren las personas Intersex.

Del mismo año es el caso resuelto por la Suprema Corte de India: National Legal Services Authority v. Union of India and others del 15-4- 2014

> Se trata de una acción iniciada por miembros de Comunidad Trans (Hijras) que buscan que se reconozca su identidad de género diferente al asignado en el momento del nacimiento y sostienen que el no reconocimiento de su identidad de género viola los artículos 14 y 21 de la Constitución de la India.

La sentencia argumenta que el termino Trans es uno paraguas que comprende a todas las personas cuya identidad de género no es conforme a su sexo biológico, sea que se hayan operado o no.

Luego de un desarrollo amplio y sobre la base del reconocimiento del derecho a la igualdad, no discriminación, libertad de expresión, autonomía y dignidad, resuelve que el estado debe:

(1) otorgar el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas trans como hombre, mujer o como tercer género.

(2) adoptar medidas para tratarl*s socialmente y educativamente y extender todo tipo de reserva en los casos de admisión en las instituciones educativas y los cargos públicos.

(3) abordar seriamente los problemas que enfrentan las personas trans como el miedo, la vergüenza, la disforia de género, la presión social, depresión, tendencias suicidas, el estigma social, etc. y cualquier insistencia de ORS para declarar el propio género es inmoral e ilegal.

(4) tomar las medidas adecuadas para proporcionar atención médica a las personas trans en los hospitales

(5) adoptar medidas para la elaboración de diversos programas de bienestar social

[83] V. por ejemplo CABRAL, M.: "Derecho a la igualdad", cit., p. 199; y noticia.

(6) adoptar medidas para crear conciencia pública para que las personas trans sientan que también son parte integrante de la vida social

(7) tomar medidas para recuperar su respeto y su lugar en la sociedad.

Un año más tarde tiene lugar un caso en Francia[84]. Quien demanda se presenta como persona intersex, es decir, "cuyos órganos genitales no se corresponden con la norma habitual de la anatomía masculina o femenina" y afirma no sentirse hombre ni mujer.

Explica haber nacido y crecido con una ambigüedad sexual que ha perdurado a lo largo de su existencia y hasta el día de hoy; si bien sus *adres han elegido declararlo varón y fue criado como tal, considera errónea la mención "masculino" que figura en su estado civil, y demanda su sustitución por la mención "neutro" y subsidiariamente, por la mención "intersex".

Expone que ninguna disposición legal impone la condición binaria de los sexos y, que si bien el artículo 57 del Código Civil dispone que: "el acta de nacimiento enunciará el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del niño", el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre le garantiza el respeto por su vida privada.

En el fallo se argumenta que "la aplicación por los oficiales del registro civil del artículo 57 del Código Civil presupone necesariamente que el sexo del niño pueda determinarse, lo que no siempre es el caso, como lo reconoce el artículo 55 de la circular del 28 de octubre de 2011 pues ese texto autoriza a que no se haga en el acta de nacimiento ninguna mención sobre el sexo del niño "si en ciertos casos excepcionales la Medicina estima no poder dar una indicación inmediata sobre el sexo probable del recién nacido"".

Se afirma que "la circular subordina la hipótesis de que "el sexo pueda determinarse definitivamente en el plazo de uno o dos años, luego de los tratamientos apropiados", sin tener en cuenta la posibilidad de que el sexo del interesado jamás pueda determinarse, que es precisamente el caso en el que se encuentra. Cabe entonces hablar en este aspecto de un vacío jurídico y nada se opone en el derecho interno a que la demanda de este último sea acogida favorablemente".

Por eso, se ordena que la mención "de sexo masculino" en su acta de nacimiento sea sustituida por la mención "sexo neutro", que puede definirse como no perteneciente a los géneros masculino ni femenino, preferible a "intersex" que conduce a una categorización que conviene evitar (pues no se trata de reconocer un nuevo género) y que parece más estigmatizante.

[84] Tribunal de Gran Instancia de Tours, Francia, Segunda Cámara Civil, 20 de agosto de 2015. V. también Arrêt n° 531 du 4 mai 2017 (16-17.189), Cour de cassation, Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2017:C100531.

Este fallo, al igual que el caso Norrie en Australia, se fundan en la biología para determinar la identidad, generando un enorme retroceso en lugar de un avance, como se verá luego al analizar concretamente la situación de las personas intersex.

Por su parte, en Estados Unidos un tribunal de circuito de Oregón, el 10 de junio de 2016 permitió que Jamie Shupe, pueda cambiar legalmente su género a no binario.

El 26 de septiembre de 2016, Sara Kelly Keenan (Intersex), en California, también cambió legalmente su género a no binario.

A partir del 1 de julio 2017, Oregón permite un marcador de sexo "X" no binario en las identificaciones del estado y las licencias de conducir. Lo mismo se permite en Washington D.C.

En Canadá a partir de 31 agosto 2017 se permite indicar en el pasaporte una X. Se trata de una primera medida para luego permitir la X en el DNI.

Más recientemente, el 10 de Octubre de 2017, el Tribunal constitucional de Alemania en la sentencia 1 BvR 2019/16 estableció que las disposiciones de la ley de estado civil son incompatibles con los requisitos de la Ley Básica en la medida en que el § 22 (3) de la Ley del estado civil (Personenstandsgesetz - PStG) no prevé una tercera opción, además de la "femenina" o "masculina".

Cabe destacar que en Alemania, la ley de personenstandsgesetz del 1° de noviembre de 2013 permitió que l*s adres de un niñ* intersex pudieran no registrarl* como femenin* o masculin*. En cualquier momento posterior, sobre la base de su desarrollo, *l niñ* podría identificarse como masculino o femenino.

Según el Tribunal constitucional de Alemania esto devino insuficiente. Entiende que el derecho general de la personalidad (Art. 2 (1) junto con el Art. 1 (1) de la Ley Básica, Grundgesetz - GG) también protege la identidad de género de aquellos a quienes no se les puede asignar el género "masculino" o "femenino" permanentemente.

Además, según el tribunal, la ley actual del estado civil también viola la prohibición de discriminación (Art. 3 (3) GG) en la medida en que excluye del registro el género que no sea "masculino" o "femenino".

Consecuentemente, y por orden de esta sentencia, la legislatura debe promulgar nuevas disposiciones antes del 31 de diciembre de 2018.

En este caso *l demandante presentó una solicitud ante la oficina de registro competente con el objeto de corregir el registro de su nacimiento mediante el reemplazo del género "femenino" por "inter / diversa", o alternativamente solo con "diversa".

La oficina de registro rechazó la solicitud y señaló que según la ley del estado civil alemán, se debe asignar a un* niñ* el sexo femenino o masculino en el registro de nacimiento, y se hizo hincapié en que, si esto es imposible, no se ingresa entonces el sexo (§ 21 (1) no 3, § 22 (3) PStG).

La solicitud de corrección presentada ante el Tribunal Local (Amtsgericht) fue rechazada; la queja presentada contra esta decisión no tuvo éxito. Con la queja constitucional, *l demandante denuncia una violación del derecho de la personalidad (artículo 2 (1) junto con el artículo 1 (1) GG) y a la no discriminación basada en el género (artículo 3 (3) primera oración GG).

El Tribunal constitucional de Alemania funda su decisión fundamentalmente en los siguientes puntos:

En primer lugar, afirma que "el derecho general de la personalidad también protege la identidad de género, que regularmente es un elemento constitutivo de la personalidad de un individuo. La asignación de género es de suma importancia para la identidad individual; por lo general, juega un papel clave tanto para la autoconcepción de una persona como para la forma en que otros perciben a esta persona. La identidad de género de las personas a las que no se les puede asignar sexo masculino o femenino también está protegida bajo este derecho".

Es decir, el fallo parte de que hay personas a las que no se les puede asignar un sexo, presuponiendo que hay dos y poniendo a quienes "no cuadran en esos promedios" por fuera de uno y otro, como un tercer tipo entonces, generando de esta manera un enorme retroceso en todo el avance logrado en la diferenciación sexo-genero-biología e identidad.

En segundo lugar sostiene que "la ley actual del estado civil interfiere con este derecho. Requiere registrar el género, pero no permite que una persona, que no se identifica como masculino o femenino, un registro correspondiente a esa identidad de género. Incluso si esta persona eligiera la opción "sin entrada", no reflejaría que el denunciante no se ve a sí mismo como una persona sin género, sino que más bien se percibe a sí misma como un género que va más allá de lo masculino o lo femenino".

Para el tribunal constitucional "esto específicamente amenaza el desarrollo de la libre determinación y la protección de la personalidad del individuo. El estado civil no es un problema marginal; más bien, es la "posición de una persona dentro del sistema legal", como establece la ley. El estado civil define los aspectos centrales de la identidad legalmente relevante de una persona. Por lo tanto, negar a las personas el reconocimiento de su identidad de género amenaza el desarrollo de su libre determinación".

En tercer lugar argumenta que "la injerencia en los derechos fundamentales no está justificada por el derecho constitucional. La Ley Básica no exige que el estado civil

sea exclusivamente binario en términos de género. No se opone al reconocimiento de una tercera identidad de género más allá del masculino y el femenino".

El problema de esta sentencia, no obstante, es que se identifica el género con una determinada biología, por lo que no hay tal autodeterminación.

Argumenta que "Los intereses de terceros no pueden justificar que la ley actual del estado civil no ofrezca una opción que implique tercer género. La mera posibilidad de ingresar otro género no obliga a nadie a registrarse con este tercer género".

Aunque no obliga a nadie, el fallo arbitrariamente, al crear un tercer sexo como determinante a su vez de una identidad, incluye en ella a todas las personas cuyo cuerpo se aparta del "promedio binario", forzando así a las personas Intersex a una categoría que no necesariamente las identifica y que, como se ve y se verá, importa una violación de sus derechos.

Continúa diciendo que "en un sistema regulatorio que requiere información sobre el género, las opciones existentes para que las "personas con desviación del desarrollo de género" se registren como hombres, mujeres o sin entrada de género ciertamente deben ser preservadas. Las cargas burocráticas o financieras adicionales o los intereses organizativos del estado tampoco pueden justificar la denegación de una tercera opción estandarizada. Se deberá aceptar un cierto esfuerzo adicional. Además, permitir el registro de un tercer género con una tercera designación estandarizada no da lugar a dificultades de asignación que de todos modos ya no existen bajo la ley actual. En el caso de que se permita otra opción de género, las preguntas que se deben aclarar son las mismas que ya surgen al optar por no ingresar el género, lo que es posible en la situación legal actual." Es decir, recurre a la anterior ley, que ya adolecía de los problemas y de las críticas que ahora tiene este fallo.

Por último, sostiene que "se viola el derecho a la no discriminación. El género no puede servir como base para un tratamiento legal desigual. El § 21 (1) no. 3 en conjunción con el § 22 (3) afecta a las personas que no son ni hombres ni mujeres precisamente por su género, dado que no pueden, a diferencia de hombres y mujeres, registrarse de acuerdo con su género."

Contrariamente a lo que se procura proteger, lo resuelto resulta tremendamente discriminatorio. Permitir que se inscriba como un tercer sexo solo a las personas intersex no facilita ni favorece la libre determinación (¿Qué elección se está haciendo?) ni la pluralidad ni la amplitud ni la diversidad. Sí favorece el modelo biomédico, expone la intimidad de las personas intersex, potencia las operaciones "normalizadoras" y discrimina a quienes se apartan de este "promedio de normalidad". Es un retroceso en la ruptura biología - identidad y viola la identidad de las personas intersex.

Me explico en los apartados siguientes que permiten entender el alcance de los fallos antes citados de Australia, Francia y Alemania.

XII. INTERSEXUALIDAD.

Se denomina personas Intersex a aquellas que nacen con un cuerpo que varía respecto de los "promedios" corporales femenino y masculino. Ahora bien, la intersexualidad no siempre se visualiza en el acto del nacimiento. Algunas personas descubren su intersexualidad recién en la pubertad; otras cuando siendo adultas infértiles consultan al médic*; a veces, este dato lo revela la autopsia, habiendo sido una circunstancia desconocida durante la vida del sujeto.

Las principales variaciones pueden ser a nivel cromosómico, gonadal y/o anatómicas lo cual incluye: características primarias: órganos reproductores y los genitales; o Características secundarias como la masa muscular, la distribución del vello, pechos y / o estatura.

La diferencia con las personas trans es que mientras las personas trans es una cuestión de identidad, las personas intersex es una cuestión de biología o anatomía. Las personas Intersex tienen las mismas opciones y rangos de identidad de género (y orientación sexual) que las personas que no son Intersex.

Se estima que el 1,7 por ciento de la población nace con un cuerpo que varía del promedio[85]. No obstante, tratándose de una temática aun poco explorada y atendiendo los tabúes y limitaciones existentes alrededor del sexo, entiendo que este número es mucho mayor. El relevamiento aun no es sincero ni refleja la realidad.

Es necesario destacar, como sostiene Cabral, que "La intersexualidad no es una enfermedad, sino una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal, criterios que establecen un mínimo posible para el largo de un pene culturalmente admisible, la máxima extensión de un clítoris culturalmente aceptable. Porque dejando de lado aquellos componentes específicos que pueden tener consecuencias comprobables en el bienestar físico de las personas intersex, el abordaje contemporáneo de la intersexualidad, la identificación y eliminación de la ambigüedad y de la diferencia están basados en supuestos que carecen de una base médica real. Se trata más bien de juicios valorativos acerca de lo que son y deben ser las mujeres, los hombres, y su sexualidad"[86].

1. La violencia.

Mientras la mayoría de las personas intersex son saludables, un porcentaje muy pequeño puede tener condiciones médicas que podrían ser potencialmente peligrosas o mortales si no se trata rápidamente.

[85] Interact and human rights watch: "I Want to Be Like Nature Made Me", Medically Unnecessary Surgeries on Intersex Children in the US, julio 2107. V. también documento.
[86] CABRAL, M.: "Pensar la intersexualidad, hoy".

Sin embargo, aunque solo un porcentaje pequeño lo requiera, la mayoría de las personas intersex son operad*s, siendo las principales consecuencias de las operaciones "normalizadoras":

a) Que se realizan a edades tempranas sin el consentimiento informado de l*s niñ*s, violando su autonomía progresiva. Es indispensable que decisiones tan trascendentes las tome *l nin* una vez que obtenga la edad y madurez suficiente.

b) Viola el Derecho a la salud integral, tanto física como psíquica. Así, estas operaciones generan: el dolor físico y psicológico de cualquier cirugía mayor, junto con los problemas específicos a largo plazo. Estos incluyen: la cicatrización genital y el dolor, la función sexual disminuida o ausente, la incontinencia, estenosis vaginal, fístulas urinarias, dispareunia (relaciones sexuales dolorosas), depresión, mala imagen corporal, disociación, ansiedad social, ideación suicida, vergüenza, odio a sí mismo, dificultad y falta de confianza en la intimidad, trastorno de estrés post-traumático, dolor permanente, pérdida de sensibilidad y las múltiples consecuencias de un intento de cirugía de asignación sexual que a menudo falla y no se puede deshacer. La remoción de gónadas provoca infertilidad y la dependencia de por vida a hormonas (que producen las gónadas removidas).

c) Viola los derechos reproductivos.

d) En muchos casos de "elige" y se asigna un sexo que luego no se corresponde con el género con el que se identifica *l niñ*. No es que sea necesaria esta correspondencia, como se vio, sino que, como se verá, hace que este cambio corporal sea aún más injusto e injustificado.

e) Viola el interés superior del* niñ*

f) Constituye tortura. Así, se ha sostenido que "los tratamientos médicos de carácter intrusivo e irreversible, cuando carecen de una finalidad terapéutica, o tienen por objeto corregir o aliviar una discapacidad, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o son administrados sin el consentimiento libre e informado de la persona interesada"[87].

Resulta necesario distinguir dos cuestiones fundamentales: por un lado, diferenciar las variaciones corporales que no comportan ningún riesgo para la salud (que son la gran mayoría), de las variaciones corporales – muy pocas - que precisan intervenciones médicas y de las variaciones corporales que requieren monitoreo (por ejemplo, cuando existe el riesgo de malignización gonadal)[88].

Por otro lado, atender las consecuencias de las intervenciones de 'normalización'

[87] *U.N. Committee Against Torture*, *General Comment No. 2*, CAT/C/GC/2 (2007).
[88] *Intersex Issues in the International Classification of Diseases*.

corporal en la salud de las personas Intersex, que sí provocan consecuencias[89].

2. Las razones para las cirugías.

Habiendo descripto las consecuencias de las operaciones "normalizadoras", cabe cuestionarse entonces qué razones pueden entonces aducirse para justificar estas violaciones de derechos.

Por un lado se argumenta que se realizan para promover la integración social del* niñ* y su felicidad. Nada más lejos.

Un estudio encontró tasas elevadas de tendencias suicidas entre las personas intersex comparables a los de las mujeres que han sufrido abuso físico o sexual[90].

Otro estudio evidencia el trauma y el daño psicológico que resulta de esta práctica, el cual ha sido comparado con el de la mutilación genital femenina ("MGF")[91] y el abuso sexual en la infancia[92].

El segundo argumento frecuentemente utilizado es procurar que *l niñ* sea "normal" y aceptad*.

El dolor inevitable de la cirugía, el alto riesgo de graves consecuencias físicas y mentales; el sufrimiento por la pérdida de la sensación y función sexual, el dolor causado por la cicatrización, la infertilidad, la castración, la violación de la integridad corporal, y la asignación quirúrgica irreversible de un sexo erróneo nunca sería aceptado si *l niñ* no tuviera un cuerpo intersex.

La creencia de que tan alto riesgo es aceptable para un* niñ* con una condición intersex es la actitud discriminatoria que impulsa estas violaciones de derechos humanos.

Como sostiene Diana Hartmann "no es el cuerpo humano el que debe adaptarse a la noción binaria que la sociedad tiene de la sexualidad; es ésta la que debe abrirse a la diversidad".

---

[89] PETER, A. LEE et al.: "Global Disorders of Sex Development Update Since 2006: Perceptions, Approach and Care", en *Hormone Research in Pediatrics,* 85(3), 2016, pp. 158-180: MOURIQUAND, P. et al.: "The ESPU/SPU standpoint on the surgical management of Disorders of Sex Development (DSD)", *Journal of Pediatric Urology* 10(1), 2014, pp. 9-10; FRADER, J. et. al.: "Health Care Professionals and Intersex Conditions", *The Hastings Institute.*

[90] HUGHES, I. A. et al.: "Consensus Statement on Management of Intersex Disorders", *Archives Of Disease In Childhood* 91, 2006, pp. 554-63; CREIGHTON, Y. S., et al.: "Timing and Nature of Reconstructive Surgery for Disorders of Sex Development", *Journal Of Pediatric Urology*, Dec, 8(6), 2012, pp. 602-10.

[91] EHRENREICH, N.: "Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of *Cultural Practices*", 40 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2005, p. 71.

[92] FURTADO, P. S., et al.: "Gender Dysphoria Associated with Disorders of Sex Development", *Nat. Rev. Urol,* 9, 2012, pp. 620–627.

Por último, se argumenta que se las realiza para reducir las confusiones de género para *l niñ* y l*s *adres.

Nada menos preciso, conforme lo demuestra el famoso caso John/Joan[93].

Cirugías genitales o gonadales en niñ*s intersex que son demasiado jóvenes para manifestar su identidad de género tienen el riesgo de asignar quirúrgicamente el sexo equivocado. Dependiendo de la condición, este riesgo puede estar entre el 40 por ciento, lo que significa que much*s niñ*s crecerán rechazando el sexo que ha sido asignado a ell*s mediante una cirugía irreversible[94].

Según un estudio denominado "Aspectos psicoemocionales en el desarrollo de la identidad de género, en pacientes adolescentes con DSD", atendidos en el Hospital Garrahan realizado por Lic. Martín Di Martino, Dra. Liliana Ongaro[95], entre el año 2012 y 2013 se realizaron entrevistas con 42 pacientes. El 86% recibió tratamiento hormonal. El 81% fue intervenido quirúrgicamente, en la mayoría de los casos la operación fue una vaginoplastia. Del total de pacientes, construyeron una identidad femenina el 26% (8 eran mujeres asignadas al nacer y 3 varones). El 19% logro una identidad masculina (3 eran varones asignados al nacer y 5 mujeres), de esta manera, la concordancia entre sexo asignado y la IDG solo fue en un 26% de los casos; 8 mujeres y en 3 varones.

Por otro lado, este estudio refleja que los adolescentes Intersex sufren menor autonomía, mayor insatisfacción personal y mayor ansiedad.

3. ¿Qué se recomienda?

Conforme lo expresado en los apartados anteriores, se recomienda emprender nuevas investigaciones para aumentar el conocimiento sobre la situación específica de las personas intersex.

En segundo lugar, se debe asegurar que nadie es sometid* a un tratamiento médico o quirúrgico innecesario que es cosmético en lugar de ser vital para la salud durante la infancia o la niñez.

[93] COLAPINTO, J.: "The True Story of John/Joan", *Rolling Stone*, December 11, 1997, pp. 54-97; COLAPINTO, J.: *A nature made him. The boy who was raised as a girl,* Nueva York, Harper Collins, 2000.

[94] Como explica interACT ante el Comité contra la Tortura de la ONU: "Egregiously, doctors who perform genital- normalizing surgery are well aware that many of their patients will reject their assigned sex. One review recognized that 10% of congenital adrenal hyperplasia (CAH) cases develop gender dysphoria, but still concluded that 'assigning female gender and performing premature surgery is safe in the majority of cases'."

[95] DI MARTINO, M., ONGARO, L.: "Aspectos psicoemocionales en el desarrollo de la identidad de gener en pacientes adolescentes con DSD, atendidos en el Hospital Garraham". *Medicina Infantil* XX, 2013.

En tercer lugar, se debe garantizar la integridad corporal, la autonomía y la libre determinación de las personas intersex y proporcionar a ell*s y sus familias asesoramiento y apoyo adecuados.

Los profesionales del derecho y médic*s deberían estar mejor informad*s de los derechos fundamentales de las personas intersex, especialmente l*s niñ*s[96].

El reporte elaborado por Justicia Intersex, StopIGM y Zwischengeschlecht[97] recomienda a los Estados:

a) Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el respeto de la integridad física y la autonomía del niñ* y garantizar que nadie sea sometid* a procedimientos médicos o quirúrgicos innecesarios durante la infancia sino que todas las intervenciones médicas no urgentes se pospondrán hasta que *l niñ* sea lo suficientemente madur* como para participar en la toma de decisiones y dar su consentimiento pleno, libre e informado.

b) Garantizar asesoramiento imparcial y apoyo psicosocial para tod*s l*s niñ*s intersex y sus *adres, la necesidad de informarles sobre las consecuencias de un tratamiento no urgente y otro tipo de tratamiento médico y la posibilidad de posponer cualquier decisión sobre dicho tratamiento o cirugía hasta que las personas afectadas puedan decidir por sí mismas.

c) Investigar los informes de cirugías y otro tipo de tratamientos médicos de personas intersex realizadas sin un consentimiento efectivo y adoptar disposiciones legales para proporcionar reparación a las víctimas de dicho tratamiento, incluida una indemnización adecuada.

d) Garantizar el acceso pleno de las personas intersex al derecho a la identidad y a ser reconocido como persona mediante procedimientos administrativos totalmente compatibles con las normas de derechos humanos.

e) Involucrar a personas intersex en el diseño, implementación y monitoreo de las políticas públicas que les competan y evitar el uso indebido y la instrumentalización de personas intersex y sus problemáticas.

Algunos adelantos en este sentido se encuentra a nivel legal en Malta, que constituye el primer país en prohibir operaciones normalizadoras de niñ*s intersex[98].

Por su parte, en Chile se encuentra la Circular 18, 22 -12-2015, titulada "Instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex" de la

[96] La situación de los derechos fundamentales de las personas intersex, Agencia Europea de Derechos Fundamentales 12. 05. 2015.

[97] *Justicia Intersex, StopIGM y Zwischengeschlecht,* "Intersex Genital Mutilations. Human Rights Violations Of Persons With Variations Of Sex Anatomy", NGO Report to the 6th and 7th Periodic Report of Argentina on the Convention against Torture (CAT).

[98] "Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act", abril 2015.

Subsecretaría de Salud Pública, que ordena a todos los centros médicos del país detener cualquier intervención quirúrgica a niñ*s intersex con el fin de que no se lleven a cabo tratamientos innecesarios para "normalizar" el sexo, como cirugías genitales irreversibles.

Los principios de Yogyakarta dan un paso más al expresamente reconocer el derecho a la integridad mental y corporal en su artículo 32 que establece que "Toda persona tiene derecho a la integridad corporal y mental, la autonomía y la autodeterminación independientemente de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. (…) Nadie será sometido a procedimientos médicos invasivos o irreversibles que modifiquen las características sexuales sin su consentimiento libre, previo e informado, a menos que sea necesario para evitar daños graves, urgentes e irreparables a la persona afectada." Y además consagran el derecho a la verdad en su artículo 37 que sostiene: "Toda víctima de una violación de derechos humanos basada en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales tiene derecho a saber la verdad sobre los hechos, las circunstancias y las razones por las cuales ocurrió la violación. El derecho a la verdad incluye una investigación efectiva, independiente e imparcial para establecer los hechos, e incluye todas las formas de reparación reconocidas por el derecho internacional. El derecho a la verdad no está sujeto a limitaciones y su aplicación debe tener en cuenta su naturaleza dual como un derecho individual y el derecho de la sociedad en general a conocer la verdad sobre los eventos pasados".

XIII. Las inscripciones de niñ*s en Argentina. La supresión del sexo como categoría jurídica.

Ya adelanté que cualquier persona, adulta o menor de edad con autonomía progresiva (nuestra ley no fija edad, por lo que cualquier edad en la medida en que manifieste su voluntad e identidad), puede ser inscripta como "x" en el registro en tanto ello represente su identidad. Esto además, está absolutamente desligado de cualquier biología de modo que es aplicable a cualquier persona, sea o no Intersex, de allí las críticas a los fallos de Francia, Australia y Alemania.

Ahora bien, a los efectos de volver sobre el caso que motivó este trabajo cabe cuestionarse ¿Qué pasa cuando la persona nace?.

El problema se presenta porque en la Argentina la Ley 26413 del Registro del estado civil y capacidad de las personas en su artículo 28 establece: "La inscripción de los nacimientos con intervención de los progenitores deberá efectuarse dentro del plazo máximo de cuarenta (40) días corridos contados desde el día del nacimiento. Vencido dicho plazo se inscribirá de oficio dentro del plazo máximo de Veinte (20) días corridos." Y el articulo 36 concreta que "La inscripción deberá contener: a) El nombre, apellido y sexo del recién nacido."

De esta manera, cuando un* niñ* nace, se lo debe inscribir como F o M. Nuestro

sistema aun exige este requisito, por lo que, en principio, debe constar en la inscripción. Por otro lado, nuestra LIDG habla de vivencia interna e individual, de modo que l*s progenitor*s no podrían inscribir como X a un* niñ* cuando no se sabe si esa es su identidad, de allí que, como dije, esta opción en principio solo está disponible para adult*s o niñ*s que manifiesten su identidad. Ante esto se puede argumentar, con razón, que sobre la base de características sexuales arbitrarias, l*s progenitor*s inscriben a la persona que nace con un sexo que tampoco saben si se corresponderá con su identidad. De allí la necesidad de eliminar el sexo como categoría jurídica, como ampliaré en los párrafos siguientes.

Ahora bien, ¿Qué pasa cuando la persona que nace es intersex?

Ante lo dispuesto por la Ley 26742, ¿se puede inscribir a una persona Intersex conforme un género sin necesidad de operar?

La respuesta no puede ser otra que afirmativa. No solo por todas las violaciones de derechos que conllevan las operaciones y lo analizado supra, sino además porque ello emana expresamente de nuestra ley.

La LIDG permite inscribir como "varón" o "mujer" sin necesidad de operación de asignación sexual.

Como ya dije, se trata de una ley a las que le importa el género, la identidad, no el sexo, por lo que toda persona se puede inscribir como F o M aunque su sexo no se corresponda con uno u otro y puede cambiar sin necesidad de operación. Consecuentemente, una persona Intersex también puede ser inscripta sin necesidad de "correspondencia" biológica.

Además, esta operación está expresamente prohibida en la Ley de identidad de género que en su Art. 11 prohíbe intervenciones quirúrgicas en niñ*s con el propósito de modificar sus características sexuales sin el consentimiento del niñ* y el permiso de un* juez*.

Ahora bien, ¿Podríamos inscribir a una persona Intersex como un tercer sexo? ¿Es posible la opción alemana con nuestra LIDG?

No. Principalmente por dos contradicciones:

1) A la LIDG no le importa el sexo: cualquiera puede ser legalmente identificad* como F o M, sin importar el cuerpo que encarne. Consecuentemente, introducir un tercer sexo sobre la base de una bioanatomía particular contradice abiertamente el espíritu de la ley.

2) La ley despatologiza el reconocimiento, por lo que introducir una asignación de sexo indeterminado sobre la base del diagnóstico diferencial contradice el compromiso de la ley con la despatologización. Por lo demás, sería un medic* quien definiría qué o cual es el sexo, con todos los retrocesos y problemas que ello

conllevaría.

Consecuentemente, la opción de Alemania no es un avance sino un retroceso.

Mientras se exija el sexo como categoría jurídica, se recomienda tratar a las personas Intersex como varón o mujer[99]. Entonces habría que inscribirl* como M o F sobre la base de que esta asignación -como toda asignación de toda persona- es preliminar y como tal puede cambiar.

Inscribirl* como un tercer sexo traumatiza *l niñ*, potencia la marginación de un grupo poco conocido y viola su intimidad al reflejar "una anatomía que se aparta de normalidad".

Por su parte, estas visibilizaciones en un mundo – por ahora predominantemente - binario promueven las operaciones normalizadoras.

Además, no reconocen la IDG de las personas. Much*s personas intersex quieren ser F o M, no X.

Por último, no contribuye a desmantelar el binario de género, sino que lo reafirma. Decir que un clítoris menor de determinado tamaño es mujer y mayor es varón es reafirmar uno y otro sexo y el binarismo que ello implica.

En definitiva, no se deben crear más categorías de sexo, sino que lo mejor sería suprimirlas todas. Es decir, lo realmente protectorio sería eliminar el sexo como categoría jurídica en lugar de crear más sexos .... eso sí permitirá la libre determinación de toda persona.

La pregunta que surge entonces es si en Argentina podría suprimirse el sexo como categoría jurídica.

La respuesta es afirmativa; es más, exigir el sexo hoy, con una ley que se desprende de toda biología, es una incoherencia legal.

A nuestro marco legal no le interesan los cuerpos, la biología, sino la identidad. Requerir un dato que solo refleja la bianatomia de una persona, que es además estático en tanto implica estampar lo advertido en un momento que no necesariamente se mantiene ni luego se condice con el género, es por lo menos discordante e incoherente.

Así lo establecen los Principios de Yogyakarta en el principio adicional 31 sobre reconocimiento legal que prevé: "Toda persona tiene derecho a un reconocimiento legal sin referencia o sin que requiera la asignación o divulgación de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características

[99] *Interact and human rights watch*: "I Want to Be Like Nature Made Me", *Medically Unnecessary Surgeries on Intersex Children in the US*, julio 2107.

sexuales. Toda persona tiene derecho a obtener documentos de identidad, incluidos certificados de nacimiento, independientemente de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a cambiar la información de género en dichos documentos, mientras la información sobre el género esté incluida en ellos.

Los Estados deberán:

a) Asegurar que los documentos de identidad oficiales solo incluyan información personal relevante, razonable y necesaria según lo requiera la ley para un propósito legítimo, y así terminar con el registro del sexo y género de la persona en documentos de identidad como certificados de nacimiento, tarjetas, pasaportes y licencias de conducir, y como parte de su personalidad jurídica;

b) Asegurar el acceso a un mecanismo rápido, transparente y accesible para cambiar los nombres, incluidos los nombres neutros de género, basado en la autodeterminación de la persona.

c) Mientras el sexo o el género continúe siendo registrado:

i. Asegurar un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca y afirme legalmente la identidad de género autodefinida de cada persona;

ii. Poner a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género;

iii. Asegurar que ningún criterio de elegibilidad como intervenciones médicas o psicológicas, diagnóstico psicomédico, edad mínima o máxima, estado económico, salud, estado civil o parental, o cualquier opinión de un tercero, sea requisito previo para cambiar el nombre, el sexo legal o el género;

iv. Asegurar que los antecedentes penales de una persona, su estado migratorio u otro estado no se utilicen para evitar un cambio de nombre, sexo legal o género".

Como sostiene Foucault, "para luchar contra las disciplinas, contra el poder disciplinario, en la búsqueda de un poder no disciplinario no habría que apelar al mejor derecho de soberanía; deberíamos encaminarnos hacia un nuevo derecho, que fuera antidisciplinario pero que al mismo tiempo estuviera liberado de la soberanía[100].

BIBLIOGRAFÍA

BUTLER, J.: *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006.

[100] FOUCAULT, M.: *Defender la Sociedad,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.

BUTLER, J.: *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad,* Paidós Ibérica, Madrid, 2007.

CABRAL, M.: (ed.): *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*, Anarrés, Córdoba, 2009.

CABRAL, M.: "Pensar la intersexualidad, hoy".

CABRAL, M.: "Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema, Australia, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, 2 de abril de 2014", *Revista Derechos Humanos,* Año III, núm. 8. Ediciones Infojus, Diciembre de 2014.

CABRAL, M., SUESS, A., EHRT, J., SEEHOLE, T., WONG, L.: "Removal of gender incongruence of childhood diagnostic category: a human rights perspective", *The Lancet Psychiatry*, Volume 3, núm. 5, mayo 2016.

COLAPINTO, J.: "The True Story of John/Joan", *Rolling Stone*, diciembre 11, 1997.

COLAPINTO, J.: *A nature made him. The boy who was raised as a girl,* Nueva York, Harper Collins, 2000.

CREIGHTON, Y. S. et al.: "Timing and Nature of Reconstructive Surgery for Disorders of Sex Development", *Journal Of Pediatric Urology*, Dec, 8(6), 2012.

DE VRIES, A. L., MCGUIRE, J. K., STEENSMA, T. D., WAGENAAR, E. C., DORELEIJERS, T. A., COHEN-KETTENIS, P. T.: "Young adult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment", *Pediatrics.* 134(4), 2014.

DI MARTINO, M., ONGARO, L.: "Aspectos psicoemocionales en el desarrollo de la identidad de gener en pacientes adolescentes con DSD, atendidos en el Hospital Garraham". *Medicina Infantil*, XX, 2013.

EHRENREICH, N.: "Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices," *40 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* 2005.

ESPINEIRA & WALTERS, S, WINTER, S.: "Ending Pathological Practices Against Trans and Intersex Bodies in Africa", *GIC, Iranti-org,* 2017.

FERNÁNDEZ, S. E., HERRERA, M., LAMM, E.: "El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud" *La Ley* 28/11/2017, 28/11/2017 (online: AR/DOC/2904/2017).

FOUCAULT, M.: *Defender la Sociedad,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.

FRADER, J., et. al.: "Health Care Professionals and Intersex Conditions", *The Hastings Institute.*

FURTADO, P. S., et al.: "Gender Dysphoria Associated with Disorders of Sex Development", *Nat. Rev. Urol.* 9, 2012.

FUSTER, L.: *Importancia de la atención primaria en la salud de la población travesti, transexual y transgénero,* Universidad de Buenos Aires.

HEMBREE, W. C., COHEN-KETTENIS, P., DELEMARRE-VAN DE WAAL, H. A., et al.: "Endocrine treatment of transsexual persons: an Endocrine Society clinical practice guideline", *The Journal of clinical endocrinology and metabolism,* 94(9), 2009.

HUGHES, I. A. et al.: "Consensus Statement on Management of Intersex Disorders", *Archives Of Disease In Childhood* 91, 2006, pp. 554-63;

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. LAMM, E.: "Decisión judicial sobre la intervención médica requerida para la persona transexual, menor de edad competente", en *Diversidad de lo Sexual*, APA Editorial y Lugar Editorial, Argentina, 2009.

LAMAS, M. W.: "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual", *Cuicuilco*, enero-abril, vol. 7, núm. 018, Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH), Distrito Federal, México, 2000.

LITARDO, E.: "Habemus Corpus: El acto de juzgar los cuerpos (tod*s)", *Derecho de familia,* núm. 1, 2012.

MOURIQUAND, P. et al.: "The ESPU/SPU standpoint on the surgical management of Disorders of Sex Development (DSD)", *Journal of Pediatric Urology* 10(1), 2014.

PETER, A. LEE et al.: "Global Disorders of Sex Development Update Since 2006: Perceptions, Approach and Care", *Hormone Research in Pediatrics,* 85(3), 2016.

OLSON, K. R., DURWOOD, L., DEMEULES, M., et al.: "Mental Health of Transgender Children Who Are Supported in Their Identities", *Pediatrics*; 137(3):e20153223, 2016.

REGUEIRO DE GIACOMI, I.: "El derecho al reconocimiento de la identidad de género de todas las niñas, niños y adolescentes: a cuatro años de la Ley que abrió el camino a nivel mundial, en AA.VV.: *Derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes*, Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, México, 2016.

ROBLES, R., FRESÁN, A., VEGA-RAMÍREZ, H., CRUZ-ISLAS, J., RODRÍGUEZ-PÉREZ, V., DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, T., REED, G. M.: "Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11", *The Lancet Psychiatry*, Volume 3, Issue 9, 2016.

ROSENTHAL, S. M.: "Approach to the patient: transgender youth: endocrine considerations", *The Journal of clinical endocrinology and metabolism,* 99(12), 2014.

SALDIVIA MENAJOVSKY, L.: *Subordinaciones Invertidas. Colección: Política, políticas y sociedad,* Editorial Universidad Nacional de General Sarmiento 04/2017, p. 137.

SCOTT, J. W.: *El género: una categoría útil para el análisis histórico.*

VITURRO, P.: *Constancias, en Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Christian Courtis (comp.), Trotta, Madrid, 2006.

WEEKS J.: *The Languages of Sexuality*, Routledge, Abigdon, Oxon, 2011.

WINTER, S., EHRENSAFT, D., PICKSTONE-TAYLOR, S.; DE CUYPERE G, TANDO, D.: "The psycho - medical case against a gender incongruence of childhood diagnosis", *Lancet Psychiatry* 3(5), 2016.

WINTER, S., DIAMOND, M., GREEN, J., KARASIC, D., REED, T., WHITTLE, S., WYLIE, K.: "Transgender people: health at the margins of society." *The Lancet*, Jun 17, 2016.

WINTER, S., SETTLE, E., WYLIE, K., REISNER, S., CABRAL, M., KNUDSON, G., BARAL, S.: "Synergies in health and human rights: a call to action to improve transgender health", *The Lancet* June 17, 2016.

WINTER, S., RILEY, E., PICKSTONE-TAYLOR, S., SUESS, A., WINTERS, K., GRIFFINS, L., et al.: "The "Gender Incongruence of Childhood" diagnosis revisited: A statement from clinicians and researchers", mayo 7, 2016.

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA

INFORMED CONSENT AND MEDICAL LIABILITY

Dr. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alicante
j.barcelo@ua.es

RESUMEN: El reconocimiento del derecho a la información del paciente y del deber de obtener su consentimiento ha supuesto un cambio en el modo de ejercer la medicina. La no obtención del consentimiento informado es causa de responsabilidad profesional, aun a pesar de haber cumplido con el resto de obligaciones médicas y cuidados del paciente. El Tribunal Supremo español considera que la obligación de la información es un elemento esencial de la "lex artis". Este trabajo analiza esta amplia visión de la jurisprudencia española y los casos en los que la infracción del consentimiento informado da lugar a responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; consentimiento informado; autonomía; derecho de los pacientes.

ABSTRACT: The recognition of the right of patient's information and of the duty to obtain his consent has supposed a change in the way of exercising the medicine. Not obtaining of the informed consent is a reason for professional liability, still in spite of having executed the rest of medical duties and taken care of the patient. The Supreme Spanish Court thinks that the duty of information is an essential element of "lex artis". In this work we analyse this wide vision of the Spanish courts and the cases in which the infringement of the informed consent gives rise to civil liability.

KEY WORDS: Tort Law; informed consent; autonomy; rights of patients.

FECHA DE ENTREGA: 22/09/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.- II. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA.- 1. La emergencia de los derechos de los pacientes y, en particular, del derecho al consentimiento informado.- 2. El plano constitucional.- 3. El plano civil.- A) Regulación dispersa del consentimiento informado.- B) Integración del consentimiento informado en la *lex artis*. Los casos de responsabilidad civil por infracción del consentimiento informado.- a) La STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015.- b) La STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016.- C) Apunte de Derecho portugués: el *leading case* del *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 2 de junio de 2015.

I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.

Las líneas que siguen corresponden a la versión escrita de mi ponencia en el *IV Congreso Internacional sobre los Derechos de la Personalidad: derechos de la personalidad y responsabilidad civil en el ámbito sanitario*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el pasado día 25 de abril de 2017.

El tema de mi ponencia fue el de "consentimiento informado y responsabilidad médica", dos figuras estrechamente relacionadas en el ámbito del Derecho médico[1], caracterizado, como bien sabemos, por esta interacción que se da entre lo jurídico y lo médico. Antes de analizar el punto en el que convergen, es decir, los casos de responsabilidad civil médica por infracción del consentimiento informado, realizaremos un breve recorrido por la teoría general del consentimiento informado, que conecta directamente con los derechos de la personalidad objeto de este Congreso, efectuando algunas observaciones de Derecho comparado, aprovechando la presencia entre nosotros del Director del *Centro de Direito Biomédico* de la Universidad de Coimbra, el Dr. André Dias Pereira.

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA.

1. La emergencia de los derechos de los pacientes y, en particular, del derecho al consentimiento informado.

El derecho a ser informado que tiene el paciente, como paso previo a la emisión de su consentimiento al tratamiento médico, constituye uno de los grandes logros del Derecho médico de las últimas décadas. El usuario de los servicios sanitarios no solamente demanda del facultativo unos cuidados conformes según la ciencia, sino que también quiere ser informado de manera completa y clara sobre su estado de salud y la actuación que precisa. Información y consentimiento quedan así

[1] Hay múltiples denominaciones: Derecho sanitario, Derecho de la Salud, Bioderecho, etc. Sobre el tema, *vid.*, ampliamente, DIAS PEREIRA, A.G.: "A emergencia do Direito da Saúde", *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, 2016, jul/set, 5(2), pp. 180 y ss.

íntimamente vinculados: de ahí la denominación de "consentimiento informado" que emplea tanto el legislador como la jurisprudencia.

El fundamento del consentimiento informado está en la idea de autonomía individual del paciente y el estímulo a la toma de decisiones racionales. Se trata de decidir con el paciente y no por él desde la superioridad del criterio médico. La información y el consentimiento informado no son una concesión graciable del médico, sino un auténtico derecho del paciente[2]. Una consecuencia de ello es, precisamente, que un número apreciable de sentencias en materia de responsabilidad civil médica versan sobre la falta de información.

En esta nueva situación, vista en un primer momento como una injerencia distorsionadora[3], los médicos han terminado por ajustar su actuación al cumplimiento de los deberes de información y obtención del consentimiento informado, aunque exigiendo en la práctica la firma del consentimiento hasta para las operaciones o tratamientos más sencillos, lo que denota cierta actitud defensiva[4]. Sin desconocer los problemas de la práctica médica y hospitalaria diaria[5], es

[2] Sobre la emergencia de los derechos de los pacientes, como uno de los signos de la evolución de las últimas décadas en el contexto cultural de la medicina occidental, *vid.* DIAS PEREIRA, A.G.: *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2015, pp. 371 y ss.

[3] El consentimiento informado es, sin duda, ajeno a la tradición médica, que lo ha venido desconociendo a lo largo de su historia, porque esa tradición ha tenido un carácter esencialmente paternalista ("todo por el paciente, pero sin el paciente") y en atención a ese tono paternalista resultaba que la relación entre el médico y el paciente era de carácter fundamentalmente vertical; se consideraba que la actuación del médico estaba inspirada por el principio de beneficencia según el cual el médico tenía amplias facultades para actuar sin contar con la voluntad del paciente, y ello sobre la base de que como nadie deseaba mantenerse en un estado de ausencia de salud, debía aceptarse cualquier acto que tendiera a conseguir la curación o el alivio de las dolencias; para ello, el médico ponía todo su saber y todo su poder en supuesto beneficio del enfermo no dudando en utilizar cualquier argucia (y aun en ciertos casos empleando, incluso la coacción y el engaño) y actuando, a veces, con la complicidad del enfermo. *Vid.* este planteamiento en GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Valladolid, 2004, pp. 39 y 40. Sobre la evolución en la comprensión de la medicina desde el modelo hipocrático tradicional hasta el modelo predominante en la actualidad, basado en la afirmación del valor de la autonomía individual y que suele denominarse modelo del consentimiento informado, *vid.* ALEMANY, M.: "El paternalismo médico", en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (coords. M. GASCÓN ABELLÁN, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ), Valencia, 2011, pp. 745 y ss.; JÓLLUSKIN, G., y TOLDY, T.: "Autonomia e consentimento informado: um exercício de cidadanía?", *Antropológicas*, 2011, núm. 12, pp. 44 y ss.

[4] El principio de autonomía conlleva también sus propios riesgos, siendo el mayor de ellos el que se ha dado en llamar medicina defensiva, mediante la cual el médico, para evitar en la medida de lo posible conflictos de tipo legal, no actúa en pleno y libre ejercicio de su profesión, sino que utiliza exploraciones y criterios científicos, en ocasiones excesivos y que, aun siendo válidos, suponen fundamentalmente un apoyo judicial en vistas a una posible responsabilidad por ejercicio de la práctica clínica, lo que en muchas ocasiones va en detrimento del paciente, del propio profesional y del presupuesto sanitario del país. Al respecto, PALOMARES BAYO, M., y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Granada, 2002, p. 8.

[5] Los médicos están sometidos a la influencia de gestores (públicos o privados), que inciden con sus recortes y burocracia en la relación. Se tiene menos tiempo para atender al enfermo (al que muchas

aconsejable que los profesionales realicen todo el esfuerzo que esté en sus manos para informar al paciente, porque si el consentimiento informado se presta correctamente difícilmente van a ser condenados si su actuación se ajustó al estado de la ciencia médica.

Los ordenamientos portugués y español confieren una amplia tutela al derecho de autodeterminación de la persona, tanto en el plano constitucional como en el plano penal, civil y de la legislación sanitaria. Aquí vamos a estudiar la cuestión desde el punto de vista de los derechos fundamentales (plano constitucional) y de la legislación civil ordinaria. No perdamos tampoco de vista la influencia e impulso dado por normas internacionales, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se afirma en su art. 3 que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular "el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley", y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo), en cuyos arts. 5 y siguientes se realiza una regulación detallada del consentimiento, partiendo de la regla general de que "una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento"

Veamos, pues, los planos constitucional y civil[6].

2. El plano constitucional.

Las prestaciones sanitarias inciden en un ámbito de la persona que resulta especialmente sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales; la asistencia sanitaria afecta a la salud, a la integridad física, incluso a la vida, pero también puede incidir en otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la libertad ideológica o el derecho a la intimidad personal.

En Portugal, el art. 25.1 CRP proclama que la integridad moral y física de las personas es inviolable. Este derecho se desdobla en el derecho a la integridad física y en el derecho a la integridad moral de cada persona, y para la doctrina portuguesa esencialmente se traduce en "un derecho a no ser agredido u ofendido en cuerpo o en espíritu por medios físicos o morales"[7]; no hay duda, pues, que el derecho al consentimiento libre e informado, en cuanto dimensión del derecho a la integridad

veces ni se le explora) y se le recibe con una pantalla de ordenador de por medio. Esto influye en el tiempo de relación, que es mínimo, y lógicamente también en la transmisión de la información.

[6] Un desarrollo del tema puede verse también en BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Consentimiento informado en el plano constitucional y civil: las experiencias jurídicas portuguesa y española", en *Direito na Lusofonia Vol. II. Diálogos constitucionais no espaço lusófono*, 3º Congreso Internacional de Direito na Lusofonia, Braga, 2016, pp. 63 y ss.

personal, está consagrado en el plano constitucional. En realidad, de la dignidad humana (art. 1 CRP) trae causa la inviolabilidad de cada persona; de este modo, uno de los derechos que se derivan de la dignidad del ser humano es el de la autodeterminación, que no se extingue por alteraciones en la salud[8].

En España, el fundamento jurídico-constitucional del derecho al consentimiento informado reside también en los derechos a la vida, a la integridad física y a la integridad moral (art. 15 CE)[9], si bien estos derechos, como todos los derechos fundamentales, tienen su antecedente más remoto en los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Aun cuando no contiene el art. 15 CE una referencia expresa al consentimiento informado, se considera que el mismo es inherente al derecho fundamental a la integridad física, tal y como señala el Tribunal Constitucional en una importante sentencia de 28 de marzo de 2011[10].

Ciertamente, las prestaciones sanitarias inciden y afectan a la vida y a la integridad física, pero en los últimos tiempos se ha demostrado que pueden también poner en tela de juicio otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), tal y como sucedió con las charlas informativas de 2014 del Hospital Doctor Peset de Valencia: reuniones colectivas de oftalmología y obstetricia, en las

[7] CANOTILHO, G. y MOREIRA, V.: *Constituçaõ da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007, p. 455.
[8] Sobre el particular, DIAS PEREIRA, A.G.: *Direitos dos pacientes,* cit., p. 405.
[9] Como dice MAGDALENO ALEGRÍA, A.: "Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales", en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites* (dir. M. L. ARCOS VIEIRA), Pamplona, 2016, p. 310, "el consentimiento o rechazo de los tratamientos médicos como manifestación de la autonomía del paciente forman parte del haz de facultades preservadas por el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) entendido como garantía de la autodeterminación del propio sustrato corporal en el ámbito médico".
[10] STC 37/2011, 28 de marzo (BOE de 28 de abril de 2011). En concreto, se dice: "Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamiento que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pueda conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)" [FJ 5]; y más adelante: "La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las autoridades médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental" [FJ 5].
Esta sentencia estima un recurso de amparo, centrándose en determinar la lesión que la falta de información ha podido suponer respecto a la integridad física protegida por el art. 15 CE, demostrando así que la tutela de ciertos intereses puede tener amparo en el concepto de derecho fundamental cuando esta es la única vía para su defensa, una vez agotadas las instancias judiciales.

que se obtenía el consentimiento informado del paciente para una posterior operación, vulnerando así (al margen de la irregular transmisión de la información y obtención del consentimiento) la intimidad de los usuarios de la sanidad pública[11].

En consecuencia, son de aplicación todas las garantías normativas y jurisdiccionales que poseen los derechos fundamentales en los ordenamientos español y portugués.

3. El plano civil.

A) Regulación dispersa del consentimiento informado.

La fundamentación civil del consentimiento informado presenta diferencias en España y en Portugal, derivadas en buena parte del hecho de la ausencia en el Código civil español de 1889 de una categoría de los derechos de la personalidad.

En efecto, mientras desde el art. 70 C.c. la doctrina portuguesa maneja el derecho general de la personalidad (derecho fuente) y la previsión más específica del derecho especial de la personalidad a la integridad física y moral, con el que se relaciona el derecho a la libertad de voluntad y autodeterminación[12], el camino español es bien distinto, pues consiste en el recurso al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, que se traslada hasta el Derecho civil para construir precisamente la categoría de los derechos de la personalidad.

A partir de ahí, el consentimiento informado figura disperso por el ordenamiento, tanto en Portugal como en España, muchas veces en normas de naturaleza mixta civil y administrativa.

En el caso portugués, destaca la norma 15/2913 de 3 de octubre de 2013, emanada de la Direcção-Geral da Saúde[13], al margen de otras referencias en la Ley 48/1990, de 24 de agosto, de Bases de la Salud, en la Ley 15/2014, de 21 de marzo, de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema de Salud y en normas específicas de sectores concretos (ensayos clínicos, donación de órganos, etc.).

La regulación española es todavía más dispersa. No sólo por la convivencia entre una regulación general y normas específicas en ámbitos concretos (al igual que vimos antes, caso, por ejemplo, de los ensayos clínicos o la donación de órganos), sino por la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, que se traduce en la existencia de normativa autonómica y normativa estatal. La principal referencia, a nivel estatal, se encuentra actualmente la Ley 41/2002, de 14

[11] *Vid.* la noticia.

[12] Sobre este planteamiento, DIAS PEREIRA, A.G.: *Direitos dos pacientes*, cit., p. 406.

[13] Al respecto, GIRÃO, F. y DIAS PEREIRA, A.G.: "O consentimento informado. A norma 15/2013", en *Escritos de Direito da Saúde. Excelência em Saúde* (coord. A.G. DIAS PEREIRA), Coimbra, Lisboa, 2016, pp. 131 y ss., que realizan una lectura crítica de la norma 15/2013.

de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica [14]. El consentimiento informado es definido en el art. 3 como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"[15], y conforme al art. 10 la información básica que el facultativo debe facilitar al paciente, antes de recabar el consentimiento, debe hacer referencia a los siguientes aspectos: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones.

B) Integración del consentimiento informado en la lex artis. *Los casos de responsabilidad civil por infracción del consentimiento informado.*

La información sobre los riesgos de la actividad médica constituye un tema de gran actualidad, y destaca, en particular, los casos, ciertamente numerosos en la jurisprudencia, en los que la deficiente (o inexistente) información sobre los riesgos da lugar a responsabilidad civil, al margen de la corrección de la actuación médica desde el punto de vista técnico[16]. Son estos los casos en los que fijaremos la atención, señalando la jurisprudencia más reciente, que marca ya una línea consolidada respecto a su identificación (reclamaciones basadas en la infracción del derecho a la información), aunque con la asignatura todavía pendiente de los

[14] El carácter de "básica" de esta ley deriva del art. 149.1.16 CE, que otorga al Estado competencia exclusiva respecto a las bases y coordinación de la sanidad.
Con anterioridad, la referencia normativa estaba en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
En cualquier caso, el consentimiento ya debía estar presente en todo acto médico de conformidad con los arts. 7.1, 1.258 y 1.261 C.c. Sobre ello, GALÁN CORTÉS, J.C.: "Consentimiento informado", en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (coords. M. GASCÓN ABELLÁN, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, y J. CANTERO MARTÍNEZ, Valencia, 2011, p. 364.

[15] Esta definición es, por sí sola, buena muestra de la transformación de la relación médico-paciente.
En efecto, es un lugar común señalar cómo el enfermo ha dejado de ser el objeto del tratamiento, sometido al poder omnímodo del médico, a quién competía la toma de cesiones sin contar con la opinión o consentimiento de aquél, con el solo objetivo de procurar su curación. En cambio, hoy se le reconoce la facultad de decisión última, salvo en muy contados supuestos de urgencia, incapacidad o en que puede serle impuesta una cierta actividad terapéutica. Sobre el particular, GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento*, cit., p. 42.

[16] Es decir, hay casos en que se condena por falta de información, siendo la actuación correcta desde el punto de vista estrictamente técnico; y hay casos en que se condena tanto por falta de información como por actuación negligente. Entre los segundos, conviene destacar la STS (Sala 3ª) de 26 de marzo de 2012 (ROJ: STS 2078/2012), en la que se concede indemnización por dos conceptos: 60.000 € por falta de información sobre los riesgos del parto por cesárea (se conceptúa como daño moral) y 1.000.000 € por actuación médica negligente (fallecimiento).

criterios de cuantificación del daño, cuyos perfiles, a nuestro juicio, deberían estar más clarificados[17].

La responsabilidad recaerá sobre el médico y también sobre los centros privados, mientras que en el caso de la medicina pública se actuará por la víctima solamente contra la Administración[18], sin perjuicio de que esta última repita contra el médico en vía de regreso[19].

El Tribunal Supremo español viene entendiendo que el deber de información es elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica y está incluido dentro de la obligación asumida por el médico. La obligación de informar y la de obtener el consentimiento se configuran como un elemento más del arte médico, por lo que su omisión puede dar lugar a un derecho de indemnización a favor del paciente y ello con independencia de si la actuación sanitaria se realizó o no correctamente, pues como se dice en la STS (Sala 1ª) de 12 de abril de 2016[20] "una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico".

Antes de pasar al estudio de esta jurisprudencia, convendría dejar anotado que en la doctrina se alzan voces contrarias a este proceder del Tribunal Supremo y se aboga

[17] Sobre los problemas a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria, vid., recientemente, SARDINERO GARCÍA, C.: *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico. Criterios indemnizatorios*, Valencia, 2016, pp. 267 y ss.

[18] Hay, pues, una doble regulación, con un régimen jurídico distinto. En el caso de la medicina privada, la normativa se encuentra principalmente en el Código civil, arts. 1.101 y ss. para la responsabilidad contractual, y arts. 1.902 y ss. para la responsabilidad extracontractual. En el caso de la medicina pública, la regulación básica de la responsabilidad de las Administraciones Públicas se contiene en la Ley del Sector Público de 2015, concretamente en su Capítulo IV de su Título Preliminar; esta ley deroga así en esta materia a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, aunque existe, como bien señala la doctrina (así, ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 2015, p. 297), una clara continuidad en los contenidos, manteniéndose inalterados los preceptos más importantes.

[19] La Administración, una vez satisfecha la indemnización (a la que ha sido condenada por los tribunales, o bien por haberla asumido la propia Administración al resolver el procedimiento administrativo previo a la vía judicial), exige de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia graves.
Concretamente, señala el art. 36.2 LSP:
"La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencias graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.
Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso".

[20] ROJ: STS 1624/2016.

por una conceptuación autónoma de cada obligación: la de información, por una parte, y la asistencial o de actuar según el estado de la ciencia, por otra[21].

En la misma línea de separar ambas esferas, se pronuncia el *Supremo Tribunal de Justiça* portugués, remitiéndonos a los dos sentencias que veremos en el último apartado de este trabajo.

Nos detenemos, ahora, en dos sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015 y 8 de abril de 2016.

a) La STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015.

La STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015[22] constituye uno de los ejemplos más recientes de la línea jurisprudencial que integra el deber de información en la *lex artis*. También presenta interés por declarar inequívocamente la responsabilidad civil, no por una intervención quirúrgica defectuosa, sino como consecuencia de la omisión del deber de información, pues debió conocer la paciente que existía un alto porcentaje de fracaso (entre el 40 y el 60%) en la operación de reducción gástrica.

Los hechos pueden resumirse del siguiente modo: Doña Teresa presenta demanda contra Don Gustavo (médico) y la compañía aseguradora, solicitando que se dicte condena al pago de 70.000 €, más los intereses legales correspondientes. Alega la demandante que fue intervenida por laparoscopia para reducción de estómago mediante la colocación de una banda gástrica, sin que se le advirtiera de la posibilidad de fracaso de la técnica, ni de sus posibles efectos adversos y con coste de 6.000 €; la operación no tuvo el efecto deseado y volvió a engordar, sufriendo cólicos y una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y tuvo que ser extraída con un coste de 14.000 €.

[21] Para SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, diciembre 2014, p. 112, no está justificada la calificación jurisprudencial de la obligación de información como elemento esencial de la *lex artis*, ni como un deber incluido en la prestación principal de asistencia o cuidados médicos: "Con tal proceder, se cae en una conceptuación muy amplia de dicha obligación y de la propia *lex artis*, igual que ocurriría, si, por ejemplo, incluimos en tal concepto la revelación de datos de salud del paciente amparados por el secreto profesional. Es cierto que no informar al paciente debidamente, o revelar sus datos de salud sin justificación alguna comporta una mala praxis médica en sentido amplio. Pero verdad es, también, que la independencia y precisión con que se regula la información en la actualidad, así como su vinculación con el derecho a la autonomía decisoria del paciente en caso de cumplimiento correcto de la misma, avalan, a nuestro entender, la tesis de su consideración como una obligación distinta a la que integra la *lex artis*, *strictu sensu* e independiente de la principal de asistencia. Buena muestra de ello, es la posibilidad de cumplir ésta y la de incumplir, por el contrario, la de información".

[22] ROJ STS 3722/2015.

La demandante, en los fundamentos jurídicos, invoca la acción contractual, aunque también cita jurisprudencia sobre los requisitos del art. 1.902 C.c. Entiende que se produjo una defectuosa realización de la cirugía y omisión del deber de información, reclamando del médico y la aseguradora los costes citados (6.000 € y14.000 €, importes de la primera y segunda operación), más 5.000 € en concepto de *pretium doloris* (dolor físico) y 45.000 € por daño moral.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y condena solidariamente a los dos demandados al pago de 70.000 €, más intereses y costas.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y desestima la demanda, con imposición de costas a la parte actora. Argumenta que ha quedado "suficientemente acreditado el incumplimiento del deber de información, pero no que haya sido generador de un daño que haya de ser indemnizado. No ha quedado suficientemente establecida la causa de la obesidad sobrevenida en 2007. La operación no fracasó, pues hasta el tercer año se mantuvo el objetivo perseguido y la actora perdió peso. No se prueban cólicos posteriores, ni tampoco que la causa de la recuperación de peso fuera que la banda quedara finalmente incrustada en el estómago. Se rompe el curso causal. No queda acreditada una defectuosa realización de la cirugía y la omisión del deber de información, suficientemente acreditada, no puede tenerse en cuenta, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, para fijar una indemnización cuando no se acredita un resultado lesivo. La pérdida de oportunidad no genera responsabilidad cuando no se produce daño y, en este sentido, reiteramos que no queda acreditado que la recuperación de peso fuera debida a la operación, en tanto concurren otras posibles causas plausibles (no respetar la dieta, padecer un embarazo y un parto con diabetes gestacional y sufrir una litiasis biliar)".

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso la representación procesal de Doña Teresa recurso por infracción procesal, que alegaba infracción del art. 217 LEC y fue desestimado, y recurso de casación, que sí fue estimado y cuyo único motivo alegaba infracción del art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como del art. 15 CE y del art. 1.902 C.c., y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado.

Conviene señalar que, en el momento en que se produjeron los hechos, estaba vigente el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, conforme al cual el paciente tiene derecho "a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento". No es, pues, un caso juzgado con base en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El Tribunal Supremo entiende que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y no de una intervención defectuosa.

A la hora de fundamentar la decisión, empieza el Alto Tribunal recordando que la jurisprudencia de la Sala Primera, de forma reiterada, "ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma".

La falta de información, que el Tribunal Supremo entiende acreditada en el caso de Doña Teresa, "implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma (se refiere al art. 10.5 Ley General de Sanidad) procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la Sentencia de 2 de julio de 2002".

Es cierto, y así lo destaca la sentencia, que la falta de información no es por sí misma causa de resarcimiento pecuniario. Ahora bien, en este caso sí se materializa un riesgo del que no había sido informado Doña Teresa y que dará precisamente derecho a la indemnización: "Es hecho probado de la sentencia que fue necesaria una nueva intervención para conseguir la reducción de estómago y que hubo una vuelta a situación de obesidad a pesar de la intervención; extremo este del que no fue informada. Dice lo siguiente: "El perito Sr. Elías (f. 216 y ss.) coincide con su colega en que un alto porcentaje (para él del 40% o de 23 sobre 82, es decir, del 28%) de pacientes recupera peso": y que "El documento de ´consentimiento para intervención quirúrgica`(f. 281), cumplimentado poco antes de la operación, no se presenta en su forma como un documento informativo sino de autorización o encargo y aunque se refiere que la intervención propuesta es de 'reducción gástrica', no especifica qué alcance tenía la intervención (banda, no seccionado gástrico, ni by-pass), ni la técnica que se iba a aplicar (laparoscopia) y, por ello, al decir que la paciente 'ha sido informada de los riesgos y características de la intervención, así como del índice de reconversión', no parece que ello sea suficiente para considerar cumplido el deber de informar (omitido en los documentos historiados previos),

sobre todo si la 'reconversión'(término de por sí poco claro) estaba situada entre el 40 y el 60% de los casos, por lo que habrá que convenir que la mera manifestación escrita, de puño y letra del propio doctor, de haber informado es insuficiente… El día del juicio, discuten los peritos si en 1997 ya era técnica aplicable la del by-pass u otras técnicas y si aún es o no procedente, en algunos casos, operar hoy introduciendo una banda, pero la cuestión no sería si la actora pudo escoger una u otra técnica, sino si tuvo o no la oportunidad de rechazar el tratamiento, tras conocer el elevado porcentaje de fracasos y si ello produjo daño o lesión; no cabe duda que con un tan alto porcentaje de fracaso (entre el 40 y el 60%) la obligación de información adquiría importancia capital, para que la paciente pudiera decidir, con conocimiento de causa, si quería someterse o no a la intervención; pero lo fundamental es que la falta de información no habría alterado el resultado, que no fue bueno'.".

Concluye el Tribunal Supremo que "el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses". El Tribunal estima, pues, el recurso de casación, con el efecto de mantener en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

b) La STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016.

La STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016[23] presenta interés, no solamente por constatar como infracción de la *lex artis ad hoc*[24] el hecho de no haber facilitado la adecuada información al paciente a fin de que pudiese valorar someterse o no a la intervención quirúrgica, sino también por la forma en que identifica el daño y procede a su cuantificación.

Los hechos son los siguientes: Don Erasmo formuló demanda de juicio ordinario, por responsabilidad contractual, contra Don Herminio, el Hospital General de Catalunya (respecto del que posteriormente desistió el actor) y la aseguradora.

[23] ROJ STS 1427/2016.

[24] La *lex artis* estaría integrada, *strictu sensu*, por un conjunto de reglas, principios o pautas según el estado de la ciencia o de los avances técnicos. Ahora bien, cada actuación médica debe adaptarse al tipo de procedimiento de que se trate, para lo que se acuña el término *lex artis ad hoc*. Sobre la diferenciación entre *lex artis* y *lex artis ad hoc*, con cita de jurisprudencia, *vid*. MONTSERRAT QUINTANA, A.: "El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias", en *Nuevos Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado* (dir. A. MONTSERRAT QUINTANA), *Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2007, Madrid, 2008, pp. 32 y ss.

Solicitaba una indemnización de 393.142,67 €, siendo en primera instancia estimada parcialmente la demanda y condenados Don Herminio y la aseguradora al pago de 60.101,21€. La sentencia fue posteriormente confirmada por la Audiencia, y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación; Don Erasmo, que fue el recurrente en todos los casos, intentó, sin éxito, combatir la cuantificación de la indemnización por el daño sufrido.

Antes de someterse a la intervención que se enjuicia, y a consecuencia de haber sufrido un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en una cala de Menorca, Don Erasmo ya presentaba un cuadro de tetraplejia de grado medio-síndrome transversal completo por debajo de C-6 y, además, al quedar inválido de ambas piernas y precisar de por vida silla de ruedas, la situación era de dependencia relativa en cuanto padecía una tetraplejia por lesión medular completa e irreversible a partir de C-6, lo que le obligaba igualmente a necesitar adecuación y adaptación de la vivienda a las nuevas circunstancias. Es decir, la lesión ya existía, por imprudencia de Don Erasmo, y era grave y con evolución desfavorable.

La sentencia de instancia, que fue posteriormente confirmada por la Audiencia y el Supremo, partió de la adecuada praxis del acto médico quirúrgico e hizo descansar la responsabilidad del facultativo en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Teniendo en cuenta que la operación provocó un agravamiento en el estado del paciente, valora tal agravación en función de la ausencia de información debida sobre el riesgo inherente a la intervención o a la técnica operatoria empleada, y ponderando todas esas circunstancias fija el *quantum* indemnizatorio en la cantidad de 60.101,21 €, por haberse aumentado el grado de invalidez y por el dolor sufrido. Lo que se descarta es que, a partir del reconocimiento de la infracción de la *lex artis ad hoc*, se haga coincidir la indemnización del daño con la que derivaría de haberse apreciado una mala praxis en la intervención quirúrgica desarrollada.

El recurrente (Don Erasmo) pone en tela de juicio el importe de indemnización, derivado de la falta de adecuada información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía la operación. Pretende el recurrente la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado, como si la culpa del médico hubiese consistido en una impericia técnica al practicar la intervención.

Para determinar el daño indemnizable, recuerda la Sala que tanto la jurisdicción civil como la contencioso-administrativa "se han ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado".

Distingue, seguidamente, la sentencia tres supuestos posibles: 1) Casos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiera variado; en principio, no dan lugar a indemnización, sin perjuicio de que en ciertas circunstancias se pudiese determinar la existencia de un daño moral; 2) Casos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido la de negarse a la intervención; al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado; 3) Cuando no se da incertidumbre causal en los supuestos extremos que se han expuesto, surge la teoría de la pérdida de oportunidad, en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización de un riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud.

A la hora de identificar y cuantificar el daño, el Tribunal Supremo se apoya en la teoría de la pérdida de oportunidad, señalando que "supuso…una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes". Esas circunstancias concurrentes son: gravedad de la enfermedad, evolución natural de la misma, necesidad o no de la intervención y su novedad, sus riesgos y entidad de los que se han materializado, así como estado previo del paciente.

Concurre tanto daño corporal como moral. Respecto al primero, se afirma: "No cabe duda que ha existido un daño corporal, por cuanto se ha materializado inmediatamente a causa de la intervención la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar"; respecto del segundo, se indica: "Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejia que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible".

Todas estas circunstancias fueron tomadas en cuenta por la sentencia recurrida, y por ello mismo no da lugar el Supremo al recurso de casación.

Para el Tribunal Supremo, "el daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de la voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso ralentizar y minimizar, a causa de la operación quirúrgica se aceleró de forma casi inmediata". Acreditado el daño (que es tanto corporal como moral), resulta aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad (de haberse sustraído a la actuación médica, una vez conocidos sus riesgos) para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria.

C) Apunte de Derecho portugués: el leading case del Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de junio de 2015.

El *Supremo Tribunal de Justiça* de Portugal, en su sentencia de 2 de junio de 2015[25] (Magistrada Ponente Sra. Clara Sotomayor) afirma claramente la responsabilidad por violación del consentimiento informado, tratándose de un caso que deberá orientar la jurisprudencia futura, tanto en la jurisdicción civil como en la administrativa, ya que es el primer fallo en que se condena a un médico por violación del deber de obtener el consentimiento informado[26]; antes de 2015, la cuestión se había planteado ante el STJ, al menos, en dos ocasiones, pero en ambas se absolvió.

Los hechos son los siguientes: la demandante presentaba cicatrices en la zona inguinal, que eran visibles cuando vestía traje de baño. Consultado un médico especialista en cirugía plástico, le recomendó un pequeña liposucción de la parte interna de los muslos, para utilizar el exceso de piel en una segunda intervención de *lifting crural* que tendría por objeto "subir" las cicatrices, que ya no serían visibles al ser tapadas por el traje de baño. Sometida a la primera operación proyectada, el medicó verificó que la elasticidad de la piel de la región operada era inferior a la esperada, por lo que no sería suficiente para obtener el efecto deseado en la segunda operación, decidiendo en ese momento aprovechar algún tejido adiposo que se había extraído de la paciente e inyectarlo en los grandes labios (vulvoplastia), sin estar justificada esta última operación en ninguna necesidad urgente desde el punto de vista de la salud de la paciente.

Es decir, el médico fue contratado para realizar una determinada operación ("subida de cicatrices") y, al no poder concretarla, decidió realizar otra operación (vulvoplastia) para la que no había sido autorizado, queriendo resolver otro problema diferente. Se modificó el proyecto operatorio, sin estar justificado en ninguna necesidad urgente de protección de la salud de la paciente[27]. Hubo, además, complicaciones posteriores por causa de esta operación no autorizada, y de hecho la condena abarca tanto daños patrimoniales (derivados del agravamiento del estado de salud) como no patrimoniales (derivados de la violación del derecho a la autodeterminación), cifrándose la indemnización en 26.000 €., de los cuales 25.000€ corresponden al daño no patrimonial.

En el caso de autos, se constata que "los hechos indican de forma inequívoca que la intervención quirúrgica no fue objeto de consentimiento previo, que no pretendía evitar cualquier peligro para la vida, el cuerpo o la salud, ni tenía una naturaleza urgente, que no permitiese posponer la misma para un momento posterior después

[25] *Vid.* sentencia.

[26] Al respecto, *DIAS PEREIRA*, A.G.: "A consagração da responsabilidade médica por violação do consentimento informado no STJ – Ac. Do STJ de 2.6.2015", *CDP*, 53, 2016, pp. 78 y ss.

[27] Analiza el STJ si se da un consentimiento tácito, presunto o hipotético, llegando a una conclusión negativa.

de la obtención del consentimiento informado de la paciente", añadiendo el Tribunal que "de acuerdo con la ley y con la ética médica, el médico debe dar prioridad a la posibilidad de elección del paciente frente a la incomodidad de repetir la intervención"

El STJ señala que "la obligación de indemnizar existe incluso si la operación no autorizada no causa daños a la salud. La ley no exige la causación de daños para conceder una indemnización en sede de Derecho civil, pues la finalidad del consentimiento informado no es evitar lesiones a la salud o al cuerpo del paciente, sino salvaguardar su autodeterminación y el derecho a disponer de su propio cuerpo. La violación de estos derechos traduce, en sí misma, un daño no patrimonial, con independencia de la producción de otros daños patrimoniales o no patrimoniales que deriven de la intervención médica no consentida por el hecho de la inobservancia de las *leges artis*"[28].

Pocos días después, se dicta por el STJ una nueva sentencia que va en la misma dirección (si bien, no condena por no apreciar vulneración del consentimiento informado). Así, se dice en el *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 16 de junio de 2015[29] (Magistrado Ponente Sr. Mario Mendes) que "al verificarse una situación de intervención médico-quirúrgica no autorizada o no válidamente informada (por tanto, ilícita) estaremos sin duda, *tout court* e independientemente de otros daños resarcibles, ante un daño no patrimonial autónomo indemnizable". Esta sentencia distingue claramente entre los casos en que el derecho a la indemnización surge del error médico y los casos en que la causa de pedir se funda en la violación del deber de información y consecuente ausencia del consentimiento informado o vicio de consentimiento. Además, se efectúa un detenido análisis de la cuestión de la carga de la prueba de la prestación de información, afirmándose que compete al médico probar que prestó las informaciones debidas.

Conviene señalar, sin embargo, que el Derecho portugués no integra en la *lex artis* el deber de informar del médico, lo que se confirma con la lectura de estas dos sentencias.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: "El paternalismo médico", en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (coords. M. GASCÓN ABELLÁN, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ) Valencia, 2011, pp. 745 y ss.

[28] Como ya dijimos, tanto la doctrina como la jurisprudencia portuguesas no incluyen en la *lex artis* la obligación de información del médico.
[29] *Vid.* sentencia.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Consentimiento informado en el plano constitucional y civil: las experiencias jurídicas portuguesa y española", en *Direito na Lusofonia Vol. II. Diálogos constitucionais no espaço lusófono*, 3º Congreso Internacional de Direito na Lusofonia, Braga, 2016, pp. 63 y ss.

CANOTILHO, G., y MOREIRA, V.: *Constituçaõ da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007.

DIAS PEREIRA, A.G.: *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2015.

DIAS PEREIRA, A.G.: "A emergencia do Direito da Saúde", *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, 2016, jul/set, 5(2), pp. 180 y ss.

DIAS PEREIRA, A.G.: "A consagração da responsabilidade médica por violação do consentimento informado no STJ – Ac. Do STJ de 2.6.2015", *CDP*, 53, 2016, pp. 78 y ss.

GIRÃO, F., y DIAS PEREIRA, A.G.: "O consentimento informado. A norma 15/2013", en *Escritos de Direito da Saúde. Excelência em Saúde* (coord. A.G. DIAS PEREIRA), Coimbra, Lisboa, 2016, pp. 131 y ss.

ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 2015.

GALÁN CORTÉS, J.C.: "Consentimiento informado", en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (coords. M. GASCÓN ABELLÁN, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ), Valencia, 2011.

GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Valladolid, 2004.

JÓLLUSKIN, G., TOLDY, T.: "Autonomia e consentimento informado: um exercício de cidadanía?", *Antropológicas*, 2011, núm. 12, pp. 44 y ss.

MAGDALENO ALEGRÍA, A.: "Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales", en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites* (dir. M.L. ARCOS VIEIRA), Pamplona, 2016, pp. 309 y ss.

MONTSERRAT QUINTANA, A.: "El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias", en *Nuevos Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado* (dir. A. MONTSERRAT QUINTANA), *Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2007, Madrid, 2008, pp. 17 y ss.

PALOMARES BAYO, M., y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Granada, 2002.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, Diciembre 2014, pp. 97 y ss.

SARDINERO GARCÍA, C.: *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico. Criterios indemnizatorios*, Valencia, 2016.

EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS SUPUESTOS DE DIAGNÓSTICO ERRÓNEO

THE ROLE OF INFORMED CONSENT IN MISDIAGNOSIS CASES

Dra. Mª. NIEVES PACHECO JIMÉNEZ
Prof. Ac. Titular de Derecho Civil
Máster en Derecho Sanitario y Bioética
Universidad de Castilla-La Mancha

marianieves.pacheco@uclm.es

RESUMEN: Una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los denominados "derechos de la personalidad" es la del "consentimiento informado" en el ámbito sanitario, siendo considerado por la jurisprudencia como la consecuencia necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia.

Más allá de los supuestos de responsabilidad del profesional sanitario por falta de información o por información insuficiente, existen los casos más complejos en el concreto contexto del diagnóstico. Se trataría de aquellas reclamaciones por diagnóstico erróneo, generadas por protocolos incorrectos o por vulneración de la "lex artis"; pero también, y muy especialmente, de las delicadas situaciones de falsos positivos, en las que se diagnostica al paciente una enfermedad que realmente no padece tras practicarse las pruebas pertinentes y arrojar éstas un resultado positivo. Pues bien, en los supuestos mencionados se aprecia la debilidad práctica del consentimiento informado del paciente, en cuanto a manifestación de su autonomía, ya que, ante una situación "irreal" (recordemos que se trataría de un diagnóstico en verdad erróneo), la información facilitada por el profesional sanitario y el consecuente consentimiento del paciente no se ajustarán al auténtico estado de este último.

El objetivo de este trabajo no es otro que evidenciar esta realidad, reflejada en la exigencia de responsabilidad civil y patrimonial, para lo que resulta imprescindible acudir a pronunciamientos jurisprudenciales relevantes.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad; consentimiento informado; diagnóstico erróneo; falsos positivos; responsabilidad.

ABSTRACT: One of the last contributions made in the "personality rights" theory is the one relative to the "informed consent" in Health field, being considered by the jurisprudence as the necessary consequence derived from the classic rights to life, physical integrity and freedom of conscience.

Beyond the health professionals' liability cases due to lack of information or insufficient information, there are the most complicated cases in the specific context of the diagnosis. These would be misdiagnosis claims, generated by wrong protocols or by "lex artis" violation; but also, and

especially, the delicate situations arising from false positives, in which a disease is diagnosed when it does not actually exist after having been practiced the appropriate tests and having given them a positive result. In these two cases the practical weakness of the informed consent is appreciated, in terms of patient autonomy manifestation, and this because, faced to an "unreal" situation (it should be remembered that it is a misdiagnosis), the information provided by the health professional and the consequent patient's consent will not adjust to his/her true state of health.

Present research aims to show this reality, reflected in the requirement of civil and patrimonial liability; and for this it is essential to review the most relevant judgments pronouncements.

KEYWORDS: *personality rights; informed consent; misdiagnosis; false positives; liability.*

FECHA DE ENTREGA: 15/10/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.- II. RESPONSABILIDAD POR DIAGNÓSTICO ERRÓNEO Y FALSOS POSITIVOS.- 1. El diagnóstico.- 2. Diagnóstico erróneo y falsos positivos.- A) El diagnóstico erróneo en la jurisprudencia.- B) Los falsos positivos en la jurisprudencia.- III. CONSIDERACIONES FINALES: VIRTUALIDAD PRÁCTICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS SUPUESTOS DE DIAGNÓSTICO ERRÓNEO.

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Los denominados "derechos de la personalidad", contrapuestos a los derechos de contenido patrimonial, son aquellos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar por constituir manifestaciones varias de su dignidad y de su propia esfera individual.

El tratamiento que el Derecho civil dispensa a estos derechos reconocidos convenientemente en la Constitución Española sólo se justifica cuando concurra alguna particularidad en el régimen de protección frente a los daños, o cuando exista una determinada regulación respecto del régimen aplicable a la transmisión de los derechos (CARRASCO PERERA, A. *et al*: *Derecho Civil*, Tecnos, 5ª edición, 2016, p. 94).

Una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos de la personalidad es la del "consentimiento informado" en el ámbito sanitario, siendo considerado por nuestra jurisprudencia como la consecuencia necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Son destacables las SSTS 12 ene. 2001 (RJ 2001, 3) y 11 may. 2001 (RJ 2001, 6197) porque, refiriéndose al consentimiento informado como "un derecho fundamental", lo cierto es que esa configuración no acaba de ser acertada, en tanto en cuanto a equiparación con aquellos de la sección 1ª del capítulo segundo del Título I de la Constitución Española. Lo adecuado, por tanto, sería, y en el sentido en que apunta SANCHO GARGALLO (SANCHO GARGALLO, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *InDret*, núm. 2/2004, pp. 4 y 5), hablar de derecho de la personalidad y concebir el término "fundamental" como manifestación de la autonomía y la dignidad personal.

Es más, el TC, al referirse al consentimiento informado tras la oportuna conexión con el deber/derecho a la información, lo fundamenta "en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, en el artículo 9.2 y en el 10.1, y además en los Pactos internacionales" (*vid.* STC 132/1989, de 18 junio [RTC 1989, 132]).

La teoría del consentimiento informado tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, sobre la base del "informed consent". El caso Schloendorff v. The Society of the New York Hospital en 1914 supuso un hito en el reconocimiento jurisprudencial del derecho al "consentimiento informado" como derecho específico. En el litigio se dirimió la responsabilidad del hospital cuando la paciente, la señora Sclhloendorff, autorizó al médico a que le examinara con anestesia para determinar si el tumor fibroide que se le había diagnosticado era o no maligno; tras haber especificado que no quería que la removieran el tumor, una vez anestesiada, el médico operó sin atender al deseo reiteradamente expresado por la paciente; en el postoperatorio la paciente sufrió una complicación gangrenosa que obligó a la extirpación de varios dedos de la mano izquierda. El Tribunal falló a favor de la señora Sclhloendorff y condenó al Hospital al entender que el médico que interviene sin el consentimiento preceptivo vulnera, además del derecho a la integridad física, el derecho a la libre determinación. A partir de este caso, el derecho al "informed consent" se entiende como derecho autónomo basado en el derecho a la libre determinación del paciente, abriendo el camino a la elaboración jurisprudencial de su propio contenido (TARODO SORIA, S.: "La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano", *DS,* vol. 14, núm. 1, enero-junio 2006, pp. 233 y 234).

Sin embargo, no es hasta el año 1957, con el caso Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees, cuando se reconoce expresamente con ese nombre el derecho al "informed consent". El referido caso alude al paciente Martín Salgo, de 55 años, que, por su arterioesclerosis, se somete a una aortografía diagnóstica, realizándose con anestesia y uso de contrastes; al día siguiente el paciente sufre una parálisis irreversible en sus miembros inferiores, exigiendo responsabilidad por no haber sido informado de los riesgos posibles complicaciones de la intervención. Si bien la institución en su defensa argumentó que, si los pacientes fueran informados de todas las posibles complicaciones, nunca consentirían a los tratamientos, el Tribunal no aceptó este razonamiento y estableció la obligación del médico de revelar suficientemente los posibles riesgos y complicaciones de la intervención y, en general, cualquier dato que permita al paciente formar un consentimiento racional y tomar una decisión autónoma (TARODO SORIA, S.: "La doctrina", cit. pp. 233 y 234).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, el primer marco legal básico relativo al consentimiento informado se encuentra en la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril –en lo sucesivo LGS-), específicamente en los apartados 5 y 6 de su artículo 10, actualmente derogados por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP).

> Art. 10 LGS: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: (…) 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y

> a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.
>
> 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:
>
> a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
>
> b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
>
> c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento".

La referida Ley 41/2002 remite en su propia Exposición de Motivos al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero del año 2000. Este se configura como "el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben", residiendo su especial valor en el establecimiento de "un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina". Asimismo, trata detalladamente "sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas". Concretamente, el art. 5 del Convenio, en lo atinente al consentimiento informado, establece: "Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento".

Atendiendo a las pautas marcada por el Convenio de Oviedo, la Ley 41/2002 se propone regular convenientemente los derechos de los pacientes, completando las previsiones que la LGS enunció previamente como principios generales y reforzando el derecho a la autonomía del paciente. La LAP contempla el consentimiento informado en sus arts. 8, 9 y 10:

- El art. 8 señala las características de ese consentimiento, esto es, libre, voluntario e informado; su forma de prestarlo, siendo "verbal por regla general" y prestándose "por escrito" en los casos de "intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente"; y su posibilidad de libre revocación por escrito en cualquier momento.

- El art. 9 observa los límites al consentimiento informado en la medida en que no es preciso contar con él en los casos de "riesgo para la salud pública" y "riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización". Además, regula el consentimiento por representación, adecuándose a las circunstancias y a las necesidades que haya que atender, y siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, para los casos de persona que no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, de persona con capacidad modificada judicialmente y de menor de edad que no pueda comprender el alcance de la intervención.

- El art. 10 preceptúa la información básica que debe proporcionar el facultativo antes de recabar su consentimiento por escrito, a saber: "a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) las contraindicaciones".

En definitiva, el paciente tiene derecho de autodeterminación en relación con su salud, lo que implica conocer el diagnóstico de su enfermedad, sus consecuencias, los posibles tratamientos y sus efectos, para posteriormente decidir lo que considere oportuno de manera libre y voluntaria.

II. RESPONSABILIDAD POR DIAGNÓSTICO ERRÓNEO Y FALSOS POSITIVOS.

La responsabilidad derivada del diagnóstico erróneo y de los denominados falsos positivos suponen el eje central de este trabajo, en tanto en cuanto manifiestan la debilidad práctica del consentimiento informado.

1. El diagnóstico.

Resulta indiscutible que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la "lex artis", formando parte de toda actuación asistencial de los profesionales sanitarios (*vid.* SSTS 29 mayo 2003 [RJ 2003, 3916]; 21 dic. 2005 [RJ 2005, 10149]; 15 nov. 2006 [RJ 2006, 8059]). En este sentido se manifiesta la STS 30 oct. 2007 (RJ 2007, 7334), precisando que "cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo".

De ahí la responsabilidad de dichos profesionales cuando se evidencia en su actuación falta de información, como se expone en la STS 13 mayo 2011 (RJ 2011, 3279), que, atendiendo al íter del caso, en el que la programación de una

intervención quirúrgica de menisco izquierdo mediante artroscopia fue cambiada en quirófano al no estar afectado el menisco, seccionando y extrayendo la plica mediales o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, sin el consentimiento previo de la paciente, que lo había dado para intervención distinta a la que se le practicó, y siendo la patología detectada en el momento de la operación y no en la fase previa de diagnóstico de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para su integridad física o psíquica que pudiera justificarla, consideró que se produjo una intervención sin previa información, elemento esencial de la "lex artis" para llevar a cabo la actividad médica; estimó así como daño moral grave la lesión del derecho de autonomía de la paciente al ser privada de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, indemnizando con 30.000 euros.

O se constata una información insuficiente, como sucede en la STS 11 abr. 2013 (RJ 2013, 3384), observando la Sala negligencia por falta de consentimiento informado puesto que la información que se proporcionó al paciente, a la que prestó su consentimiento, "no reunía los requisitos suficientes para ser considerado adecuado y suficiente, ya que el mismo se limita a ser un impreso, en el que constan de una forma general y genérica los que se entienden como riesgos típicos de la intervención, mientras que el apartado correspondiente a riesgos personalizados, que habría de haberse dedicado a aquellos riesgos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto, así como de sus circunstancias personales o profesionales relevantes, permanece en blanco, sin que conste observación alguna relativa a la patología previa del hoy recurrente".

Y todo ello tanto en sede de medicina curativa o asistencial como de medicina satisfactiva (*vid.* STS 23 mayo 2007 [RJ 2007, 4667], que pone de manifiesto el mayor rigor en la exigencia de información en la medicina satisfactiva, de naturaleza cercana al arrendamiento de obra, que en la asistencial, de naturaleza de arrendamiento de servicios).

Pero más allá de esos supuestos, que no son el objeto específico de este estudio, concurren los casos más complejos en el concreto contexto del diagnóstico. Se trataría de aquellas reclamaciones por retraso en el diagnóstico; por diagnóstico erróneo, generadas por protocolos incorrectos o por la vulneración de la "lex artis"; pero también, y muy especialmente, de las delicadas situaciones de falsos positivos, en las que se diagnostica al paciente una enfermedad que realmente no padece tras practicarse las pruebas pertinentes y arrojar éstas un resultado positivo.

Antes de profundizar en los referidos supuestos, se hace precisa una definición del término "diagnóstico". Así pues, la historia del diagnóstico médico se remonta al momento en que los sanadores se vieron en la necesidad de utilizar una palabra técnica para designar el indicio y el logro de un conocimiento más o menos cierto de la enfermedad ante la que se encontraban. Y ello tuvo lugar cuando los médicos hipocráticos emplearon profesionalmente dos vocablos: el verbo "diagignôskein" y

el sustantivo "diágnôsis" (LAÍN ENTRALGO, P.: *El diagnóstico médico: Historia y teoría*, Salvat, 1982, p. 3). Por tanto, fue con los médicos hipocráticos cuando comienza formalmente la historia del diagnóstico médico, cumpliéndose los requisitos fundamentales que exige la práctica de dicho diagnóstico, a saber: a) la denominación de la enfermedad a través de la interpretación racional de la realidad que quiere expresarse con el nombre empleado, lo que excluye el pensamiento mágico; b) el proceso mental por el cual el médico llega a su conclusión diagnóstica debe hallarse guiado por un método, lo que implica una conciencia metódica; c) la palabra con que se denomina la enfermedad debe ser un verdadero término técnico cuyo significado pueda ser entendido por todos aquellos profesionales del "arte de curar" (LAÍN ENTRALGO, P.: *El diagnóstico,* cit., pp. 5 y 6).

2. Diagnóstico erróneo y falsos positivos.

Entre las obligaciones del facultativo se encuentra la de "informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo (…) del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse" (STS 25 abr. 1994 [RJ 1994, 3073]).

La cuestión a dilucidar es: ¿cuándo el diagnóstico genera responsabilidad para el profesional sanitario? Los supuestos clave son los de retraso en el diagnóstico y diagnóstico erróneo. El primer caso engloba aquellas situaciones de diagnóstico complejo en los que es necesario realizar diversas pruebas que se dilatan en el tiempo, transcurriendo un plazo considerable desde que el paciente acude por primera vez al médico hasta que se determina un diagnóstico certero. Aquí las reclamaciones se basan en un defectuoso tratamiento médico en tanto en cuanto una asistencia más rápida hubiera podido evitar el resultado fatal producido o hubiera conseguido una mayor calidad de vida. Sirva como ejemplo la STS 7 feb. 2012 (RJ 2012, 3819), que estimó responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por omisión de prueba diagnóstica relevante, lo que vulneró la "lex artis", resumiéndose el litigio en cuestión como prosigue: La paciente de 39 años de edad estaba siendo estudiada en la Unidad de Reproducción del Hospital; tras transferencia embrionaria tiene menstruación y se practica ecografía, indicándose tratamiento quirúrgico para extirpación de tumores ováricos por laparoscopia; dos días después de la intervención, refiere dolor abdominal, vómitos y fiebre; se realiza analítica y se pone sonda vesical, trasladándola a quirófano donde se observa perforación de colon, procediendo a intervención; dos días después la paciente empeora, practicándosele Eco y TAC abdominal urgente, procediendo a intervención quirúrgica: quedan sólo 150cm de intestino delgado de aspecto normal, intentando recuperar la funcionalidad del segmento afectado por la isquemia intestinal, sin resultado; en Reanimación surgen complicaciones (respiratorias, necesitando traqueostomía, infecciones nocosomiales, síndrome depresivo). La

pretensión de la actora se centraba en la concurrencia de todos los requisitos que conducen a la existencia de responsabilidad patrimonial del Servicio Sanitario Público al entender que existió retraso en el diagnóstico de las complicaciones derivadas de la intervención, junto con la utilización de un material defectuoso "tocar" por parte del Hospital. El Tribunal consideró que hubo retraso en la realización de una prueba diagnóstica (Rx de abdomen), que hubiera podido evidenciar una imagen patológica, con la consiguiente pérdida de oportunidad relevante, eficiente e indemnizable.

No obstante, nos centraremos en los supuestos de diagnóstico erróneo, derivados generalmente de protocolos incorrectos (v. gr., confusión de historiales clínicos, mal funcionamiento de los métodos de detección) o de la vulneración de la "lex artis" (v. gr., mala interpretación de los resultados), haciendo especial hincapié en los casos de falsos positivos, donde, tras arrojar un resultado positivo las pruebas preceptivas, se diagnostica al paciente una enfermedad que realmente no padece.

A) El diagnóstico erróneo en la jurisprudencia.

En lo concerniente al diagnóstico erróneo, he realizado una selección de sentencias que tratan de manera interesante la materia. A saber:

- STS 27 mayo 2003 (RJ 2003, 3929): El litigio tiene lugar por un error de diagnóstico procedente del facultativo del Servicio de Urgencias: se diagnostica erróneamente un cólico nefrítico a un paciente diagnosticado con anterioridad de aneurisma de aorta-subrenal asintomático y en lista de espera para intervención quirúrgica, produciéndose un aneurisma de aorta abdominal. La Sala señala que "la actividad de diagnosticar (…) ha de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos (…), dado que la importancia de la salud humana así lo requiere y también lo impone". El facultativo "debió de extremar su diligencia, lo que comportaba la realización de todas aquellas actividades médicas necesarias y que voluntariamente no dispuso su práctica, pues, contando con medios para llevarlas a cabo, e indicación y avisos puntuales de otros profesionales, no los atendió como debería haber hecho, y así presentar una actuación profesional completa y sin fisuras ni dejaciones". Es más, entiende que "no cabe disculpar para exonerar de la concurrencia de culpa civil que no se hubiera hecho uso de una prueba que no resultaba decisiva (…), pues lo que sí resultaba definitiva era la prueba exploratoria de ecografía", que el facultativo voluntariamente decidió no practicar, a pesar del diagnóstico precedente de padecer aneurisma. Consecuentemente, se observa omisión por el médico de Urgencias (y por ende responsabilidad del Servicio de Salud) de medidas aconsejables para un diagnóstico correcto que hubieran podido evitar con una rápida intervención quirúrgica su fallecimiento.

- STS 16 mar. 2005 (RJ 2005, 5739): Un paciente fue tratado de lumbociática cuando en realidad padecía un proceso isquémico que desembocó en embolectomía desencadenante de la necesidad de amputación de una pierna por encima de la rodilla. Interpuesto recurso de casación, la Sala declara: "... dado que, como se razona en la sentencia recurrida, al no apreciarse la existencia de una infracción de la "lex artis" en materia sanitaria, es reiterada la jurisprudencia de la Sala que entiende que no se produce el requisito de antijuridicidad del daño, exigible conforme a la Ley de Régimen Jurídico para que el mismo sea susceptible de indemnización, y por ello dicho daño ha de ser soportado por el paciente partiendo del principio de que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño puesto que, en definitiva, lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, sin que se aprecie que en el caso actual, en función de la valoración de la prueba pericial procesal practicada por la Sala de instancia, resultara previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario".

- STS 15 feb. 2006 (RJ 2006, 692): El caso dirime la responsabilidad por el fallecimiento causado por cáncer de próstata. La Sala considera la ausencia de nexo causal entre la actuación del médico y la muerte, ya que la verdadera entidad sólo se podía haber detectado mediante una intervención quirúrgica, que no está normalmente indicada en casos de carcinoma prostático localizado en pacientes mayores de 70 años. Por tanto, "es lo cierto que un defectuoso diagnóstico (…) no es por sí mismo causa de responsabilidad si se acredita que se emplearon los medios ordinarios y se actuó con la debida diligencia para cerciorarse del diagnóstico"; "en definitiva, se pusieron al alcance del paciente todos los medios adecuados y ninguno de los que se omitieron podían servir para establecer un diagnóstico distinto en un momento en el que las autoridades sanitarias mundiales discrepan sobre la necesidad de hacer a los varones de más de 50 años todos los medios diagnósticos para descartar que tienen cáncer de próstata".

- SAP Zaragoza 13 mar. 2013 (JUR 2013, 113021): El objeto del procedimiento era la valoración de la asistencia médica prestada al menor en abril del 2007 por un facultativo del Servicio de Urgencias; el menor acudió al citado Servicio refiriendo cólicos y vómitos, sin fiebre, diagnosticándole una probable gastroenteritis, dando el alta hospitalaria, con control y observación en el domicilio; desgraciadamente, el menor falleció por una obstrucción intestinal. Los padres del menor reprochaban que el facultativo exploró erróneamente al niño, debiéndose haber realizado con más profundidad la exploración abdominal en busca de puntos dolorosos y ruidos intestinales al objeto de diagnosticar correctamente la obstrucción intestinal. Sin embargo, de la prueba practicada quedó acreditado que la patología real que

presentaba el menor se encontraba en estado incipiente por lo que no era posible el diagnóstico, pero igualmente "que incluso la práctica de una prueba complementaria, no indicada en este caso por los protocolos, hubiera arrojado un resultado inespecífico". La Sala estimó que, "a pesar de que el diagnóstico efectuado por el facultativo de urgencias no fue el correcto, no todo diagnóstico equivocado provoca necesariamente responsabilidad médica, pues solamente se incurre en responsabilidad cuando se trata de un diagnóstico equivocado, interviniendo manifiesta negligencia".

- STS 18 feb. 2015 (RJ 2015, 340): Tras parto por cesárea el 22 de abril de 2005, dos días después la demandante sufre una infección con fuertes dolores abdominales con fiebre alta, que es diagnosticada por el facultativo como endometriosis y tratada con antibióticos; al considerar el médico que la evolución era buena le dio el alta el 29 de abril por la mañana, pero por la tarde la paciente empeoró, ingresando de nuevo en el mismo hospital; al día siguiente fue remitida a otro hospital, a fin de que se le practicasen pruebas complementarias ya que era sábado; tras dichas pruebas, los médicos consideraron oportuno intervenir de urgencia a la paciente practicándole histerectomía subtotal, lo que le dejó determinadas secuelas (cicatriz de laparotomía quirúrgica, trastorno depresivo, bridas con ocasionales suboclusiones intestinales - lo que motivó una nueva intervención quirúrgica pasado año y medio-). La demandante imputa al facultativo no haberse percatado antes de la existencia de la infección abdominal y que, debido a eso, hubo que intervenir con unos resultados que no hubieran tenido lugar si se hubiera detectado antes el cuadro infeccioso. Pese a que en primera instancia y en apelación se desestiman demanda y recurso, en sede de casación se advierte que "la sucesión de hechos ocurridos en un período corto de tiempo pone en evidencia la existencia de un error de diagnóstico inicial producido por no haber puesto a disposición de la paciente los medios adecuados para obtenerlo (…); la asistencia médica continuada del facultativo (…) resulta manifiestamente incompleta ya que no realizó a la paciente ninguna exploración complementaria, como una ecografía, un TAC o un scanner abdominal". En definitiva, "no estamos ante un error de diagnóstico disculpable o de apreciación, sino ante un diagnóstico equivocado por no haber puesto a disposición de la paciente los medios de que disponía para lograrlo".

De la lectura de estos pronunciamientos puede observarse que no todos los casos de error de diagnóstico se saldan con una condena y consecuente indemnización, sino que debe atenderse a si el facultativo se aparta o no de la "lex artis" en el desempeño de su actuación.

B) Los falsos positivos en la jurisprudencia.

En lo que respecta a los falsos positivos, me ha parecido interesante contraponer los pronunciamientos de dos sentencias contemporáneas que resuelven de forma

diferente una misma cuestión, que no es otra que la responsabilidad derivada de un diagnóstico oncológico erróneo cuando las pruebas realizadas arrojan un falso positivo.

- STSJ Madrid 11 mar. 2014 (JUR 2014, 109136): Resuelve un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por infracción de la "lex artis" médica a raíz de un indebido tratamiento oncológico aplicado tras un diagnóstico erróneo de Adenocarcinoma pulmonar en estadio IV. En noviembre de 2009, tras la realización de un TAC de control al paciente, se observó la presencia de múltiples lesiones parenquimatosas pseudonodulares en ambos pulmones, recomendándose por el servicio de Diagnóstico por Imagen, dados los antecedentes de linfoma folicular (desde el año 2004 en remisión completa), la realización de una fibrobroncoscopia y una PAAF (Punción- Aspiración con Aguja Fina) de pulmón. Mientras la fibrobroncoscopia no detectó lesiones endobronquiales, la PAAF (cuya muestra es recibida por el servicio de Anatomía Patología el 21 de diciembre de 2009) resultó positiva para células malignas con hallazgos de carcinoma de células grandes, siendo el informe microscópico del referido servicio el siguiente: "PAAF de pulmón positiva para células malignas con hallazgos de carcinoma de células grandes. Posible adenocarcinoma. El cuadro puede corresponder a un carcinoma bronquiolo-alveolar". La paciente y sus familiares fueron informados por el Servicio de Oncología de que el adenocarcinoma de pulmón estaba en estadio IV, muy avanzado, recomendando la necesidad de aplicar un tratamiento de quimioterapia paliativo; tras la finalización del cuarto ciclo de quimio, se llevó a cabo un TAC de valoración de respuesta, no visualizándose ninguna lesión parenquimatosa, por lo que se solicitó una revisión del estudio y muestra de la PAAF para confirmar o descartar un error en el mismo; el segundo informe citopatológico se realizó el 21 de abril de 2010, señalando que "el material obtenido muestra grupos tridimensionales de células de escasa atipia citológica, sin que se hayan observado criterios citológicos del epitelio bronquial; aunque dada la evolución referida por los oncólogos pueda replantearse la benignidad de las lesiones, no existen criterios citológicos concluyentes para poder afirmar la naturaleza benigna o maligna de la lesión"; en base a esta segunda prueba, los demandantes reclamaron en vía administrativa previa alegando la existencia de un error de diagnóstico en el primer estudio, que llevó al tratamiento oncológico y a los daños físicos y morales derivados del diagnóstico y posterior tratamiento, que concretaron en 100.000 euros. La parte demandada (Comunidad de Madrid y la Fundación Hospital Alcorcón, S.L.) argumentó que "ningún procedimiento de diagnóstico en el ámbito médico es infalible": "los estudios anatomopatológicos están sometidos a un riesgo de error" y, concretamente, "los estudios citológicos (como la PAAF) son algo menos fiables que los histopatológicos"; "la sensibilidad de la PAAF se aproxima al 90%"; añade que, "de entre todas las variedades del cáncer del pulmón, el carcinoma bronquiolo-alveolar es la más proclive a los errores diagnósticos, dada su escasa atipia y su extraordinario parecido morfológico con algunos procesos benignos o

premalignos"; por tanto, "es muy probable que se produjera un error por falso positivo en el diagnóstico de la punción pulmonar"; admitiéndose por el propio informe de la Inspección Sanitaria (no traída al proceso como prueba pericial, sino como documental inserta en el expediente administrativo, pudiendo ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba) "que puede existir un 1% de falsos positivos en estos resultados histopatológicos". A pesar de que la Inspección Sanitaria consideró que la actuación de todos los servicios no fue inadecuada, la Sala estimó el recurso y declaró la responsabilidad con base en la existencia de infracción de la "lex artis" alegada por los recurrentes en los siguientes términos: "es precisamente dicha dificultad en el diagnóstico y la posibilidad de errores de interpretación lo que debería de haber llevado a extremar las pruebas diagnósticas hasta el punto de haber llevado a cabo una revisión del estudio y comprobación de los resultados de la PAAF obtenidos (…), máxime si se tiene en cuenta la extrema gravedad del diagnóstico (…), y las graves consecuencias que de ello se derivaban, mediante la adopción de un tratamiento quimioterapéutico meramente paliativo, con el consiguiente impacto emocional que debió sufrir la paciente y su familia ante las escasas o nulas posibilidades de curación". Concluye que "hubo un error de diagnóstico en el primer estudio realizado (…), con grave y manifiesta infracción de la "lex artis" médica, a consecuencia de lo cual ha acaecido un daño antijurídico que los recurrentes no están obligados a soportar". La Sala reconoce el derecho de los recurrentes a ser indemnizados: a la paciente en 50.000 euros, por los daños físicos derivados de los efectos tóxicos de la quimioterapia y por el impacto emocional que debió sufrir ante las escasas o nulas posibilidades de curación de un diagnóstico de semejante gravedad; a los familiares (sus tres hijos) en 9.000 euros, por los perjuicios morales.

- STSJ Murcia 28 feb. 2014 (JUR 2014, 102035): En el caso enjuiciado se dilucida la existencia o no de responsabilidad por un diagnóstico de carcinoma, pero, una vez extraído el tumor, la biopsia determinó que era un fibroadenoma. La demandante había sido derivada desde el programa de detección precoz del cáncer de la AECC a la consulta de la unidad de mama de un hospital público de Murcia, porque se le detectó un nódulo mamario izquierdo que se calificó como de sospechoso de malignidad; la valoración clínica determinó un nódulo palpable y se solicitaron estudios de imagen: mamografía digital 2p y ecografía mamaria y axilar; una semana después se confirmó el diagnóstico de "lesión de alta sospecha de malignidad", y se citó a la paciente para la valoración del nódulo y de ganglio axilar izquierdo mediante PAAF; la punción dio negativo en el ganglio axilar, pero se repitió la apreciación de "lesión mamaria compatible con carcinoma ductal de mama"; mediante resonancia magnética se descartó la multicentricidad del proceso, por lo que, atendiendo al tamaño de la lesión (1,5 cm de diámetro) y su relación con la mama, se propuso a la paciente una cirugía conservadora, para la que firmó el documento consentimiento informado, llevándose a cabo la intervención reconstruyendo el defecto mediante mamoplastia; tras analizar la masa quirúrgica, el

diagnóstico fue de fibroadenoma. La paciente reclamó por un error de valoración, asegurando que no se habían agotado los medios, y por una falta de consentimiento informado en la práctica de la punción aspiración con aguja fina (PAAF), técnica utilizada para la emisión del diagnóstico; por su parte, los informes aportados por la demandante argumentaban que se podía haber evitado la intervención si se hubieran agotado los medios diagnósticos, con la realización de una punción de aguja gorda o, en su defecto, una biopsia quirúrgica, que hubieran revelado la benignidad del tumor. Pero la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó la demanda por entender que la actuación médica se ajustó al protocolo indicado en sospechas de patologías cancerígenas en situaciones como la que presentaba la demandante y que el consentimiento informado no era necesario en una técnica meramente diagnóstica e inocua como la punción para aspiración con aguja fina. Se pronunció así: "no sólo no se observa una mala praxis, sino que, por el contrario, se aplicaron todos los medios y técnicas necesarias para descartar el carcinoma de mama o bien para confirmarlo y aplicar el tratamiento correspondiente, y de ello ha tenido conocimiento el recurrente"; además, señala que, "tras el resultado de las pruebas radiológicas y de la PAAF, lo contrario a la 'lex artis' hubiera sido no intervenir". Según constaba en los informes periciales, el protocolo en este caso no exigía realizar las anteriores pruebas, puesto que existía la posibilidad de cirugía conservadora, que fue la recomendada, y a la que la paciente sí había dado su conformidad. Según el Tribunal, otra cosa sería si la indicación quirúrgica hubiera sido de mastectomía, porque en dichos casos –siempre según los protocolos traídos al proceso- "es preceptivo el diagnóstico histopatológico de la lesión". A ello hay que añadir que la biopsia quirúrgica que la paciente alegaba como medida que habría evitado el diagnóstico de cáncer de mama, tiene un efecto sobre dicho órgano muy similar a la intervención que se le practicó; y sobre la punción gruesa, otra técnica que la recurrente entendía que podía haberse practicado, los expertos razonan que su resultado no hubiera despejado las dudas ofrecidas por la PAAF, dudas que recomendaban intervenir.

Es evidente que las resoluciones de sendas sentencias se contraponen: por un lado, la sentencia de Madrid considera que comunicar un resultado oncológico y aplicar la terapia sin agotar los medios de diagnóstico tendentes a garantizar una completa fiabilidad del resultado es constitutivo de mala praxis*;* mientras que por otro, la sentencia de Murcia considera que la "lex artis" se cumple, si verificada la sospecha de patología cancerígena, se actúa conforme al protocolo indicado para la misma, y que la mala praxis consistiría, precisamente, en no hacerlo de ese modo (GONZÁLEZ CARRASCO, Mª. C. y PACHECO JIMÉNEZ, Mª. N.: "Falsos positivos en oncología y razonabilidad del coste de los medios de diagnóstico. A propósito de las SSTSJ Madrid 11 de marzo de 2014 y Murcia 28 de febrero de 2014", *CESCO*, 2014).

III. CONSIDERACIONES FINALES: VIRTUALIDAD PRÁCTICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS SUPUESTOS DE DIAGNÓSTICO ERRÓNEO.

En los supuestos estudiados de diagnóstico erróneo y de falsos positivos se aprecia la debilidad práctica del consentimiento informado del paciente, en cuanto a manifestación de su autonomía, ya que, ante una situación "irreal" (recordemos que se trataría de un diagnóstico en verdad erróneo), la información facilitada por el profesional sanitario y el consecuente consentimiento del paciente no se ajustarán al auténtico estado de este último.

Cumplido adecuadamente el deber de información, el paciente puede prestar un consentimiento informado que, por un lado, legitima la interferencia en la integridad personal del paciente, y por otro, asigna el riesgo de la intervención correctamente ejecutada al paciente. Asimismo, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo insiste en que "la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada" (v*id.* SSTS 10 oct. 2000 [RJ 2000, 7804]; 7 jun. 2001 [RJ 2001, 4198]).

Aplicando estas premisas a los supuestos de diagnóstico erróneo y falsos positivos, habría que preguntarse qué virtualidad práctica tiene el consentimiento "informado" (entre comillas porque en realidad es una información inexacta por no tratarse del diagnóstico correcto) del paciente. El planteamiento podría ser el de presuponer que, de ser informado el paciente del método de diagnóstico, de su índice de fiabilidad, de la posibilidad de arrojar un falso positivo, el consentimiento se hubiese mantenido; pero también el de ponderar el riesgo-beneficio, en tanto en cuanto no informar sobre el índice de fiabilidad suponga una situación más ventajosa por el diagnóstico y posibilidad de curación frente al riesgo de un falso positivo.

En definitiva, el consentimiento informado en el escenario descrito se presta desde una información incorrecta, lo que supone un vicio que es causa de invalidez del mismo. Es más, para algunos autores, se estaría ante un error esencial por afectar a requisitos elementales del negocio jurídico en la relación médico-paciente (LLAMAS POMBO, E.: *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, 1ª edición, La Ley, Madrid, 2014, pp. 45-47). Y es este vicio o error el que debe considerarse, junto al criterio recurrente de la "lex artis", en aras al resarcimiento derivado de la existencia de responsabilidad por parte del profesional sanitario.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A. *et al*: *Derecho Civil*, Tecnos, 5ª edición, 2016.

GONZÁLEZ CARRASCO, Mª. C. y PACHECO JIMÉNEZ, Mª. N.: "Falsos positivos en oncología y razonabilidad del coste de los medios de diagnóstico. A propósito de las

SSTSJ Madrid 11 de marzo de 2014 y Murcia 28 de febrero de 2014", *CESCO*, 2014.

LAÍN ENTRALGO, P.: *El diagnóstico médico: Historia y teoría*, Salvat, 1982.

LLAMAS POMBO, E.: *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, 1ª edición, La Ley, Madrid, 2014.

SANCHO GARGALLO, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *InDret*, núm. 2/2004.

TARODO SORIA, S.: "La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano", *DS,* vol. 14, núm. 1, enero-junio 2006.

INCERTIDUMBRE CAUSAL Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA POR INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 2016

CAUSAL UNCERTAINTY AND LOSS OF OPPORTUNITY IN CIVIL LIABILITY FOR INFRINGING THE DUTY OF INFORMATION: COMMENT ON SENTENCE OF THE SUPREME COURT, OF APRIL 8, 2016

EVA MARÍA NAVARRO SIMÓN
Letrada de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia
navarro_evasim@gva.es

RESUMEN: En este artículo se analiza la responsabilidad civil médica en una intervención quirúrgica correctamente realizada, por falta de información al paciente de los riesgos que finalmente se materializan, aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad como un elemento delimitador del importe de la indemnización a conceder al perjudicado.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil médica; pérdida de oportunidad; falta de consentimiento informado; intervención quirúrgica conforme a lex artis.

ABSTRACT: This paper examines the medical civil liability in a correctly performed surgical procedure, for lack of information to the patient about the risks that finally materialized, applying the doctrine of loss of opportunity as a delimitary element of the amount of compensation to be granted to the injured party.

KEY WORDS: Medical liability; loss opportunity; lack of informed consent; surgical intervention according to lex artis.

FECHA DE ENTREGA: 10/10/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. FALTA DE INFORMACIÓN Y AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.- III. INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.- IV. CONCURRENCIA DE DAÑO MORAL Y DAÑO CORPORAL.- V. CÁLCULO DEL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN A CONCEDER AL PACIENTE PERJUDICADO.- VI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La razón de este trabajo es analizar la sentencia 227/2016 de 8 de abril de 2016 del Tribunal Supremo (ROJ STS 1427/2016) relativa a la responsabilidad civil médica como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis,* pero sin la debida información previa de los riesgos que se podían derivar de la misma, consistiendo el daño en la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, que no puede tomar una decisión libre e informada.

Actualmente el 70% de las reclamaciones por daños sanitarios se producen o bien por vicios y/o defectos en el denominado "consentimiento informado", o bien por una ausencia total de información al paciente. El consentimiento informado, además de ser un derecho del paciente y una obligación del médico, ha supuesto un cambio en la manera de abordar las reclamaciones por negligencia médica ante los tribunales españoles.

Es este un supuesto de hecho muy familiar para la jurisprudencia española, ya que la responsabilidad civil sanitaria por ausencia o defecto de información por parte del médico es uno de los casos más habituales en las reclamaciones de indemnización en este ámbito.

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 2, párrafos segundo y tercero que "toda actuación en el ámbito sanitario requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles".

La historia de base de la STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016 puede resumirse de la siguiente manera: el demandante queda tetrapléjico al lanzarse al mar en 1990, sufriendo un grave traumatismo craneal. De dicha lesión era imposible mejorar, ni siquiera con rehabilitación, por lo que el actor sufriría de por vida

una incapacidad que le obligaría a vivir permanentemente en una silla de ruedas. Lo más probable es que paulatinamente y en unos plazos indeterminados fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas. El facultativo le realiza una intervención quirúrgica que hace que el paciente empeore en su tetraplejia, y no informó al paciente de la gravedad de esta intervención ni de sus riesgos, ni de las posibilidades alternativas. No dándose por tanto los requisitos mínimos del consentimiento informado.

La sentencia de primera instancia partiendo de la adecuada *praxis* de la intervención quirúrgica, hace descansar la responsabilidad civil del médico en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Y valora la agravación en función de la ausencia de información sobre los riesgos de la intervención, fijándola en 60.101,21 euros por aumentar el grado de invalidez y por el dolor sufrido.

Tal decisión fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó sentencia el 29 de mayo de 2014 (ROJ SAP B 5186/2014) desestimando el recurso y confirmando el importe de la indemnización concedida.

Dicha sentencia fue recurrida en casación por el demandante, dando lugar a la sentencia aquí estudiada, que desestima el recurso de casación y confirma la SAP, basándose en los argumentos que vamos a ir desgranando.

II. FALTA DE INFORMACIÓN Y AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Como nos recuerda XIOL RÍOS[1] "es preciso distinguir entre dos conceptos que están íntimamente relacionados pero son diferentes, por lo que un abordaje precipitado de la cuestión podría dar lugar a mezclarlos en una simplificación inadecuada. En primer lugar, encontramos la información, que se configura como un deber del médico a suministrarla y que tiene su contrapunto en el derecho del paciente a recibirla".

"Y otro concepto distinto de la información es el del consentimiento, en virtud del cual el paciente acepta ser sometido a un concreto tratamiento o intervención. Se puede definir como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. El consentimiento, para ser libre, debe ser informado, o lo que es lo mismo, el sujeto que presta su consentimiento ha de saber con exactitud a qué está consintiendo".

[1] XIOL RÍOS, J. A: "El consentimiento informado", *REFC*, núm. 16, 2011, p. 131.

Se entiende pues por consentimiento informado la conformidad libre, voluntaria, consciente y expresa de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, previa obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, claramente comprensible para él, ante una intervención quirúrgica, un procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo y en general siempre que se lleven a cabo procedimientos que conlleven riesgos relevantes para la salud. El consentimiento debe ser específico para cada intervención y deberá recabarse por el médico responsable de la misma. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

La información básica que debe proporcionarse gira en torno a cuatro puntos esenciales, según el artículo 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre: en primer lugar sobre las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad; segundo, sobre los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, tercero hay que informar al paciente sobre los riesgos probables con condiciones normales conforme a la experiencia y estado de la ciencia directamente relacionados con la intervención, y por último, sobre las contraindicaciones.

El deber de información es un elemento integrante de la *lex artis* y está incluido en la obligación de medios asumida por el médico. La ausencia de consentimiento informado o los defectos en el mismo, implican por sí mismos una vulneración de la *lex artis* ya que con la defectuosa información se priva al paciente de la posibilidad de tomar libremente una decisión basada en su autonomía y su dignidad personal, permitiéndole optar por otras alternativas; y ello independientemente de que se trate de un centro sanitario público o privado, e independientemente de que los profesionales sanitarios, por tanto, desempeñen su actividad en el marco de una relación contractual con el paciente o al margen de ella.

El consentimiento informado es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencia, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y

en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto.

Respecto a la consideración del deber de informar como parte de la *lex artis*, señala GUERRERO ZAPLANA[2] que "hay que tomar en consideración al valorar esta cuestión que el concepto moderno del criterio de normalidad que representa la *lex artis* obliga a valorar dentro de dicho criterio de normalidad no solo lo relativo a la técnica médica sino también lo relativo a la exigencia de la información y del consentimiento previo del paciente; por lo tanto, información y *lex artis* son elementos que se encuentran cada vez más cercanos y que exigen una valoración conjunta".

Así lo analiza la sentencia estudiada, en la que se afirma que "la responsabilidad del facultativo no nace del acto médico quirúrgico practicado, sino del hecho de no haber facilitado la adecuada información al paciente para que este pudiera valorar someterse o no a la intervención quirúrgica y hacerlo de forma consciente y libre. Es indudable que se le privó de la oportunidad de decidir, por la ausencia de información".

Queremos matizar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige distintos grados o niveles de información según nos encontremos ante actos médicos de carácter curativo o ante actos de medicina satisfactiva (mejora estética), es decir, según se trate de medicina necesaria o voluntaria, exigiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria. La medicina satisfactiva exige extremar el deber de información.

Lo reafirma también en su obra GALÁN CORTÉS[3] al señalar que "la observancia del deber de información es más rigurosa en la medicina optativa. Dado que se actúa sobre un cuerpo sano, la presunción sería que nadie consentiría empeorar su situación de salud a no ser que conste expresamente la asunción del riesgo por el paciente".

III. INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

En el ámbito de la responsabilidad civil médica la relación de causalidad entre la acción del tercero y el resultado dañoso es una cuestión de especial importancia, ya que en el transcurso de una actuación médica pueden coexistir varios motivos por los cuales se puede llegar a producir un perjuicio para el paciente y además son muchas las personas que intervienen en los procesos médicos o quirúrgicos.

[2] GUERRERO ZAPLANA, J: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 179.
[3] GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, p. 267.

En efecto, la dificultad de prueba del nexo causal se produce en este ámbito médico, motivada por una multiplicidad de causas y de causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente. Y esa dificultad se acrecienta cuando nos encontramos ante lo que se denominan daños pasivos, esto es, los que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos necesarios, o como en este caso, le privan del derecho a elegir libremente sobre si someterse o no a una determinada intervención quirúrgica, y a hacerlo de forma consciente y libre, conociendo las posibles consecuencias de la misma.

Frente a la clásica tendencia de que únicamente es indemnizable el daño si se puede probar sin ningún género de duda el nexo de causalidad entre la acción u omisión del profesional médico y el resultado dañoso (el llamado "todo o nada") y que es la postura que aún goza de gran predicamento entre los tribunales que a veces desestiman reclamaciones de daños y perjuicios por la falta de prueba del nexo causal, se va imponiendo paulatinamente la doctrina de la pérdida de oportunidad como un remedio ante los casos de incertidumbre causal, y desde hace unos años, los juzgados y tribunales invocan la oportunidad perdida [4].

Como afirma MEDINA ALCOZ [5], la oportunidad perdida es una chance inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente.

La teoría de la pérdida de oportunidad se entiende por algún sector doctrinal como una teoría de causalidad probabilística (*Probabilistic Causation*), conforme a la cual, en los casos de incertidumbre causal, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente, pero se reduce el montante de la indemnización en

[4] CORDEIRO DA COSTA, P.H: "O dano e perda de chance e sua perspectiva no Direito Portugúes". Dissertaçao do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciencias Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientaçao de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Coimbra, 2010, p. 21.

[5] MEDINA ALCOZ, L: "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la doctrina de la pérdida de oportunidades", *RRCS,* núm. 30, 2009, p. 42.

razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente[6].

ASÚA GONZÁLEZ[7] analiza cómo los tribunales han aplicado esta teoría a la culpa del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de reclamación o, al menos la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. El cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, pese a que en ningún caso puede afirmarse que el interesado se habría curado o que, aún puestos todos los medios correctos, la prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad.

Como destaca GONZÁLEZ MORÁN[8] "la dificultad de establecer en muchos casos de responsabilidad médica, la relación de causalidad entre la actividad del médico y el daño padecido, ha llevado a la jurisprudencia y doctrina a la adopción de una fórmula de compromiso para poder acceder el perjudicado a la indemnización (aunque sólo sea parcial), del daño sufrido por el enfermo, aunque no se haya probado la existencia del vínculo de causalidad".

En la sentencia aquí analizada el Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho segundo establece la relación de causalidad entre la omisión de la información al paciente y la posibilidad que tenía este de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos se han materializado (…) "si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, nos encontramos en esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir".

Y distingue "entre los supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado. Cuando no existe incertidumbre causal en los términos

[6] LUNA YERGA, A: "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *InDret,* 2005, p. 3.
[7] ASÚA GONZÁLEZ, C. I: "Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria", *Aranzadi Civil,* núm. 31, 2008, p. 67.
[8] GONZÁLEZ MORÁN, L: *La teoría de la pérdida de posibilidades de curación o de superveniencia. La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 128.

extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud".

Como señala GALÁN CORTÉS[9] "al no informar al paciente de los riesgos de la intervención, nos encontramos en esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privar al lesionado de autonomía de voluntad para decidir, es decir, por privarle del denominado derecho a la autodeterminación".

En este y en otros casos similares, en los que existe una incertidumbre causal y en los cuales por tanto, no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado el daño del perjudicado, pero existen motivos suficientes para creer que con la actuación correcta habría existido una posibilidad de que no se hubiese producido el daño, se pueden plantear dos soluciones: por un lado, la tradicional teoría del todo o nada, la cual implica que si no se puede probar el nexo causal entre la acción/omisión y el daño producido no se puede exigir responsabilidad alguna. Y frente a ella, como nos recuerda ASÚA GONZÁLEZ, y con una doble finalidad de no dejar en una absoluta indefensión a la víctima y de salvar la incertidumbre causal, surge la otra posibilidad, la doctrina de la pérdida de oportunidad la cual plantea la posibilidad de conceder indemnizaciones en aquellos supuestos en los que no se puede demostrar la existencia del nexo causal, cuando el nivel de probabilidad de que la acción/omisión sea la causante del daño no supere el 50%, aunque en estos casos el importe de la indemnización será inferior al importe del daño final sufrido[10] .

Cuando nos encontramos ante una omisión de información, sería imposible establecer la relación de causalidad si no se realizase un juicio hipotético para averiguar si el paciente se habría sometido o no a la intervención o al tratamiento de haber recibido la información completa, previa y adecuada de los riesgos. Ahora bien, hay que hacer un ejercicio de reconstrucción mental de qué hubiera ocurrido si el médico hubiera cumplido su deber de informar y de obtener el consentimiento del paciente. Se trata de decidir si, añadiendo mentalmente el comportamiento omitido el resultado lesivo se habría producido[11].

No cabría imputar responsabilidad al médico en el supuesto de que aun habiendo sido debidamente informado, el paciente hubiera decidido someterse

[9] GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad civil médica*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2011, pp. 470 y 471.
[10] ASÚA GONZÁLEZ, C. I: "Pérdida", cit., p. 18.
[11] ASÚA GONZÁLEZ, C. I: "Pérdida", cit., p. 26.

igualmente al tratamiento; aquí no habría lugar a la indemnización, aunque se pudiera determinar en algún caso la existencia de un daño moral[12]. Por el contrario, si de haber existido una completa información previa, el paciente se hubiera negado a la intervención, al no existir incertidumbre causal, se concedería la totalidad de la indemnización del perjuicio que se ha causado.

En la sentencia analizada se afrontan las consecuencias de la falta de información de un riesgo que se materializa independientemente de la actuación médica, la cual se ha realizado correctamente. No se discute la actuación del médico, sino que el daño producido consiste precisamente en la omisión al paciente de la información suficiente sobre un riesgo previsible que luego se materializa, privándole de la oportunidad de tomar libremente y con conocimiento de causa, una decisión que afecta a su salud, como puede ser negarse a someterse a la intervención, a retrasarla, a consultar con otro especialista….Es decir, se lesiona el derecho a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación.

Estamos por lo tanto ante un supuesto de incertidumbre causal, ya que nunca sabremos qué hubiera decidido el paciente de haber sido correctamente informado, qué secuencia hubieran tomado los hechos. La pérdida de oportunidad de decidir constituye un daño abstracto basado en un cálculo de probabilidades. Dicha pérdida de oportunidad toma como referencia la capacidad de decisión de un paciente que decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin conocer las consecuencias para su salud.

IV. CONCURRENCIA DE DAÑO MORAL Y DAÑO CORPORAL.

Si bien es cierto que cuando hablamos de daños patrimoniales nos estamos refiriendo a los perjuicios que afectan directamente a un bien susceptible de valoración económica, también es cierto que un perjuicio a un bien no susceptible de valoración económica como puede ser la salud, la integridad o la libertad de elección, puede producir no sólo daños de carácter patrimonial sino también daños de índole extrapatrimonial.

Como consecuencia directa de la omisión del facultativo a la hora de informar al paciente de los riesgos del tratamiento o de la intervención quirúrgica, se pueden producir para éste ya sea un daño patrimonial (como por ejemplo la restitución del precio de la intervención de cirugía estética y del de pruebas como la ecografía...), ya sea un daño de carácter extrapatrimonial. Dentro de

[12] PANTALEÓN PRIETO, F*:* "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989),* Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.709.

esta segunda categoría de daños extrapatrimoniales, se encuentran los daños corporales y los daños morales.

El daño corporal se ha encuadrado como un daño extrapatrimonial y personal que se produce en la esfera del cuerpo humano o en la integridad física o psíquica de la persona. Este daño corporal, se puede definir como "la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la geografía del cuerpo"[13]. Y genera junto a consecuencias extrapatrimoniales (como por ejemplo perjuicios sexuales, malestares, insomnio, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad de realizar actividades de su agrado….) , dos consecuencias de orden patrimonial : por un lado los gastos médicos para la curación de la lesión, gastos de ambulancia, de taxi, de hospitalización y de farmacia, que sería los daños emergentes; y de otro lado, la pérdida de ingresos o de sueldo por la imposibilidad de trabajar derivada de las lesiones temporales o permanentes sufridas, que constituiría el llamado lucro cesante[14].

A su vez, dentro de los daños morales, que no olvidemos, tienen también carácter extrapatrimonial, podemos encontrar varios subgéneros, entre los que destacan el denominado por la jurisprudencia patria como *petrium doloris* o precio del dolor, o el perjuicio de afecto*,* que es el daño moral que se produce entre los parientes del lesionado o fallecido, y que equivalen al dolor espiritual, angustia que pueda sufrir el paciente; *y* el perjuicio estético que se produce sobre todo en seno de la medicina satisfactiva o estética.

Y además de los daños anteriormente analizados, podemos hablar de la pérdida de oportunidad como daño reparable e indemnizable dentro de la responsabilidad civil médica, ya que a dicha oportunidad que se ha perdido inexorablemente, hay que atribuirle un valor económico.

Como afirma GALLARDO CASTILLO[15], la pérdida de oportunidad es una modalidad de daño propia y particular, ya que en ella coexisten a la vez un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en el caso de no haber mediado el hecho dañino, el perjudicado habría conservado la esperanza de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio. Y la incertidumbre sobre si se hubiera mantenido la ganancia o se hubiera evitado el perjuicio si la situación fáctica hubiera permanecido inalterable y no se hubiera producido la acción u omisión del tercero, es este caso, del profesional sanitario.

[13] GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 2013, p. 1.
[14] VICENTE DOMINGO, E.: "El daño", en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil,* Thomson Aranzadi, 4ª ed., Madrid, 2008, pp. 279-297.
[15] GALLARDO CASTILLO, M. J.: "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad", *RAAP*, núm. 45-46, 2015, p. 35.

El daño verdaderamente producido en la sentencia que nos ocupa es la pérdida de oportunidad que ha experimentado el paciente de decidir libremente si se somete o no a la intervención quirúrgica, y no el daño corporal o la lesión materialmente producida, ya que no resulta lógico que el facultativo sea condenado a indemnizar al paciente dañado en la misma cantidad económica que si su culpa hubiera consistido en una impericia técnica al practicar dicha intervención. En realidad su único error consistió en no haber advertido al paciente de los riesgos típicos posteriormente materializados en la intervención quirúrgica que fue correctamente realizada[16].

Que la omisión del consentimiento informado es un daño autónomo susceptible de indemnización viene ya reconocido por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2000[17], la cual expone que "respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con más énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. En este caso se trata de una cirugía de médula ósea en la que se había actuado de conformidad con la *lex artis*, pero sin informar de los riesgos de la misma, que eran una paraplejía, los cuales se produjeron finalmente, tras lo que el Supremo concluye que "esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información supone en sí misma un daño moral grave distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención".

Para el alto Tribunal "procedía indemnizar, no el daño corporal, puesto que la cirugía estaba indicada y había sido llevada a efecto con corrección y diligencia, sino el daño moral consistente en el atentado a su dignidad que suponía no haber sido informado, ni haber consentido en la cirugía con pleno conocimiento de que la misma podría producir precisamente la situación de paraplejía que se quería evitar".

La falta de información configura un daño grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto a los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

[16] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R: "Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño" (consultado el 3 de agosto de 2017).
[17] STS de 4 de abril de 2000, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª (ROJ/2000/3258).

En efecto, en este caso era imposible que la lesión que sufría el demandante (una tetraplejia completa) mejorara, ni siquiera con rehabilitación; y lo más probable es que en un plazo indeterminado fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas hasta llegar a la situación a la que le llevó la intervención quirúrgica realizada por el demandado. La pérdida de la sensibilidad en el brazo derecho no se puede imputar a la intervención sino a la evolución natural de la lesión, y, por lo tanto, aunque no se hubiera operado, la lesión hubiera sido la misma.

V. CÁLCULO DEL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN A CONCEDER AL PACIENTE PERJUDICADO.

Como vamos a ver, el daño consistente en la pérdida de oportunidad cuando se ha materializado el riesgo de una intervención que no fue informado por el facultativo, sirve como elemento moderador del quantum de la indemnización concedida al perjudicado. Para averiguar el importe del daño por pérdida de oportunidad, en primer lugar, se deberá determinar el daño total del riesgo que se ha materializado y luego, a dicho importe habrá que aplicar el porcentaje de probabilidades de que se materializase el riesgo no informado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado a lo largo de los años una evolución a la hora de fijar el quantum indemnizatorio del perjudicado; desde conceder en un principio una indemnización a tanto alzado, es decir, fijada a su prudente arbitrio; pasando por aplicar analógicamente el baremo de accidentes a motor; para posteriormente, optar por identificar la pérdida de oportunidad con el daño moral.

La sentencia aquí analizada se inclina por aplicar el baremo de accidentes de vehículos a motor por analogía y aplicar un factor de corrección del 50% a la cuantía resultante, es decir, reducir a la mitad la indemnización que correspondería a la totalidad del daño valorado en los casos en los que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida de oportunidad del paciente.

También concede el 50% de la cantidad que hubiera correspondido según el baremo de accidentes de vehículos a motor, por una mala praxis médica acreditada la sentencia del alto Tribunal de 27 de noviembre de 2012[18] en la que se defiende este criterio de cuantificación en base a que la aplicación flexible de un baremo no vinculante no puede constituir una infracción de la legalidad. Y la doctrina de la pérdida de oportunidad en este caso, permite atemperar el importe de la indemnización.

[18] STS de 27 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, Sección 4ª (ROJ/2013/435).

En efecto, el importe de la indemnización en el supuesto de omisión del deber de información, no tiene por qué coincidir con la cuantía que correspondería por el daño causado por una actuación negligente en una intervención o tratamiento médico. Normalmente será menor. La indemnización por pérdida de oportunidad, no puede coincidir con la que corresponda por los daños derivados de la intervención quirúrgica en sí misma. Para modular su importe, habrá que atender a los factores y a las circunstancias del caso concreto, como son: si la intervención era clínicamente aconsejable, la relación de confianza existente entre el paciente y el médico, la edad y el estado de salud previo del paciente, la incidencia estadística de las complicaciones de la intervención…

En el caso de la sentencia de 8 de abril de 2016 aquí analizada, el *quantum* indemnizatorio se fija en atención a tres parámetros:

- *Los perjuicios totales causados:* Debe tenerse en cuenta la falta de información y la probabilidad de que en caso de haber conocido el paciente las posibles consecuencias, no se hubiese sometido al tratamiento.

- *El daño moral:* En este apartado, debe tenerse en cuenta el perjuicio patrimonial sufrido por la lesión del derecho de autodeterminación, a la integridad física y psíquica y a la dignidad.

- *La pérdida de oportunidades o expectativas:* Para valorar este apartado se deben ponderar las circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica como son la gravedad de la intervención, la existencia de otras alternativas o las posibilidades de fracaso de la intervención.

Finalmente, el Supremo confirma el importe de la indemnización que había sido concedida por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona y confirmada por la Audiencia Provincial.

Para concluir la exposición, debemos recordar además la cuestión de que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en sede casacional. Así lo declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia. Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, Recurso Casación 3056/2008[19]: "Planteado el debate en el tema relativo a la discrepancia en cuanto a la cuantía de la indemnización reconocida por la sentencia de instancia, debemos traer al presente asunto la reciente sentencia de esta Sección de veintiuno de junio de dos mil once, recurso de casación 2036/2007[20]: (…) En la sentencia de esta Sala y Sección hacíamos mención a otra anterior de fecha 24 de enero de 2006[21], recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en "que la cuantía

[19] STS de 10 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso (ROJ/7053/2011).
[20] STS de 21 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso (ROJ/4177/2011).
[21] STS de 24 de enero de 2006, Sala de lo Contencioso (ROJ/112/2006).

indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad y ponderación de su compensación en atención a los hechos declarados probados".

La revisión sólo es posible cuando la cuantía es desproporcionada y arbitraria en razón de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, o si es manifiestamente baja por debajo del límite mínimo de lo razonable atendiendo al criterio indemnizatorio usualmente seguido por la Sala en supuestos similares.

VI. CONCLUSIONES.

Todo lo anteriormente visto, nos puede llevar a la conclusión de que la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad implica una modulación en la valoración de los daños que consiste en la reducción del quantum indemnizatorio.

Para evitar la inseguridad jurídica que despierta el hecho de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no son homogéneas y para evitar en el justiciable la sensación de que está ante una lotería según a qué juzgado se haya turnado su demanda, sería conveniente elaborar un baremo sanitario que en la actualidad no existe; un baremo de periodicidad anual, que se aplicara a todos los daños corporales y no sólo a los producidos en el ámbito médico, dividido por tipos de lesiones y órganos lesionados y en cuya elaboración participaran conjuntamente médicos, jueces y peritos.

BIBLIOGRAFÍA

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria", *Aranzadi Civil*, núm. 31, 2008.

CORDEIRO DA COSTA, P. H.: "O dano e perda de chance e sua perspectiva no Direito Portugúes". Dissertaçao do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciencias Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada a Faculdade de Direito da Universidades de Coimbra, orientaçao de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Coimbra 2010.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: "Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño" (Consultado el 3 de agosto de 2017)

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica,* ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2011.

GALLARDO CASTILLO, M. J.: "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y

responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad", *RAAP*, núm. 45-46, 2015.

GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C.: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal,* Comares, Granada, 2013.

GONZÁLEZ MORÁN, L.: *La teoría de la pérdida de posibilidades de curación o de superveniencia. La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.

GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia,* Lex Nova, Valladolid, 2004.

LUNA YERGA, A.: "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *InDret,* 2005.

MEDINA ALCOZ, L.: "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la doctrina de la pérdida de oportunidades", *RRCS,* núm. 30, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación"*,* en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

VICENTE DOMINGO, E.: "El daño", en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil,* Thomson Aranzadi, 4ª ed., Madrid, 2008.

XIOL RÍOS, J. A.: "El consentimiento informado", *REFC*, núm. 16, 2011.

ABREVIATURAS

RAAP: Revista andaluza de la Administración Pública.
REFC: Revista española de la función consultiva.
RRCS: Revista de responsabilidad civil y del seguro.

DERECHOS DEL PACIENTE Y RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA (VENEZUELA)

PATIENT RIGHTS AND MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY (VENEZUELA)

Dra. MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN
Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III Obligaciones
Universidad Central de Venezuela
mariacandela1970@gmail.com

RESUMEN: *El artículo se pasea brevemente por algunos derechos del paciente con proyección a los deberes médicos. También se refiere la responsabilidad civil del médico en el ordenamiento jurídico venezolano, considerando diferentes aspectos como los elementos de la responsabilidad, el carácter personalísimo o no de la prestación, si tales constituyen obligaciones de medio u obligaciones de resultado; si se trata de una obligación contractual o extracontractual, la regulación convencional de la responsabilidad médica y finalmente la responsabilidad de los establecimientos de salud.*

PALABRAS CLAVE: *derechos del paciente; responsabilidad civil médica; culpa; daño; causalidad; obligación de medio y resultado; cláusulas de exoneración.*

ABSTRACT: *The article points out a brief explanation of some rights of the patient with respect to the medical duties. It also refers to the civil liability of doctors according to the Venezuelan legal system, considering different aspects such as the elements of liability, the personal nature or not of the provision of the medical services, whether such services constitute obligations related to the means or related to the ends; if it is a contractual or non-contractual obligation, the conventional regulation of medical liability and lastly the responsibility of the health centers.*

KEY WORDS: *Patient's, rights, medical civil liability, fault, damage, causality, means and ends obligation, exemption clauses.*

FECHA DE ENTREGA: *18/09/2017*/ FECHA DE ACEPTACIÓN: *12/12/2017.*

SUMARIO: I. DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y DEBERES DEL MÉDICO.- 1. Generalidades.- 2. Derechos relativos al cuerpo.- 3. Otros derechos personalísimos.- II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.- 1. Regla general.- 2. ¿Obligaciones personalísimas?- 3. ¿Obligaciones de medio u obligaciones de resultado?- 4. Responsabilidad contractual o extracontractual.- 5. Regulación Convencional de la responsabilidad civil.- 6. Responsabilidad de los establecimientos de salud. – III. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y DEBERES DEL MÉDICO.

1. Generalidades.

La profesión médica es sin duda una de las más relacionadas con los derechos personalísimos del ser humano, en particular los relativos al cuerpo, a saber: la vida, la integridad física y la disposición del cuerpo[1]. Los derechos de los pacientes[2], están así irremediablemente asociados al tema de los derechos físicos de la personalidad, entre los que se incluyen temas como las intervenciones médicas[3], los trasplantes[4], la experimentación[5] y la muerte[6]. La práctica médica está indisolublemente ligada al

[1] Véase sobre derechos relativos al cuerpo: BORREL MACIÁ, A.: *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres,* Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954; DIEZ DÍAZ, J: *Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático*, Ediciones Santillanas, Madrid, 1963; CHAVES, A.: "Direitos á Vida, ao proprio corpo e ás partes do mesmo (Trasplantes, esterilizacao e operacoes cirurgicas para "mudanza de sexo"). Direito do cadáver e ás partes do mesmo", *Revista da Faculdade de Direito.* Univ. Sao Paulo, 1977, Vol LXXII, primera fase, pp. 243-298; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho,* núm. 7, TSJ, Caracas, 2002, pp. 128-186; OCHOA GÓMEZ, O.: "Derechos de la personalidad", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje, núm. 5, TSJ, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, 2002, Vol. I, pp. 905-918 y 924-942; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 291-298.

[2] Véase: KRAUT, A. J.: *Los Derechos de los Pacientes,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; LÓPEZ DE LA PEÑA, X. A.: *Los Derechos del Paciente*, Trillas, México, 2000.

[3] Véase: OCHOA GÓMEZ, O.: "Derechos", cit., p. 911, el derecho a la integridad física tiene estrecha relación con las intervenciones quirúrgicas.

[4] Véase: ANTEQUERA PARILLI, R.*: El Derecho, Los Trasplantes y las Transfusiones (Con especial referencia a la legislación venezolana),* Ediciones Ucola, Barquisimeto, 1980; KUMMEROW, G.: *Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos*, Universidad de los Andes, Colección Justicia et Jus, núm. 4, Mérida, 1969; FUENMAYOR G., J. A.: "Consideraciones generales sobre los trasplantes de órganos y otras materias afines", *Revista de la Facultad de Derecho,* núm. 47, UCAB, Caracas, 1993, pp. 147-157.

[5] Véase: VIDAL MARTÍNEZ, J.: "La protección de la persona en la investigación médica", *Derecho y Salud*, Vol. 6, núm. 1, 1998, pp. 120-129.

[6] Véase: CASTRO URDANETA, J. O.: *El derecho a la vida en el umbral de la muerte: aproximación a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* TSJ, Fundación Gaceta Forense, Caracas, 2012; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte),* TSJ, Colección Estudios Jurídicos, núm. 17, Caracas, 2007, pp. 151-272.

Derecho[7].

Así es natural, que las intervenciones médicas, tratamientos y experimentos, precisen en la generalidad de los casos del cumplimiento de deberes del profesional de la medicina relativos al consentimiento debidamente informado que incluyen la explicación al paciente de los correspondientes riesgos-beneficios y la debida observancia de la pericia y diligencia profesional. Se trata de una de las profesiones más delicadas, por su relación con la integridad psico-física del individuo y la proyección que la salud tiene en la vida de la persona humana. En Venezuela, la Ley del Ejercicio de la Medicina [8] y el Código de Deontología Médica [9] ofrecen lineamientos en tal sentido[10].

Pero no solo los derechos corporales encuentran relevancia dentro del ámbito de la responsabilidad médica. Siendo que el ser humano despliega también derechos personalísimos relativos a la integridad moral, estos tampoco deben ser vulnerados por el galeno. Por lo que cabe pasearse someramente por dicho panorama, con miras a la responsabilidad civil profesional.

2. Derechos relativos al cuerpo.

Los derechos de la personalidad relativos al cuerpo vienen dados por el derecho a vivir, el derecho a la integridad física y el derecho a disponer del cuerpo[11]. Estos últimos especialmente conectados y todos relevantes desde la perspectiva médica. Entre los principales derechos del paciente se ubica como proyección de algunos derechos relativos al cuerpo: la necesidad de dar su consentimiento para

[7] GALVÁN MELÉNDEZ, M.F. y otros: "Responsabilidad profesional en el ejercicio de la medicina", *Revista Médica MD*, Vol. 7, núm. 1, Guadalajara, agosto-octubre 2015, p. 34.

[8] Gaceta Oficial (G.O.), núm. 39.823 de 19-12-11.

[9] Véase: Código de Deontología Médica, Aprobado en la LXXVI reunión extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana, Caracas 20 de marzo de 1985. Posteriormente, se cita el Código de Deontología Médica aprobado en la Asamblea CXXXIX, Barquisimeto 18 y 19 de octubre de 2003 (según nos informara el Secretario Ejecutivo de la Federación Médica Venezolana, Dr. Edgar Bustos quien nos facilitó el texto; nos señaló que próximamente debería tener lugar una nueva revisión. Consulta de fecha 13-9-17). No encontramos para esta última fecha información oficial en la web en alguna página médica venezolana. Véase texto con otra fecha definitiva.

[10] Véase: ALONSO PÉREZ, M.: "La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")", *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. J.A. MORENO MARTÍNEZ (Coord.), Madrid, Dykinson, 2000, p. 21, los códigos deontológicos ya no son meros enunciados médicos; MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: "Ética profesional y Deontología médica: una reflexión sobre el estado de la cuestión en Cuba", *Bioética*, Vol. 15, núm. 3, septiembre-diciembre 2015, p. 7, los Códigos de Deontología Médica suelen referir cuatro tipos de deberes: generales, hacia los enfermos, entre los médicos entre sí y respecto a la colectividad. Véase sobre los derechos del enfermo: Código de Deontología Médica, 1985, art. 69; Código de Deontología Médica, 2003, art. 72.

[11] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C: "Aproximación", cit., pp. 126-186.

intervenciones distintas a la emergencia en estado de inconciencia[12]; en materia de experimentación, ha de recibirse la debida información y el beneficio debe ser proporcionalmente superior al riesgo[13]; el natural tránsito hacia la muerte supone igualmente garantizar la ortotanasia o derecho del paciente a morir con dignidad. Es claro que el médico debe asistir al enfermo terminal en su tránsito natural hacia la muerte sin pretender extender innecesariamente la vida[14]. El ordenamiento jurídico debe reconocer en los conocimientos médicos formales un medio indispensable no para conservar la vida sino para cuidar los intereses de los afectados y de la sociedad en general[15]. En tales y otros momentos resulta crucial el deber de informar al paciente, a los fines de que medie la necesaria autodeterminación y propiciarle el tratamiento debido según la ciencia médica.

Dentro del derecho personalísimo a la disposición del cuerpo se incluye la necesidad de autorización del paciente para exámenes e intervenciones médicas distintas a la emergencia en estado de inconsciencia. Solo el interesado puede asumir el riesgo de sus propias decisiones, aunque la consecuencia fatal pudiera ser eventualmente la muerte[16]. Lo contrario implicaría una ofensa a su dignidad como persona[17] que

[12] GARRIDO CERÓN, J.: "Acerca de los derechos del médico", *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, Vol. 67, núm. 6, 2002, "nadie discutiría la autonomía de un médico frente a una emergencia, o cuando las facultades de decisión de su paciente o su tutor legal están limitadas"; CUENCA, H. y otros: "Responsabilidad médica en situaciones de emergencia", *Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte*. Ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, Caracas, 1991, pp. 47-68; LEÓN C., A.: "Responsabilidad médica en las situaciones de emergencia y en el manejo de personas críticamente enfermas"*, Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte*, Ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, Caracas, 1991, pp. 27-45.

[13] Véase: Ley del ejercicio de la Medicina, arts. 92-101; Código de Deontología Médica 1985, arts. 191-206 y Código de Deontología Médica 2003, arts. 204-230 y Juramento en ambos textos, "4) No intentaré nuevos tratamientos o procedimientos de investigación si los riesgos para el paciente exceden los posibles beneficios, cumpliendo estrictamente las Pautas Internacionales para la Investigación Biomédica en los Seres Humanos"; Constitución de 1999, art. 46, ord. 3, "ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley."; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 7.

[14] Véase: Ley del Ejercicio de la Medicina, arts. 28 y 29; Código de Deontología Médica, 1985, arts. 77, 79 y 81; Código de Deontología Médica, 2003, arts. 74-84 (especialmente 82 que alude a la "distanasia" que conlleva a posponer la muerte en forma artificial); BONT, M. y otros: "Decisiones en la práctica médica del final de la vida: importancia basada en la opinión, grado de información y formación de los médicos que laboran en los Estados Aragua y Carabobo", *Salus Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, Universidad de Carabobo, Diciembre 2007, Vol. 11, núm. 3, pp. 30-36; PEREIRA SOJO, L. y otras: "El derecho a morir con dignidad", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 121, UCV, Caracas, 2001, pp. 389-427; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C: "Aproximación", cit., pp. 135-150; DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural"*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, Caracas, 2013, pp. 140-145; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Diccionario de Derecho Civ*il, Caracas, Panapo, 2009, p. 121.

[15] CASTRO URDANETA, J. O.: *El derecho*, cit., p. 157, humanizar la medicina es darle contenido a la misma.

[16] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "Aproximación", cit., pp. 162-165; KRAUT, A. J.: *Los Derechos,* cit., pp. 147 y ss.; SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde

atentaría contra la integridad psicofísica[18]. Ello no es trasladable a los incapaces sin discernimiento en cuyo caso la decisión ha de ser a favor de la vida. Respecto del menor de edad, debe escucharse su opinión pues se admite que no ha de regir el criterio de la capacidad legal sino del discernimiento (competencia)[19] y ante la duda, el médico debería acudir a la intervención de la autoridad judicial[20].

Dentro de los derechos relativos al cuerpo se ubica igualmente la posibilidad de trasplantes de órganos ya sea entre vivos o respecto del cadáver. El médico deberá orientarse por la regulación que rige la materia[21], inspirada por la revocabilidad,

la vigencia de la Ley 26.529", *Prudentia Iuris*, núm. 70, 2011, p. 170; PIZARRO, C.: "Responsabilidad profesional médica: diagnóstico y perspectivas", *Revista Médica Chile*, 2008, pp. 539-543; BORREL MACIÁ, *La Persona,* cit., p. 45; SOLÉ RESINA, J.: "Derecho a la protección de la salud. Derechos del paciente", *Tratado de Derecho de la persona física*, Civitas /Thomsom Reuters (Dir. M. GETE-ALONSO y CALERA/ Coord. J. SOLE RESINA), España, 2013, T. II, pp. 780 y 792. Véase: Ley de ejercicio de la Medicina, art. 25, núm. 2.

[17] KRAUT, A. J.: *Los Derechos,* cit., pp. 183 y 184.

[18] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil,* TSJ, Colección Nuevos Autores, núm. 1, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 630 y 631, el derecho a disponer del cuerpo se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la integridad física y psíquica, pues no respetar la libre determinación de una persona respecto de su propio cuerpo e intervenirla en contra de su voluntad, ciertamente no sólo violentará el derecho a la disposición de su cuerpo, sino que afectará el ámbito psicofísico del ser humano.

[19] KEMELMAJER DE CARLUCCI**,** A.: "El Derecho del menor a su propio cuerpo", *La Persona Humana,* La Ley, Argentina, 2001, p. 255; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* IDIBE, núm. 1, Agosto 2014, p. 38, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "Aproximación", cit., pp. 168 y 169, debería ser consultado de tener conciencia o entender la trascendencia de la situación; CASADO BLANCO, M. y otros: "Dilemas legales y éticos en torno a la asistencia médica a los menores", *Rev. Pediátrica Aten Primaria*, Vol. 17, núm. 65, Madrid, enero-marzo 2015*,* desde el punto de vista ético y deontológico es obligado para los médicos buscar y encontrar puntos de equilibrio que permitan al menor tomar decisiones que no le sean perjudiciales; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Sobre los derechos de la personalidad"*, Díkaion. Lo Justo. Revista de Actualidad Jurídica,* Año 17, núm. 12, Universidad de la Sabana, Colombia, 2003, p. 32. Véase, sin embargo, a propósito de transfusión a menor de edad por motivos religiosos: TSJ/SConst., Sent. núm. 1431 del 14-8-08, "el derecho a la vida no es un derecho de libertad que implique disponibilidad. Se trata de un derecho que merece protección absoluta aun en contra del titular… discernimiento que nuestro ordenamiento presume que es alcanzado plenamente cuando se alcanza la mayoría de edad". Véase comentando tal sentencia: GUZMÁN TORO, F.: "Los dilemas éticos y jurídicos relacionados con las transfusiones de sangre en las situaciones límites", *Frónesis*, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, Vol. 17, núm. 2, mayo-agosto 2010, pp. 185-200; ARAUJO CUAURO, J.C.: "Transfusiones y Testigos de Jehová. Derecho a la vida, a la libertad religiosa o de conciencia", *Frónesis*, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, Vol. 22, núm. 3, septiembre-diciembre 2015, pp. 177-194.

[20] Véase: Código de Deontología Médica, 1985, art. 68 y Código de Deontología Médica, 2003, art. 66: "si el médico cree que el niño puede ser capaz de alcanzar mediante tratamiento una vida normal y los padres expresan su desacuerdo, debe solicitar la intervención del tribunal correspondiente. La posibilidad de infringir los principios religiosos de los padres, si es que existe ese factor, es responsabilidad de la ley, no del médico".

[21] Véase: Ley sobre donación y trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos G.O., núm. 39.808 de 25-11-11; PELLEGRINO PACERA, C. y NIÑO GAMBOA, A J.: "Breves comentarios a

gratuidad y consentimiento informado. Los incapaces absolutos carentes de discernimiento no pueden ser donantes en vida, dada la ausencia de comprensión de un acto médico irreversible de tal magnitud, pues ciertamente tal carencia no es subsanable por vía de representación o autorización por constituir una decisión personalísima[22]. Por tal razón, pensamos que el médico no debe realizar extracción de un órgano de un incapaz absoluto privado de discernimiento aunque la ley aluda impropiamente a "niños"[23], porque ello atentaría contra la integridad física y disposición del cuerpo, derechos de rango constitucional. Respecto de los adolescentes (a partir de 12 años) vale recordar que en principio ya presentan progresivamente discernimiento o competencia para poder tomar decisiones médicas. En materia de trasplantes de órganos de cadáveres, entre otros se deberá realizar el protocolo de muerte encefálica o cerebral[24] y respetar "la dignidad de la persona fallecida"[25]. Se aprecia así que "vida, integridad y salud" son aspectos que se encuentran íntimamente unidos[26].

3. Otros derechos personalísimos.

Fuera del ámbito de los derechos personalísimos corporales, el deber médico puede ser relevante particularmente respecto del derecho a la identidad, pues en este se incluye el derecho de toda persona a conocer su origen genético, la prohibición de clonación y la problemática de la transexualidad. Esta última debe ser tratada por el

la nueva Ley sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos", *Anuario de Derecho de Derecho Público*, núm. IV-V, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monte Ávila, Caracas, 2011-2012, pp. 202-218.

[22] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "Aproximación", cit., p. 176, se debe concluir dada la naturaleza de los derechos de la personalidad y las normas que rigen la capacidad que en caso de ser el dador un menor de edad, éste debe tener una edad que suponga discernimiento, es decir, plena conciencia de lo que se está haciendo y de las implicaciones en juego. No puede bajo ningún concepto permitirse la extracción de un pariente menor de edad que no tenga conciencia para haber expresado libremente su consentimiento. El consentimiento del dador es un acto personalísimo que no puede ser otorgado total o parcialmente por una persona distinta a éste.

[23] Véase citada Ley, artículo 34: "…La donación en vida de órganos, tejidos y células de niños, niñas y adolescentes sólo puede estar dirigida a salvaguardar la vida de la madre, padre, hermanos, hermanas y descendientes directos, siempre que exista el consentimiento de la madre, padre y la autorización de un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes y sea escuchada la opinión del niño, niña o adolescente".

[24] Véase, art. 3, núm. 11, art. 25 (criterios para determinar la muerte encefálica). Véase también refiriéndose a muerte "encefálica": Ley de Ejercicio de la Medicina, art. 32.

[25] Véase citada ley sobre donación y trasplantes, artículo 13, núm. 8; artículo 31, ord. 3 alude a "conferir en todo momento al cadáver del o de la donante un trato digno y respetuoso". El artículo 52, núm. 7, *eiusdem* prevé suspensión del ejercicio de la profesión: "Incumpla con la obligación de respetar la dignidad del donante cadáver, establecida en esta Ley".

[26] FLORES MADRIGAL, G. A.: "El derecho a la protección de la vida e integridad física*", Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, Coord. D. CIENFUEGOS SALGADO y M. C. MACÍAS VÁZQUEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 166. Véase: Código de Deontología Médica, 1985, art. 1: "El respeto a la vida y a la integridad de la persona humana, el fomento y la preservación de la salud, como componentes del bienestar social, constituyen en todas las circunstancias el deber primordial del médico" (en sentido similar mismo artículo del Código de Deontología Médica, 2003).

galeno con la pericia y técnica que impone la ciencia en respeto a la dignidad humana, en tanto que la clonación le está proscrita expresamente[27] por configurar entre otros un atentado contra la dignidad y la identidad estática. Las técnicas de reproducción asistida pueden dar a lugar a combinaciones en que se acuda al esperma o al óvulo de una persona distinta al progenitor o progenitora legal (que podrá no coincidir con el biológico). En tal caso, aunque estos sean tildados de "anónimos", el médico y la Institución sanitaria, están obligados a guardar fiel registro de tal información, para que el hijo biológico pueda en el futuro acceder al conocimiento de su identidad genética. Lo contrario constituiría franca violación al derecho a la identidad, porque toda persona tiene derecho a conocer quiénes son sus padres biológicos[28]. Además, cualquier error médico en el proceso de fertilización artificial podría configurar una violación al derecho a la identidad, amén de otros derechos.

En la esfera de los derechos de la personalidad relativos a la integridad moral (libertad, honor, intimidad, privacidad, autodeterminación informativa, imagen y voz)[29] pudieran verse en menor medida afectados ciertos derechos por el servicio médico[30]: la violación del secreto profesional afectaría la intimidad si la información es confidencial o la privacidad si se trata de datos no sensibles. El derecho a la autodeterminación informativa (Constitución de 1999, art. 28), que incluye acceder a cualquier registro de datos del propio interesado para constatarlo o actualizarlo se le debe garantizar al paciente. Las fotografías que conforman la historia médica de la persona donde ésta sea perfectamente identificable no pueden ser divulgadas sin la autorización del paciente ni siquiera con fines académicos, porque lo contrario configuraría una violación del derecho a la imagen[31]. Las páginas web o libros científicos que contienen la imagen de personas precisan de la autorización de tales, y en caso de que el médico pretenda que la misma le fue sustraída igualmente podrá

[27] Véase: Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, G.O. 39.912 de 30-4-12, art. 40. "…Si fecunda óvulos humanos con fines distintos a la procreación o terapéuticos o realiza actos de *clonación* u otros procedimientos dirigidos a la modificación genética, será penado o penada con prisión de ocho a doce años". (Destacado nuestro).

[28] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 6, IDIBE, febrero 2017, pp. 41-69; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: "Aproximación", cit., pp. 102-126.

[29] Véase sobre tales: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C: "Aproximación", cit., pp. 186-256; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria*", Rev. Boliviana de Derecho,* núm. 23, enero 2017, pp. 54-111.

[30] Véase calificando al "servicio médico" dentro de los contratos de prestación de servicios: MADRID MARTÍNEZ, C.*: La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis núm. 4, Caracas, 2009, p. 2.

[31] TSJ/SCC, Sent. núm. 000052 del 4-2-14, "si está demostrado, como lo afirmó la recurrida, que el demandado utilizó la imagen de la demandante sin su autorización, la responsabilidad por el daño moral causado, por lógica debe recaer en contra del agente causante del hecho ilícito, que no fue otro más que el demandado, quien utilizó la imagen de la demandante sin su autorización…y en aplicación a la reiterada doctrina de esta Sala en materia de daño moral, al estar demostrado el hecho generador del daño moral, lo que procedía era su estimación, conforme al prudente arbitrio del juez".

responder por inobservancia del deber de vigilancia, salvo la prueba de la causa extraña no imputable. No ha faltado quien llegue a ver factible una violación del derecho a la imagen en el concebido a pesar de no ser persona en virtud de las modernas técnicas como ecografías y similares.[32] El consentimiento informado si bien se estudia en los derechos relativos al cuerpo, se conecta inevitablemente desde un punto de vista amplio con el derecho a la "libertad" por lo que debe mantenerse a todo lo largo de la relación médico-paciente[33]. El médico debe ofrecer al paciente a los efectos de su comprensión un lenguaje sencillo y no científico[34].

El deber de información sanitaria[35] permite la libertad de autodeterminación del paciente y obtener la autorización de éste con conocimiento de causas y consecuencias[36]. Constituye así el consentimiento informado un derecho humano fundamental[37], pues la autonomía del paciente ha de ser respetada[38]. El médico deberá informar no sólo los riesgos normales, sino también aquellos excepcionales[39]. El consentimiento puede presentar dilemas éticos con proyección jurídica cuando el paciente no tiene discernimiento o cuando la revelación de su enfermedad puede agravar su salud, pero en la medida de lo posible debe primar la información[40].

---

[32] ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *El derecho a la propia imagen*, Tecnos S.A., Madrid, 1.997, p. 105.

[33] Véase: DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 297; GALÁN CORTÉS, J.C.: "La responsabilidad médica y el consentimiento informado", *Rev. Med. del Uruguay,* núm. 15, Vol. 1, Uruguay, Abril 1999, pp. 5-12, es un derecho humano primario, debe prestarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna; D'EMPAIRE, G. y D'EMPAIRE, M. E.: *Primera Experiencia Nacional, Clínica Médica HCC 1999*, Asociación de Bioética Clínica, Comités de Ética Hospitalaria, la Comisión de consentimiento informado, encontró que existía una gran desinformación y confusión sobre este tema. Se precisa clarificar la realidad nacional e identificar elementos que puedan ser de interés en la elaboración de los consentimientos informados.

[34] GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil médica y consentimiento informado", *Derecho y Cambio Social*, 2016, p. 37, La información al paciente debe serle suministrada en términos sencillos, evitando utilizar exceso de terminología científica incomprensible para un profano en la materia; HENDRICKX, J.: "Mala praxis médica", *Colección Memorias*, Ministerio Público, p. 158, debe utilizar las palabras acordes.

[35] Véase: SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., pp. 167 y 168, información sanitaria es aquella que –de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente– informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

[36] Ibíd., p. 179, El consentimiento informado es la declaración de voluntad consciente efectuada por el paciente, en pleno uso de sus facultades, o por sus representantes legales –en su caso– emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, especificación de los objetivos perseguidos; GARCÍA C., M.R.: *La responsabilidad civil del médico en el Ecuador*, sus requisitos básicos son: libertad, competencia (capacidad de comprensión) e información suficiente.

[37] SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., p. 181.

[38] GARCÍA AZNAR, A.: "Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes", *Estudios de Bioética y Derecho*., (M. CASADO/comp.). Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2000, pp. 197-212.

[39] PIZARRO, C.; "Responsabilidad profesional", cit.

[40] Véase: SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., p. 182, el "privilegio terapéutico", esto es la omisión deliberada de información por el médico si teme consecuencias graves para la salud del paciente. El dilema no admite una solución uniforme. El principio es que el paciente debe estar informado para

Así mismo, el secreto médico es uno de los deberes principales en el ejercicio profesional[41], proyectado en la confidencialidad e intimidad. La información contenida en la historia clínica[42] debe estar amparada por el secreto profesional[43]. Tal deber solo cede ante los casos autorizados por la ley[44]. El secreto profesional es un deber de imperativo legal y no una "obligación de no hacer", por lo que no se precisa pactarlo, pues la obligación negativa acontece cuando por vía contractual nos obligamos a no hacer algo que lícitamente se pudiera hacer si la obligación no existiera[45].

El médico puede ser culpable, de una parte, por incumplimiento de la obligación de informar, lo que implica la realización de un acto médico sin el consentimiento informado del paciente y, por otra, puede ocurrir que el acto terapéutico no sea realizado de una manera correcta[46]. También podría violentarse algún derecho personalísimo con posterioridad al acto médico, como la imagen o la confidencialidad derivada del secreto profesional. De tal suerte que durante todo el "iter" que conforma el acto médico[47], el cual debe estar precedido por la debida observancia de los respectivos deberes a tono con la ética y la técnica. Ello incluye las respectivas "referencias" a otro médico que permitirán continuar con el tratamiento[48].

---

prestar un consentimiento válido; Deontología Médica, 1985, art. 53: "El paciente tiene derecho a conocer la verdad de su padecimiento. El médico tratante escogerá el momento oportuno para dicha revelación y la forma adecuada de hacerlo". En igual sentido: Código de Deontología Médica, 2003, art. 51.

41 Véase: Ley de Ejercicio de la Medicina, capítulo VI, arts. 46-53; Código de Deontología Médica, 1985, arts. 123-146; Código de Deontología Médica, 2003, arts. 126-145.

42 Véase: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Regulación jurídica de la "historia clínica", doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas.*

43 SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., p. 171.

44 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C "El Secreto profesional y el deber de testimoniar", *Estudios de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca,* Colección Libros Homenaje, núm. 6, TSJ, Caracas, 2002, pp. 243-291.

45 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La obligación negativa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, Caracas, 2013, p. 81. Véase aunque pareciera no tomar la expresión obligación de no hacer en sentido técnico: PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil del médico en la medicina curativa,* Universidad Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, Dir. J.M. SANTOS MORÓN, Getafe, 2014, p. 63, excepcionalmente el facultativo contraerá algunas obligaciones de no hacer, como por ejemplo las derivadas de su deber de guardar el secreto (no divulgación).

46 PIZARRO, C.; "Responsabilidad profesional", cit.

47 Véase: VERA CARRASCO, O.: "Aspectos éticos y legales en el acto médico", *Revista Médica La Paz,* Vol. 19, La Paz, Dic. 2013, El acto médico se refiere a lo que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente. Se rige por los principios de la beneficencia, la no maleficencia ("primum non nocere"), la autonomía y la justicia.

48 Véase: RENGIFO, C y otros: "Responsabilidad ética y legal en la referencia médica de pacientes trasladados al servicio de toxicología del Hospital de Coche", *Revista de la Facultad de Medicina*, Vol. 27, núm. 1, Caracas, 2004, pp. 69-73. En 182 casos no se identificaba al médico que elaboró la referencia. Se apreciaron fallos en el suministro de la información necesaria para que otro médico continuara la asistencia, contraviniendo lo estipulado en la Ley de ejercicio de la Medicina. Con

De allí que se afirme que la responsabilidad civil médica ofrece una cierta coherencia de fondo con los derechos de la persona y presenta como orientadora línea común en doctrina y en jurisprudencia determinados lineamientos, tales como: el respeto a la dignidad de la persona[49] y al secreto médico, el criterio y mensura de la "lex artis ad hoc", el consentimiento previamente informado del paciente, la responsabilidad del facultativo si faltare ese antecedente informativo acerca de los riesgos, la conceptualización de la actividad médica como actividad "en principio" o generalmente de medio, aunque en menor medida de resultado (infra II.3)[50].

Se alude así entre los derechos de los pacientes a título enunciativo, el respeto a la vida y la salud, a la información, a rehusar el tratamiento, a la identidad sexual, a un trato no discriminatorio, confidencialidad, acceder a información propia, protección contractual, goce real de salud y acceso universal[51]. Cabría agregar en el ordenamiento venezolano, los derechos personalísimos presentan carácter enunciativo por aplicación del artículo 22 de la Constitución de 1999[52], por lo que cualquier violación por vía del acto médico de otro derecho será susceptible de hacer incurrir al galeno en responsabilidad civil, aunque los indicados sean los más transcendentes y comunes.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO[53].

respecto al diagnóstico y tratamiento, se denotó en muchos casos impericia y negligencia en el acto médico.

[49] Véase: Código de Deontología Médica (Declaración de principios): "El respeto a la dignidad de la persona humana constituye en todo momento deber primordial del médico".

[50] LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extra contractual: una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 501 y 502; ALONSO PÉREZ, M.: "La relación", cit., pp. 22 y 23, respeto a la vida y "lex artis", no perjudicar, confianza, deber de informar, secreto profesional; BARONA BETANCUORT, R.: "Derechos y obligaciones en la relación médico-paciente", *Médico-legal*, 2001, pp. 57-60.

[51] LORENZETTI, R.L: "Los derechos de los médicos y los pacientes: ¿conjunción o contradicción?", *Daños, Medio ambiente-Salud-Familia-Derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 17 y 18; VILLEGAS ZAMORA, A.L.: "Responsabilidad civil", cit., p. 391 y 391, alude a secreto profesional, información adecuada y consentimiento, obligación de conocimiento y diligencia, continuidad del tratamiento, asistencia, certificado médico; BARONA BETANCUORT, R.: "Derechos", cit., pp. 62 y 63.

[52] Cláusula abierta que encuentra antecedente en el texto constitucional de 1858. Véase nuestro trabajo: "Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela", *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, núm. 2, 2016, pp. 55-88.

[53] Véase en la doctrina venezolana: PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad civil del médico y de los establecimientos asistenciales", *Revista THEMIS*, núm. 1, Colegio de Abogados del Estado Lara, septiembre-diciembre 1996, pp. 123-135; PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito de la responsabilidad sanitaria", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T. II, pp. 1085-1112; ÁLVAREZ OLIVEROS, A: "El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del TSJ", *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, T. I, pp. 61-90; KUMMEROW, G.: "La obligación de resarcir a cargo de clínicas y establecimientos hospitalarios (síntesis de una

1. Regla general[54].

Modernamente el médico está sometido a diversidad de responsabilidades que posiblemente encuentren dificultades prácticas para contrastarlas con el cuidado efectivo a la salud del paciente. Pero ciertamente ello, constituye un punto que podría escapar de la responsabilidad civil del médico. Al margen de dicha realidad que atañe mayormente al derecho humano a la salud[55] que el Estado debe garantizar, el galeno debe cumplir sus deberes en la forma que la ley y la ética le imponen.

La medicina supone una realidad que eventualmente puede causar frustración no solo en el paciente[56]. La muerte o las complicaciones médicas pueden ser producto

exposición)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 2, Año I, Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas-Maracaibo, Julio-diciembre 1986, pp. 107-124; ZURITA, O.: "La responsabilidad civil del médico en ejercicio liberal de la profesión", *Revista de Derecho Privado*, Año 6, Número Único, Vadell Hermanos Editores, Caracas, enero-diciembre 1989, pp. 105-161; URDANETA MORALES, A.: "El daño médico y su responsabilidad derivada: implicaciones civiles y penales", *Anuario de Derecho,* núm. 32, Año 32, Mérida-Venezuela, enero-diciembre 2015, pp. 165-183; COLMENARES JIMÉNEZ, J.A.: "La responsabilidad jurídica del médico en Venezuela", *Revista de Derecho Universidad del Norte,* núm. 23, Colombia, Julio 2005, pp. 289-305; FUENMAYOR GARCÍA, J. A.: "La exención de la responsabilidad del médico inducida", *Revista de la Facultad de Derecho la Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 53, 1998, pp. 37-42; FERNÁNDEZ, L. y otros: *Responsabilidad profesional en el ejercicio de la medicina en Venezuela,* Maracaibo, 2012; AGUIAR-GUEVARA, R.: *Tratado de Derecho Médico*, LEGIS, Caracas, 2001, pp. 397-476.Véase entre otros tantos en la doctrina extranjera: FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L.: "Presente y futuro de la responsabilidad médica", *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo*, Dir. Á. ECHEVERRI/ Coordinadores: J. M. GUAL y J. E. ACOSTA, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2011, pp. 421-447; LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", *Derecho de Daños. Primera Parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2000, Dir. F. A. TRIGO REPRESAS y R. S. STIGLITZ, pp. 509-532; CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O.: *Responsabilidad civil médica: en el caso de las infecciones intrahospitalarias*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Postgrado, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, Perú, 2010; SERRANO MOLINÉS, E.: *Responsabilidad civil médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales,* Universidad Zaragoza, Facultad de Derecho, Trabajo fin de grado, 2014, Dir. M. T. ALONSO PÉREZ; VILLEGAS ZAMORA, A.L.: "Responsabilidad civil profesional del médico", *Revista Médica de Costa Rica y Centroamérica* LXX (607), 2013, pp. 389-393; TAPIA RODRÍGUEZ, M.: "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho (Valdivia),* Vol. 15, Diciembre 2003, pp. 75-111; RIVAS BUENO, J.M.: "Responsabilidad médica especialista: obstetricia y pediatría", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013; RUIZ, W.: "La responsabilidad médica en Colombina", *Criterio Jurídico,* V. 4, Santiago de Cali, 2004, pp. 195-216; SATELER, R. y otros: "Responsabilidad médica", *Revista Médica Clínica Las Condes*, Vol. 22, Enero 2011, pp. 127-137.

[54] En las siguientes líneas también citaremos las ideas de quien fuera nuestro profesor de Derecho Civil III Obligaciones, Enrique LAGRANGE en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en el año 1991-92 (LAGRANGE: *Apuntes*).

[55] Véase infra II.6.

[56] BASCUÑAN R., M.L: "Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos", R*ev Méd Chile*, Vol. 133, núm. 1, Santiago, enero 2005, médicos y pacientes han contribuido a la idealización de la medicina mediante un pacto irrealista que finalmente provoca

de la evolución normal de la patología o eventualmente de la culpa del galeno[57]. No todos los daños son reparables, siempre que el médico actúe dentro de las técnicas médicas aceptadas científicamente, pero las consecuencias o riesgos específicos deben ser puestas en conocimiento del paciente, para que éste tenga la posibilidad de asumir o no el eventual riesgo[58]. La inobservancia de los deberes del médico, ciertamente podrá hacer que éste sea susceptible de incurrir en "responsabilidad civil", sin perjuicio de otras responsabilidades[59]. Se distingue también la responsabilidad por la no prestación u omisión del servicio médico[60], así como el cumplimiento defectuoso, parcial o tardío del servicio médico[61]. Por su carácter de servicio esencial en ocasiones no es admisible la negativa de prestar servicio del médico[62]. La abstención del deber de asistencia a nivel individual por parte del médico resulta grave jurídicamente, con connotación penal y civil[63].

La responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional[64], que tiene relación directa con el accionar médico, ya sea por una atención médica, una intervención quirúrgica, un procedimiento, etc.[65] La evolución

frustración en ambos. Es necesario reemplazar este trato por uno más realista, donde los médicos acepten sus limitaciones y los pacientes ajusten sus expectativas y conozcan la naturaleza incierta de la medicina. La confianza es la base de la relación médico-paciente.

[57] Véase: GARCÍA C., *La responsabilidad*, cit., los pacientes comienzan a ver sus médicos como responsables de situaciones no esperadas en la evolución de una patología o un tratamiento quirúrgico, fruto en la mayoría de las veces de la normal evolución de una enfermedad.

[58] GHERSI, C.: "Las obligaciones esenciales de los médicos frente a los pacientes en consultorios privados", *Gac. int. cienc. Forense*, núm. 1, Octubre-diciembre 2011, p. 54.

[59] Véase: PIZARRO, C.: "Responsabilidad profesional", cit., tales como la responsabilidad penal o administrativa.

[60] CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 46, en la cual el profesional médico omite realizar una asistencia médica en el momento oportuno, siendo las razones más comunes un diagnóstico deficiente sobre emergencia médica o la escasez de recursos del paciente.

[61] Ibíd., p. 48.

[62] Véase: LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T. I, Versión española y notas de J. SANTOS BRIZ, p. 66. Véase: Ley de ejercicio de la Medicina, art. 26, Es obligatorio para todo médico o médica, excepto en los casos de comprobada imposibilidad, prestar sus servicios en las siguientes situaciones: 1. Cuando se trate de un accidente o de cualquiera otra emergencia. 2. Cuando no hubiere otro profesional en la localidad. 3. Cuando la solicitud de servicios provenga de un enfermo o enferma que está bajo su cuidado. Art. 27: Si el médico o médica tuviere motivo justificado para no continuar asistiendo a un enfermo o enferma, podrá hacerlo a condición de: 1. Que ello no acarree perjuicio a la salud del paciente. 2. Que comunique su decisión con suficiente anticipación. 3. Que suministre la información necesaria para que otro médico o médica continúe la asistencia.

[63] PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 113, cita sentencia española del Tribunal Supremo español 3 de julio de 1990, a la luz de la doctrina jurídica, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en grave estado, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal, ya de tipo civil.

[64] GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil de los médicos", *Derecho y Cambio social*, 2010, p. 2.

[65] GARCÍA C., *La responsabilidad*, cit.

de las relaciones sociales ha contribuido con el eclipse del llamado "médico de cabecera", ya que actualmente el galeno ha pasado a ser un prestador de servicios mediante una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones. Surge así en caso de incumplimiento, el derecho del usuario a obtener una reparación por los daños ocasionados[66]. Es así como el médico adquiere el deber de cuidado y el paciente adquiere derechos[67].

A falta de regulación expresa en la legislación especial, la responsabilidad médica se rige por las normas generales relativas a la responsabilidad civil. La responsabilidad civil es la situación en que se encuentra patrimonialmente una persona por haber resultado responsable de un daño; puede ser, según la fuente, contractual o extracontractual[68].

Nos centraremos básicamente en la relación médico-paciente, toda vez que la responsabilidad en juego, pudiera extenderse a otros aspectos como la del establecimiento y otros profesionales, que se incluirían en la expresión más amplia, a saber, "responsabilidad sanitaria"[69].

Los elementos concurrentes de la responsabilidad civil vienen dados por el "daño, la culpa y la relación de causalidad"[70]. El daño supone un detrimento en un derecho de la persona y puede ser material o moral; el primero afecta la esfera patrimonial o pecuniaria y puede derivar en daño emergente o en lucro cesante (CC, art. 1273). Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial toca el ámbito no pecuniario del sujeto, y se traduce – en el caso de la persona humana- en el sufrimiento de orden espiritual derivado de la violación de un derecho personalísimo[71]. Al punto que se presume iuris tantum en "la persona natural" que el solo hecho generador del hecho dañoso le propicia dolor espiritual y por ende "daño moral"[72]. También pudiera ser posible dentro del daño patrimonial y distinto del lucro cesante, la indemnización por "la pérdida de la oportunidad o del chance". Esto en el caso que la actuación u

66 GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil", 2010, cit., p. 3.
67 GARRIDO CERÓN, J.: "Acerca", cit.; SÁNCHEZ, D. C.: "Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde la vigencia de la Ley 26.529", *Prudentia Iuris*, núm. 70, 2011, pp. 165-186.
68 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Diccionario,* cit., pp. 147-150.
69 Véase en este sentido: PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., pp. 1085 y 1086.
70 Véase: MADURO LUYANDO, E.: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III,* Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989, pp. 124-184; PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes de Obligaciones,* Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, 2000, Taquígrafo R. MALDONADO G., pp. 271-282; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 226-269.
71 Véase: VIELMA MENDOZA, Y.: "En torno a la responsabilidad civil y el derecho de daños (la reparación del daño a la persona)", *Commercium, Revista Venezolana del Postgrado de Derecho Mercantil,* núm. 1, Universidad de los Andes, 2011, p. 134 jurídicamente el término daño es apto para designar todo menoscabo patrimonial, e incluso no patrimonial; FLORES MADRIGAL, G. A.: "El derecho", cit., p. 176, el daño es elemento esencial de la responsabilidad civil.
72 En la persona incorporal, recibe un tratamiento probatorio distinto pues mal se puede "presumir" sufrimiento de un ente ideal: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba in re ipsa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero*, núm. 6, 2016, pp. 23-64.

omisión médica le impida al paciente obtener una ganancia o evitar una pérdida. Por ejemplo, en la oportunidad de curación que cercena un diagnóstico médico erróneo o a la tardanza en la intervención[73]. La culpa en sentido amplio incluye el dolo o intención, así como la culpa en sentido estricto (inobservancia de un deber de diligencia). Y la relación de causalidad supone que el daño causado sea imputable al agente[74].

Tales requisitos son comunes en la responsabilidad contractual y extracontractual (ésta última consagrada en el art. 1185[75] CC), aunque se acota que en la primera la culpa se presume del incumplimiento. Para establecer la responsabilidad civil del médico deben concurrir los requisitos de la responsabilidad contractual[76] o extracontractual, si fuera el caso, pues coinciden en sus elementos. Se impone así la prueba de la relación de causalidad entre el incumplimiento culposo del médico y el daño sufrido por el paciente[77].

La culpa médica consiste en un comportamiento que se aparta de los usos normales de la medicina, ya sea por ignorancia de la técnica apropiada o por una actitud temeraria en el acto médico. Considerando que la medicina contiene un componente aleatorio en cuanto a sus resultados, se justifica que sea la culpa el

[73] Véase: BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado", *Revista de la Escuela de Medicina Legal,* Febrero 2011, pp. 37 y ss., Frente a los supuestos de responsabilidad en que se imputa al médico el resultado dañoso; con la teoría de la pérdida de oportunidad, lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación, por ejemplo, por un error en el diagnóstico de una enfermedad que, de haberse detectado a tiempo, el paciente hubiera tenido más posibilidades de recuperación. Se citan sentencias por el retraso en la intervención; GIRALDO GÓMEZ, L. F.; *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2011; HERRERA MOLANO, L. A.: *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica en Colombia,* Universidad de la Sabana, Especialización en Derecho de la Responsabilidad, 2009; PUENTES TOBÓN, D. L.: *La pérdida de la oportunidad en materia médica;* SÁNCHEZ LÓPEZ, P. y P. FIGUEROA CORTÉS: *La pérdida de la oportunidad en la determinación de la responsabilidad médica en Chile,* Universidad de Valparaíso, Tesina de la Carrera de Derecho, 2014; Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 27-2-08, Exp. núm. 5636.

[74] Véase: VERA CARRASCO, O.: "Aspectos éticos", cit., el acto es el accionar médico, quirúrgico, etc.; el elemento objetivo es el daño en el cuerpo o en la salud; el elemento subjetivo es la culpa; y la relación de causalidad entre el acto médico y el daño, debe ser una línea directa sin ninguna interferencia.

[75] "El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho". Véase: PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., pp. 127 y 128, norma aplicable al ilícito médico; *Código Civil de Venezuela. Artículo 1.185*, UCV, FCJP, IDP, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 2001. La segunda parte de la norma consagra la figura del abuso de derecho, fuente autónoma de obligaciones con elementos semejantes aunque no idénticos al hecho ilícito. Véase: VARELA CÁCERES, E.L. y DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Juristas Españoles en Venezuela*, núm. 8, 2017, pp. 515-549.

[76] PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1096; SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., p. 183.

[77] PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1099.

fundamento de la responsabilidad médica[78]. El paciente deberá probar el daño, la culpa médica (en la obligación de medio) y la relación de causalidad[79]. El médico demandado podría eximirse de responsabilidad rompiendo la relación de causalidad mediante la prueba de una causa extraña no imputable, a saber, caso fortuito, fuerza mayor, hecho del tercero, hecho de la víctima o acreedor (paciente) o hecho del príncipe[80]. Y así, por ejemplo, si en el curso de una intervención quirúrgica falla el sistema eléctrico o acontece un terremoto, ciertamente el daño no le ha de ser imputable al médico. Lo mismo cabe decir respecto del el paciente que no culmina el tratamiento[81]. Las condiciones externas del galeno pueden ser determinantes y también pudieran figurar como atenuante de responsabilidad[82].

En la doctrina y jurisprudencia española la carga de la prueba de la culpa se matiza ante el denominado daño desproporcionado[83], que surge cuando el resultado dañoso provocado por la intervención médica, es dañino e incompatible con las consecuencias de una actuación terapéutica normal, de lo que, se deduce que, no se ha actuado con la diligencia debida. Así, ante ciertos hechos objetivos puede presumirse la culpa médica –no probada de modo directo–, cuando las circunstancias y el sentido común indican que, el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional; esto es, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias dañosas. Esta responsabilidad profesional del médico responde a la regla "res ipsa loquitur" (la cosa habla por sí misma); regla que, se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia. La desproporción del daño que no es habitual ni comprensible ante la simplicidad del

[78] PIZARRO, C.; "Responsabilidad profesional", cit.

[79] WIERZBA, S.M.: La "Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley Año XVII, núm. 9, Septiembre 2015, p. 18, deberá acreditarse la causa ajena para eximirse.

[80] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso,* cit., pp. 165-185; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "La causa extraña no imputable", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015,* ACIENPOL, Colección Centenario, Caracas, 2015, T. IV, pp. 2785-2812; RUIZ, W.: "La responsabilidad", cit., pp. 204-211; ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 159.

[81] LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil", cit., p. 525, el abandono del tratamiento constituye un eximente, puesto que impide al profesional contralar la evolución de la enfermedad.

[82] WEINGARTEN, C.: "El estrés médico como eximente y/o atenuante de responsabilidad", *Daños, Medio ambiente- Salud- Familia-Derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 33-54; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 270-274.

[83] Véase: BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., pp. 32 y 33, se trata de una teoría de creación jurisprudencial en la que se pretende compatibilizar el carácter subjetivo de la responsabilidad civil médica, con la protección de la víctima y su resarcimiento, ante la existencia un resultado o daño desproporcionado de los que normalmente no se producen, sino por razón de una conducta negligente. La teoría fue aplicada por primera vez por la Cour de Cassation francesa en sentencia de 28 de junio de 1960, en un supuesto de radiodermitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X, cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas; y ha sido acogida por la Sala Primera, del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 2 de diciembre de 1996. Esta teoría, también denominada de resultado "clamoroso" o de "culpa virtual" presume la negligencia del médico, salvo prueba en contrario, cuando se origina en el paciente un daño que en condiciones normales no se habría producido es una teoría propia del orden civil; SERRANO MOLINÉS, E.: *Responsabilidad civil,* cit., pp. 17 y 18; LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad,* cit.*,* p. 501.

evento, hace al Juzgador presumir de alguna manera la culpa[84]. La doctrina argentina en sentido semejante, señala que no se admite el riesgo en prácticas médicas normales, corrientes, habituales y previsibilidad relativamente fácil[85], señalando que la regla "res ipsa loquitur" hace que el médico responda de hechos suficientemente elocuentes causado por él[86]. En el ordenamiento venezolano, el Juez bien podría apreciar un daño de tal naturaleza con base a las reglas de apreciación de la prueba, permitiéndole concluir por vía presuntiva o indiciaria que no se han seguido las "lex artis" en el caso concreto[87]. El principio de "res ipsa loquitur" efectivamente no es sino una presunción en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de la culpa. Hay veces en que "las cosas hablan por sí mismas". No hace falta que hable el hombre, cuando existe una circunstancia evidente, que permite inferir no solo la causalidad sino también la culpa. Es el caso de cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera una fimosis en lugar de amigdalitis o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida. En tales casos, escasa o nula prueba requiere la culpa[88].

Debe así el galeno respetar los postulados de la "lex artis ad hoc", es decir debe actuar de conformidad con los conocimientos médicos existentes y aplicables al caso concreto[89]. La responsabilidad del médico se vería comprometida por la violación de la denominada "lex artis" o normas técnicas o criterios prevalecientes en la ciencia médica[90], la cual es exigible tanto en sede contractual como extracontractual[91], pues

[84] BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., p. 34.

[85] LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil", cit., pp. 521 y 522.

[86] ALONSO PÉREZ, M.: "La relación", cit., pp. 49 y 50.

[87] Véase igualmente respecto de inferir la relación de causalidad por vía indiciaria: "Daños y perjuicios: Responsabilidad por productos elaborados. Obligación de seguridad. Del proveedor o vendedor ante el usuario consumidor. Vicio o riesgo de la cosa. Prueba concreta de la relación causal. Daño moral. Improcedencia. (C. Nac. Civ., Sala A, 24-11-2016)", *Jurisprudencia Argentina*, 2017-I, Fascículo N° 8, Febrero 22 de 2017, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 77, la causalidad puede ser presumida con base a indicios cuando su prueba directa es dificultosa y su existencia luce como razonable según las circunstancias de la causa.

[88] LLAMAS POMBO, E.: "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio,* Coord. J. A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 308 y 309.

[89] SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., p. 184; BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009, p. 12, ha de seguirse el criterio de la "lex artis" como modo de evaluar la actuación médica correcta, al margen del resultado pues no es posible a la ciencia garantizar la salud del paciente en todo caso; PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., pp. 1097 y 1098, "lex artis" responde a criterios o técnicas científicas prevalecientes.

[90] PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., pp. 1095 y 1096; VILLEGAS ZAMORA, A.L.: "Responsabilidad civil", cit., p. 390, se trata, por tanto, de comparar "lo que ha hecho" con "lo que habría hecho" un médico competente en sus mismas circunstancias; TAPIA RODRÍGUEZ, M.: "Responsabilidad civil", cit.; ALONSO PÉREZ, M.: "La relación", cit., pp. 33-53; GALVÁN MELÉNDEZ, M.F. y otros: "Responsabilidad profesional", cit., p. 35, criterio clave en la determinación de la responsabilidad médica.

[91] BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., pp. 28 y 30. Véase sin embargo: PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1096, según el artículo 25, núm. 3, de la Ley de Ejercicio de la Medicina pareciera reducir la relevancia de la "lex artis" en la valoración de la culpa del médico, al consagrar que los galenos están obligados a actuar "en forma acorde con las circunstancias y

mal podría ésta última suponer una atenuación del criterio que rige la culpa profesional. La diligencia exigible debe en primer lugar medirse según lo que podría y debería esperarse, según la índole de la actividad, de un médico competente de acuerdo al estado actual de las ciencias médicas y la situación en concreto en que se realizó el acto médico[92]. Podría así incurrir el médico en la "culpa profesional", toda vez que se precisa un mínimo dominio de la ciencia o la técnica relativa al servicio especializado que se requiera, esto es, el buen padre de familia convertido en el buen profesional, tomándose en cuenta las reglas de la profesión que debe dominar y conocer como profesional medio[93]. Para algunos la "lex artis" sobrepasa la media del patrón de cumplimiento genérico del buen padre de familia[94].

La negligencia médica en última instancia está constituida por una serie de conductas que se apartan del actuar de un médico razonablemente diligente que vulnera la seguridad de los pacientes, y da lugar a una conducta iatrogénica negativa o si se prefiere a un evento adverso en perjuicio del paciente[95].

La jurisprudencia argentina ofrece varias pautas para evaluar la culpa médica: a) El fracaso del tratamiento médico no implica necesariamente un obrar culposo por parte del profesional, pues lo concerniente a la salud supone riesgos, limitaciones científicas y otras circunstancias imposibles de controlar; b) La culpa médica comienza cuando terminan las discusiones científicas. Ello, ya que resulta habitual y propio del ejercicio de las ciencias vinculadas a la salud, la coexistencia de diversos criterios científicos y alternativas de tratamiento, postuladas por distintas escuelas profesionales; c) La conducta profesional debe ser valorada sobre la base de las circunstancias existentes al momento de la práctica cuestionada. No resulta

conocimientos científicos que posean", en los casos de inconsciencia y urgencia que puedan constituir evidente peligro para la vida de tales.

92 BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., p. 45, Una operación quirúrgica, realizada inmediatamente en el propio lugar del accidente sobre un herido al que es imposible transportar, y con medios insuficientes, no puede ser juzgada con los mismos criterios que una operación realizada en un hospital. En consonancia con ello se debe tener en cuenta la especial situación del lugar, la necesidad de tomar una determinación rápida, la repentina aparición de una situación extraordinaria, circunstancias de guerra o situaciones de especial peligrosidad; MADRID MARTÍNEZ, C.*: La responsabilidad,* cit., p. 86, tales reglas se aplican considerando el contexto, no será lo mismo un médico internista que un neurocirujano aunque ambos sean médicos; ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 114, no se podrá exigir lo mismo a un médico general que a un médico especialista.

93 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 237; MADRID MARTÍNEZ, C. y ANNICCHIARICO, J.: "El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos", *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, núm. 29, Caracas, 2012, p. 86; ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 114, la jurisprudencia francesa asume el criterio del "buen profesional" para evaluar la culpa.

94 ALONSO PÉREZ, M.: "La relación", cit., p. 37, cita sentencia argentina STS de 6-6-97 que indica que es más rigurosa.

95 CARHUATOCTO SANDOVAL, H.O: *Responsabilidad civil*, cit., p. 43. Véase también: ALBÚJAR, P.: "Iatrogenia", *Diagnóstico.* Vol. 43, núm. 5, Oct-Dic 2004, el adjetivo iatrogénico es toda alteración del estado del paciente producido por el médico; HENDRICKX, J.: "Mala praxis", cit., p. 153, iatrogenia no coincide necesariamente con mala praxis.

adecuado juzgar tal conducta ex post facto y a la luz de los resultados adversos, que son justamente los que motivan el reclamo; d) El correcto tratamiento médico no supone un proceso lineal y puede significar avances y retrocesos. Por ello, los cambios de diagnóstico y/o terapia durante el curso del tratamiento no necesariamente suponen un obrar negligente por parte del profesional[96].

2. ¿Obligaciones personalísimas?

Dentro de las distintas clasificaciones de las obligaciones se ubican las positivas y las negativas, según supongan una actuación o contrariamente una omisión, respectivamente. Las primeras pueden ser de hacer (realización de una energía o fuerza de trabajo) o de dar (transmisión de la propiedad u otro derecho real)[97].

La obligación del médico constituye una prestación de hacer en la cual de conformidad con el artículo 12 del Código de Deontología Médica venezolano el galeno goza de libertad para decidir el tratamiento médico correspondiente dentro de los criterios científicos prevalecientes. El acto o prestación puede ser diagnóstica, preventiva, asistencial, terapéutica o quirúrgica que se rigen por la responsabilidad individual del médico a tener del artículo 11 eiusdem[98].

Atendiendo al interés personal del acreedor en el cumplimiento de la obligación, las referidas obligaciones de hacer se clasifican en "ordinarias" (puede ser cumplida por el deudor o por un tercero y se transmite a los herederos) o "personalísimas, intuito personae o infungibles" (debe ser cumplida exclusivamente por el deudor en atención a sus caracteres personales o profesionales: se extingue con la muerte). Las últimas son comunes en el ámbito artístico, literario y algunas profesiones (médico, abogados, etc.). Las obligaciones de hacer por lo general son fungibles pues el interés del acreedor se satisface con la actividad prometida inicialmente, sin importar la persona que la ejecute[99]. Se alude a contrato "intuito personae" cuando la prestación de determinados servicios profesionales como podría ser el caso del médico, se pactan en atención a las cualidades de estos, pudiendo el error en tales configurar un vicio del consentimiento[100]. Se afirma que la prestación médica es personalísima[101] o infungible, pero también excepcionalmente pudiera ser fungible, si no resulta vital para el paciente la prestación directa del servicio por las cualidades profesionales o personales del galeno.

---

[96] WIERZBA, S.M.: "La responsabilidad", cit., p. 14.
[97] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "La obligación", cit., pp. 43-123.
[98] PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., pp. 1090-1092.
[99] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso,* cit., pp. 87 y 88.
[100] Ibid., pp. 487 y 498.
[101] Véase señalando que el contrato médico es "intuitu personae": ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 109; MORÓN BAUTE, M.E. y RAMÍREZ GARCÍA, M.F.: *Contrato de seguro de seguridad civil médica,* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2002, p. 51.

Si acudimos a un médico en razón de sus particulares cualidades profesionales y de su reputación, su intervención o prestación no podría en el caso concreto ser cumplida por un tercero aunque también sea un médico especialista. En caso de imposibilidad de prestar el servicio habría que distinguir si ello acontece por una causa extraña que no le es imputable al médico, en cuyo caso queda relevado de responsabilidad civil ante el paciente. También se admite que no obstante que la prestación sea personalísima, el galeno bien puede hacerse ayudar por otros colegas en tanto mantenga el poder de ejecución y vigilancia de la intervención[102]. Existen otros casos en que acudimos a un médico especialista sin consideración particular de sus facultades por lo que resulta indiferente un cambio a un profesional equivalente. Vale recordar que la posibilidad de cumplimiento de un tercero es la regla[103], por lo que lo contrario debe probarlo el interesado, pero dada la naturaleza de la relación bajo análisis, sería recomendable que las partes consideren ab initio la posibilidad de auxilio, continuidad o sustitución del tratamiento por parte de un colega semejante, en ocasiones sugerido por el propio médico tratante. Ello a fin de evitar a posteriori la discusión sobre el carácter "intuitu personae" de la prestación médica.

3. ¿Obligaciones de medio u obligaciones de resultado?[104]

Atendiendo a la finalidad que debe lograr el deudor, las obligaciones de hacer pueden ser "de resultado" (el deudor se obliga a una prestación precisa y concreta como arreglar un objeto) por oposición a obligaciones "de medio o de diligencia" (no se garantiza resultado sino una conducta debidamente diligente). En tales obligaciones de medio y de resultado, es importante la diferencia en cuanto el régimen de la prueba de la culpa, pues ésta se presume ante el incumplimiento en las obligaciones de resultado; en tanto que en las obligaciones de medio, el paciente tiene la carga de la prueba[105]. Esto es, resulta más dura la carga impuesta para el

[102] LAGRANGE; *Apuntes*, cit.

[103] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 360.

[104] Véase: BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Obligaciones de medio y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?", *Cuadernos de Derecho Transaccional,* Vol. 6, núm. 2, Octubre 2014, pp. 50-74; ROZO SORDINI, P.E.: "Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y los abogados en el Derecho italiano", *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio 1998-diciembre 1999, pp. 139-149; MADRID MARTÍNEZ, C.: *La responsabilidad,* cit., pp. 73-83; MADRID MARTÍNEZ, C.: "Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho Venezolano", *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos, núm. 23, Caracas, 2007, pp. 513-517; ZAMBRANO VELASCO, J.A.: *Teoría General de la Obligación (Parte General de las Obligaciones). La estructura*, Edit. Arte, Caracas, 1.985, p. 267, Si la prestación del deudor no se extiende más allá del comportamiento con independencia del resultado, la prestación es de actividad o de medio, como es el caso de la prestación de servicios profesionales. Cuando el deudor se obliga a un resultado a priori es responsable si no lo obtiene. El deudor de la obligación de medio, responde solo en tanto no actúe con diligencia, según prueba que incumbe al acreedor.

[105] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 88 y 89; MADRID MARTÍNEZ, C.: *La responsabilidad,* cit., p. 89; SERRANO MOLINÉS, E.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 13, en los casos en los que el profesional sanitario ha asumido una obligación de medios, la incumple cuando desenvuelve un comportamiento contrario a la "lex artis", mientras que en aquellos casos en los que se podría

paciente demandante en las obligaciones de diligencia.

Las obligaciones de medio o diligencia son comunes en el médico o en el abogado que ante un tratamiento o un juicio no garantizan la curación o el éxito, respectivamente, sino asumir la diligencia y pericia necesaria para tratar de obtenerlo. Por lo que se afirma que la obligación del médico es "generalmente" una obligación de medio[106], sin perjuicio que respecto de tales profesionales puedan existir también obligaciones de resultado, tales como una consulta, un examen, una evaluación, cierta cirugía estética simple[107], la supresión de la capacidad reproductiva (vasectomía, ligadura de trompas), algunas intervenciones odontológicas[108], o entregar y analizar un "examen o resultado"[109]. La distinción ha irrumpido

entender que se ha comprometido a la consecución de un resultado, incumpliría la obligación asumida cuando no lo logra.

106 PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., pp. 1093 y 1094, el médico no se compromete a curar al paciente sino a proporcionarle los cuidados adecuados; URDANETA MORALES, A.: "El daño", cit., pp. 167 y 175; RODRÍGUEZ FERRARA, M.: *Obligaciones,* Librosca, 3ª ed., Caracas, 2007, pp. 122 y 123; FUENMAYOR GARCÍA, "La exención", cit., p. 42, la obligación del médico es de prudencia y "diligencia"; VILLEGAS ZAMORA, A.L.: "Responsabilidad civil", cit., p. 390; BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 14; TAPIA RODRÍGUEZ. M.: "Responsabilidad civil", cit., las obligaciones de "*resultado"* a cargo del médico son eminentemente excepcionales; VIDAL MARTÍNEZ, J.: "La protección", cit., p. 126, la obligación del médico es de medios, no de resultados, habiendo reiterado la jurisprudencia que incumbe al perjudicado probar la culpa del médico demandado, aunque se planteen posibles excepciones al citado principio.

107 PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., pp. 126 y 127, generalmente es de medios pero puede asumir deberes complementarios de resultado; ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., pp. 112 -113, puede ser en algunos casos de medio y excepcionalmente de resultado; GARCÍA C., M.R.: *La responsabilidad*, cit., el médico no tiene la obligación de sanar, sino de poner sus mejores oficios y conocimientos al servicio del paciente, es decir, de actuar en forma prudente y diligente (aunque hay excepciones, en algunos casos el médico asume una obligación de resultado, como ocurre en la cirugía estética voluntaria); GARCÍA HUAYAMA, J.C.: "Responsabilidad civil", cit., 2010, p. 8, No cabe duda que por regla general los médicos asumen obligaciones de medios. Sin embargo, considero que en determinados casos (como ocurre con la cirugía estética embellecedora, intervenciones odontológicas y otras de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y para las cuales la estadística suministra índices muy altos de probabilidad de eficacia), el galeno asume una obligación de resultado, consecuentemente, en este supuesto para exonerarse de responsabilidad no basta con ser diligente, sino que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el paciente, pues de otro modo éste no se hubiera sometido al tratamiento u operación. Doctrinariamente se dice que la responsabilidad será subjetiva cuando la obligación sea de medios; y objetiva cuando la obligación sea de resultados, en éste último caso al acreedor - paciente le bastará probar la no obtención del fin último exigible (resultado), para reclamar la pretensión de resarcimiento; GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos", *Derecho y Cambio social*, 2012, pp. 6 y 13, en la cirugía estética el galeno asume una obligación de resultado; LARROUCAU TORRES, J.: "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", *Rev. Derecho (Valdivia*), Vol. 27, núm. 2, Valdivia dic. 2014, aaunque la obligación principal del médico consiste en tratar de hacer lo mejor posible su trabajo (obligación de medio), ella no obsta a que algunos compromisos sean de resultado. Véase dudando de la distinción: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., p. 110, tal idea es cuestionable, tales afirmaciones han de ser aceptada "a beneficio de inventario".

108 BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., pp. 24 y 25.

109 Véase: PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 63; TAPIA RODRÍGUEZ. M.: "Responsabilidad civil", cit., se ha impuesto a cargo de los laboratorios médicos una obligación

especialmente debido a la medicina no curativa o satisfactiva[110]. Pero tampoco es unánime tal criterio, pues para algunos aun en las cirugías de puro embellecimiento existe un alea de la que resulta la posibilidad de no lograrse el resultado esperado[111]. Pero lo cierto, es que en el Derecho como en la vida, no todo es blanco y negro, existen matices, y aunque en menor medida -al igual que el abogado- el médico bien puede asumir obligaciones de resultado. Para el médico no será lo mismo obligarse a una consulta que una intervención cardíaca, pero si se obliga a la primera, la obligación es simplemente de resultado, no podría pretenderse la prueba de la culpa, que derivará del mero incumplimiento. No vemos óbice que ello aplique a algunas intervenciones simples en que el no efectuarla o la no obtención de lo pactado se traduzca en el incumplimiento de una obligación de resultado. De allí que se afirme acertadamente que "la configuración de la obligación del médico como de medios o

de "*resultado"*. Así también lo consideró la Corte Suprema al condenar a un laboratorio médico a indemnizar a un cliente que contrató sus servicios para efectuarse un test de SIDA y a quien informó erróneamente que su sangre estaba contaminada con el VIH; MEDINA ROJAS, G. y MIRANDA MÚÑOZ, I.: *Responsabilidad contractual médica. Análisis jurisprudencial de las obligaciones de resultado*. Universidad de Chile, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales 2013, pp. 62 y ss., agregan transfusiones, análisis de exámenes médicos, la asistencia del obstetra.

110 Véase: ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: "La naturaleza jurídica de la obligación en odontología curativa y estética", *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015 "La naturaleza de la obligación del médico ha sido calificada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia como de medios, es decir, aquella que se integra por la correcta actuación del profesional, y no por un resultado concreto. Sin embargo, la irrupción de la denominada medicina voluntaria, como aquella, que frente a la curativa, no tiene una finalidad terapéutica, ha modificado totalmente este planteamiento tradicional, en favor de que, en estos casos, el médico tiene una obligación de resultado, entre cuyas especialidades se encuentra la odontología, que comporta una dificultad mayor en la calificación de la obligación al concurrir en algunos de sus tratamientos, ambos fines, curativos y estéticos"; ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 27 y 339, la responsabilidad derivada de la cirugía estética, supresión de la capacidad reproductora y algunas especialidades odontológicas, apuntan en la jurisprudencia a una tendencia objetivadora de dicha responsabilidad que las acerca a las obligaciones de resultado o bien de medio cercana al resultado. De allí que la autora aluda a que tal responsabilidad no está en estado puro e inflexible sino un régimen cuasi-objetivo de responsabilidad o relativización de la responsabilidad; BLASCO IGUAL, M.: "El derecho a la información en medicina curativa y satisfactiva", *Revista Clínica de Medicina de Familia*, Vol. 8, núm. 1, Albacete, Feb. 2015, en la medicina satisfactiva, la naturaleza de la obligación es de resultado, por ser voluntaria y no necesaria; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Obligaciones", cit., p. 74, la configuración de la obligación del médico como de resultado depende del carácter voluntario del tratamiento o intervención médica y, por tanto, de la voluntad de las partes; LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil", cit., p. 519, visitar, recetar, medicar, etc., son actos médicos en el paciente tiene derecho a esperar el "resultado prometido"; LÓPEZ MEZA, M.: *El médico y la naturaleza de sus obligaciones. (Medicina curativa y medicina voluntaria: obligaciones del médico en cada una).*

111 SÁNCHEZ, D.C.: "Los derechos", cit., p. 184, la ciencia médica no proporciona un conocimiento total de las leyes naturales del organismo, por lo que no es un dato menor la magnitud de lo desconocido y la singularidad de cada paciente que arroja un cierto grado de incertidumbre sobre los resultados finales de la intervención que realiza el facultativo; PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1094, aun en la cirugía plástica o estética no garantiza propiamente un resultado, pues este depende de múltiples elementos que escapan del control del médico

de resultado no es una respuesta con una solución unívoca"[112], pues la nota distintiva entre obligaciones de medios y de resultado admite ulteriores subdivisiones y que a menudo en la actividad que despliega el médico se entrecrucen obligaciones de uno y otro tipo[113]. Se debe dirigir la atención en torno a la relación obligacional en su conjunto, con especial acento en el objeto de la prestación, toda vez que la relación médica es compleja[114].

No ha faltado quien reseñe la insuficiencia de la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, precisamente en las obligaciones médicas y talleres de reparación, por lo que los criterios no resuelven todas las hipótesis, dando lugar a la creación de categorías intermedias[115]. Se propugna el abandono de tal distinción en el terreno probatorio[116].

4. Responsabilidad contractual o extracontractual.

Indicamos que la responsabilidad civil es la situación en que se encuentra una persona que debe responder patrimonialmente por el daño causado y que le es imputable. La responsabilidad civil puede ser "contractual" si deriva del incumplimiento de una relación derivada técnicamente del contrato, o puede ser "extracontractual" si emana del deber general de no dañar a los demás consagrado en el CC, art. 1185[117].

En principio, entre médico y paciente existe una relación contractual, siendo la típica hipótesis del paciente que va a consulta[118]. Sin embargo, se admite que en situaciones como la emergencia donde no media consentimiento, se está en sede

[112] PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 19.
[113] Ibíd., pp. 66 y 67.
[114] RUIZ, W.: "La responsabilidad", cit., p. 203, la actividad médica como una relación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a una simple obligación de medio, sino que para derivar la responsabilidad a cargo de los médicos tocará analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada.
[115] Véase: MARTÍNEZ CÁRDENAS, B.M.: "La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano", *Los contratos en el Derecho Privado*, Dir. Académicos: F. MANTILLA y F. TERNERA, Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 901-903; LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil", cit., p. 521, la distinción entre obligaciones de medio y resultado es inoperante a los fines de configurar normativamente el débito profesional.
[116] MARTÍNEZ CÁRDENAS, B.M.: "La adaptación", cit., p. 907.
[117] Véase a propósito del carácter de principio de tal deber con proyección constitucional: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Proyección Constitucional del Derecho de Obligaciones"*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Homenaje a José Peña Solís*, núm. 7, 2016, T. I, pp. 100 y 101.
[118] PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 17, cuando el paciente se dirige a la consulta privada frecuentemente acontece un contrato que no tiene que ser escrito ni solemne; KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., p. 111; PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 129; COLMENARES JIMÉNEZ, J.A.: "La responsabilidad", cit., p. 291; ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., pp. 109 y 110.

extracontractual[119]. No es lo mismo causar un daño a un paciente con quien se ha celebrado un contrato -el cual puede ser de palabra o por escrito- que la situación en que el médico, por ejemplo, atiende de urgencia al paciente y no hay acuerdo contractual[120].

Generalmente, en el ámbito privado de los servicios médicos suele ser contractual, pero ello no es óbice para que adicionalmente el galeno pueda incurrir en responsabilidad extracontractual, generándose en ocasiones para la víctima la posibilidad de "cúmulo"[121] de responsabilidad, esto es, la opción de elegir entre una y otra modalidad de responsabilidad (mas no de acumularla) [122]. Tales

[119] PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1087; PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 25; TAPIA RODRÍGUEZ, M.: "Responsabilidad civil", cit.; GARCÍA HUAYAMA, J.C.: "Responsabilidad civil", cit., 2010, p. 5, existen diversas situaciones en que tendrá naturaleza extracontractual: a) en el caso que el paciente fallezca como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son los familiares; b) servicios requeridos por un tercero, distinto del paciente, siempre que no haya representación legal o voluntaria; c) prestación realizada contra la presunta voluntad del beneficiado; d) servicios prestados espontáneamente en casos de urgencia; e) la atención de un incapaz de hecho sin poder comunicarse con su representante legal; f) si el contrato celebrado entre el facultativo y el pacientes es nulo; VERA CARRASCO, O.: "Aspectos éticos", cit.

[120] PIZARRO, C.; "Responsabilidad profesional", cit., por lo mismo se propone unificar las normas aplicables a la responsabilidad médica, sin importar si la negligencia tuvo lugar en un hospital o en una clínica, ni tampoco si existió o no contrato. Un sistema uniforme, para algunos, permitiría a los destinatarios de las normas conocer los riesgos que enfrentan en el evento de un resultado adverso.

[121] BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil,* cit., pp. 26 y ss.; PÉREZ BRAVO, C.: "La concurrencia de responsabilidades", *Ars Boni et Aequi*, N° 4, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile, 2008, pp. 111-146; PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil,* cit., pp. 40 y 52, hay un concurso o concurrencia de responsabilidades precisamente cuando un hecho constitutivo de un incumplimiento de contrato también es un ilícito extracontractual, porque prescindiendo del contrato, el hecho constituye una violación del principio "alterum non laedere".

[122] DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 286-290; MADRID MARTÍNEZ, C.: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado venezolano,* UCV, FCJP, Serie Trabajos de Ascenso, núm. 10, Caracas, 2007, pp. 29-43; MADRID MARTÍNEZ, C.*: La responsabilidad,* cit., pp. 151-163; ÁLVAREZ OLIVEROS, A: "El rol", cit., pp. 70-73, en Venezuela la doctrina y la jurisprudencia se inclina por la admisión del cúmulo; RODRÍGUEZ PITTALUGA, A.: "Tres tendencias nacionales en materia de responsabilidad civil", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje, núm. 5, TSJ Caracas, 2002, Vol. II, pp. 529-537; DE VITA, M.: "El abuso de derecho y el abuso de dependencia económica en los contratos petroleros"*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 9, 2017, pp. 41-49; PÉREZ BRAVO, C.: *La concurrencia de responsabilidades*, cit. pp. 111-146. Véase dudando de la posibilidad al cúmulo: ADRIÁN, T.: "Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema", *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, núm. 29, Caracas, 2012, p. 430, critica la inusual solución jurisprudencial venezolana y agrega que las peripecias que deben hacer los demandantes para tratar de hacer ver al Juez la existencia de un hecho ilícito distinto del simple incumplimiento contractual tiene muchas veces más ejercicios de malabarismo jurídico que de examen riguroso de las situaciones involucradas; MÉLICH ORSINI, J.: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos,* Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, núm. 45, Caracas, 1994, T. I, p. 307, "comprender las vacilaciones de los tribunales no significa en ningún caso aprobarlas… la tesis de los partidarios del concurso no parece haber cumplido otra función histórica que la de amoldar la solución el caso concreto a los interés de la víctima… evitar la contaminación de la teoría del contrato por aquellos principios que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y proseguir la tarea de

responsabilidades se rigen por reglas distintas aunque son más los caracteres que las unen[123]. Se afirma que "no puede concebirse la unificación de la responsabilidad civil"[124]. En la doctrina española se plantea la posibilidad de ejercer subsidiariamente la vía contractual y extracontractual, para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible[125].

La tendencia -reconociendo precisamente que lo más importante es reparar el daño sin disminuir el ámbito de protección del afectado, más allá de las disquisiciones teóricas sobre los ámbitos de la responsabilidad civil- pareciera apuntar a reconocer el derecho de "opción" al perjudicado, cuando a consecuencia del incumplimiento de una relación obligatoria también se infringe el deber genérico de no dañar a otro. En este caso, la víctima tiene la facultad de hacer efectiva su pretensión en la vía contractual u optar por la sede extracontractual conforme a la situación más favorable que ofrezca la norma jurídica[126]. Así refería el profesor Enrique LAGRANGE, el caso del médico que incurre en un error de diagnóstico o por impericia en la intervención causa un sufrimiento por propiciar un daño físico. Existe allí una violación del derecho de crédito derivado de la relación contractual, pero también la infracción de un derecho absoluto derivado de no dañar a los demás[127]. Cada vía podrá representar ventajas y desventajas[128].

La discusión pudiera ser relevante para lo que consideran que el daño moral no rige en sede contractual. De nuestra parte, somos del criterio que en el ordenamiento venezolano la responsabilidad contractual debe incluir al daño material y también al daño moral o extrapatrimonial[129]. Este último, suele derivar de la violación de un derecho personalísimo, siendo común en materia de responsabilidad médica por

renovar dentro de sus confines específicos a la responsabilidad contractual, parece ser más bien la vía a recorrer en el porvenir"; PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1100, en la práctica difícilmente podría probarse el hecho ilícito distinto al incumplimiento contractual y por lo tanto sería improcedente la acumulación.

123 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 281-286.

124 MADRID MARTÍNEZ, C.: *Las relaciones,* cit., p. 28.

125 BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 30. Véase también: BERROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., p. 27, alude a que tal yuxtaposición de responsabilidad podría ser resuelta por el juez con base a "iura novit curia".

126 GARCÍA HUAYAMA, J.C.: "Responsabilidad civil", cit., 2010, p. 6; LAGRANGE*: Apuntes*, cit, señalaba que la jurisprudencia venezolana "parece" favorable a la opción o mal denominado "cúmulo".

127 Véase sin embargo, señalando que el asunto debe verse con "reserva": KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., p. 111.

128 Véase: TAPIA JIMÉNEZ, T.: *Responsabilidad civil médica de los establecimientos de salud,* Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2005, Prof. patrocinante R. MOMBERG URIBE, p. 39; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 287, se cita a LAGRANGE.

129 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 251-253. Véase sobre el daño moral en la responsabilidad médica: AGUIAR-GUEVARA, R.: *Tratado*, cit., pp. 419-421.

tratarse de derechos relativos al cuerpo, cuya violación propicia dolor espiritual[130]. Acertadamente, señalaba el profesor Enrique LAGRANGE la procedencia del daño moral en sede contractual, toda vez que el argumento "espacial" de que la referencia al mismo (CC, art. 1196) está entre las normas relativas a la responsabilidad extracontractual[131] es por lo demás débil. Siendo ejemplo típico de daño moral en vía contractual el que puede incurrir el médico. Agregaba que no tendría sentido lógico concluir que en una relación jurídica médica existiría daño moral si se trata de un hospital y no mediaría si se trata de una clínica, porque un vínculo sea extracontractual y otro no[132]. Creemos sin embargo, que el daño moral procede en materia contractual, en virtud de la reparación integral del daño, al margen de la discusión relativa al cúmulo o más propiamente de la "opción"[133]. Para quien no comparta ésta última tesis en el Derecho venezolano, la víctima de la negligencia médica, no obstante haber celebrado un contrato podría "optar" en demandar al profesional en responsabilidad extracontractual para obtener la reparación del daño moral. Sin embargo, al efecto afirma una decisión de Casación Civil: "la imposibilidad de solicitar los daños morales como consecuencia del incumplimiento contractual es una tesis superada, pues la tendencia actual es la resarcibilidad del daño moral en materia obligacional, siempre que se verifiquen determinadas circunstancias y condiciones, lo cual habrá que establecer en cada caso en concreto"[134].

Se afirma acertadamente que, ya sea que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, no importa atribuir diversa naturaleza a la responsabilidad, para pretender una apreciación distinta de la culpa, ya que los usos de la profesión obligan siempre al médico a los mismos deberes. Son los mismos a los que compromete con un cliente[135] o paciente.

---

130 Véase a propósito de estado vegetativo: TSJ/SCC, Sent. núm. 000457 del 26-10-10; TSJ/ SCC, Sent. 000666 del 5-12-11.

131 Véase en tal sentido señalando que la disposición que lo refiere a la par del daño material está en las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito (CC, art. 1196 CC); BERNAD MAINAR, R.: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. I, p. 219; OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, T. I, pp. 150 y 151, y refiriendo al primero con ocasión del acto médico: PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1100.

132 Señalaba: alguien llega a un hospital y sufre daños producto de la negligencia del médico, nadie duda de la reparación del daño moral en la situación extracontractual; una persona contrata los servicios de un médico para una intervención quirúrgica en que igualmente se propicia daño por impericia del médico como en el otro supuesto, es ilógico negar a la víctima el daño moral por derivar de un contrato. Los ejemplos evidencian -en acertada opinión del profesor Enrique LAGRANGE- que no tiene sentido sostener que en materia contractual no procede daño moral, a diferencia extracontractual, sin norma que lo justifique.

133 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 290.

134 TSJ/SCC, Sent. 176 del 20-5-10.

135 FAL, M.A.: "Seguro contra la responsabilidad civil médica", *Daño y protección a la persona humana*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 277; supra II.1.

5. Regulación Convencional de la responsabilidad civil.

La regulación convencional de la responsabilidad civil como reflejo de la autonomía de la voluntad es posible para exonerar, limitar o agravar la responsabilidad del deudor. Mas sin embargo, se aprecian múltiples limitaciones derivadas del orden público, entre las que se ubican que no se permiten cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo o culpa grave, ni las contrarias al orden público (que incluyen las cláusulas abusivas) y a los derechos personalísimos (que incluyen los relativos al cuerpo), así como tampoco las que pretender exonerar de obligaciones esenciales o del hecho ilícito, entre otras[136]. De lo que se deriva, que aunque el establecimiento sanitario nos imponga firmar alguna de tales cláusulas de exoneración de responsabilidad, las mismas carecen de valor y están viciadas de nulidad absoluta, por tratarse de una materia sustraída de la autonomía de la voluntad[137]. Tampoco cabe pretender pactar una culpa inferir al citado criterio de la "lex artis". Por lo que la "limitación" de la culpa médica igualmente está restringida.

Es común que se haga firmar anticipadamente documentos de limitación o exoneración de responsabilidad, sin percatarse que dichos actos son nulos[138]. Los familiares suelen firmar ante la inminencia del riesgo, pasando esta práctica desapercibida[139]. Esta pretendida exención médica inducida por el propio profesional solo podría funcionar para algunos ante un tratamiento nuevo y peligroso, pues el médico responde por culpa profesional trazada bajo la técnica del "arte médico"[140].

Así pues, no puede el galeno, por ejemplo, quedar exonerado ante la violación de derechos personalísimos irrenunciables o no responder por hecho ilícito porque esto último cerraría la vía extracontractual (cúmulo) que ofrece mayor protección a la víctima. De tal suerte que las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad están sumamente restringidas en la materia que nos ocupa, dada la naturaleza de los derechos en juego[141].

---

136 Véase: MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª ed., 1ª reimpresión, Serie Estudios, núm. 61, Caracas, 2012, pp. 537 y 538, es contraria al orden público la cláusula que pretenda excluir o limitar la responsabilidad civil en casos a la integridad física o moral del acreedor o restringir la protección frente a las faltas de los profesionales; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de*, cit., pp. 292-294, especialmente p. 292, "Aquella referida a daños relativos al cuerpo u otros derechos personalísimos, toda vez que estos conforman derechos irrenunciables teñidos por la noción de orden público"; DE FREITAS DE GOUVEIA, E.:"La autonomía", cit., p. 142.

137 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 515.

138 GARCÍA HUAYAMA, J.C.: "Responsabilidad civil", cit., 2010, p. 11; GARCÍA ADUM, A.: *La relación y la contratación entre médico y paciente (una visión desde la República del Ecuador*), dichas cláusulas no tienen valor jurídico alguno, por tanto ni siquiera producirían el resultado buscado.

139 FUENMAYOR GARCÍA, "La exención", cit., p. 37.

140 Ibíd., p. 42. Véase ibid., p. 41, duda que se trata de un contrato de adhesión.

141 Véase: GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil", 2010. cit., p. 26, en materia de responsabilidad civil médica tampoco cabe la posibilidad de excluir anticipadamente los daños.

6. Responsabilidad de los establecimientos de salud.

Indicamos que en la responsabilidad delictual identificada con la "extracontractual" está consagrada en la primera parte del citado artículo 1185 del CC y en ella puede incurrir el ente sanitario[142]. También con base a la norma del artículo 1191[143] CC, se afirma que las Clínicas podrían ser responsables en sede extracontractual por el hecho ilícito de los médicos que la integran toda vez que la norma no exige que la relación de dependencia sea laboral, bastando sólo que el médico sea parte integral y objeto de control por parte de la clínica como institución médica[144]. La norma ha sido invocada en el foro venezolano, entre otros, a propósito de demanda contra Clínica Caracas[145], con decisión en primera instancia[146], apelación[147], y posterior recurso ante la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia[148], la cual acogió un criterio amplio de subordinación ubicable en dicha norma. No obstante que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal por vía de revisión rechazó tal interpretación[149], para algunos adoptando un criterio de subordinación estricta[150] o más precisamente sosteniendo un criterio limitado de la prestación del servicio

[142] Véase supra II. 1 y II. 4; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Ensayos*, cit., pp. 85 y 86.

[143] Que dispone: "*Los dueños o principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado*"; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*, UCV, FCJP, IDP, Caracas, 2008, pp. 449-649; MÉLICH ORSINI, J.: *La responsabilidad,* cit., pp. 447-487; AGUIAR-GUEVARA, R.: *Tratado*, cit., pp. 425-428.

[144] ÁLVAREZ OLIVEROS, A.: "El rol", cit., p. 75; PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 133, el establecimiento médico privado asume responsabilidad civil por sus dependientes (CC, art. 1191).

[145] Véase: ÁLVAREZ OLIVEROS, A.: "El rol"*,* cit., pp. 61-90.

[146] Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-8-07, Exp. 43.055.

[147] Véase: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-10-09, Exp. 5.636.

[148] Véase: TSJ/SCC, Sent. 000457 del 26-10-10; ADRIÁN*,* T.: "Nuevas modalidades", cit., p. 440.

[149] Véase: TSJ/SConst., Sent. 484 del 12-4-11, se aprecia que la Sala de Casación Civil, convalidó una relación de dependencia sin atender a la globalidad de los elementos probatorios cursantes en el expediente que versaban por la naturaleza que existe en la relación entre los galenos y el Hospital demandado, concluyendo en una presunta responsabilidad objetiva de los centros hospitalarios respecto a las actuaciones u omisiones de todos los ciudadanos que operen de determinada manera en el mismo, sin atender a la relación jurídica subyacente entre estos…Por otra parte, observa con preocupación la Sala, que el precedente que encierra la sentencia que aquí se analiza (la dictada por la Sala de Casación Civil), "desestimó toda valoración a la naturaleza jurídica que envuelve la prestación del servicio de salud, y el riesgo que para ella significa la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva por el hecho singular de un médico o grupo de ellos" .. Finalmente, se declara ha lugar la revisión constitucional. Véase siguiendo tal tesis a propósito de la Clínica Sanatrix: Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 28-4-14, Exp. AP71-R-2013-000941, "en nada interviene la Clínica en cuanto a la manipulación de la cirugía; en estos casos la responsabilidad es personalísima, por lo cual solo podría atribuírsele a quien o quienes llevaron a cabo la operación, ya que la Clínica sólo fungía como una persona jurídica de carácter administrativo o gerencial, y no de carácter operativo, directamente vinculado con la intervención; al momento de someterse a la operación".

[150] ADRIÁN*,* T.: "Nuevas modalidades", cit., p. 440.

médico[151]. La citada norma también se invocó, entre otros, en el caso de Clínica el Ávila[152].

La doctrina acertadamente señala que excluir la responsabilidad de las Clínicas ante la actuación del médico constituye un retroceso[153], pues considerar que dicho profesional es independiente supondría que la Clínica no participa en los servicios prestados, ni en los beneficios económicos de la actividad que realiza. De allí que lo pertinente sería asumir la tesis del riesgo o mínimo control que deben ejercer las Clínicas sobre los médicos, a lo que habría que agregar un principio utilitarista y de consumo[154]. Afirmar que en todos los casos la responsabilidad del médico es personalísima, quedando la clínica indemne, sería una conclusión absurda, desde la perspectiva de la evolución jurídica de la responsabilidad civil en Venezuela[155]. La referencia del Código de Deontología Médica (Declaración de principios): "La responsabilidad médica es eminentemente personal", no es óbice para la lógica aplicación de las normas relativas a la responsabilidad civil en caso de pluralidad de culpa.

Se acota que el establecimiento sanitario tiene poder de control y vigilancia de los actos médicos que se ejecuten en sus instalaciones, pero para que sean responsables del hecho de sus dependientes a tenor del artículo 1191 CC se precisa inexistencia de contrato entre las partes por tratarse de una norma relativa a la materia extracontractual[156]. En defecto de tal norma[157], y ante la imposibilidad de probar la "dependencia", algunos consideran la procedencia (inclusive subsidiaria) del artículo 1195 del CC[158] que consagra la responsabilidad solidaria por hecho ilícito en sede

[151] Véase nuestra referencia en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Proyección Constitucional", cit., pp. 119 y 120.

[152] Véase: TSJ/SCC, Sent. núm. 000151 del 12-3-12: Juzgado Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-12-07, Exp. 13.619; TSJ/SCC, Sent. 000327 del 14-6-13; Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 1-6-11, Res. núm. PJ0192011000256.

[153] ÁLVAREZ OLIVEROS, A.: "El rol", cit., p. 89.

[154] Ibíd., p. 90.

[155] Ibíd., p.75, en el caso de las clínicas privadas específicamente se aprecia la publicidad, el logo membretado en los exámenes y récipes médicos, pago centralizado al usar los servicios, programas de hospitalización e intervención quirúrgica, que podrían ser causas para asociar o acumular algún de tipo de responsabilidad con la clínica en cuestión.

[156] Véase: PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1108; ÁLVAREZ OLIVEROS, A: "El rol", cit., p. 64, Cuando se genera un daño al atender un paciente por emergencia, siendo el médico sugerido por los empleados de la Clínica es clara la responsabilidad de la clínica privada o centro asistencial.

[157] TSJ/SCC, Sent. 000457 del 26-10-10, "esta presunción debe cumplir con los requisitos de demostrar la condición de dependencia del sujeto que ocasiona el daño y la culpa de este, para que opere la presunción legal, dejándose establecida la culpa del principal o dueño, lo cual en efecto no exige prueba".

[158] Que dispone: "Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los coobligados por una parte que fijará el Juez según la gravedad de la falta cometida

extracontractual[159], especialmente porque la prestación médica no se orienta por vía de la subordinación pues el galeno ejerce su actividad con independencia científica y técnica: pero la clínica tiene el deber de seguridad[160], y la responsabilidad de suministro, cuidado y mantenimiento de la infraestructura y equipos. El ente podrá ser responsable a la par del galeno, con base al deber de vigilancia y elección, porque ello no constituye una responsabilidad por hecho de otro, sino una responsabilidad por el hecho propio[161], toda vez que su participación en el acto médico es incuestionable[162], por ser el proveedor necesario para que se realice la práctica de la medicina. En todo caso, se afirma que no parecieran vislumbrarse soluciones definitivas sino meras aproximaciones a la luz del caso concreto[163]. También se admite en sede extracontractual, a propósito de las actuaciones de equipo médico, la responsabilidad conjunta y solidaria con base al citado artículo 1195 CC[164].

En cuanto a la responsabilidad de la Clínica en materia "contractual" por el acto del médico, amén de la citada culpa "in eligendo" o "in vigilando", el ente no solo podría resultar responsable como coparticipe[165], sino indudablemente con base al

por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes iguales".

159 Véase en este sentido: opinión del Prof. de Derecho de Obligaciones (UCV y UNIMET) Mauricio Rodríguez Yañez (consulta 3-10-17); opinión de la profesora de Contratos y Garantías (UCV) Edsa Sánchez, el ente hospitalario o clínica siempre será "copartícipe" en la prestación del servicio médico (consulta 3-10-17).

160 GARAY, O.E.: *Apostilla sobre la cadena de responsabilidad civil médica*, señala que las responsabilidad de los establecimientos asistenciales se fundamenta en que el contrato que existe entre el profesional que integra el cuerpo médico de la clínica y ésta última constituye una estipulación a favor de tercero (en sentido semejante: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., pp. 117 y 119); PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 124, la actividad que realizan los médicos y los centros asistenciales se rige por los principios de seguridad y justicia.

161 Así lo interpretado la doctrina venezolana, por ejemplo, respecto a la posibilidad de responsabilidad civil por hecho propio del tutor del mayor de edad, a falta de una norma expresa en el CC que consagre su responsabilidad por hecho ajeno como si existe en materia de menores (CC, art. 1190). Véase: BINSTOCK, H., "Responsabilidad por el Hecho Ilícito del Enfermo Mental*", Libro Homenaje a José Mélich Orsini,* UCV, Caracas, 1982, Vol. I, pp. 187-212.

162 Véase: CABEL NOBLECILLA, J.W.: "¿Existe responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, por una mala práctica profesional?", *Ius et Veritas,* 27 agosto 2015, el establecimiento asistencial, debe garantizar al paciente- consumidor, el trabajo que realizan las personas de las que se sirve para la ejecución de la obligación…porque exceptuar de responsabilidad a los establecimientos asistenciales, significa que promuevan la negligencia médica.

163 Véase: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., p. 107.

164 COLMENARES JIMÉNEZ, J.A.: "La responsabilidad", cit., p. 294; PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 123. Véase: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., p. 115, si el paciente ha contratado con el médico jefe del equipo que escoge a sus colaboradores domina la figura de la responsabilidad contractual sobre la base de una estipulación a favor de tercero.

165 Véase: ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 131; PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1108, el establecimiento sanitario tiene el poder de dirección, control y vigilancia de los actos médicos que se ejecutan en sus instalaciones, y en consecuencia es responsable en caso de incumplimiento de dichos actos y en general de las obligaciones que resultan del contrato con el paciente, siempre que procedan las condiciones de la citada responsabilidad contractual.

deber de seguridad y garantía[166] que le impone la ley en un servicio público de la naturaleza y trascendencia del servicio médico. Se cita el artículo 15 de la Ley de Ejercicio de la medicina que ordena a todas las instituciones públicas o privadas a cumplir con el principio de garantía y seguridad, amén del artículo 90 eiusdem que alude a la realización del acto médico e instituciones en condiciones de dignidad, secreto profesional y "responsabilidad individual[167]. En sede contractual, se admite la responsabilidad del jefe del equipo médico con quien se ha contratado por aplicación del artículo 1271 del CC en caso de daño causado por alguno de los miembros[168]. Aunque se abogue por un pormenorizado examen del caso concreto para concluir si la clínica responde del actuar del médico [169], la posible responsabilidad del ente pareciera encontrar justificación por su sola condición de prestador de servicios médicos.

Por lo que cabría concluir que la Clínica bien podría resultar responsable de los actos médicos que los profesionales realicen, ya sea por hecho ajeno (CC, art. 1191[170]) o copartícipe del hecho ilícito (CC, art. 1195) en sede extracontractual así como en sede contractual porque ciertamente tiene un deber de escogencia, vigilancia, control, seguridad y garantía respecto del servicio médico prestado[171]. Mal

[166] Véase: AGUIAR-GUEVARA, R.: *Tratado*, cit., pp. 446 y 447, acreditada la culpa del médico, la responsabilidad de la institución emerge inexcusable e irrefutablemente por la violación o quebrantamiento de la seguridad ofrecida. Nuestra conclusión va más allá de la culpa in vigilando o in eligendo y más allá de la obligación contractual. Se encuentra en el principio fundamental de la garantía que debe ofrecer el ente.

[167] ÁLVAREZ OLIVEROS, A.: "El rol", cit., p. 78, Véase también reseñando la obligación de seguridad del ente, pero si la relación contractual rige entre el instituto y el paciente: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., p. 120; XIOL RÍOS, J.A.: "La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales*", Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 2, núm. 4, 2004, en cuanto al incumplimiento de obligaciones contractuales se condena solidariamente a la entidad en la que se practicó la intervención quirúrgica por considerar que no se justificó el contenido del contrato de hospitalización; ROZO SORDINI, P.E.: "Las obligaciones", cit., p. 146, cabe afirmar la responsabilidad directa de la entidad y del médico vinculado orgánicamente a la entidad, teniendo naturaleza contractual de tipo profesional.

[168] ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., pp. 136 y 159, el jefe responde por hecho ajeno en sede contractual por haber introducido a un tercero. Ello no impide la aplicación de las reglas de la responsabilidad delictual a tales terceros.

[169] Véase: Ibíd., pp. 133-135; ÁLVAREZ OLIVEROS, A: "El rol", cit., p. 64, Afirmar que existe una responsabilidad objetiva de la Clínica por el hecho del médico debe verse con cautela porque se tendrán resultados diferente según la fuente sea contractual o no.

[170] Véase: PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 134, la responsabilidad de las clínicas se extiende incluso a los paramédicos dependientes. También pudiera el ente responder de conformidad con el artículo 1193 CC, por el daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda. Sobre esto último véase: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., pp. 120 y 121; ZURITA, O.: "La responsabilidad", cit., pp. 127-129, la norma aplica al ámbito extracontractual.

[171] Véase: LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil", cit., p. 531, contractualmente la clínica responde por el incumplimiento del servicio realizado en forma culposa. Extracontractualmente responde por el hecho del dependiente; TAPIA JIMÉNEZ, T.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 40, De acuerdo al análisis jurisprudencial realizado se constató que los tribunales actualmente aplican la responsabilidad "in eligiendo o in vigilando"; LARROUCAU TORRES, J.: "¿Cómo se", cit., A mediados de los años noventa, Pedro Zelaya puso de manifiesto que la responsabilidad de los

puede pretenderse que el ente sanitario se limita a ofrecer una sede sin ningún tipo de consecuencia jurídica. De hecho, se ha señalado acertadamente la improcedencia de una pretendida "independencia" del galeno respecto de la clínica[172], pues lo contrario las reduciría a entes ajenos a la prestación del servicio sanitario[173], que constituye un "servicio público"[174].

El establecimiento también puede responder en forma autónoma al margen de las actuaciones de su personal, en lo relativo a recursos, infraestructura, tecnología, etc.[175]. Pues el ente hospitalario debe proveer de los medios necesarios y apropiados para la realización del acto médico en condiciones de calidad[176]. Podría así existir responsabilidad del Centro sanitario mas no del médico, especialmente en caso de infecciones[177] intrahospitalarias[178].

Hospitales y Clínicas por los daños causados a un paciente se justifica en el control que estas entidades ejercen en la prestación de los servicios médicos; XIOL RÍOS, J.A.: "La institución", cit.

172 Véase: CAMPUSANO RAMOS, E.: *La responsabilidad civil de las clínicas por los llamados médicos independientes*., Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, mención "Derecho Privado", Universidad de Chile, Santiago, 2015, Prof. Guía H. CÁRDENAS VILLAREAL, p. 285. Es precisamente su vinculación con las clínicas por medio de autorizaciones o privilegios para intervenir en sus dependencias, las que fundamentan que pueda imputarse responsabilidad civil a las empresas de salud. Por ello, parece recomendable abandonar dicha nomenclatura, pues tal independencia no es tal y distorsiona el análisis de la responsabilidad de las clínicas.

173 Ibíd., p. 287, se pretende negar el carácter de prestador médico de la Clínica y, así, exonerarse de toda responsabilidad por los daños que se causen en la ejecución del acto médico. Esta limitación de las clínicas a la composición de su obligación con los pacientes, constituye un innegable retroceso, pues significa pretender que los establecimientos de salud pueden ser meras instituciones hoteleras, desprendidas de aquello que define su esencia, como es la prestación de servicios médicos. Véase en sentido contrario: PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 134, cuando el médico atiende en consultorio dado en arrendamiento por la Clínica, no se compromete en principio, la responsabilidad de ésta última; KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., pp. 119 y 120, el profesional arrendatario de un cubículo que controla administrativamente la actividad del instituto no compromete en principio la actividad de éste último. Véase también: KUMMEROW, G.: "La obligación", cit., pp. 116 y 117, los actos de carácter hospitalario inmersos en la figura de alojamiento y alimentación del paciente, quedarían regidos por un contrato de hotelería o por una relación negocial atípica que comporta paralelamente una obligación de seguridad.

174 COLMENARES JIMÉNEZ, J.A.: "La responsabilidad", cit., p. 301, cita artículo 84 de la Constitución relativo al derecho a la salud.

175 PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1108.

176 VERA CARRASCO, O.: "Aspectos éticos", cit.; LARROUCAU TORRES, J.: "¿Cómo?", cit., los Hospitales y Clínicas son responsables de los daños que ocurren en su interior porque allí "se realizan procedimientos, tratamientos y operaciones que pueden afectar directamente la salud de las personas", es decir, por el control que ejercen sobre las prestaciones médicas o una parte relevante de ellas. Así, por ejemplo, la organización es responsable por los defectos en los instrumentos que se emplean, como un desfibrilador que no sirve en un paro respiratorio o una red de oxígeno en mal estado.

177 BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 33, según indicó la sentencia española de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 10 de Junio 2004.

178 Véase: TAPIA RODRÍGUEZ. M.: "Responsabilidad civil", cit., obligando al establecimiento de salud a reparar los daños que se generaron en los pacientes (cita sentencias de la *Corte Suprema, 24-1-02 y 30-4-03);* TOCORNAL COOPER, J: "Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias**"**, *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 37, núm. 3, 2010, pp. 477- 504.

Finalmente, si el ente hospitalario es público, se acota que la relación es extracontractual[179] y entran en juego las normas relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado[180] que ciertamente están inspiradas en las reglas de la responsabilidad civil, sin perjuicio de la responsabilidad personal del médico en materia penal[181], administrativa[182] y civil. De allí que se aluda en términos generales a la posible responsabilidad del médico y hasta del establecimiento de salud, ya sea privado o público[183]. Esto último dando lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración[184]. Por otra parte, la naturaleza pública o privada del prestador de la asistencia sanitaria influirá en la determinación tanto del orden judicial competente, como del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil[185].

Ahora bien, la violación del derecho a la salud cuando no es garantizada por parte del Estado[186], a saber, la persona jurídica en estricto sentido por excelencia, nos coloca en el ámbito de los derechos humanos, que pueden vulnerarse por acción o por omisión[187]. Pero ello constituye un espectro diverso a los derechos de la personalidad en que la violación del derecho acontece en un plano de igualdad, y donde se pretende en sede civil la reparación del daño material y moral[188], sin

[179] PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad", cit., p. 134.

[180] Ídem: la reclamación tendrá que dirigirse al ente al cual está adscrito al establecimiento, que podrá ser República, estado federativo o municipio; PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito", cit., p. 1103, nota 84; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., pp. 40 y 41.

[181] Véase: FIGUEREDO CARDOZO, C.L.: *Referentes teóricos y jurídicos que conllevan a la responsabilidad penal por mala praxis médica en Venezuela*, UCAB, Dirección General de los Estudios de Posgrado, Trabajo Especial de Grado para optar al Título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, 2009.

[182] Véase con referencia a investigación de casos reales: BARÓN PERNIA, G. T.: "El ejercicio médico y la responsabilidad disciplinaria", *Boletín Médico de Postgrado*, Vol. XXI, núm. 3, UCLA, Decanato de Medicina, Barquisimeto-Venezuela, julio-septiembre 2005.

[183] BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil,* cit., p. 16.

[184] Ibíd., p. 17.

[185] BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito", cit., p. 25.

[186] Véase: Constitución de 1999, art. 83; La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; AGUIAR-GUEVARA, R.: *Tratado*, cit., pp. 454 y 455, El Estado debe garantizar el derecho a la salud. Véase sobre su situación crítica: OLETTA LÓPEZ, J. F.: *Los hospitales públicos en Venezuela. Visión general*, Red de Sociedades Científicas Médicas Venezolanas, Comisión de Epidemiología, Nota Técnica, núm. 47, Caracas, 5 de mayo de 2012, pp. 18 y 19.

[187] Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015, Contagio con VIH tras una transfusión sanguínea a menor de edad, se ordena realización de programa para la capacitación de los funcionarios en salud sobre mejores prácticas y derechos de los pacientes con VIH ; Caso I.V vs Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016, Intervención quirúrgica a señora que pierde permanente y forzada la función reproductora, se ordenó la adopción de programas de educación y formación permanente dirigidos a estudiantes de medicina, profesionales médicos y personal del sistema de salud y seguridad social acerca de temas de consentimiento informado, discriminación basada en género, estereotipos y violencia de género.

[188] Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "Aproximación", cit., pp. 287 y 288, "La protección civil de los derechos de la personalidad encuentra su principal cauce a través de la indemnización por daño moral consagrado en el artículo 1.196 del Código Civil…"; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "*Los derechos*", cit., pp. 56 y 57, los derechos de la personalidad son una técnica de Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en el ámbito de la

perjuicio de otras sanciones[189]. Siendo éste último por su estimación[190] y trascendencia el que mayormente puede afectar el ámbito patrimonial del agente que propició el daño. En el ámbito de la salud pública tal vez las condiciones precarias, apuntan más a la responsabilidad de la Administración que a la del médico, pues se admite que toda persona tiene derecho a que no se produzca "una falta de servicio"[191], dada la trascendencia que sobre la vida e integridad de la persona supone el auxilio médico.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Los derechos personalísimos relativos al cuerpo están indisociablemente vinculados a la responsabilidad médica. Ciertamente, el galeno tiene sobre sí el duro peso de la salud del ser humano, pero su conducta no escapa de las normas relativas a la responsabilidad civil. Concluimos que la responsabilidad civil médica puede manifestarse en sede contractual o extracontractual y en caso de cúmulo o coexistencia ha de optarse por una de ellas. La prestación del galeno puede ser según el caso personalísima o infungible, aunque no necesariamente y sus obligaciones de hacer generalmente son de medio o diligencia, aunque también en menor medida podrían ser der resultado. En las primeras el paciente ha de probar la culpa a diferencia de las segundas en que ésta se presume del incumplimiento. Los entes sanitarios pueden ser responsables de las actuaciones de los médicos a ellos vinculados tanto en sede excontractual como en vía contractual, toda vez que la ley le impone a dicho ente actuar conforme con el principio de garantía y seguridad. La responsabilidad médica constituye una especie del género de la responsabilidad civil profesional, cuya relevancia práctica es incuestionable dada la sensibilidad que rodea la salud y vida humana.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIÁN, T.: "Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema", *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos núm. 29, Caracas, 2012, pp. 427-442.

AGUIAR-GUEVARA, R.: *Tratado de Derecho Médico*, LEGIS, Caracas, 2001.

ALBÚJAR, P.: "Iatrogenia", *Diagnóstico*, Vol. 43, núm. 5, Oct-Dic 2004.

propia esfera personal, justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria y resarcitoria para obtener la reparación del subsiguiente *daño moral* (destacado mío).

189 Véase: OCHOA GÓMEZ, O.: "Derechos", cit., pp. 958-964.

190 Véase a propósito de su estimación sentencias sobre la escala de estimación de los sufrimientos morales que se considera jurisprudencia reiterada: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso*, cit., p. 249, nota 146. Véase señalando que la figura puede servir para solapar daños patrimoniales no probados: DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999, p. 324.

191 BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad*, cit., p. 248, se tiene derecho a ser tratado con diligencia con todos los instrumentos y servicios que ofrece la ciencia médica.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *El derecho a la propia imagen*, Tecnos S.A., Madrid, 1.997.

ALONSO PÉREZ, M.: "La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")", *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio,* J. A. MORENO MARTÍNEZ (Coord.), Madrid, Dykinson, 2000, pp. 13-53.

ÁLVAREZ OLIVEROS, A: "El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del TSJ", *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange,* Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, T. I, pp. 61-90.

ANTEQUERA PARILLI, R.*: El Derecho, Los Trasplantes y las Transfusiones (Con especial referencia a la legislación venezolana),* Ediciones Ucola, Barquisimeto, 1980.

ARAUJO CUAURO, J.C.: "Transfusiones y Testigos de Jehová. Derecho a la vida, a la libertad religiosa o de conciencia", *Frónesis*, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, Vol. 22, núm. 3, septiembre-diciembre 2015, pp. 177-194.

ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2016.

ARBESÚ GONZÁLEZ, V.: "La naturaleza jurídica de la obligación en odontología curativa y estética", *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015.

BARÓN PERNIA, G. T.: "El ejercicio médico y la responsabilidad disciplinaria", *Boletín Médico de Postgrado*, Vol. XXI, núm. 3, UCLA, Decanato de Medicina, Barquisimeto-Venezuela, julio-septiembre 2005.

BARONA BETANCUORT, R.: "Derechos y obligaciones en la relación médico-paciente", *Médico-legal*, 2001, pp. 55-65.

BARROCAL LANZAROT, A. I: "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Febrero 2011, pp. 23-42.

BASCUÑAN R., M.L: "Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos", R*ev Méd Chile*, Vol. 133, núm. 1, Santiago, enero 2005, pp. 11-16.

BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009.

BERNAD MAINAR, R.: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. I.

BINSTOCK, H., "Responsabilidad por el Hecho Ilícito del Enfermo Mental*", Libro Homenaje a José Mélich Orsini,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, Vol. I, pp. 187-212.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Obligaciones de medio y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?", *Cuadernos de Derecho Transaccional,* Vol. 6, núm. 2, Octubre 2014, pp. 50-74.

BLASCO IGUAL, M.: "El derecho a la información en medicina curativa y satisfactiva", *Revista Clínica de Medicina de Familia*, Vol. 8, núm. 1, Albacete, Feb. 2015.

BONT, M. y otros: "Decisiones en la práctica médica del final de la vida: importancia basada en la opinión, grado de información y formación de los médicos que laboran en los Estados Aragua y Carabobo", *Salus Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, Universidad de Carabobo, Diciembre 2007, Vol. 11, núm. 3, pp. 30-36.

BORREL MACIÁ, A.: *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres,* Bosch Ed., Barcelona, 1954.

CABEL NOBLECILLA, J.W.: "¿Existe responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, por una mala práctica profesional?", *Ius et Veritas,* 27 agosto 2015.

CAMPUSANO RAMOS, E.: *La responsabilidad civil de las clínicas por los llamados médicos independientes*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Mención "Derecho Privado", Universidad de Chile, Santiago, 2015, prof. Guía H. CÁRDENAS VILLAREAL.

CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O.: *Responsabilidad civil médica: en el caso de las infecciones intrahospitalarias*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Postgrado, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, Perú, 2010.

CASADO BLANCO, M. y otros: "Dilemas legales y éticos en torno a la asistencia médica a los menores", *Rev. Pediátrica Aten Primaria* Vol. 17, núm. 65, Madrid, Enero-marzo 2015.

CASTRO URDANETA, J.O.: *El derecho a la vida en el umbral de la muerte: aproximación a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Caracas, 2012.

COLMENARES JIMÉNEZ, J.A.: "La responsabilidad jurídica del médico en Venezuela", *Revista de Derecho Universidad del Norte,* núm. 23, Colombia, Julio 2005, pp. 289-305.

CUENCA, H. y otros: "Responsabilidad médica en situaciones de emergencia", *Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte*, Ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, Caracas, 1991, pp. 47-68.

CHAVES, A.: "Direitos á Vida, ao proprio corpo e ás partes do mesmo (Trasplantes, esterilizacao e operacoes cirurgicas para "mudanza de sexo"). Direito do cadáver e ás partes do mesmo", *Revista da Faculdade de Direito.* Univ. Sao Paulo, 1977, Vol. LXXII, primera fase, pp. 243-298.

CHAVES, A.: "Daños y perjuicios: Responsabilidad por productos elaborados. Obligación de seguridad. Del proveedor o vendedor ante el usuario consumidor. Vicio o riesgo de la cosa. Prueba concreta de la relación causal. Daño moral. Improcedencia. (C. Nac. Civ., Sala A, 24-11-2016)", *Jurisprudencia Argentina*, 2017-I, Fascículo núm. 8, Febrero 22 de 2017, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 71-80.

D'EMPAIRE, G. y M. E. D'EMPAIRE: *Primera Experiencia Nacional, Clínica Médica HCC 1999*, Asociación de Bioética Clínica, Comités de Ética Hospitalaria.

DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural"*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 1, Caracas, 2013, pp. 37-181.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 23, Enero 2017, pp. 54-111.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana IDIBE*, núm. 1, Agosto 2014, pp. 35-42.

DE VITA, M.: "El abuso de derecho y el abuso de dependencia económica en los contratos petroleros"*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 9, 2017, pp. 27-49.

DIEZ DÍAZ, J: *Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático*, Ediciones Santillanas, Madrid, 1963.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y jurisprudencia, Caracas, 2017.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, IDIBE, Febrero 2017, pp. 41-69.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Proyección Constitucional del Derecho de Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Homenaje a José Peña Solís*, núm. 7, 2016, T. I, pp. 87-123.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "El daño moral en las personas incorporales: improcedencia de la prueba in re ipsa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero,* núm. 6, 2016, pp. 23-64.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "La causa extraña no imputable", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015,* ACIENPOL, Colección Centenario, Caracas, 2015, T. IV, pp. 2785-2812.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "La obligación negativa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, Caracas, 2013, pp. 43-123.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil,* Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores, núm. 1, 3ª ed., Caracas, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Diccionario de Derecho Civil,* Panapo, Caracas, 2009.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte),* Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, núm. 17, Caracas, 2007.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Sobre los derechos de la personalidad", *Díkaion. Lo Justo. Revista de Actualidad Jurídica,* Año 17, núm. 12, Universidad de la Sabana, Colombia, 2003, pp. 23-37.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C "El Secreto profesional y el deber de testimoniar", *Estudios de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca,* Colección Libros Homenaje, núm. 6, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 243-291.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho*, núm. 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 128-186.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

FAL, M.A.: "Seguro contra la responsabilidad civil médica", *Daño y protección a la persona humana*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 241-282.

FERNÁNDEZ, L. y otros: *Responsabilidad profesional en el ejercicio de la medicina en Venezuela,* Maracaibo, 2012.http://www.monografias.com/trabajos93/responsabilidad-profesional-ejercicio-medicina-venezuela/responsabilidad-profesional-ejercicio-medicina-venezuela2.shtml

FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L.: "Presente y futuro de la responsabilidad médica", *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo*. Director: A. ECHEVERRI/ Coordinadores: J. M. GUAL y J. E. ACOSTA, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2011, pp. 421-447.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Regulación jurídica de la "historia clínica", doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas*.

FIGUEREDO CARDOZO, C.L.: *Referentes teóricos y jurídicos que conllevan a la responsabilidad penal por mala praxis médica en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Dirección General de los Estudios de Posgrado, Trabajo Especial de Grado para optar al Título de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, 2009, Asesor: M. BASSIM.

FLORES MADRIGAL, G. A.: "El derecho a la protección de la vida e integridad física", *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*, Coord. D. CIENFUEGOS SALGADO y M. C. MACÍAS VÁZQUEZ, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídicas, núm. 324, México, 2006, pp. 139-180

FUENMAYOR G., J. A.: "Consideraciones generales sobre los trasplantes de órganos y otras materias afines"; *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 47, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1993, pp. 147-157.

FUENMAYOR GARCÍA, J. A.: "La exención de la responsabilidad del médico inducida", *Revista de la Facultad de Derecho,* núm. 53, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, pp. 37-42.

GALÁN CORTÉS, J.C.: "La responsabilidad médica y el consentimiento informado", *Rev. Med. del Uruguay*, núm. 15, Vol. 1, Uruguay, Abril 1999, pp. 5-12.

GALVÁN MELÉNDEZ, M.F. y otros: "Responsabilidad profesional en el ejercicio de la medicina", *Revista Médica MD*, Vol. 7, núm. 1, Guadalajara, agosto-octubre 2015, pp. 32-37.

GARAY, O.E.: *Apostilla sobre la cadena de responsabilidad civil médica*.

GARCÍA ADUM, A.: *La relación y la contratación entre médico y paciente (una visión desde la República del Ecuador)*, Primera Parte.

GARCIA AZNAR, A.: "Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes", *Estudios de Bioética y Derecho*, (M. CASADO/comp.), Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, pp. 197-212.

GARCÍA C., M.R.: *La responsabilidad civil del médico en el Ecuador*.

GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil de los médicos", *Derecho y Cambio social*, 2010, pp. 1-12.

GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos", *Derecho y Cambio social*, 2012, pp. 1-14.

GARCÍA HUAYAMA, J. C.: "Responsabilidad civil médica y consentimiento informado", *Derecho y Cambio social*, 2016, pp. 1-39.

GARRIDO CERÓN, J.: "Acerca de los derechos del médico", *Revista Chilena de obstetricia y ginecología*, Vol. 67, núm. 6, 2002, pp. 507-512.

GHERSI, C.: "Las obligaciones esenciales de los médicos frente a los pacientes en consultorios privados", *Gac. int. cienc. Forense,* núm. 1, Octubre-diciembre 2011, pp. 46-60.

GIRALDO GÓMEZ, L. F.; *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2011.

GUZMÁN TORO, F.: "Los dilemas éticos y jurídicos relacionados con las transfusiones de sangre en las situaciones límites", *Frónesis*, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, Vol. 17, núm. 2, mayo-agosto 2010, pp. 185-200.

HENDRICKX, J.: "Mala praxis médica", *Colección Memorias*, Ministerio Público, pp. 149-159.

HERRERA MOLANO, L. A.: *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica en Colombia,* Universidad de la Sabana, Especialización en Derecho de la Responsabilidad, 2009. https://intellectum.unisabana.edu.co

KEMELMAJER DE CARLUCCI**,** A.: "El Derecho del menor a su propio cuerpo", *La Persona Humana,* La Ley, Argentina, 2001, pp. 246-286.

KRAUT, A. J.: *Los Derechos de los Pacientes,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

KUMMEROW, G.: *Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos*, Universidad de los Andes, Colección Justicia et Jus, núm. 4, Mérida, 1969.

KUMMEROW, G.: "La obligación de resarcir a cargo de clínicas y establecimientos hospitalarios (síntesis de una exposición)", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 2, Año I, Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas-Maracaibo, Julio-Diciembre 1986, pp. 107-124.

LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T. I, Versión española y notas de J. SANTOS BRIZ.

LARROUCAU TORRES, J.: "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", *Rev. Derecho* (Valdivia), Vol. 27, núm. 2, Valdivia, dic. 2014.

LEÓN C., A.: "Responsabilidad médica en las situaciones de emergencia y en el manejo de personas críticamente enfermas"*, Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte*, Ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, Caracas, 1991, pp. 27-45.

LÓPEZ DE LA PEÑA, X. A.: *Los Derechos del Paciente*, Trillas, México, 2000.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual: una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

LORENZETTI, R.L: "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", *Derecho de Daños. Primera Parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2000, Direc. F. A. TRIGO REPRESAS y R. S. STIGLITZ, pp. 509-532.

LORENZETTI, R.L: "Los derechos de los médicos y los pacientes: ¿conjunción o contradicción?", *Daños, Medio ambiente-Salud-Familia-Derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 11-32.

LÓPEZ MEZA, M.: *El médico y la naturaleza de sus obligaciones. (Medicina curativa y medicina voluntaria: obligaciones del médico en cada una)*.

LLAMAS POMBO, E.: "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio,* J. A. MORENO MARTÍNEZ (Coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 297-319.

MADRID MARTÍNEZ, C. y J. ANNICCHIARICO: "El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos",

Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, núm. 29, Caracas, 2012, pp. 19-103.

MADRID MARTÍNEZ, C.*: La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis, núm. 4, Caracas, 2009.

MADRID MARTÍNEZ, C.: "Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho Venezolano", *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos, núm. 23, Caracas, 2007, pp. 489-563.

MADRID MARTÍNEZ, C.: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado venezolano,* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Ascenso, núm. 10, Caracas, 2007.

MADURO LUYANDO, E.: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III,* Universidad Católica Andrés Bello, 7ª ed., Caracas, 1989.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, B.M.: "La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano", *Los contratos en el Derecho Privado*, Dir. Académicos: F. MANTILLA y F. TERNERA, Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 899-914.

MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: "Ética profesional y Deontología médica: una reflexión sobre el estado de la cuestión en Cuba", *Bioética*, Vol. 15, núm. 3, septiembre-diciembre 2015, pp. 4-13.

MEDINA ROJAS, G. e I. MIRANDA MÚÑOZ: *Responsabilidad contractual médica. Análisis jurisprudencial de las obligaciones de resultado*, Universidad de Chile, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales 2013, prof. guía: C. BANFI DEL RÍO.

MÉLICH ORSINI, J.: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos,* Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios núm. 45, Caracas, 1994, T. I.

MÉLICH ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 5ª ed., 1ª reimpresión, Serie Estudios, núm. 61, Caracas, 2012.

MORÓN BAUTE, M.E. y M.F. RAMÍREZ GARCÍA: *Contrato de seguro de seguridad civil médica,* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2002.

OCHOA GÓMEZ, O. E.: *Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, T. I.

OCHOA GÓMEZ, O.: "Derechos de la personalidad", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje, núm. 5, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, 2002, Vol. I, pp. 879-964.

OLETTA LÓPEZ, J. F.: *Los hospitales públicos en Venezuela. Visión general*, Red de Sociedades Científicas Médicas Venezolanas, Comisión de Epidemiología, Nota Técnica núm. 47, Caracas, 5 de mayo de 2012.

PALACIOS HERRERA, O.: *Apuntes de Obligaciones,* Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, Ediciones Nuevo Mundo, Caracas, 2000, Taquígrafo R. MALDONADO G.

PARRA SEPÚLVEDA, D.: *Responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Universidad Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, Dir. J.M. SANTOS MORÓN, Getafe, 2014.

PELLEGRINO PACERA, C. y A.J. NIÑO GAMBOA: "Breves comentarios a la nueva Ley sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos", *Anuario de Derecho de Derecho Público,* núm. IV-V, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monte Ávila, Caracas, 2011-2012, pp. 202-218.

PEREIRA SOJO, L. y otras: "El derecho a morir con dignidad", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* núm. 121, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 389-427.

PÉREZ BRAVO, C.: "La concurrencia de responsabilidades", *Ars Boni et Aequi*, núm. 4, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile, 2008, pp. 111-146.

PINTO OLIVEROS, S.: "A propósito de la responsabilidad sanitaria"*, Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015,* Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T. II, pp. 1085-1112.

PIZARRO, C.: "Responsabilidad profesional médica: diagnóstico y perspectivas", *Revista Médica Chile*, 2008, pp. 539-543.

PORTELES MENDOZA, O.: "La responsabilidad civil del médico y de los establecimientos asistenciales", *Revista THEMIS,* núm. 1, Colegio de Abogados del Estado Lara, septiembre-diciembre, Venezuela, 1996, pp. 123-135.

PUENTES TOBÓN, D. L.: *La pérdida de la oportunidad en materia médica*.

RENGIFO, C. y otros: "Responsabilidad ética y legal en la referencia médica de pacientes trasladados al servicio de toxicología del Hospital de Coche", *Revista de la Facultad de Medicina*, Vol. 27, núm. 1, Caracas, 2004, pp. 69-73.

RIVAS BUENO, J.M.: "Responsabilidad médica especialista: obstetricia y pediatría", *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* núm. 8, 2013.

RODRÍGUEZ FERRARA, M.: *Obligaciones,* Librosca, 3ª ed., Caracas, 2007.

RODRÍGUEZ PITTALUGA, A.: "Tres tendencias nacionales en materia de responsabilidad civil", *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje, núm. 5, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, Vol. II, pp. 525-557.

ROZO SORDINI, P.E.: "Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y los abogados en el Derecho italiano", *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio 1998-diciembre 1999, pp. 139-149.

RUIZ, W.: "La responsabilidad médica en Colombia", *Criterio Jurídico,* V. 4, Santiago de Cali, 2004, pp. 195-216.

SÁNCHEZ, D. C.: "Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde la vigencia de la Ley 26.529", *Prudentia Iuris*, núm. 70, 2011, pp. 165-186.

SÁNCHEZ LÓPEZ, P. y P. FIGUEROA CORTÉS: *La pérdida de la oportunidad en la determinación de la responsabilidad médica en Chile*, Universidad de Valparaíso, 2014, Tesina de la Carrera de Derecho.

SATELER, R. y otros: "Responsabilidad médica", *Revista Médica Clínica Las Condes*, Vol. 22, Enero 2011, pp. 127-137.

SERRANO MOLINÉS, E.: *Responsabilidad civil médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Universidad Zaragoza, Facultad de Derecho, Trabajo fin de grado, 2014, Dir. M. T. ALONSO PÉREZ.

SOLÉ RESINA, J.: "Derecho a la protección de la salud. Derechos del paciente", *Tratado de Derecho de la persona física*, Civitas/Thomsom Reuters (Dir. M. GETE-ALONSO y CALERA/Coord. J. SOLE RESINA), España, 2013, T. II, pp. 777-831.

TAPIA RODRÍGUEZ, M.: "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho (*Valdivia*),* Vol. 15, Diciembre 2003, pp. 75-111.

TAPIA JIMÉNEZ, T.: *Responsabilidad civil médica de los establecimientos de salud*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2005, Prof. patrocinante R. MOMBERG URIBE.

TOCORNAL COOPER, J: "Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias**"**, *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 37, núm. 3, 2010, pp. 477- 504.

URDANETA MORALES, A.: "El daño médico y su responsabilidad derivada: implicaciones civiles y penales", *Anuario de Derecho*, núm. 32, Año 32, Mérida-Venezuela, enero-diciembre 2015, pp. 165-183.

VARELA CÁCERES, E.L. y M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: "El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores" *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Juristas Españoles en Venezuela*, núm. 8, 2017, pp. 515-549.

VERA CARRASCO, O.: "Aspectos éticos y legales en el acto médico", *Revista Médica La Paz,* Vol. 19, La Paz, Dic. 2013.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: "La protección de la persona en la investigación médica", *Derecho y Salud*, Vol. 6, núm. 1, 1998, pp. 120-129.

VIELMA MENDOZA, Y.: "En torno a la responsabilidad civil y el derecho de daños (la reparación del daño a la persona)", *Commercium, Revista Venezolana del Postgrado de Derecho Mercantil,* núm. 1, Universidad de los Andes, 2011, pp. 129-157.

VILLEGAS ZAMORA, A.L.: "Responsabilidad civil profesional del médico", *Revista Médica de Costa Rica y Centroamérica* LXX (607), 2013, pp. 389-393.

WEINGARTEN, C.: "El estrés médico como eximente y/o atenuante de responsabilidad", *Daños, Medio ambiente-Salud-Familia-Derechos humanos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 33-54.

WIERZBA, S. M.: La "Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley Año XVII, núm. 9, Septiembre 2015, pp. 5-25.

XIOL RÍOS, J.A.: "La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales*", Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 2, núm. 4, 2004.

ZAMBRANO VELASCO, J.A.: *Teoría General de la Obligación (Parte General de las Obligaciones), La estructura*, Edit. Arte, Caracas, 1985.

ZURITA, O.: "La responsabilidad civil del médico en ejercicio liberal de la profesión", *Revista de Derecho Privado*, Año 6, Número Único, Vadell Hermanos Editores, Caracas, enero-diciembre 1989, pp. 105-161.

RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA MÉDICA

CIVIL LIABILITY IN THE MEDICAL FIELD

DR. NELSON ROSENVALD
Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
nelson.rosenvald@me.com

(†) DR. FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO
Procurador da República do Estado de Minas Gerais.

RESUMEN: A medicina avança de forma surpreendente. O biodireito se afirma na confluência entre o direito, medicina e ética, e a saúde se estabelece como direito fundamental, projeção do princípio da dignidade da pessoa humana. A responsabilidade civil, de índole originariamente patrimonial, individual e exclusivamente reparatória, passa a se ocupar de bens existenciais, inclusive com dimensão metaindividual, priorizando uma função preventiva ex ante, na tutela da personalidade humana. No campo da responsabilidade civil médica, o dever de proteção e promoção dos melhores interesses do paciente atualiza a discussão sobre os pressupostos tradicionais da obrigação de indenizar: a renovação do conceito de ilicitude; o redimensionamento da noção da culpa; a flexibilização da causalidade; os novos confins dos danos e a própria expansão da imputação objetiva de indenizar, no conserto ente obrigações de meio e de resultado. E para além do território clássico do direito privado, acresce-se a discussão sobre os aspectos consumeiristas que envolvem a massificação das relações contratuais envolvendo hospitais, planos de saúde e pacientes vulneráveis, demandando construções jurisprudenciais e doutrinárias aptas à tutela ótima da pessoa humana.

PALABRAS CLAVE: responsabilidade civil médico/hospitalar; relação médico-paciente; direito à saúde; dignidade da pessoa humana; obrigações de meio e resultado; planos de saúde.

ABSTRACT: Medicine advances in a surprising way. Biolaw is affirmed at the confluence between law, medicine and ethics, and health is established as a fundamental right, as a projection of the principle of the dignity of the human person. Civil liability, of an originally pecuniary nature, individually and exclusively reparatory, starts to deal with existential goods, including meta-individual dimensions, prioritizing an ex ante prevention function, in the protection of the human personality. In the field of medical civil liability, the duty to protect and promote the best interests of the patient updates the discussion about the traditional precepts of the obligation to compensate: the renewal of the concept of unlawfulness; the resizing of the notion of guilt; the flexiblility of causality; the new limits of the damages and the very expansion of the objective imputation of indemnity, in the restoration of obligations of means and of result. And beyond the classic territory of private law, there is also a discussion about the aspects related to consumption by the masification of contractual relations involving hospitals, health plans and vulnerable patients, demanding jurisprudential and doctrinal constructions suitable for the optimal protection of the human person.

KEY WORDS: medical-hospital civil liability; physician-patient relationship; right to health; dignity of human person; obligations of means and results; health plan.

SUMARIO: I. A SAÚDE NO ESTADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.- II. A MEDICINA DO SÉCULO XXI: AVANÇOS E PERSPECTIVAS.- III. OS DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO DA MEDICINA: CONTEXTUALIZAÇÃO E PECULIARIDADES.- IV. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS: ESPECIFICIDADES E MODOS DE CARACTERIZAÇÃO.- V. A COMPLEXA QUESTÃO PROBATÓRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.- 1. Perda da chance e atividade médica.- VI. A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE COMO UMA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DA APLICAÇÃO DO CDC.- 1. Planos de saúde: experiência brasileira contemporânea.- VII. RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS POR ATOS DOS MÉDICOS: REGIME ESPECIAL.- VIII. DANOS SOFRIDOS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU POSTOS DE SAÚDE.- 1. Serviços públicos sociais x serviços de relevância social.- IX. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: UM TEMA RECORRENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.- 1. Obrigações de meio.- 2. Obrigações de resultado.- A) Outras exceções construídas doutrinária e jurisprudencialmente.- B) Procedimentos de natureza mista.- 3. A caminho da superação da dicotomia: novos critérios hermenêuticos?.- X. IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA INTERPRETAÇÃO DA MATÉRIA.- XI. UMA CONSIDERAÇÃO DIFERENCIADA EM RELAÇÃO AOS BENS JURÍDICOS NÃO PATRIMONIAI.

"A vida é um hospital
Onde quase tudo falta.
Por isso ninguém te cura
E morrer é que é ter alta".

FERNANDO PESSOA

I. A SAÚDE NO ESTADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Poucos bens são tão preciosos quanto a saúde. Costuma-se dizer, com muita verdade, que só a valorizamos adequadamente quando, por uma razão qualquer, a perdemos, ainda que temporariamente. A responsabilidade civil sempre se ocupou, através dos séculos, com os danos relacionados à ação ou omissão de alguém diante da saúde alheia, com danos mais ou menos graves. Vivemos, hoje, no Estado dos direitos fundamentais, e a saúde dos cidadãos ganha progressivamente importância, não só na formulação genérica de políticas públicas, mas também na solução concreta dos casos em que houve dano. Hoje, diante do "princípio da proteção", próprio da responsabilidade civil do Estado do século XXI, cabe uma postura mais ativa, menos absenteísta, do Estado em relação à saúde dos seus cidadãos[1]. Isso se

[1] A Constituição Federal cuida particularmente da saúde nos artigos 196 e seguintes. Estatui, por exemplo, que a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (CF, art. 196). Cabe consignar que a jurisprudência brasileira, na linha de vários precedentes, reconhece que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e

aplica não apenas quando o Estado, por seus serviços públicos de saúde, presta atendimento. Mas também diante dos abusos nos poderes privados, como cada vez mais se vê por parte dos planos de saúde, cuja atuação vem sendo objeto de progressivas e reiteradas reclamações de seus usuários. O Estado não pode se omitir diante dessas circunstâncias.

Registre-se, em linha de princípio, que podemos nos valer, como critério interpretativo para avaliação da conduta médica, do "dever de tutela do melhor interesse do paciente"[2]. Trata-se de vetor hermenêutico em favor da integridade física e psíquica do paciente. Trata-se, dizemos nós, do princípio da boa-fé objetiva, particularizado na conduta médica. Não agir apenas à luz das próprias conveniências (deixar para o mês que vem algo que deveria ser feito agora porque está com viagem marcada), ou interesses econômicos (resolver, entre dois pacientes, por internar aquele que lhe traz maior proveito financeiro).

O paciente, ademais, diante do médico, está em posição de vulnerabilidade. Não conhece, em regra, os meandros do tratamento, não sabe como agir nem o que esperar. Sem mencionar que a doença e a dor fragilizam, por si só, o ser humano, deixando-o em posição sensível[3]. A boa-fé objetiva deve iluminar fortemente essa relação, impondo ao profissional de saúde um dever de agir com lealdade, zelo e cooperação, abstendo-se de condutas que possam frustrar as legítimas expectativas do paciente, ainda que subjetivamente desconhecidas no momento do dano (por exemplo, a legítima expectativa que o direito protege, no caso, é a de receber o melhor tratamento possível à luz da ciência contemporânea. Se o médico sonega um tratamento, por uma razão qualquer, o dano se caracteriza, ainda que o paciente desconhecesse aquela possibilidade).

As soluções regulamentares trazidas pelo Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009, DOU 24/09/2009) não vinculam, por certo, o magistrado, mas poderão trazer valiosos subsídios informativos acerca de um campo em relação ao qual o juiz não dispõe de formação técnica. O Código de Ética Médica, por

dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde (STJ, AgRg no REsp 1.297.893, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 05/08/2013).

[2] TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea", *Temas de Direito Civil. Tomo II*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 94. Registre-se, com o perdão da obviedade, que a interpretação jurídica do século XXI não pode desprezar o direito posto, mas também não se prende ao literalismo legal. O direito é lido sob uma perspectiva ética, que dialoga com a sociedade, e não se satisfaz com conceitos apriorísticos e formais. Isso não significa, em absoluto, que o juiz possa se libertar dos limites e das possibilidades que a ordem jurídica traz. Não se trata de voluntarismo, mas de hermenêutica que reconhece a força normativa dos princípios e dialoga com a teoria dos direitos fundamentais.

[3] O Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009, DOU 24/09/2009) prevê, por exemplo, no Capítulo I, item XXII, que "nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados". Conforme frisamos no texto, as soluções regulamentares trazidas pelo Código de Ética Médica, conquanto não vinculem o magistrado, podem eventualmente trazer valiosos subsídios para a solução das demandas relativas à matéria.

exemplo, veda ao médico "deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal" (art. 34). Proíbe que o médico abrevie a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (art. 41 e parágrafo único).

Outro ponto da maior relevância, conectado à boa-fé objetiva, é que os deveres de cuidado não dependem de um contrato para existir. Podem nascer antes do contrato e podem se estender para depois dele ("post contractum finitum"). Sem falar que o contrato pode nem existir, como ocorre nos atendimentos – sejam de urgência ou não – na rede pública. Depois da cirurgia, a ausência do acompanhamento médico (ou o acompanhamento deficiente) pode ser extremamente danosa ao paciente. Sobretudo se não tiver havido, de forma clara e minudente, a informação sobre como o paciente deverá agir. A prova de que a informação foi dada, e compreensivelmente dada, incumbe ao médico. Também incumbe ao médico a prova do consentimento informado do paciente, naquelas hipóteses em que o consentimento é possível. Voltaremos ao assunto.

Ninguém desconhece ser limitado o potencial das normas jurídicas. Elas não podem obrigar os médicos – ninguém, na verdade – a agir com atenção, simpatia, gentileza. Mas há um núcleo normativo de deveres que se impõem, ainda que flexíveis e variáveis à luz das circunstâncias dos casos concretos. Lembrando que no campo da responsabilidade civil prevalece, com progressiva força, o princípio da proteção prioritária à vítima do dano, conjugado com o princípio da reparação integral.

Espera-se que médico esteja adequadamente informado sobre seu campo de atuação profissional e que aja, a todo tempo, de forma leal, correta, transparente, responsável. Que aja, enfim, banhado pela boa-fé objetiva. A desatualização do profissional pode, eventualmente, ensejar responsabilidade civil, se causar dano (prescrição de medicamento, por exemplo, cujos artigos científicos recentes evidenciam perigo para a saúde humana). Pode haver, também, conforme adiante veremos, a aplicação da teoria da perda da chance na responsabilidade civil médica (pensemos na conduta do médico que deixa de prescrever um novo medicamento cuja eficácia e segurança já foram comprovadas, e a doença do paciente se agrava. Não é certo que o paciente ficaria curado ou mesmo melhoraria com ele, mas não se pode negar que haveria uma chance. As circunstâncias é que dirão se a chance era, no caso, séria e razoável).

Por outro lado, é preciso sempre lembrar que nem tudo está sob o controle do médico, por mais diligente que seja. É possível, por exemplo, que em procedimento cirúrgico ocorra parada cardíaca que não esteja, em absoluto, relacionada à ação negligente dos médicos. Não se controlam todas as reações e comportamentos do corpo humano. É possível, por exemplo, que a paciente, mesmo após a laqueadura

de trompas, volte a engravidar (em decorrência, digamos, de permeabilidade tubária que recanaliza as trompas). O que se impõe, em casos assim, é investigar se houve o devido e concreto cumprimento dos deveres de informação, esse é o ponto relevante.

Medicina, enfim, não é uma ciência tão exata como gostaríamos que fosse. As formas de abordagem e terapêutica diante do mesmo problema variam enormemente, dependendo do médico. Além do mais, conforme frisamos, os organismos humanos nem sempre respondem do mesmo modo. Quanto mais complexas forem as variáveis, mais difícil será prever, com exatidão, o que pode acontecer. Não raro, frente a um mesmo dilema técnico, médicos divergem frontalmente. Não é simples nem fácil, nesse contexto, solucionar judicialmente essas demandas, sobretudo se tivermos em conta o óbvio fato que o juiz não dispõe, pessoalmente, de formação profissional na área médica. Não cabe, nesse contexto, segundo pensamos, que o juiz pretenda se substituir ao médico[4]. Em questões complexas, com múltiplas e simultâneas visões da ciência médica sobre o tema, deve-se adotar uma postura judicial de prudência e parcimônia. Cabe, por isso, em certos casos, operar com o minimalismo e com técnicas de contenção judicial ("court curbing"). Talvez o minimalismo possa ser resumido numa expressão que se tornou célebre: "o uso construtivo do silêncio", na dicção célebre de Cass Sunstein – que tem publicado, nas últimas décadas, relevantes obras sobre o tema. Em outras palavras, "julgar, mas não julgar muito". "Ou julgar sem dizer tudo". Não decidir o que puder ficar sem decisão. Decidir apenas o essencial[5].

II. A MEDICINA DO SÉCULO XXI: AVANÇOS E PERSPECTIVAS.

Estamos, no século XXI, bem distantes da medicina do início e de meados do século passado. Até mesmo se nos compararmos, em linha do tempo, com algumas

[4] Por exemplo, "apurou que a oxigenoterapia era tratamento premente e essencial à preservação da vida do autor e que "não há como estabelecer como único vínculo para a retinopatia de prematuridade a utilização da oxigenoterapia, pois além deste fator, no presente caso, a apelante também nasceu com insuficiência respiratória grave, sendo imprescindível naquele momento afastar o risco de morte" e o acórdão impugnado, com base em laudo pericial, consignou que "o oxigênio somente não é suficiente nem necessário para desencadear retinopatia da prematuridade, e o nível seguro de oxigênio ainda não foi determinado" pela ciência, de modo que só se concebe a revisão da decisão por meio do reexame provas, obstado pela Súmula 7/STJ" (STJ,REsp 992.821, Rel. Min.Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 27/08/2012).

[5] SUNSTEIN, C.: *The Partial Constitution*, Cambridge, Havard University Press, 1998. O tema tem especial pertinência nas discussões relativas à jurisdição constitucional. Na literatura americana são comuns as referências à obsessão acadêmica que se tornou, desde Bickel, a dificuldade contramajoritária. São muitas as propostas teóricas – descritivas ou normativas – que buscam abordar a tensão que se renova entre democracia e constitucionalismo. Associa-se, com ou sem razão, a limitação da ação estatal à revisão judicial. Diz-se ainda que a jurisdição constitucional impede a tirania da maioria sobre a minoria e, com isso, protege direitos fundamentais. Essa visão, porém, simplifica um problema cujas bases são muito mais complexas. Cf. SANCHÍS, L. P.: *Pressupostos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales,* Madrid, Trota, 2003. SANTIAGO NINO, C.: *La Constitución de la Democracia Deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 1997.

décadas atrás. O avanço foi assombroso, admirável. O avanço da genética nos convida a debater delicados dilemas éticos. Nasce o biodireito, para cuja formulação confluem, além do direito, a medicina e a ética. As células-tronco surgem como luminosa esperança para doenças antes incuráveis. A reprodução assistida acena para os casais – incapazes, por qualquer razão, de "engravidar" – com a preciosa promessa de um filho. Os avanços, enfim, são muitos e surpreendentes. Há alguns anos realizou-se, pela primeira vez, um transplante facial. Uma mulher que foi atacada por um cachorro e teve seu rosto desfigurado – com as capacidades de mastigar e falar comprometidas – foi submetida a 21 horas de cirurgia e recebeu uma nova face (com nariz, lábio e queixo de uma mulher que tinha sofrido morte cerebral, em caso ocorrido na França). Posteriormente, outro semelhante ocorreu nos Estados Unidos, com um homem que teve seu rosto desfigurado por uma descarga elétrica.

Cresceu vertiginosamente não só o conhecimento humano em determinadas áreas – que era precário e fragmentado, embora nosso conhecimento seja sempre, conceitualmente, insuficiente, sempre em evolução[6] – como as tecnologias digitais também se notabilizaram por incrível eficácia e precisão. Hoje, com os *lasers* e os exames digitais, estamos realmente muito distantes da medicina em boa parte intuitiva desempenhada no início do século passado[7]. Como em muitas outras relações do nosso século, a relação médico/paciente, atualmente, é bastante distinta do que foi no passado. Praticamente não temos mais uma figura antes clássica: o médico da família, que frequentava a casa e era íntimo do grupo familiar. Hoje as relações são impessoais e massificadas, firmamos contratos de adesão com empresas de saúde.

Observa-se, igualmente, na medicina dos nossos dias, uma crescente especialização. Há uma conhecida blague que diz: saberemos cada vez mais sobre cada vez menos. O dito irônico parece aplicar-se a determinadas áreas do conhecimento, embora a medicina precise sempre – e os médicos sabem disso melhor do que ninguém – considerar o comportamento humano em sua bela integralidade, inclusive espiritual. Há, também, de modo inegável, uma massificação da medicina. Se há, nisso, aspectos positivos – como, em tese, a ampliação do número de pessoas atendidas –, há, por outro, notas não tão felizes: é proverbial que os médicos dispõem, hoje, de um tempo menor para cada paciente. No sistema público de saúde, e mesmo nos médicos credenciados pelos planos, o fenômeno se potencializa de modo triste. Há

[6] Assim, quanto mais "compreendemos sobre o mundo, quanto mais profundo nosso conhecimento, mais específico, consciente e articulado será nosso conhecimento do que ignoramos – o conhecimento da nossa ignorância. Essa, de fato, é a principal fonte da nossa ignorância: o fato de que o nosso conhecimento só pode ser finito, mas nossa ignorância deve necessariamente ser infinita". (POPPER, K. R.: *Conjecturas e refutações*, Trad. Sérgio Bath, 5 ed., Brasília, UNB, 2008, p. 57).

[7] Seja-nos permitida, aqui, uma anotação curiosa. Mudamos socialmente tanto, em relativamente tão pouco tempo, que ainda se encontram nos livros clássicos brasileiros de responsabilidade civil (atualmente reeditados) capítulos sobre a *responsabilidade civil das parteiras*. Talvez seja mesmo pertinente que haja a menção, sendo certo que o Brasil – com suas "vastas solidões" – é país continental (perdoem-nos o truísmo), com realidades incrivelmente distintas coexistindo no mesmo século. Só fazemos o registro para anotar quão dinâmica é a responsabilidade civil, o instituto jurídico que mais se redefine espelhando mudanças sociais.

casos grotescos: em 2013, no Rio de Janeiro, um senhor diabético precisava amputar a perna esquerda. Por erro médico e da enfermagem, amputou-se a perna direita. Horas depois, o paciente, ainda sedado, foi novamente levado à sala de cirurgia, e amputou-se *também* a perna esquerda. Os familiares, desesperados, não sabiam o que dizer ao pai e avô quando acordasse e se percebesse sem as duas pernas.

O dever de bem informar – viga mestra das relações de consumo – incide com particular vigor nas relações entre médicos e pacientes. O paciente encontra-se, comumente, diante do médico, em situação de inferioridade técnica, por não conhecer as vantagens e desvantagens de cada um dos procedimentos e técnicas[8]. O destinatário da informação nem sempre é o paciente, pode ser familiares dele ou até mesmo outros médicos ou hospitais, para onde o paciente foi transferido. É inadmissível que o hospital, ao transferir um paciente, não forneça – sem que para isso precise ser solicitado – os dados e subsídios acerca do tratamento ministrado ao paciente até então. O mesmo vale para o médico, sob cujos cuidados estava o paciente, posteriormente transferido para os cuidados de outro profissional. São precauções básicas, mínimas, cuja ausência podem redundar em óbvios e grandes danos.

Hoje, com a velocidade na transmissão das informações, tudo isso está facilitado, e a medicina se reinventa continuamente. Novas vacinas, modos de diagnóstico (precoce) de doenças, modos de combater velhas doenças com mais eficácia e de modo menos invasivo. Procura-se não só debelar o mal, mas assegurar qualidade de vida ao paciente. Isso não impede que surjam doenças que nossos avós nunca ouviram falar (lidamos, atualmente, cada vez mais com doenças como o "Alzheimer", o que talvez seja resultado do contínuo crescimento da nossa expectativa de vida). Outras tem feições mais recentes, como a chamada síndrome de "burnout (burn out)", caracterizada pelo esgotamento emocional, mental e físico, quase sempre ligada ao estresse no trabalho. A vida contemporânea traz múltiplas dificuldades e desafios e o estresse faz parte, em maior ou menor medida, da existência de quase todos nós. A síndrome do pânico, por exemplo, talvez seja um dos tristes reflexos disso. Seja como for, retomando o ponto inicial, são imensos os benefícios que a tecnologia traz à medicina. A internet, também aqui, revolucionou costumes e práticas. Sugerimos ao leitor a leitura do capítulo relativo à responsabilidade civil digital[9].

[8] Isso, com o Google, relativizou-se, não sendo raro que o paciente chegue ao consultório sabendo mais acerca daquela moléstia específica do que o clínico geral. Obviamente, trata-se de um saber confuso, fragmentado e pouco confiável. Se há, na internet, boas fontes de pesquisa, há também aquelas lamentáveis. Nem sempre o curioso sabe distinguir uma da outra.

[9] A internet vem revolucionando nosso modo de ser e conviver de muitos modos. Na ciência médica, não é diferente. Registre-se, a propósito, o notável sucesso do blog do médico José Carlos Souto, de Porto Alegre. Muito bem escrito e com forte respaldo científico, vem propiciando aos brasileiros informação de qualidade sobre nutrição, desfazendo perigosos mitos sustentados pelo lugar-comum (ver *lowcarb-paleo.blogspot.com.br*). É confortador perceber como certas verdades, mesmo que severamente combatidas, cedo ou tarde se impõem.

III. OS DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO DA MEDICINA: CONTEXTUALIZAÇÃO E PECULIARIDADES.

Os danos causados pelos médicos despertam especial atenção porquanto atingem a vida e a saúde humanas, que estão dentre nossos bens mais valiosos. São danos, em boa medida, irreversíveis. Bem por isso, Frank Lloyd Wright – arquiteto e escritor americano, que concebeu o Museu Solomon R. Guggenheim, em Nova York – disse, com ironia, que um médico pode enterrar seus erros, mas ao arquiteto resta apenas aconselhar seu cliente a plantar trepadeiras.

Nós ainda não desenvolvemos, no Brasil, o hábito (tão americano) de contratar seguros de responsabilidade civil relativos a danos causados por médicos. Seguros esses, esclareça-se, feitos pelos próprios médicos, quer individual, quer coletivamente, contratados pelas instituições de saúde a que se filiam. Também é verdade, por outro lado, que a matéria entre nós não atingiu a visibilidade que ostenta nos Estados Unidos – nem na quantidade de questionamentos judiciais, nem nos valores de indenização que são arbitrados, reconhecidamente altos por lá[10].

O Código Civil trata da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, de modo amplo[11]. Dispõe sobre a indenização a ser paga por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Só menciona, no entanto, inexplicavelmente, o dano material, evidenciando o caráter defeituoso e até desnecessário – por sua obviedade, naquilo que resolveu ser explícito – dos dispositivos legais nesse ponto.

[10] Assistimos, nas primeiras décadas do século XXI, a luta – a expressão é bem essa – do presidente americano Barack Obama para implantar, ainda que parcialmente, um sistema de saúde pública nos Estados Unidos. O traço individualista da sociedade americana, tão apregoado como nota característica deles – para o bem e para o mal – aqui se faz notar com toda clareza (para o mal). Talvez seja o único país desenvolvido do mundo que não conte com um sistema público de saúde (falamos antes da reforma promovida por Obama). Lá, quem adoeceu tem que pagar. Calcula-se que seis em dez americanos que se tornam civilmente insolventes, tornaram-se porque alguém na família adoeceu.

[11] O regramento vem no art. 951 do Código Civil: "O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Os artigos citados, por sua vez, prescrevem: "Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima". "Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido". "Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez". Há, nos dispositivos citados, certa nota de obviedade, o que evidencia o quão pouco zelosa foi a disciplina do Código Civil a respeito da matéria.

Há alguns pontos que podem ser sistematizados: a) a relação entre médico e paciente – segundo o padrão conceitual tradicionalmente aceito – é uma relação contratual; b) dessa relação podem surgir danos morais, materiais e estéticos; c) o fato de estarmos diante de uma obrigação contratual não implica em presunção de culpa do médico; d) a culpa do médico deverá ser provada, embora possa ocorrer a inversão judicial do ônus da prova; e) a culpa do médico não precisa ser grave, embora exija certeza; f) a obrigação dos médicos é enxergada, em geral, como uma obrigação de meio (não se promete o resultado, a cura); g) haverá solidariedade sempre que se configurar, por ações ou omissões, a participação no resultado danoso (o cirurgião, por exemplo, responde pela equipe médica, mas não, em princípio, pelo ato do anestesista, que responde pessoalmente); h) a culpa pode resultar das circunstâncias, em casos particularmente graves (esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente); i) em caso de erro médico, o paciente não pode ser obrigado a se submeter a novo procedimento ou cirurgia com o "mesmo profissional", em virtude da quebra de confiança.

A responsabilidade civil médica é tida, em geral, como uma responsabilidade civil contratual [12]. Atualmente, conforme já pontuamos, a distinção entre as responsabilidades civis contratual e extracontratual perde força – sobretudo em certas áreas, como nas relações de consumo (as vítimas do evento, por exemplo, são consideradas consumidoras por equiparação, tenham ou não firmado contrato de consumo). Seja como for, há, inegavelmente, um contrato em boa parte dos casos envolvendo as relações entre médicos e pacientes: seja com o plano de saúde, seja com o médico, pessoalmente.

Há consequências relevantes em categorizar a relação entre médico e paciente como uma relação contratual. Por exemplo, cabe lembrar que os juros de mora, na responsabilidade civil contratual, incidem a partir da citação. Se houver falha, por exemplo, no serviço médico-hospitalar, causando danos, a hipótese é de responsabilidade civil contratual. Os juros moratórios, portanto, nesse caso, contam-se a partir da citação. É a pacífica jurisprudência brasileira (STJ, AgRg no AREsp 211.917, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 02/04/2013). Já se estivermos diante de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora contam-se, não da citação, mas desde antes, desde o evento danoso[13].

Cabe lembrar, a propósito, que violações contratuais podem caracterizar ilícitos

[12] J. de Aguiar Dias, nesse sentido, esclarece, escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916: "No direito brasileiro, onde a responsabilidade médica foi regulada em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana... Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial". (*Da Responsabilidade Civil*, Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1954, p. 271-272).

[13] Trata-se de entendimento pacífico, já sumulado (STJ, Súmula 54). Assim, "está consolidada a orientação deste Tribunal Superior no sentido de que os juros de mora incidem desde a data do evento danoso nas hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54/STJ" (STJ, AgRg no AREsp 224.905, Rel. Min Campbell Marques, 2ª T., DJ 11/10/2012).

civis, isto é, não são ilícitas apenas as condutas que violem os artigos 186 e 187 do Código Civil[14]. Por outro lado, nem todas as hipóteses de dever de indenizar perfazem ilícitos. Mesmo atos lícitos, na ordem jurídica brasileira, podem eventualmente dar ensejo à responsabilidade civil.

É importante frisar que mesmo sendo contratual a responsabilidade civil médica, a prova da culpa é, em princípio, da vítima. Dissemos "em princípio" porque é possível – e mesmo desejável, em muitos casos – que ocorra a inversão do ônus da prova. Essa inversão, no entanto, não é automática, será judicialmente deferida à luz das circunstâncias do caso. Já em meados do século passado Aguiar Dias advertia que o fato "de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional"[15].

Em geral, na responsabilidade civil contratual, basta o descumprimento da obrigação para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade de quem descumpriu a obrigação (tradicionalmente) é presumida, sob o prisma probatório. Não é, porém, como vimos, o que ocorre no caso dos médicos. A responsabilidade deles, entre nós, é subjetiva, seja à luz do CDC (art. 14, § 4º), seja à luz do Código Civil (art. 951). Outro aspecto que pede menção é o seguinte: comumente, o inadimplemento contratual gera danos materiais, exclusivamente. A imposição de danos morais é excepcional, embora possível. Na responsabilidade civil médica, no entanto, a indenização por dano moral ocorre com frequência, dada a natureza dos danos experimentados (morte de entes queridos, paraplegia, cegueira etc.). Frise-se, portanto, que a indenização por dano moral, em casos de inadimplemento contratual, embora não seja comum, pode acontecer[16].

Conforme estudaremos adiante, a obrigação dos médicos é enxergada como uma obrigação de meio. Isto é, não se promete o resultado, a cura. A prova da culpa dos médicos, portanto, deverá ser comprovada. Há, porém, algumas áreas em que se entende ser a obrigação de resultado, conforme veremos. O que se torna preciso observar "é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado,

[14] Frise-se que há autores que perfilham uma orientação de total repúdio às violações contratuais como condutas que ensejem ilícitos. Assim, haveria atos que violariam normas vigentes, porém não seriam ilícitos, embora contrários ao direito, porque "*eminentemente relativos"* (GOMES, O.: *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 312-313). Assim, as violações a normas contratuais não seriam ilícitas, por interessarem exclusivamente à outra parte. Cria-se, dessa forma, obliquamente, um novo pressuposto de existência para os ilícitos civis: a violação, para configurar ilícito, teria de ser a normas que "*conferem direitos absolutos e unilaterais"*. As violações às relações jurídicas relativas (negócios jurídicos, poder familiar, gestão de negócios, entre outras), não seriam ilícitas, porquanto relativas às partes envolvidas na relação. Não nos parece adequada essa restrição.

[15] *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 273.

[16] Em sentido semelhante: STJ, REsp 1.080.679, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 01/02/2012. Sem entrar na discussão, tão cara a Pontes de Miranda, no sentido da possibilidade de haver ilícitos absolutos mesmo entre figurantes de uma relação jurídica relativa. Por exemplo, o locador que mata o locatário viola relação jurídica absoluta, não obstante o contrato existente entre eles.

mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência"[17].

Não é necessário, para responsabilizar civilmente o médico, que a culpa seja grave. O direito brasileiro não conhece a gradação da culpa[18]. Mesmo a culpa leve, na responsabilidade subjetiva, obriga a indenizar. Ademais, o que mede, por assim dizer, a indenização, é o dano, não o grau de culpa (Código Civil, art. 944). No Rio de Janeiro, uma criança de 10 anos, atingida por uma bala perdida na noite de Natal, aguardou oito horas em hospital público sem o devido atendimento e veio a falecer. O médico plantonista (neurocirurgião) havia faltado, e possuía, segundo a imprensa, um crônico histórico de faltas, sobretudo em datas festivas. O Código de Ética Médica, no Capítulo III, art. 9º, proíbe que o médico deixe de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou o abandone sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento. Estatui ainda que na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição. De toda sorte, para que haja responsabilidade civil é preciso que haja nexo causal. Assim, em princípio, mesmo uma culpa leve poderá ensejar graves danos, se as circunstâncias autorizarem o casamento entre a ação ou omissão do médico e o dano.

A negligência, em certos casos, decorre do próprio dano, não precisando ser provada. Se alguém, digamos, tem uma tesoura cirúrgica esquecida no abdome, não é necessário que prove a culpa do médico, apenas que se submeteu àquele procedimento cirúrgico (a situação se complica, sob o ângulo probatório, se houve mais de uma cirurgia, com diferentes equipes médicas). De todo modo, a inversão do ônus da prova é sempre uma possibilidade muito bem-vinda nessa matéria, em favor do paciente (CDC, art. 6º, VIII). Há danos que, por si mesmos, trazem a assinatura da culpa. O médico, por exemplo, que ao realizar endoscopia perfura a bexiga do paciente, age culposamente. Do mesmo modo o dentista que, ao retirar o dente siso, provoca fratura de mandíbula do paciente, age com sonora imperícia.

Se o dano sofrido pelo paciente guarda relação tanto com a conduta do médico como a do hospital (que adiante estudaremos, em tópico próprio), ambos respondem de modo solidário. Por exemplo, age culposamente o hospital (ou o médico) que, embora consciente da necessidade de determinado instrumental para determinada cirurgia, não comunica a situação ao paciente, e deixa de utilizar o instrumental porque o plano de saúde não arca com os custos.

Sendo subjetiva a responsabilidade civil médica, o profissional responderá, igualmente, se *escolher mal* os seus subordinados, ou quem, de qualquer modo, esteja ligado ao serviço por ele desempenhado. A culpa "in elegendo" – tão usada no

[17] AGUIAR DIAS, J. DE: *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 274.

[18] Argumenta-se, nesse sentido: "Melhor, portanto, e mais compatível com o sistema brasileiro que desconsidera a gradação da culpa na caracterização do ilícito, parece ser a consideração da prática do diagnóstico como procedimento sujeito a regras, cautelas e rigores insuprimíveis, investigando-se a diligência do profissional ao executá-lo". TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica", cit., p. 93.

passado e tão em desuso atualmente (embora ainda seja invocada, nem sempre quando deveria ser) – aqui pode ser usada de modo técnico. O cirurgião chefe, por exemplo, responde pelos danos causados por sua equipe. O dermatologista responde pelo dano estético causado por uma assistente, mesmo que não médica. A culpa, aliás, em certas situações, há de ser tida como presumida, cabendo ao médico provar que agiu corretamente (imagine-se uma paciente que vai ao consultório dermatológico fazer uma aplicação de "botox" e saiu com o rosto paralisado, tendo que ficar assim durante meses).

Uma situação que merece menção é a do anestesista. Trata-se de especialidade própria, destacável da figura do cirurgião. Por isso, nem sempre o cirurgião poderá ser chamado a responder por um erro do anestesista, como o anestesista não poderá ser chamado, em princípio, para responder por um erro do cirurgião[19]. Apenas em casos específicos, à luz de circunstâncias que levem a tal conclusão, impõe-se a solidariedade entre eles (processualmente, é importante a propositura da ação contra todos, para evitar as escusas recíprocas, um jogando a responsabilidade para o outro).

Os planos de saúde respondem solidariamente pelos danos causados por médicos credenciados. A jurisprudência, no ponto, é pacífica. O único detalhe digno de nota, por fugir da regra geral, é a situação dos chamados seguros-saúde. Neles, não há responsabilidade solidária. Do que se trata? De planos de saúde, por assim dizer, em que a escolha dos médicos se dá pelos próprios pacientes. Em outras palavras, não há médicos credenciados pelo plano. O paciente escolhe, paga, e depois é reembolsado pela empresa de seguro saúde. Nesses casos, se houver dano, não haverá solidariedade. Apenas o médico responde.

Se o cirurgião plástico (ou o médico em geral) provoca um dano no paciente, quebra-se, por certo, o vínculo de confiança e legítima expectativa de tranquilidade que havia. O paciente não pode ser obrigado a refazer o procedimento com o mesmo médico – geraria ansiedade e mútuos constrangimentos. O melhor é que se imponha o dever de custear procedimento semelhante com outro profissional de escolha do paciente, em escala financeira semelhante, eventualmente um pouco maior, em relação àquela que foi inicialmente paga (não seria razoável que o paciente pudesse escolher, digamos, o melhor cirurgião do Brasil, cujos honorários orbitam em padrões estratosféricos).

[19] Eventualmente, se pode pensar em responsabilidade solidária do cirurgião se foi ele quem escolheu o anestesista, e as circunstâncias evidenciarem que ele escolheu mal. Ruy Rosado de Aguiar argumenta que "uma vez demonstrada a causalidade exclusiva do ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião: porém, se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa *in eligendo*" (AGUIAR, R. R. DE: "Responsabilidade civil do médico", *Revista dos Tribunais,* v. 718, p. 43). Nesse sentido, se o dano ao paciente provém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício do seu mister, este responde individualmente pelo evento (STJ, EREsp 605.435, Rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, DJ 28/11/2012).

A solução que propomos, no sentido da cirurgia ou do procedimento ser realizado por outro médico, além de intuitiva, é harmônica com nossa legislação de consumo. É, aliás, o que prevê o CDC, no caso de serviços fornecidos com vício. Autoriza-se o consumidor a exigir, caso queira, a "reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível" (CDC, art. 20, I). Prevê-se, ainda mais, que a "reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor" (CDC, art. 20, § 1º).

IV. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS: ESPECIFICIDADES E MODOS DE CARACTERIZAÇÃO.

Durante boa parte do século passado, os juristas que se dedicavam à responsabilidade civil debatiam e disputavam qual teoria aplicar aos fatos danosos: subjetiva ou objetiva? A teoria subjetiva, clássica, era a que contava com séculos de estrada e tinha o apoio confortador dos códigos civis. A teoria objetiva era, de certo modo, uma novidade, mas ganhava crescentemente adeptos (quase sempre ligada, de algum modo, à teoria do risco). O século XXI resolveu a questão. Nem uma nem outra, mas ambas. O direito brasileiro convive sabiamente com ambas as responsabilidades civis: objetiva e subjetiva[20]. Talvez nem se possa dizer que a subjetiva é dominante, como era no passado. Talvez a responsabilidade objetiva tenha passado à frente (só um exemplo: a grande maioria dos contratos que firmamos, hoje, são contratos de consumo. Neles, a responsabilidade civil é, em quase todos os casos, objetiva).

Já vimos, nesta obra, situações e hipóteses de responsabilidade civil, seja objetiva, seja subjetiva. A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, depende de culpa[21]. Quer apliquemos o Código Civil, quer apliquemos o CDC, a solução, na matéria, é a mesma[22]. O que pode variar, na sistemática dos referidos diplomas, é a valiosa previsão trazida pelo CDC da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). No processo civil, como medida que busca facilitar a defesa dos direitos do consumidor, poderá haver a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a

[20] Tepedino, a propósito, teve oportunidade de frisar – falando sobre a convivência entre as responsabilidades objetiva e subjetiva – que o sistema dualista de responsabilidade atende a um incindível dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado. (TEPEDINO, G.: "As relações de consumo e a nova teoria contratual", *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001**,** p. 177).

[21] Desse modo, na esteira do direito positivo, "(...) no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva" (STJ, REsp. 196.306, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJ 16/08/04).

[22] O Código Civil, conforme já apontamos, estabelece no art. 951: "O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Os artigos citados tratam da indenização no caso de morte, lesão à saúde, ou lesão que impeça ou diminua a capacidade para o trabalho. O CDC, por sua vez, estatui que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva (CDC, art. 14, § 4º).

alegação do consumidor, ou quando ele for hipossuficiente. Em se tratando de erro médico – cabe sempre repetir – o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental[23]. Há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que o poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar essa prova, podem demonstrar – livrando-se da indenização – que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É essa prova que se espera que ele, médico, realize[24].

Pretendeu-se, nos séculos passados, que o médico apenas respondesse por culpa grave, por erros absurdos, manifestos[25]. Hoje, no Brasil, nesta e em outras matérias regidas pela responsabilidade subjetiva, sabemos que não é assim. Basta, em regra, a culpa leve, para que haja o dever de indenizar. A indenização se mede pela extensão do dano (Código Civil, art. 944). Havendo, porém, manifesta desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o magistrado fica autorizado a reduzir, de modo equitativo, o valor da indenização (Código Civil, art. 944, parágrafo único). Essa redução, no entanto, há de ser enxergada com muita cautela, se o dano sofrido guardar relação com a saúde ou com a vida humanas (um médico que, por desatenção, prescreve medicamento a paciente alérgico, que vem a sofrer um choque anafilático e falecer). Miguel Kfouri Neto lembra não ser preciso "que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. A gravidade da culpa, agora, repercutirá na quantificação da indenização"[26].

Há muitos modos do médico – como de resto qualquer profissional – ser negligente. Delegar para assistente inexperiente procedimento que este não domina; realizar cirurgia sem os equipamentos de segurança necessários ou sem realizar o chamado risco anestésico; não verificar alergias ou a ingestão de outras drogas

[23] É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas. (STJ, AgRg no AREsp 25.838, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/11/2012; AgRg no Ag 969.015, REsp 696.284).

[24] Cabe lembrar que a prova da culpa é feita nas instâncias ordinárias. Assim, "a constatação de ter o médico-cirurgião e o anestesista agido ou não com culpa no atendimento a paciente, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ" (STJ, REsp 765.505, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 20/03/2006). Na imensa maioria dos casos de erro médico que chegam ao STJ, não se reabre a discussão acerca dos fatos que causaram o erro médico. Aceita-se, portanto, as conclusões que o Tribunal – federal ou estadual – chegou a respeito da negligência do médico (AgRg no AREsp 221.746, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 28/08/2013). Tudo em atenção à Súmula 7 do STJ, que não autoriza a rediscussão da matéria de fato, em recurso especial. Importante – sempre e em todos os casos de responsabilidade civil – é um olhar atento e contextualizado, prudente e sensível às singularidades do caso, por parte de quem cabe a cognição plena. Não por acaso J. Aguiar Dias afirmou: "Pensamos ter dito o suficiente para mostrar que a responsabilidade médica se define de maneira eminentemente casuística" (*Da Responsabilidade Civil,* cit., p. 285).

[25] ITURRASPE, J. M.: *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 68.

[26] KFOURI NETO, M.:. *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, RT, 2013, p. 95.

incompatíveis ao prescrever medicações etc. Não é aceitável, por exemplo, que vítima de lesão no trânsito, politraumatizada, não seja submetida a exame radiológico ou avaliação neurológica. Ou que o anestesiologista realize, simultaneamente, duas ou mais anestesias.

Erros grosseiros devem refletir, no *quantum* indenizatório, a negligência, o descaso, a imperícia absurda. São, por exemplo, extremamente frequentes os casos de "cirurgia do lado errado". Opera-se, por exemplo, o lado esquerdo do cérebro, ao invés do direito. Para o nosso pasmo, são casos mais comuns do que poderíamos imaginar. Em setembro de 2013, no Rio de Janeiro, um senhor, diabético, que deveria ter a perna esquerda amputada, teve sua perna direita extirpada por engano. Ficou, absurdamente, sem as duas pernas, sendo obrigado, pelo resto da vida, à companhia dolorosa de uma cadeira de rodas. Isso pelo descaso negligente e criminoso do serviço público de saúde.

O atendimento aos deveres de diligência e cuidado – e, por certo, a eventual falta deles – deverá ser apreciado caso a caso, de modo contextualizado, sendo relevantes, entre outros pontos, as condições subjetivas do paciente e do médico. Pontes de Miranda, a propósito, frisa que a "diligência subjetivamente a mais resulta, de ordinário, de exercício da profissão: a culpa do advogado especialista há de ser mais rigorosamente apurada que a do advogado sem especialidade; passa-se o mesmo com o médico, o engenheiro, o arquiteto, ou outro profissional, cuja profissão seja suscetível de especialização"[27]. Outro ponto de intuitiva compreensão: se o médico se vale de método experimental deverá arcar com os riscos do procedimento, isto é, sua conduta poderá ser mais severamente analisada. Há casos, no entanto, conforme já tivemos oportunidade de frisar, em que a culpa resulta das circunstâncias do evento, não precisando ser demonstrada. O instrumento cirúrgico esquecido dentro do corpo do paciente é assinatura reconhecida em cartório de negligência. Não se precisa, por óbvio, produzir prova de que o corpo médico agiu mal.

Um médico, por exemplo, não deve, sem autorização do paciente, durante a realização de cirurgia ou procedimento ambulatorial, tomar decisões que poderiam ser tomadas, posteriormente, pelo paciente, sem que a demora represente risco. Sobretudo, por certo, quando tais decisões ostentam o caráter da irreversibilidade (amputações, retiradas de tecidos, transfusões etc.). Trata-se, obviamente, de orientação genérica que comportará exceções, à luz dos casos concretos: se a intervenção é de urgência, e a amputação, digamos, ou é feita naquele momento ou pode comprometer a vida do paciente (gangrena, por exemplo), estaremos diante da exceção legítima e autorizada. O julgador, ademais – e isso nem sempre é lembrado –, precisa ter presente que muitas vezes é a audácia (segura) do médico que pode salvar a vida do paciente. Um médico inseguro ou cauteloso demais nada faria. E a omissão excessivamente cautelosa pode ser trágica para o paciente.

Estamos diante da saúde humana, em sua indissociável integralidade. Não se admite,

[27] PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 259.

aqui, consentimentos para a prática de danos, quaisquer que sejam. Afirmar isso não equivale a negar qualquer validade para o chamado consentimento informado[28]. O consentimento informado – cujo ônus da prova caberá sempre ao médico ou a instituição de saúde – *poderá*, conforme o caso, ostentar prestabilidade jurídica, desde que o procedimento ou tratamento seja adequado e proporcional, diante da situação fática posta. Não, porém, como mero formulário padrão, mas como dever de informar – bem, leal e concretamente – acerca dos riscos e possibilidades do tratamento. Nesse contexto, o formulário poderá, também, ser usado, mas não imuniza, de modo absoluto, a responsabilidade civil dos médicos ou planos de saúde diante da informação falha, defeituosa ou omissa.

Feitas essas ponderações, repita-se que não se admitem, aqui, consentimentos para que danos sejam praticados contra o corpo humano. Pontes de Miranda já houvera observado que "o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, tanto mais quando o cliente ou a pessoa atendida em caso de acidente pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente ou de má-fé (*e.g.,* para ganhar o dinheiro da operação), o que seria a sua doença"[29]. Aliás, nas relações de consumo – e a relação entre médico e paciente é relação de consumo, conforme adiante veremos – são nulas as cláusulas que afastem ou mesmo atenuem o dever de indenizar (CDC, art. 51, I).

O cuidado que o médico deve ter com o paciente não se exaure no procedimento em si, estende-se para depois dele, e na verdade inicia-se antes, com os severos deveres de informar com lealdade e clareza. A boa-fé objetiva torna ainda mais fortes os deveres que cabem ao médico, podendo ser civilmente responsabilizado se agir de modo desinteressado e pouco zeloso com o paciente, em quaisquer das fases temporais da relação. Necessário, contudo, para que a indenização se faça presente, que tenhamos nexo causal entre o dano e a conduta médica.

A culpa da vítima – aqui como nos demais campos da responsabilidade civil – poderá atuar, seja rompendo o nexo causal, se exclusiva, seja autorizando a redução do *quantum* indenizatório, se concorrente. Se, por exemplo, o paciente omite do médico determinada moléstia ou situação (alergia a determinado medicamento, digamos, ou que está fazendo uso de determinado remédio). Porém, mesmo nesse caso, a questão só terá relevância jurídica se o médico "não tinha", no caso concreto, o dever de averiguar a situação por outros modos. Não se protege a conduta do médico que, negligentemente, deixa de verificar previamente os possíveis riscos relativos ao procedimento que realizará.

O erro de diagnóstico pode, dependendo do contorno fático, gerar dever de indenizar[30]. Não será qualquer erro de diagnóstico que ensejará responsabilidade civil. Necessita-se, em linha de princípio, que o erro de diagnóstico esteja ligado, em

[28] O Código de Ética Médica prevê, no art. 22, ser vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte".

[29] PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado,* cit., p. 436.

[30] PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado,* cit., p. 436-437.

nexo causal, a um dano. E que o erro tenha sido culposo. Por mais que digamos – e que faça parte da tradição jurídica brasileira – que na órbita civil qualquer culpa, mesmo a leve, enseja a indenização, não é difícil verificar, na responsabilidade civil dos médicos, que a jurisprudência, talvez inconscientemente, só os responsabiliza em casos em que a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) revela alguma gravidade. Em parte, pensamos, porque em certos casos – como o erro de diagnóstico – é de fato difícil que tenhamos uma linha nítida entre o erro e a avaliação subjetivamente variável de cada profissional da medicina.

Quando a culpa se mostra evidente, a responsabilização se torna menos difícil. Por exemplo, em caso de paciente que compareceu cinco vezes ao hospital, sendo sempre atendido, sem que o médico identificasse uma apendicite. O atraso, no caso, ocasionou a supuração do apêndice, infecção e morte. Entendeu-se que houve negligência. Ou na situação da vítima que apresenta quadro infeccioso claro, a exigir antibiótico, que só lhe foi ministrado no oitavo dia de internação, quando seu estado já era irreversível. Também haverá erro grosseiro quando o clínico deixa de identificar sintomas de apendicite aguda, revelando absoluto descaso com o paciente, já internado, do que decorre peritonite e a morte da vítima. De igual modo quando médicos de pronto-socorro subestimam a gravidade dos ferimentos sofridos por criança de três anos de idade, vítima de atropelamento. Examinam-na superficialmente e prescrevem medicação insuficiente. Seis dias depois, a criança morre, em consequência de fratura craniana, seguida de comoção cerebral e hemorragia intracraniana[31].

São mais raras, comparativamente aos médicos, os casos de responsabilidade civil dos farmacêuticos. Poderão ocorrer, como de resto com qualquer profissional. Se, por exemplo, o farmacêutico convence o paciente a não seguir a prescrição médica, porque há outro remédio – segundo ele – mais barato e melhor, e ocorre dano relacionado à indevida prescrição, a responsabilidade civil pode se configurar. Não se pode excluir, em casos assim, a possibilidade de culpa concorrente do paciente, que deve ser excluída nos casos de pessoas sem instrução, mais vulneráveis e sem defesa.

Questão complexa diz respeito à seguinte indagação: até onde o juiz pode ir nas discussões médico-científicas? Se havia duas ou mais ações terapêuticas possíveis, e o médico optou por uma delas (que veio a causar danos), será possível responsabilizar civilmente o médico, porque a outra alternativa (ou as outras alternativas) se mostravam menos danosas e igualmente legítimas? A resposta, segundo cremos, é positiva, porém excepcional. Em outras palavras: apenas se, no caso concreto, evidenciar-se o erro de conduta técnica. Se, porém, a matéria mostrar-se controversa ou instável, com múltiplas abordagens terapêuticas igualmente aceitas, torna-se pouco razoável pretender responsabilizar o médico. Se a literatura médica, ainda que parcialmente, secunda a ação do médico no caso concreto, e se não houver dúvidas acerca do diagnóstico do paciente, não se pode

[31] Colhemos alguns exemplos que estão em KFOURI NETO, M.: *Responsabilidade Civil do Médico,* cit. p. 102-105.

legitimamente falar em erro de conduta técnica.

Por outro lado age culposamente o médico que não utiliza todos os recursos disponíveis para a detecção do mal (dependendo da situação, radiografia, tomografia computadorizada, ultrassom, exame neurológico etc.) e exclusão de possíveis enfermidades. Não é razoável que se alegue, em hospitais públicos, ausência de equipamentos ou de remédios. Se isso ocorrer, poderá haver responsabilidade civil do Estado, embora não dos médicos, se no caso concreto ficar evidenciado que eles não poderiam – pela escassez ou ausência de condições técnicas – agir de modo diverso de como agiram.

Situação delicadíssima é a seguinte: se, em hospital público, reconhecidamente carente de recursos e equipamentos, há dois os mais pacientes igualmente graves, e, digamos, apenas uma vaga na UTI. O que fazer? O ideal é que se tenham normas administrativas minimamente objetivas que regulem a situação. Algum critério há de existir – seja a antiguidade na fila de espera, seja a gravidade do caso (segundo critérios claros e aferíveis), seja a irreversibilidade de determinada situação (os médicos costumam alegar, em situações assim, que é melhor investir os recursos escassos para cuidar de quem tem chances razoáveis de recuperação, em detrimento de quem não as tem). Seja como for, o tema é delicado, exige muita cautela e zelo singular.

Sempre que a situação descrita ocorrer, o Estado responderá civilmente pelos danos. O médico, em princípio, não responde, a menos que as circunstâncias evidenciem que ele realizou a escolha por razões outras, não estritamente médicas (optou, por exemplo, pelo paciente cuja família faria um "complemento financeiro" ao tratamento; optou por alguém famoso ou amigo de sua família; optou por alguém por razões de raça, ou preferência sexual etc.).

V. A COMPLEXA QUESTÃO PROBATÓRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.

Os danos estão ligados, de modo inseparável, à prática médica. É natural que seja assim. Sempre existiriam e sempre existirão. Uma cirurgia, por mais indicada que seja à situação do paciente, envolve riscos, nem sempre controláveis. A medicina, para curar e tratar o ser humano, necessita, por vezes, de procedimentos invasivos e aparentemente agressores do corpo humano. O corte cirúrgico, a quimioterapia, a radioterapia – para ficar nos exemplos mais óbvios – são procedimentos que ostentam um fim legítimo e tecnicamente escorreito, porém causam, em maior ou menor amplitude, desconfortos, dores, traumas.

É complexo o vislumbre do nexo causal na responsabilidade civil médica. Cada organismo humano guarda suas idiossincrasias, suas particularidades. As mesmas drogas nem sempre atuam de modo uniforme em pessoas distintas. Por isso é correto – *de lege ferenda* – que a responsabilidade civil do médico dependa da culpa. Nem todo dano há de ser indenizável. Percebe-se, em suma, que a responsabilidade civil do médico é particularmente permeada por dificuldades. Seu estudo teórico é

realizado, em regra, por juristas que não têm qualificação para discutir os meandros e as linguagens próprias da medicina. É difícil escapar de certo generalismo. Aliás, em linha de princípio, não é recomendável que o juiz pretenda se substituir ao médico, discutindo a conveniência desse ou daquele tratamento[32]. Seria presunçoso e perigoso esse caminho. Além de ingênuo. O que não significa que não se possa, nos processos, verificar casos em que houve negligência, além de inverter o ônus da prova para que o médico – diante do dano havido – prove que agiu do modo que seria de se esperar.

Aqui entramos em outro campo reconhecidamente problemático: a prova da culpa no erro médico. Há, em qualquer campo profissional, certo corporativismo, certa dificuldade em aceitar a responsabilização dos pares. E a prova que o médico errou necessita, não raro, do depoimento de colegas e da equipe de enfermagem. De perícias médicas. Tudo isso, é natural prever, torna mais difíceis e complexas as responsabilizações, mesmo porque são frequentes, também, como dissemos, modos distintos de abordagem técnica para problemas iguais. Cabe sintetizar brevemente o que aludimos de modo fragmentado.

Há, sob o prisma probatório, dois problemas básicos: a) dificuldade na "produção" da prova; b) dificuldade relativa à complexidade da prova, em si mesma considerada. Em relação ao item a, são reconhecidamente difíceis as provas do erro médico em virtude das naturais idiossincrasias humanas. Se o erro demandar, em alguma medida, prova testemunhal, é bastante provável que as testemunhas sejam pessoas que trabalhem com o médico, até subordinadas a ele. Isso é fato eloquente por si só, a dificultar a responsabilização. Em relação ao item b, a dificuldade é outra. Diz respeito às múltiplas e complexas formas de abordagem para um mesmo problema. Medicina não é ciência que se resolva à luz de equações. Não é saber de respostas únicas. Se a solução para determinado problema de saúde é controversa mesmo entre os médicos, como podemos (razoavelmente) responsabilizar o médico que optou por uma solução, e não por outra?

São não só complexos os casos de responsabilidade civil médica, são também de tramitação longa. Quase sempre envolvem perícias. Aguiar Dias, a propósito, propõe que na "apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta a responsabilidade ainda

[32] Aguiar Dias percebeu que "o erro de técnica é apreciado com prudente reserva pelos tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões" (*Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 282).

quando o nexo de causalidade seja mediato"[33].

Cabe lembrar que as circunstâncias podem evidenciar a culpa, independente da prova produzida pela vítima. Se, em procedimento médico de baixíssimo grau de risco, ocorre dano grave a paciente, ao médico cabe provar a ausência de culpa. Não se pode imputar à vítima – tecnicamente vulnerável – a obrigação de ingressar em meandros técnicos, labirintos médico-conceituais que absolutamente não domina, para conseguir a reparação dos danos que sofreu. O que não significa, cabe sempre repetir, que em casos assim deva o médico, invariavelmente, indenizar. Não é essa a solução adequada. Mesmo em intervenções de baixo risco, danos podem ocorrer (os riscos são baixos, porém existem). Esses danos podem estar ligados a situações orgânicas do paciente, peculiares e próprias. O médico não deve, em regra, responder por esses danos, mas deverá, isto sim, produzir a prova de que agiu de modo adequado, correto, zeloso e prudente. Uma última observação a respeito é esta: se as condições orgânicas peculiares do paciente (que originaram o dano) pudessem ser previamente verificadas por determinados exames, que *não foram solicitados pelo médico*, a situação já muda de figura, porquanto o dano está ligado à ação ou omissão médica, formando o nexo causal[34].

Há, por fim, temas ontologicamente complexos, como a infecção hospitalar. Poderíamos caracterizá-la como falha na prestação de serviço, responsabilizando objetivamente o hospital, na qualidade de fornecedor de serviços (CDC, art. 14)? Ou, ao contrário, estaríamos diante de uma excludente de responsabilidade civil, categorizada como caso fortuito ou força maior? Cremos que a primeira posição, que responsabiliza os hospitais, além de tecnicamente correta, contribui pedagogicamente para uma progressiva depuração das práticas hospitalares. Um outro ponto fortalece essa posição: na tradição brasileira, o caso fortuito que exclui a responsabilidade civil é o chamado caso fortuito externo, não o interno. No interno, a responsabilidade continua, persiste. E o que essencialmente caracteriza o caso fortuito interno? Que o fato danoso esteja, de algum modo, ligado à atividade desenvolvida. É, induvidosamente, o que ocorre com a infecção hospitalar em relação à atividade desenvolvida pelos hospitais.

1. Perda da chance e atividade médica.

A teoria da perda da chance ganhou enorme projeção teórica e recebe crescente atenção nos tribunais. Consiste, essencialmente, na indenizabilidade da chance perdida. Em outras palavras, se alguém destrói a chance – razoável e real, não imaginativa ou fictícia – de outrem, a teoria poderá ter lugar. Já se decidiu que a perda da chance se aplica tanto aos danos morais quanto aos materiais (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 04/08/09). Em determinado caso,

[33] AGUIAR DIAS, J. de. *Da Responsabilidade Civil,* cit.*,* p. 285.

[34] O paciente, por exemplo, que traz incontinência urinária como sequela de procedimento cirúrgico, poderá responsabilizar o médico, se a sequela poderia ter sido evitada mediante determinado exame prévio, que não foi feito.

um médico e professor universitário foi a um congresso em Washington, representando o Brasil na organização Pan-americana de saúde. Na volta, surpreendeu-se com o extravio da bagagem, que continha materiais didáticos, projetos, estudos, presentes etc. No dia seguinte ao retorno, prestaria um exame de seleção de mestrado. O abalo psíquico, segundo o médico, aliado à perda da bagagem (contendo material de estudo) foi a causa da reprovação na seleção. Ele foi indenizado pelos danos morais, mas não, como pretendia, com o valor correspondente à bolsa integral que teria se fosse aprovado no mestrado[35].

Definir o valor da indenização, em casos semelhantes, é sempre delicado e problemático. Sobretudo se a perda da chance estiver relacionada com danos morais, o que é possível (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 04/08/09). A tarefa de definir o valor da indenização é uma das muitas dificuldades que se põe diante da teoria da perda da chance. Se, por um lado, deve-se atentar para não se deixar danos sem a devida indenização, por outro é preciso parcimônia para não se indenizar inefáveis probabilidades. Assim, "a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas" (STJ, REsp 1.079.185, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 04/08/09). A chance – que se traduz na possibilidade de algo acontecer – é sempre incerta, mas deverá apresentar contornos de razoabilidade.

A teoria tem sido progressivamente invocada em casos relacionados aos médicos. Por exemplo, como já se decidiu, configura perda da chance a postura do médico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomendou tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo. Privou-se, desse modo, da chance do tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. Decidiu-se, em outra ocasião, que a chance de cura (ou de sobrevivência) passa a ser considerada um bem juridicamente protegido, razão pela qual sua privação indevida é tida como passível de ser indenizada (STJ, REsp 1.335.622, Rel. Villas Bôas Cueva, 3ª T, DJ 27/02/2013). Do mesmo modo, o tratamento inadequado do câncer, por exemplo, reduzindo as possibilidades de cura, possibilita a aplicação da teoria da perda da chance. O STJ, na ocasião, frisou que "nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento" (STJ, REsp 1.254.141, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 20/02/2013). Conceitualmente curioso, no caso, é que o ofensor (o médico, no caso) não responde pelo resultado

[35] O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao votar, ponderou: "Entendo que a companhia aérea não pode ser condenada a indenizar o valor integral da bolsa que o autor perdeu por ter prestado concurso em condições psicológicas adversas. É possível que esse incidente lhe tenha trazido um transtorno, abalando-o a ponto de não prestar um bom concurso. Deve ser indenizado por isso. Incluo até também uma parcela correspondente à perda da chance de prestar um melhor exame. Condenar a companhia aerea a pagar o valor da bolsa é dar como certo o fato de que o autor teria sido aprovado no concurso, como também o fato de que não foi aprovado por causa do extravio. Como tudo isso são probabilidades, penso que a reparação deve ser deferida, mas não no valor correspondente ao da bolsa" (STJ, REsp 300.190, 4ª T., DJ 18/03/02).

danoso em si (a doença; afinal de contas não foi o médico que a causou), mas sim pela chance subtraída ao paciente de cura. Chance, frise-se, que para ser indenizável deverá ostentar os caracteres da concretude e da razoabilidade. Nessa moldura conceitual, a chance de cura emerge como um bem jurídico autônomo, cuja lesão poderá ser indenizável. Só os casos concretos, e seus múltiplos matizes, poderão iluminar a utilização da teoria. Lembrando que o ônus argumentativo, nesse caso, é ainda maior por parte do julgador, porque indeniza-se a chance perdida, que por mais razoável que se mostre nesse ou naquele caso, ostenta sempre algo de inefável.

VI. A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE COMO UMA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSEQUÊNCIAS HERMENÊUTICAS DA APLICAÇÃO DO CDC.

A responsabilidade civil na área médica – digamos assim, de modo amplo – rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor. A jurisprudência brasileira se consolidou nesse sentido[36]. Esse mudança do lastro normativo, do Código Civil para o CDC, tem consequências hermenêuticas consideráveis, conforme veremos brevemente a seguir.

Não deixa de ser conceitualmente estranho que a jurisprudência brasileira tenha definido que o CDC não se aplica aos advogados, mas se aplica aos médicos. Existem, é óbvio, ninguém desconhece, especificidades em cada uma das nobres profissões – como de resto em todas as outras. Não nos parece, porém, que tais especificidades sejam bastantes para traçar uma muralha teórica entre os advogados e as demais profissões, sujeitando todas, menos uma, ao CDC[37].

Se os advogados, no entender da jurisprudência brasileira, não são considerados fornecedores de serviços à luz do CDC, os médicos o são. Mesmo com reservas em relação à posição adotada no que toca aos advogados, parece-nos correta a orientação jurisprudencial que se firmou no sentido da aplicação do CDC à relação entre médico e paciente. Também, por certo, com mais forte razão, à relação entre consumidores e planos de saúde. Veremos, neste tópico, ambas as situações, em relação as quais a jurisprudência brasileira tem, em regra, desenvolvido construções louváveis.

Os médicos são profissionais liberais. Profissionais liberais exercem, com autonomia, seu mister profissional, sem subordinação técnica a outrem. Os profissionais liberais, segundo o CDC, apenas respondem culposamente pelos danos

[36] A jurisprudência do STJ é firme no sentido da aplicação do CDC aos serviços médicos (STJ, EDcl no REsp 704.272, Rel. Min. Isabel Gallotti, 4ª T., DJ 15/08/2012). Aplica-se o CDC aos médicos, inclusive quanto ao prazo prescricional de cinco anos (STJ, AgRg no Ag 1.229.919, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 07/05/2010). Anteriormente, já se houvera assentado essa aplicação (STJ, REsp 731.078, Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., DJ 13/02/2006).

[37] A jurisprudência do STJ, depois de alguma polêmica, consolidou-se no sentido de não ser possível invocar normas do CDC para regular os danos causados por advogados (STJ, REsp 1.123.422, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., DJ 15/08/2011; REsp 1.134.889; AgRg no Ag 1.380.692, 3ª T., DJ 30/05/2011).

que causem (CDC, art. 14, § 4º). Poder-se-ia perguntar: haveria, normativamente falando, vantagem para o paciente em se aplicar o CDC, ao invés do Código Civil, sendo certo que a responsabilidade civil do médico, nos dois casos, é subjetiva, isto é, depende do elemento culpa? A resposta afirmativa se impõe. Podemos, sem pretensão de exaustividade, citar cinco exemplos dessa vantagem para o consumidor paciente: a) possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor (CDC, art. 6º, VIII); b) possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor (CDC, art. 101, I); c) prazo prescricional mais dilatado (CDC, art. 27: cinco anos, e não três, conforme prevê o Código Civil); d) deveres de informação, por parte do médico e instituições de saúde, particularmente severos (CDC, art. 6º, III; art. 8º; art. 9º); e) invalidade de cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar, em caso de dano (CDC, art. 51, I).

Os pontos acima indicados são de fácil compreensão, nem precisaríamos explicar de modo mais detalhado. Vejamos, porém, com um pouco mais de atenção cada um deles. Em relação ao item a*,* a inversão do ônus da prova, potencialmente falando, é instrumento que torna efetiva a responsabilização civil em casos de erro médico, evitando a "prova diabólica", de difícil produção, e o espírito de corpo que impera nas corporações, quaisquer que sejam. A jurisprudência brasileira tem utilizado, com alguma frequência, a inversão do ônus da prova em casos de erro médico[38]. Lembremos que a inversão pode ocorrer inclusive em processos coletivos (ação civil pública, digamos, ajuizada pelo Ministério Público contra determinado plano de saúde cujos pacientes *não conseguem* marcar consultas ou ser atendidos). A inversão do ônus da prova não significa que o fornecedor estará obrigado a arcar com os custos de perícia solicitada pelo consumidor. Poderíamos elencar outras vantagens processuais de se invocar o CDC em casos de erro médico. É vedado, por exemplo, nas lides de consumo, a denunciação da lide (CDC, art. 88). Embora o CDC, em sua literalidade, vede a denunciação nas hipóteses do art. 13, parágrafo único, a jurisprudência terminou por assentar que a denunciação da lide é proibida em qualquer hipótese, nas relações de consumo[39].

Em relação ao item b – possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor – teremos, aí, mais um poderoso instrumento para tornar efetiva a reparação dos danos sofridos pelo consumidor (CDC, art. 6, VI). Se, digamos, alguém, domiciliado em Belo Horizonte, vai até São Paulo realizar determinada cirurgia, e sofre danos ligados ao procedimento, poderá propor a ação contra o profissional de saúde (ou contra o plano, ou contra ambos, solidariamente), em Belo Horizonte. A facilitação da defesa dos seus direitos, a propósito, está consagrada

[38] A inversão do ônus da prova é expediente que vem sendo largamente usado na responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas (STJ, AgRg no AREsp 25838, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/11/2012). Precedentes: AgRg no Ag 969.015, Rel. Min. Isabel Gallotti, 4ª T, DJ 28/04/2011; REsp 696.284, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T, DJ 18/12/2009.

[39] Não cabe denunciação da lide no CDC (STJ, AgRg no AREsp 195.165, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 14/11/2012). Não é possível, em nenhum caso, nos processos que têm como objeto relações de consumo, haver denunciação à lide (STJ, AgRg no AREsp 157.812, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 02/08/2012).

dentre os direitos básicos do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

Já no que toca ao item c, ao enquadrarmos a relação entre médico e paciente como uma relação de consumo, teremos, se o paciente sofrer dano, um fato do serviço (acidente de consumo). Aplica-se, no caso, não o prazo prescricional do Código Civil (art. 206, § 3º, V, relativo à prescrição da pretensão de reparação civil), mas o prazo do CDC (art. 27, fato do produto ou serviço). O termo inicial para contagem do prazo prescricional em casos de erro médico se inicia quando a vítima toma ciência da irreversibilidade do dano (STJ, REsp 1.211.537, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 20/05/2013). Prevalece, em relação ao início da contagem do prazo prescricional, o princípio da *actio nata*, o que significa basicamente que o termo inicial do prazo prescricional é a data a partir da qual a ação "poderia ter sido proposta". A ação só pode ser proposta quando a vítima – ou seus familiares, em caso de falecimento – conhece não apenas o dano, mas também quem foi o seu autor. Bem por isso o CDC, no art. 27, estatui que a contagem do prazo prescricional inicia-se "a partir do conhecimento do dano e de sua autoria". O uso da conjuntiva "e", ao invés da disjuntiva "ou", é significativo e expressa bem o que ocorre. Um exemplo singelo: digamos que uma senhora idosa tome vários medicamentos de uso contínuo. Um deles causa-lhe cegueira. O prazo prescricional, na espécie, terá início não a partir da cegueira, mas a partir da descoberta de qual, dentre os medicamentos ingeridos, efetivamente causou o dano.

Em relação ao item d, a aplicação do CDC torna bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (CDC, art. 6º, III; art. 8; art. 9). É preciso esclarecer, em linha de princípio, que tais deveres de informação existem "também" nas relações civis amplamente consideradas, e não apenas nas relações de consumo. Mas é inegável reconhecer que nas relações de consumo tais deveres assumem cores particularmente fortes. O princípio da informação biparte-se em núcleo normativo dúplice: a) direito de ser informado e b) dever de informar. Os deveres de informação são deveres de conduta, exigem uma postura positiva e ativa. O médico que negligencia o dever de informação pode ser condenado a indenizar (STJ, 332.025, Rel. Min. Menezes Direito, 3ª T., DJ 05/08/2002). Informar corretamente, esclareça-se, é informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito. A ausência de informação (ou a informação defeituosa) gera responsabilidade civil, desde que conectada, em nexo causal, a um dano de qualquer espécie[40]. Diga-se ainda que os planos de saúde, ademais, devem observar uma boa-fé qualificada, uma boa-fé que leva em conta o leal cumprimento dos deveres de informação.

Por fim, no que se refere ao item e, diga-se que as chamadas cláusulas de não indenizar, ou cláusulas de irresponsabilidade, são rechaçadas nas relações de consumo (CDC, art. 51, I). Se porventura as admitíssemos, é bem provável que toda força normativa cogente do CDC se esvaísse. As relações de consumo são regidas,

[40] Recomenda-se, por exemplo, que as próteses de silicone sejam substituídas no prazo médio de dez anos. Mas às vezes, apesar dos cuidados profissionais, o dano ocorre. Há alguns anos veio à luz o escândalo das próteses francesas feitas de silicone industrial. Convencionou-se que tanto o SUS quanto os planos de saúde estão obrigados a substituí-las. Quanto maiores, potencialmente, os perigos para a saúde do paciente, mais fortes e severos são os deveres de informação.

dentre outros princípios, pela reparação integral (melhor diríamos princípio da indenização integral, porque falar em reparação, de certo modo, faz pensar em voltar à situação anterior ao dano, ao *status quo ante*, o que só é possível no dano material, não no dano moral). Seja como for, cabe lembrar – como ponto tematicamente conexo – que a jurisprudência brasileira não aceita a chamada "indenização tarifada", que são limites preestabelecidos para a indenização (seja por lei, seja por contrato). Havendo dano, a indenização deverá ser integral. São inválidas, nas relações de consumo, as tarifações prévias da indenização estabelecidas por contrato, ou até mesmo por lei. A única exceção – à luz do CDC – ocorre quando o consumidor for pessoa jurídica. Nesse caso – e é o único – a indenização poderá ser validamente limitada, conforme preceitua a parte final do art. 51, I: "Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis".

1. Planos de saúde: experiência brasileira contemporânea.

A autonomia da vontade ("Privatautonomie") encontra no negócio jurídico seu mais forte símbolo. Vivemos, nos séculos passados, de certo modo, uma hipertrofia da autonomia da vontade nos negócios jurídicos patrimoniais. Hoje percebemos que a vontade não pode ser erigida em valor absoluto, pois, a ser assim, teríamos a concretização da previsão arguta de Lacordaire, que percebeu que entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza, e a lei que liberta. Não mais a liberdade contratual absoluta, mas a paridade. Em outras palavras, o conteúdo (atual) do contrato não corresponde apenas à vontade das partes. Ele é composto por padrões mínimos de razoabilidade que remetem à boa-fé objetiva, ao equilíbrio material entre as prestações e à vedação ao abuso de direito.

Temos, atualmente, relações negociais massificadas e impessoais, e os abusos decorrentes dos chamados poderes privados são cada vez mais fortes. Nesse contexto, quanto maior for a desigualdade entre os figurantes do negócio jurídico, mais intensa e vívida deverá ser a proteção do contratante mais fraco, e menor a tutela da autonomia privada. A tutela da autonomia privada deve ser intensamente resguardada, isto sim, naquilo que diga respeito às escolhas existenciais de cada um (afetivas, religiosas, profissionais etc.).

Dito isso, lembremos que dada a precariedade do sistema público de saúde, é crescente o número de brasileiros que se socorrem dos planos privados de assistência médica. A chamada classe média, em sua quase totalidade, vê-se compelida a firmar tais contratos de adesão, temendo o que lhes possa acontecer, se forem depender exclusivamente do SUS. As classes mais humildes, por absoluta falta de opção, ficam à mercê de uma saúde pública muitas vezes miseravelmente distribuída. Os contratos relativos a planos de saúde – dizendo de modo amplo – são, portanto, pactos de presença praticamente obrigatória na sociedade atual[41].

[41] Cabe ressaltar, nesse sentido, que "embora o contrato seja um contrato de seguro, não se cuida de um contrato de seguro típico, dada a função social que o está a envolver, posto que substitui

Têm como objetivo principal a transferência onerosa dos riscos referentes à necessidade (futura) de assistência médica.

Frise-se que o CDC é aplicável aos planos de saúde (STJ, Súmula 469). Os planos de saúde oferecem seus serviços através de contratos de adesão (CDC, art. 54). Os planos de saúde devem observar uma boa-fé qualificada, já que lidam com a saúde e tudo de valioso para o ser humano que isso envolve. Lembremos que o CDC dispõe de um sistema próprio de nulidades, tendendo a proteger o consumidor. Trata-se de normas cogentes, de ordem pública. As cláusulas abusivas são nulas, não são anuláveis. São frequentes, na jurisprudência brasileira, o reconhecimento de nulidade de cláusulas por violação ao princípio do equilíbrio material entre as prestações. Também são nulas as cláusulas contratuais que ofendem os princípios fundamentais do sistema jurídico (CDC, art. 51, § 1º, I), que restrinja direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual (CDC, art. 51, § 1º, II), ou se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (CDC, art. 51, § 1º, III). São normas propositadamente abertas, cláusulas gerais cuja construção de sentido caberá, de modo contextualizado, ao julgador.

Os deveres de informação devem ser cumpridos com rigoroso escrúpulo. Informação adequada, vale lembrar, é aquela completa, gratuita e útil. Isso significa, por exemplo, em relação à utilidade, que não é dado ao fornecedor "esconder" uma informação útil num mar de informações inúteis. A informação pode assumir várias formas, como por exemplo: a) informação-conteúdo; b) informação-utilização; c) informação-preço; d) informação-advertência. Em outra perspectiva, os planos de saúde têm o dever de informar individualmente aos consumidores acerca do descredenciamento de médicos e hospitais. A não ser assim, teríamos a situação de quem procura atendimento de urgência e é informado, por exemplo, que o hospital não é mais credenciado. Os riscos relativos à informação, no caso, são do fornecedor, não do consumidor. A propósito, o contrato não obriga o consumidor se ele não tiver chance de tomar prévio conhecimento de seu conteúdo (CDC, art. 46).

É abusivo o reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem que se acorde ou se dê ao consumidor qualquer informação a respeito do critério adotado. O fornecedor, se utiliza, por exemplo, expressões como "cobertura total", "cobertura integral" não pode pretender, posteriormente, esvaziar a cobertura, sob pena de afronta à boa-fé objetiva. Em matéria de prescrição, se o segurado entendeu que efetuou pagamento indevido, o prazo prescricional tem sua contagem iniciada a partir do pagamento de cada parcela indevida. Quaisquer exclusões ou limitações do valores de indenização, contratualmente feitas – pelo plano de saúde em relação ao consumidor pessoa física –, são inválidas (CDC, art. 51, I). As excludentes de responsabilidade civil,

função do próprio sistema de saúde oficial ou da seguridade governamental" (NEGREIROS, T.: *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 326).

outrossim, devem ser interpretadas de modo restrito, só podendo ser aceitas em casos excepcionais, que efetivamente demonstrem o rompimento do nexo causal, e não podem, sob nenhum aspecto, estar relacionadas às atividades desenvolvidas pela empresa de saúde.

As empresas de planos de saúde respondem pelos danos praticados pelos médicos credenciados. A única exceção se dá quando o médico é escolhido livremente pelo próprio paciente, que depois é reembolsado pela empresa de saúde (nesse caso apenas responde civilmente o próprio médico, não a empresa de seguro-saúde). Importante sublinhar que nos casos em que presente a solidariedade não cabe discutir maior ou menor participação do agente diante do dano, pois a utilidade finalística do instituto da solidariedade é justamente afastar essas discussões diante da vítima.

Se os planos de saúde se valem de cláusulas dúbias ou mal redigidas, a interpretação, decerto, deve ser favorável ao consumidor (CDC, art. 47). São abusivas, em contratos de planos de saúde, as cláusulas que negam cobertura de próteses, por exemplos, essenciais à cirurgia, ou o tratamento hospitalar dela decorrente. Vale lembrar ser inválida a cláusula contratual que limita o tempo de internação hospitalar (STJ, Súmula 302). Além de não poder validamente limitar o prazo do tratamento, o plano de saúde tampouco pode limitar o respectivo custo. Se o contrato de plano de saúde prevê a cobertura de determinado tratamento, não podem ser excluídos os procedimentos imprescindíveis para seu êxito. Se, digamos, determinada patologia está coberta pelo plano (câncer, por exemplo), não é dado ao plano vedar esse ou aquele procedimento indicado para a cura. A recusa do plano em cobrir o valor de "stents" usados em angioplastia, por exemplo, dá ensejo à indenização por dano moral, em razão da aflição psicológica que se presume em situações semelhantes.

Os planos de saúde não podem negar autorização para cirurgia de emergência, nem mesmo durante o período de carência estabelecido em contrato. Se o fazem, agem abusivamente e devem responder por danos morais (STJ, REsp 1.348.146, Rel. Min. Raul Araújo, DJ 29/11/2013). No caso, determinada empresa de saúde recusou-se a arcar com os gastos decorrentes de laparotomia de emergência. Aliás, a jurisprudência brasileira é firme no sentido de que o plano de saúde que se recusa a atender paciente, a que esteja contratual ou legalmente obrigado, responde pelos danos morais que daí advierem (STJ, AgRg no REsp 1.256.195, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., DJ 05/09/2013). A função pedagógica ou punitiva da responsabilidade civil poderá se fazer presente, à luz das circunstâncias do caso.

Se a empresa de saúde recebe as contribuições do segurado, não pode, posteriormente, recusar tratamento, alegando que houve omissão de informação por parte do consumidor no cadastro inicial. Viola a boa-fé objetiva a conduta de quem usufrui de determinada irregularidade enquanto é por ela beneficiado, arguindo-a, porém, quando o benefício cessa (*venire contra factum proprium*). A seguradora não pode adotar uma postura passiva, de simplesmente aceitar as negativas do segurado quanto à existência de problemas de saúde, depois se valendo isso para negar-lhe

cobertura (STJ, REsp 1.230.233, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 11/05/2011). Em outras palavras, a seguradora não pode se eximir do dever de indenizar alegando que houve omissão se informações por parte do segurado, se ela não exigiu exames admissionais prévios. É dever, portanto, da empresa que explora planos de saúde, submeter seus associados a exames prévios. Sem isso, não poderá validamente se recusar a fornecer sua contraprestação, sob a alegação de que houve omissão nas informações. A empresa, em semelhantes hipóteses, assume o risco do negócio.

Outrossim, a suspensão do atendimento em virtude do simples atraso na prestação mensal (sobretudo se posteriormente feito o pagamento, com os acréscimos devidos) configura prática abusiva. Também é inválida a cláusula contratual que impõe o cumprimento de novo prazo de carência, equivalente ao período em que o consumidor restou inadimplente, para o restabelecimento do atendimento (STJ, REsp 285.618, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, 4ª T., DJ 26/02/09). Tampouco é possível, em contratos de seguro de vida, cujo vínculo vem se renovando ao longo de anos, que a seguradora, de modo abrupto, pretenda modificar substancialmente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior. A boa-fé objetiva deve iluminar a relação negocial em toda sua trajetória, fomentando os deveres de cooperação e lealdade. Se o segurado reclama, em face da seguradora, o valor da indenização, o prazo prescricional é suspenso até que lhe seja dada ciência da decisão (STJ, Súmula 229: "O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão"). A tendência atual da jurisprudência, em muitos casos, é aplicar não o CDC, mas o Código Civil, em diálogo das fontes, quando – sobretudo em matéria prescricional – isso pode favorecer o consumidor. Por exemplo, nos casos em que se pleiteia a revisão de cláusula abusiva em contrato de plano de saúde, o prazo prescricional é regido pelo Código Civil e é de dez anos (Código Civil, art. 205). (STJ, REsp 1.261.469, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., DJ 19/10/12).

VII. RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS POR ATOS DOS MÉDICOS: REGIME ESPECIAL.

Estudamos, anteriormente, ainda que com brevidade, algumas consequências hermenêuticas de se aplicar o CDC à relação entre médicos e pacientes (ou, mais amplamente, à relação entre pacientes e planos de saúde). Vejamos agora os modos pelos quais os hospitais podem ser civilmente responsabilizados.

Ninguém põe em dúvida que a relação médico-paciente, sob o prisma jurídico, é uma relação de consumo[42]. Estejamos diante da relação clássica entre médico privado e paciente, ou estejamos diante da relação entre empresa médica ou entidade hospitalar e paciente. Temos, em ambos os casos, relações de consumo, cuja diferença normativa é que o médico responde apenas culposamente, ao passo

[42] Não falamos, aqui, dos danos sofridos em hospitais públicos ou postos de saúde. Não se aplica, nesses casos, o CDC, conforme já tivemos oportunidade de mencionar neste livro, e voltaremos a tratar adiante.

que os hospitais e planos de saúde respondem objetivamente. Vejamos a situação de modo um pouco mais analítico. Os danos que os pacientes podem sofrer em hospitais são divisíveis em dois grandes grupos: a) danos sofridos em decorrência de erro médico, ainda que omissivo; b) danos sofridos em decorrência da própria estrutura hospitalar. Os regimes de responsabilidade civil, nas duas hipóteses, são diferenciados.

No primeiro caso (item a*),* houve erro médico. O dano sofrido está ligado, em nexo causal, a uma conduta médica. Entendamos "conduta", no caso, de modo amplo, de forma a abranger as hipóteses de omissão (o médico, por exemplo, deveria realizar um atendimento de urgência e não o fez). Quando o dano guardar relação com a conduta médica *stricto sensu* o hospital responde objetivamente, porém essa responsabilidade traz uma nota específica: ela depende da prova da culpa do médico[43]. Não se pode esquecer que a responsabilidade civil dos médicos – seja à luz do CDC, seja à luz do Código Civil – é subjetiva. Ruy Rosado de Aguiar argumenta ser imprescindível "a prova da culpa do servidor na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produto por médico integrante de seus quadros"[44]. Os hospitais, nessa linha, só podem ser chamados a responder de modo solidário, se *havia* dever de indenizar por parte do médico.

Nem se argumente que isso esvazia a utilidade da responsabilização do hospital. Os hospitais, em regra, dispõem de condições financeiras geralmente muito mais vastas para fazer frente ao dano, o que garante que a vítima, sob esse aspecto, será indenizada. O patrimônio do ofensor pode garantir isso. Nada impede, porém, em caso de erro médico dentro de hospital – se a conduta do médico que errou estiver claramente individualizada –, que se ingresse judicialmente apenas contra ele, provando-lhe a culpa. Trata-se de invocar a norma geral do art. 186 do Código Civil,

[43] Nesse sentido, "a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes". A seguir continua o relator: "Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente" (STJ, REsp. 258.389, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJ 22/08/05). Em outra ocasião, decidiu-se que "A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa do médico integrante de seu corpo clínico no atendimento". Continua o julgado: "A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)" (STJ, REsp 696.284, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T, DJ 18/12/09). É preciso, portanto, nessa trilha, que haja defeito no serviço prestado pelo hospital, para que ele responda pelo dano. Cite-se, por fim, que "o reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor". (STJ, REsp 1.216.424, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 19/08/2011).

[44] AGUIAR, R. R. de: "Responsabilidade civil", cit., p. 41-42.

eventualmente dialogando com normas que cuidam de modo específico da questão.

Portanto, a responsabilidade civil dos hospitais por ações ou omissões dos médicos será solidária e objetiva. É preciso, no entanto, para que essa responsabilidade se imponha, que a culpa do médico esteja configurada[45]. Quando falamos em culpa configurada abrangemos, também, por certo, a configuração que resulta da inversão do ônus da prova. Diga-se por fim que é irrelevante a natureza jurídica da situação do médico perante o hospital. À luz da teoria da aparência, se o médico atendeu o paciente e causou danos, o hospital responde, não podendo, obviamente, argumentar que o médico não recebia salário, ou não era empregado seu.

É importante observar que ainda que não incidisse o CDC, ainda assim a responsabilidade dos hospitais, pelos danos causados por médicos que nele trabalham, seria objetiva (desde que, repita-se, seja provada a culpa do profissional liberal). Dispõe o art. 932 do Código Civil: "São também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele". O art. 933 complementa: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos". Isto é: as entidades hospitalares, na condição de empregadoras, respondem, sem culpa, pelos atos dos seus médicos e demais empregados, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Já a situação descrita no item *b* se põe de modo distinto. Aqui os danos guardam relação com própria estrutura hospitalar, não propriamente com atos dos médicos. Danos relacionados, por exemplo, a medicamentos estragados ou vencidos, equipamentos ausentes ou sem funcionar, más condições de higiene, entre outros. Por esses danos, inegavelmente, o hospital responde sem culpa (CDC, art. 14). O STJ já decidiu que a responsabilidade objetiva do art. 14 do CDC "prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamento, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa)" (STJ, REsp. 258.389, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4 T., DJ 22/08/05).

[45] No mesmo sentido do texto, confira-se: "Decompondo-se as relações contratuais estabelecidas entre paciente e médico, paciente e clínica, e médico e clínica, tem-se que o médico, pessoalmente, responderá por seus atos somente na ocorrência de culpa. Já a clínica celebra com o paciente um contrato de hospedagem peculiar, por cuja eficiência responde objetivamente, ao mesmo tempo em que poderá ser responsável solidariamente pelos danos causados no tratamento médico" (TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica", cit., p. 98). Esse é um ponto interessante. Há danos pelos quais as estruturas privadas de saúde (hospitais e clínicas) respondem objetivamente: são os danos ligados, não a atos médicos propriamente ditos, mas a atos da estrutura organizacional (exames, materiais, limpeza etc.). Imaginemos que, durante uma cirurgia, falte energia e o gerador não funcione, ou mesmo que falte um equipamento de urgência que a clínica deveria ter. A responsabilidade, nesses casos, é induvidosamente objetiva.

A troca, por exemplo, de prontuários, configura erro grave – do qual poderão resultar danos gravíssimos –, pelo qual responde objetivamente o hospital. Comprovada a troca, e o dano sofrido pelo paciente, o hospital responde civilmente, não sendo necessário, no caso, perscrutar *quem errou*. É certo, no caso, que o hospital errou. O mesmo se diga do laboratório que troca o resultado de exames, ou se os materiais coletados são, eles próprios, trocados. Se houver dano ligado à troca de resultados, a responsabilidade civil se impõe sem culpa[46]. Os laboratórios, como fornecedores de serviços à luz do CDC, respondem objetivamente pelos danos relacionados, em nexo causal, à atividade que desempenham (CDC, art. 14).

Nesse contexto, nem sempre os danos sofridos em hospitais estão ligados à conduta médica *stricto sensu*. Podem estar ligadas à estrutura hospitalar em geral, ou mesmo a condutas de enfermeiros etc. Se, por exemplo, a enfermeira, ao aplicar injeção no nervo ciático do paciente, causa lesão, por ela responderá o hospital. Em Belo Horizonte, um garoto, após cair de bicicleta, foi levado a determinado hospital. Lá, ao se preparar para ser submetido a uma tomografia, ao invés de receber o anestésico que deveria tomar (por via oral), foi-lhe dado, por engano, um ácido. Houve queimaduras de terceiro grau na boca, garganta e esôfago. Também nesses casos o hospital responde sem culpa, embora a culpa seja evidente (negligência).

VIII. DANOS SOFRIDOS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU POSTOS DE SAÚDE.

Os danos sofridos em hospitais públicos ou postos de saúde estão sujeitos à incidência do CDC?

A resposta é negativa, à luz da jurisprudência atual. Cabe, porém, antes de explicar o entendimento dos tribunais, contextualizar o tema. Conforme já tivemos oportunidade de estudar, a responsabilidade civil do Estado é objetiva (CF, art. 37, § 6º), desde 1946, e está fundada na teoria do risco administrativo. Comporta, portanto, as excludentes de responsabilidade civil. Abrange, em princípio, tanto os atos de império (julgar, por exemplo), como os atos de gestão (aluguel de imóvel particular). O Estado responde pelos atos de qualquer agente, desde o mais modesto até o presidente da República. Não é necessário que haja remuneração (mesário da justiça eleitoral que discute e agride eleitor pode fazer surgir a responsabilidade estatal). Nem é preciso, em todos os casos, que o agente público esteja em serviço (policial que fere ou mata com a arma da corporação, mesmo de folga). A responsabilidade pode surgir em qualquer dos níveis federativos (União, Estados,

[46] Em boa parte dos casos, nem precisaríamos invocar a responsabilidade objetiva, porque a culpa se põe clara. Por exemplo – conforme já exemplificamos – porta-se culposamente o hospital (ou o médico) que, embora consciente da necessidade de determinado instrumental para determinada cirurgia, não comunica a situação ao paciente, e deixa de utilizá-lo porque o plano de saúde não arca com os custos. A propósito, o Código de Ética Médica dispõe, no Capítulo I, item XVI: "Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente".

Municípios e outros entes não políticos) e, em princípio, atos de quaisquer dos três poderes podem dar causa à indenização (leis inconstitucionais e erros judiciais – CF, art. 5º, LXXV –, por exemplo). A responsabilidade estatal tanto pode surgir de atos como de omissões – embora, em relação a essa última, alguns exijam a prova da culpa.

A Constituição Federal – no art. 196 e seguintes – estatui, como garantia fundamental, as ações e serviços públicos de saúde, que "integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único". Esse sistema, baseado na participação da comunidade (CF, art. 196, III), é descentralizado e se destina ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. É financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Respondamos, porém, com clareza, à questão posta. Considerar a prestação de serviços públicos – quaisquer que sejam – relações de consumo estaria de acordo com os princípios, categorias e normas do CDC. A vítima dos danos seria consumidora por equiparação (CDC, art. 17). Postula, nesse sentido, Gustavo Tepedino: "Assim sendo, é de se aplicar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, a responsabilidade objetiva aos serviços médicos de saúde, cabendo o direito de regresso do Poder Público em face do autor do erro médico, quando for o caso, com base no dispositivo constitucional (art. 37, § 6º), que não diverge, neste aspecto, dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável à espécie"[47].

Embora esta seja uma posição respeitável e – digamos mais – absolutamente harmônica com o sistema de consumo, a jurisprudência optou por caminho distinto. Vem-se entendendo que as regras do CDC devem ser invocadas – tratando-se de serviços públicos – quando o serviço é remunerado por meio de tarifa ou preço público (que não são tributos). Por outro lado, não se considera caracterizada a relação de consumo quando a atividade é prestada diretamente pelo Estado e custeada por meio de receitas tributárias (STJ, REsp 1.187.456, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 01/12/10). No mesmo sentido, decidiu-se que o CDC se aplica na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tendo em vista que a relação jurídica tem natureza de direito privado e o pagamento é contraprestação feita sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa (STJ, AgRg no Ag 1.398.696, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T ., DJ 10/11/11). Vale lembrar que tarifa ou preço público é a remuneração paga pelo usuário ao utilizar um serviço público específico e divisível, regido pelo regime contratual de direito público (um pedágio, por exemplo, operado por concessionárias, assumirá a forma de tarifa ou preço público). Tanto a tarifa como o preço público são fixados contratualmente e são voluntários. A taxa, ao contrário, é tributo, decorre de lei, sendo compulsória.

Para que haja serviço, nos termos do CDC, deve haver remuneração (CDC, art. 3º, § 2º). Não há remuneração direta no serviço de saúde prestado por hospital público,

[47] TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica", cit., p. 107.

por isso, dizem, não se aplica o CDC (STJ, REsp 493.181, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T, DJ 01/02/06). Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifas, regidos, portanto, pelo CDC. Diferente é a remuneração do serviço público próprio, que é feita por taxa (STJ, REsp 840.864, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T, DJ 30/04/07)[48]. Assim, em caso de erro médico que causou a morte de paciente, em hospital público, decidiu-se que "quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes" (STJ, REsp 1.187.456, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 01/12/10). A prevalecer esta lógica jurisprudencial, teremos o seguinte: o CDC incide sobre serviços prestados no mercado de consumo. Em se tratando de serviços públicos, nem todos atraem a aplicação do CDC. Apenas serão objeto de relação de consumo aqueles prestados mediante contraprestação específica. O usuário, desse modo, precisa ser individualizado (*uti singuli*). Devem, ainda, ser remunerados contratualmente por tarifa ou preço público. Desse modo, os danos sofridos pelos cidadãos usuários de hospitais públicos ou postos de saúde estão fora da órbita das relações de consumo.

1. Serviços públicos sociais x serviços de relevância social.

Mesmo que os danos sofridos pelos cidadãos em hospitais públicos ou postos de saúde não estejam sob a órbita normativa do CDC, podemos, por certo, em princípio invocar a Constituição (art. 37, § 6º). Vale retomar o que já dissemos ao tratar da responsabilidade civil do Estado. Quando prestados pelo Estado, saúde e educação se caracterizam como serviços públicos sociais. Quando prestados por particulares, não são serviços públicos. São serviços de relevância social. Cabe observar que não há delegação estatal em relação a colégios ou faculdades. O exercício do serviço independe de concessão. Não há contrato administrativo. Há, é verdade, intensa regulação, pela relevância social da matéria. Mas não se trata de setor reservado ao Estado.

A solução, quando se tratar de serviços de saúde e educação prestados por empresas privadas, não poderá ser encontrada, portanto, na responsabilidade objetiva do Estado, prevista na Constituição. Isso, no entanto, não mudará muita coisa para a vítima[49]. A responsabilidade seguirá sendo objetiva, à luz do Código de Defesa do

[48] É interessante esclarecer que tais julgados não decorrem da terceira ou quarta turmas do STJ, que habitualmente julgam questões de direito do consumidor, mas da primeira e segunda, que julgam, habitualmente, questões de direito público, sobretudo administrativo e tributário. O tema, porém, acaba sendo resolvido pelas turmas de direito público, mercê do envolvimento estatal.

[49] A única diferença, para parcela da doutrina e da jurisprudência, seria o fato do Estado responder sem culpa apenas nas ações, respondendo subjetivamente nas omissões. Abordamos o tema no capítulo relativo à responsabilidade civil do Estado. Não nos parece adequada essa diferenciação. Essa distinção, ademais, sequer surge nas discussões relativas à responsabilidade civil no CDC, e realmente não haveria sentido nela. Vamos além: sequer é adequada na responsabilidade civil do Estado, segundo cremos. Por ações ou omissões danosas o Estado deve responder objetivamente, presente o nexo causal.

Consumidor[50]. Quaisquer danos causados por produtos (remédio estragado que causa morte) ou serviços (hospital sem instalações adequadas) gerará a responsabilidade objetiva do fornecedor. A mesma coisa sucede com a educação.

Relevante frisar que há dever de atendimento em casos de urgência, mesmo nos estabelecimentos privados. Há, portanto, no Brasil, dever do estabelecimento hospitalar em prestar atendimento médico em caso de urgência. Não se pode, absolutamente, condicionar o atendimento ao preenchimento de cadastros, ou a garantias financeiras (cheque-caução, nota-promissória, ou qualquer outra). O Código Penal, a propósito, sofreu alteração para tipificar como crime a conduta de exigir cheque-caução ou garantia, nestes termos: "Art.135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial" (Lei n. 12.653/2012). Os estabelecimentos de saúde deverão, inclusive, na forma do art. 2º, afixar, em local visível, cartaz ou equivalente, informando constituir crime a exigência de cheque-caução ou outra garantia. A jurisprudência, mesmo antes da tipificação penal da conduta, já trilhava idêntica orientação, no sentido de ser dever do estabelecimento hospitalar, sob pena de responsabilização civil, da sociedade empresária e dos seus prepostos, prestar o pronto atendimento médico-hospitalar[51]. Cabe sublinhar que em relação aos danos indenizáveis a responsabilidade civil do Estado persiste mesmo quando o atendimento se deu em hospital privado, mas conveniado ao SUS[52].

IX. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: UM TEMA RECORRENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.

> "Sempre nos julgamos pelos projetos. E julgamos os outros pelos resultados".
>
> MILLÔR FERNANDES

Doutrina e jurisprudência, ao cuidarem da responsabilidade civil dos médicos, inserem, invariavelmente, a discussão acerca da bipartição das obrigações – meio e resultado. Trata-se de dualismo tradicional da ciência jurídica, que diferencia a natureza de certas responsabilidades: estaria o devedor obrigado a atingir determinado fim, ou apenas a exercer, com a cautela profissional ordinária, a sua atividade? Teríamos, no primeiro caso, uma obrigação de resultado (contrato de empreitada, por exemplo). Teríamos, no segundo, uma obrigação de meio (advogados, entre cujos deveres, de ordinário, não se inclui *vencer* as causas que patrocinam).

[50] No capítulo relativo à responsabilidade civil nas relações de consumo abordamos a questão da aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos.
[51] STJ, REsp 1.256.703, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 06/09/2011. No mesmo sentido, mais recentemente: STJ, REsp 1.324.712, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 13/11/2013.
[52] STJ, AgRg no AREsp 183.305, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 30/09/2013.

1. Obrigações de meio.

Os médicos, pelos serviços que prestam, desempenham uma obrigação de meio. Nestas obrigações não se assume o dever de se chegar a determinado resultado (a cura, por exemplo), mas apenas o dever de se portar com diligência e atenção, à luz dos dados atuais de sua ciência, de cujo conteúdo se espera que tenha notícias atualizadas. A jurisprudência brasileira parece firme no sentido de considerar a obrigação do médico como obrigação de meio[53]. Essa, portanto, é a regra geral, e as exceções precisam ser substancialmente fundamentadas – seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Aliás, os estudos atuais de hermenêutica têm apontado que quanto mais aberta e dúctil for a norma, maiores são os ônus argumentativos do intérprete. Para a imposição de responsabilidades mais gravosas à míngua de lei, mesmo no direito privado, é preciso que o órgão julgador se desincumba do dever de evidenciar o percurso argumentativo que lastreou suas conclusões. Isso nem sempre acontece na discussão relativa à responsabilidade civil médica. Repetem-se conclusões alheias sem indagar da respectiva adequação[54].

A polêmica, na verdade, não consiste na categorização da atividade médica como obrigação de meio – regra geral. A polêmica teórica consiste nas exceções, que adiante veremos. Fiquemos, por enquanto, com a confortadora companhia da regra geral, não das exceções. As cirurgias reparadoras – tal como os atos médicos em geral – são consideradas obrigações de meio. A relevância das cirurgias reparadoras é imensa. Os benefícios são não apenas físicos, mas também – e sobretudo – psicológicos. Em 2013, no Brasil, para cada 10 cirurgias plásticas realizadas, 3 foram reparadoras. Em casos de mulheres agredidas brutal e covardemente por maridos ou companheiros, e que ficam com sequelas terríveis (facadas, espancamentos ou queimaduras), a cirurgia pode ser um coadjuvante de relevo na difícil caminhada da recuperação. Em casos de mulheres de enfrentam câncer de mama, é possível, caso a mulher deseje, após a mastectomia, que haja a reconstrução das mamas. A partir de 2013, o SUS realiza o procedimento – embora, às vezes, com a lentidão que conhecemos bem. A cirurgia deve ser feita nas duas mamas, de modo simétrico, reconstruindo mamilos e aréolas. Sempre que possível, a reconstrução das mamas, através da colocação de próteses, deve ser feita logo após a retirada do tumor. Retomando o que já dissemos, nas cirurgias plásticas reparadoras a obrigação é considerada de meio, não de resultado[55].

[53] Nesse sentido, apenas para exemplificar: "A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes" (STJ, REsp 1.097.955, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 03/10/2011).

[54] Talvez caiba, a propósito, invocar a frase lúcida de Mário de Andrade: "O vício da gente esquecer das suas próprias faculdades de pensar é bastante comum. Mesmo entre os que pensam. Alguém faz uma afirmativa crítica e nós deitamos nessa jangadinha e vamos de rodada mansamente rio abaixo, sem interrogarmos mais se as cabeceiras do rio são puras nem se a jangada é legítima".

[55] No dia 17 de dezembro de 1961, Niterói, então capital do Estado do Rio, presenciou o pior incêndio da história do Brasil – superando o do edifício Joelma, em São Paulo, e o da Boate Kiss, décadas depois. O número oficial de mortos foi 503, mas estima-se que houve mais mortes. Foi a maior tragédia circense da história. Mobilizou países em todo o mundo. O principal hospital da região encontrava-se fechado. O tenebroso episódio contribuiu para desenvolver a cirurgia plástica no Brasil, e ajudou a projetar o nome de Ivo Pitanguy. Há, sobre o episódio, interessante livro que

2. Obrigações de resultado.

O mais conhecido exemplo de obrigação de resultado, na responsabilidade civil médica, diz respeito às cirurgias plásticas com fins estéticos[56]. Falemos, portanto, neste tópico, sobre ela. As cirurgias plásticas com fins estéticos crescem de modo avassalador em nosso país. O Brasil já é o primeiro país no mundo em número de realizações de cirurgias plásticas. A expectativa da sociedade brasileira de cirurgia plástica é que esse número ainda cresça cerca de 15% ao ano. Os adolescentes recorrem cada vez mais às cirurgias plásticas, às vezes de modo imprudente e excessivo. Cabe aos pais – e aos cirurgiões – estabelecer limites, e só permitir as intervenções em hipóteses realmente razoáveis. Sendo, no passado, um campo em que os pacientes eram quase exclusivamente mulheres, hoje a situação começa a assumir outros contornos. Surgem, também em relação aos homens, novos hábitos. Os cirurgiões plásticos estimam que, há poucos anos, a proporção de realização de cirurgias plásticas estéticas era de 1 homem para cada 20 mulheres. Essa proporção, atualmente, caiu para 1 homem para cada 4 mulheres. As cirurgias mais feitas pelos homens são a lipoaspiração e a rinoplastia (cirurgia no nariz).

Aguiar Dias, escrevendo (em 1954) sobre a cirurgia estética, percebe que "esta aplicação da ciência não tem sido encarada com muita benevolência pelos tribunais, naturalmente impressionados pela feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até hoje inexequíveis processos de rejuvenescimento, mas esquecidos das assombrosas possibilidades que ela pode abrir à humanidade, dentro das altas finalidades da arte médica"[57]. É preciso que sejamos severos com os equívocos, mas não com o procedimento em si. Não convém, por certo, oferecer lipoaspiração como se tratasse de um corte de cabelo, em clínicas desprovidas dos requisitos mínimos de segurança. Quem oferece procedimentos cirúrgicos sem dispor, por exemplo, de aparelhos de reanimação, responde pelos danos relacionados a essa ausência. Trata-se de risco que não pode validamente ser transferido ao paciente. O risco é do médico e da instituição de saúde, e eventuais consentimentos do paciente são juridicamente inexistentes.

narra em detalhes a vida de muitos dos personagens da tragédia: "No Antonio Pedro, recém-saída do incêndio, sem saber o destino dos três, Lenir lembrava-se com triste ironia da conversa com o marido. Nos primeiros dias de internação, ela estava irreconhecível. A cabeça ficara colada no ombro direito, perdera a orelha direta, e o rosto inchado exibia uma marca de sapato de quando caiu e foi pisada. Estava semiacordada quando escutou uma voz familiar dizer com segurança: "Não é essa não". "Mas está aqui na prancheta: Lenir Ferreira de Queiroz Siqueira", afirmou a enfermeira. "Mas não é a minha filha", insistiu a mulher. "Mamãe", murmurou Lenir. Ao reconhecer a voz da filha, Maria Benigna se espantou: "Nossa senhora! É ela mesma". Lenir sentia-se monstruosa. Sua mãe aproximou-se e acariciou-a. O gesto protetor fez com que finalmente relaxasse" (VENTURA, M.: *O espetáculo mais triste da Terra – o incêndio do Gran Circo norte-americano*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, p. 160).

[56] Nessa perspectiva, "de acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 328.110, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 25/09/2013). Conferir, a propósito, AGUIAR DIAS, J. de. *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 274.

[57] *Da Responsabilidade Civil,* cit., p. 294.

A) Outras exceções construídas doutrinária e jurisprudencialmente.

A obrigação dos médicos é enxergada como uma obrigação de meio. Isto é, não se promete o resultado, a cura. A prova da culpa dos médicos, portanto, deverá ser comprovada. Há, porém, em certas áreas, outro enfoque. Entende-se, nelas, que a obrigação é de resultado, como por exemplo as cirurgias estéticas, os tratamentos odontológicos, os exames radiológicos e as transfusões de sangue[58]. Nesse contexto, dentista que realiza tratamento ortodôntico malsucedido responde, segundo a jurisprudência, pelo resultado não alcançado. Desse modo, se o paciente contrata os serviços do dentista para corrigir o desalinhamento de sua arcada dentária (e um problema de mordida cruzada) e o profissional, além de não cumprir o combinado, ainda extrai dois dentes sadios, responde civilmente pelos danos[59]. O ortodontista tem a obrigação de alcançar o resultado estético e funcional acordado com o paciente, a teor da jurisprudência atual. Poderá, sempre, no entanto, provar o dentista que o insucesso se deveu à culpa exclusiva do paciente. Essa prova, se realizada, rompe o nexo causal.

Prevalece, portanto, em relação aos dentistas, a percepção de que estamos diante de uma obrigação de resultado[60]. Tal como ocorre com o médico, ao dentista se exigem deveres de informação particularmente severos, eis que lida com a saúde humana. Se deixa de informar ou informa mal, e daí decorrem danos ao paciente, haverá o dever de indenizar. Poderá, também aqui, ocorrer a inversão do ônus da prova, sendo certo que o paciente, frente ao dentista, encontra-se normalmente em posição vulnerável, em hipossuficiência técnica. O paciente, em regra, não domina os meandros técnicos da área de saúde, não pode saber o que realmente foi feito, qual o material utilizado, nem mesmo qual, dentre os procedimentos possíveis, é o mais seguro, o menos invasivo.

Também em relação aos laboratórios e os resultados dos exames, tem-se tais obrigações como sendo de resultado. Quem, por exemplo, ao fazer biópsia, recebe falso diagnóstico negativo de câncer, poderá ser indenizado. O STJ já se manifestou no sentido de que "configura obrigação de resultado, a implicar responsabilidade objetiva, o diagnóstico fornecido por exame médico. Precedentes" (STJ, AgRg no REsp 1.117.146, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., DJ 22/10/2013). Houve, no caso, a emissão de resultado negativo de câncer, quando, na verdade, o diagnóstico era positivo. O erro retardou de tal forma o tratamento que culminou, quando

58 TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica", cit., p. 88.

59 Foi o que entendeu o STJ ao julgar o REsp 1.238.746, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 04/11/2011. Consignou-se, na ocasião, que "nos procedimentos odontológicos, mormente os ortodônticos, os profissionais da saúde especializados nessa ciência, em regra, comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos, de cunho estético e funcional, podem ser atingidos com previsibilidade".

60 Conforme já aludimos, há algo de arbitrário em definir, ao gosto de cada autor, que determinada obrigação médica é de meio ou de resultado. Maria Helena Diniz menciona, por exemplo, que a obrigação do dentista é de resultado, porém pondera: "Todavia, o dentista, na cirurgia da gengiva, no tratamento de um canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no trato do cliente" DINIZ, M. H.: *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 327.

finalmente descoberto, em intervenção cirúrgica drástica provocando defeito na face, com queda dos dentes e distúrbios na fala. O paciente, ademais, faleceu pouco depois.

Há, porém, que se analisar as circunstâncias. Em determinado caso, houve resultado equivocado do exame de ultrassonografia com Translucência Nucal, que indicou ser o feto portador de "Síndrome de Down". Contudo, a mãe, no dia seguinte ao recebimento do resultado equivocado, submeteu-se, novamente, ao mesmo exame, cujo diagnóstico mostrou-se diverso, isto é, descartou a patologia. Pretendia-se, no caso, que o dano se estendesse ao nascituro, o que nos parece excessivo e equivocado. Ainda que, em tese, o nascituro possa receber compensação moral, conforme já decidiu o STJ (Ag 1.268.980, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 02/03/2010). Frise-se que houve, no caso, indenização aos pais, excluída a indenização ao nascituro.

Os hospitais devem assegurar a incolumidade física do paciente, enquanto lá estejam. Doutrina e jurisprudência frisam que a responsabilidade hospitalar, diferentemente da médica, traduz obrigação de resultado. Nem precisamos, no entanto, da categoria conceitual da obrigação de resultado, em relação aos hospitais. Muito mais simples e tecnicamente escorreito é explicar que os hospitais são fornecedores de serviços à luz do CDC (art. 14). Como tais, respondem objetivamente pelos danos relacionados à atividade que desempenham, desde que presente o nexo causal (CDC, art. 14).

Conforme veremos adiante, a consequência de se considerar certas obrigações (ortodontista, por exemplo) como sendo obrigação de resultado é esta: haverá presunção de culpa relativamente ao ortodontista, diante do resultado não alcançado. O ônus da prova é invertido. Ele poderá, no entanto, provar que o dano não resultou de ação ou omissão culposa, mas de situação que lhe escapava do controle técnico. O mesmo ocorre em relação aos – cada vez mais comuns e mais avançados – procedimentos estéticos realizados em consultórios de dermatologia.

B) Procedimentos de natureza mista.

E nas situações em que a cirurgia apresenta natureza mista? Em outras palavras, naquelas situações em que a cirurgia é, ao mesmo tempo, estética e reparadora? A jurisprudência, nessa hipótese, entende que "a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora"[61]. Temos dúvida se, de fato, essa é a melhor orientação. É difícil (impossível em certos casos) separar "partes" da cirurgia, para dizer que até determinado ponto foi reparadora, a partir de outro ponto foi estética. As funções dialogam entre si, são indissociáveis em certa medida. Não se pode esquecer que toda cirurgia reparadora tem, inegavelmente, um componente estético, e o cirurgião (responsável) leva em

[61] STJ, REsp 1.097.955, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 03/10/2011.

consideração esse fator.

Mas é preciso anotar que a jurisprudência tem entendido que a cirurgia plástica ao mesmo tempo reparadora e estética tem natureza obrigacional mista, sendo obrigação de meio e obrigação de resultado. Assim, "nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora"[62].

3. A caminho da superação da dicotomia: novos critérios hermenêuticos?

Cabe, atualmente, questionar a serventia teórica da inclusão das cirurgias estéticas entre as obrigações de resultado, de modo absoluto. Não só, aliás, as cirurgias estéticas, mas a inclusão de qualquer procedimento entre as obrigações de meio ou entre as obrigações de resultado não deixa de ter certo sabor arbitrário. Por que – objetiva e normativamente falando – certos procedimentos são de resultado e outros não? Há, de fato, de modo aferível, notas que ontologicamente distinguem uns dos outros? É isso que precisa ser discutido, e as respostas, sabemos, não são simples.

O médico não tem controle absoluto sobre os resultados, mesmo que tenha agido com toda diligência possível. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que seja, apresenta riscos. Pode resultar em resultados não esperados, ainda que não tenha havido erro. A afirmação de que determinado procedimento – cirurgia plástica com fins estéticos, por exemplo – é obrigação de resultado não parece encontrar amparo na medicina. Na doutrina, certos autores têm percebido argutamente o problema (e suas origens): "Em primeiro lugar, é necessário desfazer a enorme distância entre a plástica corretiva e a estética que a retórica jurídica estabeleceu. Não há fundamentos para tratar as duas hipóteses como essencialmente diversas. Deve-se o distanciamento a resquícios do preconceito que cercou, no início, a cirurgia plástica de objetivos meramente estéticos. A doutrina noticia célebre julgado da primeira metade do seculo passado, em França, em que o cirurgião plástico foi condenado, por erro médico, a indenizar a paciente. O interesse no caso não reside tanto na decisão condenatória – afinal, os relatos indicam ter mesmo ocorrido uma deplorável imperícia do profissional. O interesse está, como aponta Aguiar Dias, na condenação do próprio procedimento: considerou-se que a responsabilidade do médico decorria de ter concordado em fazer operação plástica em pessoa completamente sã, apenas com o objetivo de aprimoramento estético. A jovem paciente era bonita e esbelta, mas tinha as pernas desproporcionalmente grandes. O objetivo da intervenção foi reduzi-las por ablação de gordura (o que foi motivo de verdadeiro escândalo naquela época é hoje largamente aceito e praticado em inúmeras clínicas de lipoaspiração de todo o mundo). Em outros termos, assentou-se que, se o único objetivo da operação cirúrgica é aformoseamento estético de

[62] STJ, REsp 1.097.955, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 03/10/2011. No mesmo sentido, posteriormente, ver STJ, REsp 819.008, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., DJ 29/12/2012.

pessoa saudável, realizá-la já é, por si, conduta culposa"[63].

A questão é essa: será que não estamos, um tanto acriticamente, reproduzindo padrões mentais que não são mais os nossos? Será que no século XXI a cirurgia plástica com fins estéticos é algo moralmente condenável? Será que a medicina consegue, com a clareza desejável, separar nitidamente as cirurgias exclusivamente reparadoras daqueles exclusivamente estéticas? E, mais complicado ainda, nos chamados procedimentos mistos, é possível fazer a separação de *partes* da cirurgia, para dizer que até aqui é reparadora, a partir dali é estética?

A tendência, pensamos, é superar as dicotomias inflexíveis e absolutas, regando, com a semente da boa-fé objetiva, as relações, quaisquer que sejam. Gustavo Tepedino, nesse sentido, argumenta: "Tal entendimento, a rigor, reflete a tendência mais atual do direito das obrigações, a temperar a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Afinal, diga-se entre parênteses, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao direito das obrigações, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na Constituição Federal, congrega credor e devedores nos deveres de cumprir (e de facilitar o cumprimento) das obrigações. Se assim é, ao resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meio, não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade "tout court", desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor"[64].

Cremos que, teoricamente falando, o melhor caminho – na responsabilidade civil médica – é a superação do dualismo que biparte as obrigações em meio e resultado. Ainda que o norte teórico aponte (ou, melhor dizendo, nos pareça apontar) no sentido da superação do dualismo, cremos que isso dificilmente ocorrerá. Continuaremos, qualquer que seja nossa posição teórica, a vislumbrar a bipartição, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Bem por isso, propomos a inversão da prova como solução hermenêutica para suavizar – e tentar otimizar soluções judiciais razoáveis e fundamentadas – os desníveis conceituais entre as obrigações de meio e de resultado.

A solução hermenêutica para cirurgias plásticas estéticas e outros procedimentos tidos como de resultado seria esta: inversão do ônus da prova. O STJ, em outubro de 2013, analisou caso de paciente que se submeteu à cirurgia de rinoplastia, para melhorar a aparência do nariz, e a operação não foi bem sucedida. O médico aceitou fazer nova cirurgia, às suas expensas. Essa segunda cirurgia, contudo, teria piorado ainda mais o problema. O paciente se submeteu a uma terceira cirurgia, desta vez com outro médico, e nessa obteve um resultado satisfatório. A jurisprudência, nesse caso, assentou que o ônus da prova deve ser invertido, tratando-se de obrigação de

[63] COELHO, F. U.:. *Direito Civil,* v. 2*,* São Paulo, Saraiva, 2005, p. 323.
[64] TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica", cit., p. 89.

resultado (cirurgia plástica com fins estéticos). Observe-se que as repercussões práticas são consideráveis. No caso mencionado, o paciente perdeu judicialmente tanto em primeiro como em segundo grau. O acórdão de apelação confirmou a sentença consignou: "Na ausência de provas, afasta-se qualquer hipótese do apelado ter sido negligente, imprudente ou imperito. Os elementos dos autos são claros e objetivos, quando afirmam que o apelado bem realizou os procedimentos necessários quando da cirurgia, sendo que não há prova de que tenha realizado o procedimento de maneira incorreta, ainda que tenha havido a necessidade de mais do que um procedimento para que o autor viesse a ter o resultado que esperava para o seu problema". O STJ, porém, deu provimento ao recurso especial interposto, e observou que embora o acórdão *a quo* tenha reconhecido que a obrigação, nos procedimentos estéticos, é de resultado, "não aplicou a regra de inversão do ônus da prova prevista na legislação consumerista, mas sim a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil (CPC)". Cabe, segundo o STJ, ao médico provar que não foi responsável pelos danos alegados (STJ, REsp 1.395.254, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 10/2013). A diferença, na prática jurisprudencial brasileira, tem sido esta: há presunção de culpa do cirurgião plástico, no caso de danos em cirurgia estética, cabendo a ele, médico, evidenciar que o dano não resultou de ação ou omissão culposa, mas de situação que lhe escapava do controle técnico.

Aliás, em nosso sentir, a inversão do ônus da prova, na responsabilidade civil médica, deveria ser a regra, não a exceção. Não apenas para os cirurgiões plásticos nas cirurgias estéticas, mas em todos os casos. Não se trata, em absoluto, de responsabilizar mais gravosamente os médicos. Trata-se apenas de reconhecer que há, no caso, hipossuficiência técnica do paciente em relação ao médico (a menos que o paciente seja, também, médico, o que apenas se dá num número reduzido de casos). O paciente não conhece as possibilidades e os riscos dos remédios ou tratamentos, não pode, em absoluto, discutir em igualmente de condições com o médico. E sobretudo: dificilmente poderá provar que o dano que sofreu decorreu de uma atuação pouco zelosa do médico. Essa prova apenas ocorre em danos evidentes, como, por exemplo, no caso do médico que esquece gaze no abdômen do paciente. Mas, em regra, ainda que o médico tenha agido mal, e ainda que haja nexo causal entre essa conduta negligente ou imperita e o dano, trata-se de prova difícil e complexa. Bem por isso, a inversão do ônus da prova deve ser a rotina judicial em situações semelhantes.

Não se exigirá prova excepcional do profissional de saúde. Ele não precisará provar, por exemplo, que o organismo do paciente possui peculiaridades tais que causaram o dano. Ele terá, no entanto, o ônus de trazer à discussão todas os detalhes que evidenciem que seu agir, no caso, foi correto, zeloso, dentro do padrão esperado à luz da boa-fé objetiva e da ciência médica atual. Não se trata, convenhamos, de prova difícil, mas sim algo rotineira, algo que contribuirá, inclusive, supomos, para melhorar as rotinas, cautelas e práticas em área tão delicada para todos nós.

X. IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA INTERPRETAÇÃO DA MATÉRIA.

Sabemos que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (Código Civil, art. 421). Bem distante estamos do tempo em que a autonomia da vontade, em relação aos contratos, era absoluta, com religiosa reverência ao *pacta sunt servanda*. Se há, hoje, um contrato que deve ser intensamente lido à luz de sua função social é aquele relativo à prestação de serviços de saúde[65].

Não é qualquer bem que está em jogo. É a saúde humana. Não há possibilidade de realizarmos nossos projetos de vida sem saúde. É uma espécie de primeiro degrau da escada. Costumamos dizer – e há muita verdade nisso – que a saúde é um dom tão precioso que só a valorizamos adequadamente quando por uma razão qualquer a perdemos. Não é possível, à dos luz dos princípios e normas vinculantes que nos regem, que vejamos a prestação de serviços de saúde – públicos ou privados, não importa – sob uma ótica puramente patrimonialista. Não é de patrimônio que se trata, ainda que, obviamente, o aspecto patrimonial seja relevante, seja para propiciar, através de escolhas e políticas públicas, para onde vão os recursos públicos escassos, seja para propiciar o lucro legítimo para quem oferece o serviço no mercado de consumo. Não se desconhece essas realidades. Apenas se traz para o debate uma constatação um tanto quanto óbvia: a função social desses contratos, extraordinariamente intensa, devem iluminar fortemente sua interpretação. Há, neles, um núcleo extrapatrimonial irredutível[66].

Os deveres de informar com lealdade e transparência se fortalecem. Não cabe mais, como no passado, manter o paciente em estado de ignorância acerca do estado de sua saúde, suas escolhas e possibilidades. Apenas em casos excepcionais, devidamente contextualizados, isso poderá ocorrer. As unidades de terapia intensiva começam a ser pensadas – mas muito falta a caminhar ainda –, não como depósitos de seres informes e impessoais, mas como um lugar onde a intensidade dos cuidados não pode prescindir de certa delicadeza, de certa humanidade.

O paciente, desse modo, tem direito ao diagnóstico correto e claro, bem como de ser informado acerca dos riscos e objetivos do tratamento. Deve, portanto, estar a par não só do diagnóstico, mas também do prognóstico. Há casos, porém, em que isso não é possível (coma, dor intensa, atendimento de urgência etc.). São (e devem ser) a exceção, não a regra. Não cabe, por exemplo, no meio de uma cirurgia, diante de situação imprevista, decidir no lugar do paciente, se a decisão drástica não é urgente e o paciente pode decidir posteriormente.

---

[65] Aliás, atualmente – fato corroborado por análises da Agência Nacional de Saúde – é voz corrente que os serviços prestados pelos planos de saúde pioraram de modo visível. Diz-se, não sem exagero, que eventualmente, em certos locais, consegue-se um atendimento melhor e mais rápido no SUS, em comparação com os planos privados. O SUS, diga-se, com o perdão da obviedade, nunca foi um modelo de excelência.

[66] Podemos, inclusive, classificar os ilícitos civis, na experiência jurídica brasileira, em *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*, conforme a preponderância do bem jurídico atingido pela violação. Abordaremos a questão no próximo tópico.

É certo que o médico é um profissional que domina – espera-se – o estágio atual da medicina, as publicações relacionadas à sua área, as técnicas recentes e seguras, os medicamentos mais eficientes e apropriados. Ele sempre terá – e isso é uma das belezas da medicina – um campo para se movimentar à luz do seu talento e das suas intuições profissionais. Por outro lado, o médico negligente, desatualizado, imperito, responderá civilmente, sempre que o dano estiver vinculado a essa atuação. O médico pode ser responsabilizado, não só administrativa, mas civilmente, se faltar com o dever de sigilo, e com isso causar dano a paciente.

Não cabe analisar os serviços médicos – sejam prestados individualmente ou através de sociedades empresárias – sob o prisma puramente econômico. O Código de Ética Médica parece perceber essa realidade, pois estatui, já no Capítulo I, item IX, que a "medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio". Há, nesse sentido, inegavelmente, uma boa-fé qualificada, que deve levar em consideração os bens jurídicos em perigo. "Tudo isso mostra – pondera Aguiar Dias – que o contrato exige do médico uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços"[67]. É necessário que médicos e pacientes ajam – cada um, naturalmente, com suas responsabilidades próprias – de modo prudente e com boa-fé. Cada setor da medicina tem suas especificidades. O que se espera, de modo mais amplo, dos médicos – antes, durante e depois das cirurgias, consultas ou tratamentos – é que ajam banhados pela boa-fé objetiva, pelo dever de cuidado e cooperação. Espera-se informação clara, adequada e suficiente. Espera-se certo respeito humano pelo paciente. Espera-se sobretudo perícia técnica em relação à ação realizada. Deve-se, no processo que tem por objeto a responsabilidade civil do médico, tentar investigar, retrospectivamente, se houve ou não a atuação diligente que deveria ter havido.

XI. Uma consideração diferenciada em relação aos bens jurídicos não patrimoniais.

A indenização nem sempre (melhor diríamos: quase nunca) é a tutela "ótima" para ilícitos extrapatrimoniais. Não é a forma "ótima" de resguardo dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, em todos seus espectros, inclusive aqueles relacionados à saúde humana. A propósito, diga-se, com o perdão da obviedade, que os valores não patrimoniais são melhor resguardados por uma tutela que otimize a preservação dos bens em si mesmos, sempre que isso for possível. A tradução pecuniária da violação deve ser subsidiária. A tutela preventiva é a única forjada com instrumentos técnicos que podem proteger os valores não patrimoniais, atingidos por ilícitos civis. Isso, repita-se, raciocinando-se com modelos em tese eficientes, desprezando-se, como subsidiária, a tutela puramente patrimonial, sendo a conversão em perdas e danos e último caminho a ser seguido.

Um exemplo simples: digamos que uma mãe tem seu filho recém-nascido internado em hospital público no qual, nas últimas semanas, ocorreram várias mortes por

[67] AGUIAR DIAS, J. de. *Da Responsabilidade Civil*, cit., p. 273.

infecção hospitalar (como se deu, recentemente, no Nordeste). Qual a tutela "ótima" para essa mãe? Uma tutela preventiva (não nos interessa a feição processual que a medida assuma) para transferir seu filho para outro hospital, público ou privado, que esteja livre da infecção? Ou uma tutela repressiva, uma indenização por danos morais contra o Estado, após a morte do filho? Nem temos coragem de responder, tão óbvia é a resposta.

A bipartição tradicional – que categoriza os ilícitos em absolutos e relativos, conforme o sujeito passivo, se determinado ou não – é neutra em relação aos valores. Incapaz, portanto, sob o prisma teórico, de oferecer uma consideração diferenciada para os bens jurídicos não patrimoniais.

Esclareçamos um pouco mais a questão. A doutrina clássica, apropriadamente ou não, separou os direitos em dois grandes grupos: a) "absolutos" b) "relativos". Diga-se, em linha de princípio, que os vocábulos "absoluto" e "relativo" não significam, respectivamente, direitos socialmente incondicionados e direitos socialmente condicionados. Sem fugir do óbvio, sublinhemos que não existem, na sociedade contemporânea, direitos socialmente incondicionados.

A distinção diz respeito aos limites subjetivos de eficácia: é "relativa" aquela entre sujeitos identificados ou identificáveis, como na relação jurídica de crédito entre duas pessoas, e "absoluta" aquela em que não há um sujeito passivo identificado, como nos direitos da personalidade e propriedade, nos quais o sujeito passivo é o *alter*. Destarte, a distinção entre ilícito relativo e ilícito absoluto diz respeito aos "limites subjetivos de eficácia". Por seu intermédio, investiga-se se as relações se formam entre sujeitos determinados ou determináveis, ou se um dos polos é conceitualmente indeterminado[68].

Assim, o ilícito pode ser absoluto ou relativo, a depender da relação jurídica violada. É uma classificação, nesse particular, bimembre, porquanto "não existe nenhum direito que não seja absoluto ou relativo. Não há terceira classe de direitos"[69]. Trata-se, como acima frisado, de divisão clássica, cuja pertinência história e conceitual pode ser arguida, mas que tem persistido de muitos modos. A grande crítica que se lhe pode ser feita é a neutralidade em relação aos bens jurídicos. A bipartição dos direitos em absolutos e relativos não traduz a real relevância social que eles eventualmente tenham, fundamentando-se apenas em argumento técnico, pandectístico: os limites subjetivos de eficácia das relações jurídicas.

Assim, direitos enormemente diversos, sob a perspectiva axiológica, como o direito da personalidade e o direito da propriedade, caem na mesma vala comum, desprezando valores éticos em homenagem a sutilezas teóricas. Parece inegável, porém, nos dias que correm, que os bens jurídicos não patrimoniais exigem uma tutela qualitativamente diversa. Poderíamos, atualmente, nesse contexto, dar um

[68] PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, cit., pp. 31-33 e 59-61.
[69] CONTINENTINO, M.: *Direitos Reaes-Direitos Pessoaes. Direitos Absolutos-Direitos Relativos,* Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1935, p. 88.

passo adiante em relação à classificação tradicional dos ilícitos em absolutos e relativos e – sem esquecer o dualismo clássico – enxergar os ilícitos civis *também* à luz das lentes atuais da repersonalização e da despatrimonialização. Nesse sentido, talvez nos ajude, hermeneuticamente, enxergar os ilícitos civis a partir de duas categorias contemporâneas: a) ilícitos patrimoniais; b) ilícitos extrapatrimoniais.

Se a distinção entre ilícitos absolutos e relativos é neutra em relação aos valores, aqui ocorre o inverso. As categorias se opõem em função dos valores que os bens jurídicos traduzem. O tratamento conferido aos direitos patrimoniais, sejam reais ou obrigacionais, pode ser, em grandes linhas, semelhante. Porém os não patrimoniais exigem uma tutela qualitativamente.

Naturalmente, é um dualismo que só pode ser aceito em termos de preponderância. Será o caráter precípuo da lesão, se ao patrimônio ou à pessoa, que conferirá o *locus* na classificação. A rigor, e como intuitivamente se percebe, não existe agressão ao patrimônio que não atinja, reflexa e indiretamente, à pessoa. As agressões à pessoa, por seu turno, são quase sempre traduzíveis em padrões monetários, embora essa operação não seja, à luz dos dias atuais, a mais indicada, pelo menos em linha de princípio.

Feitas essas ressalvas, e armando o espírito contra as cautelas epistemológicas excessivamente matematizantes, é possível e necessário operar com as categorias conceituais dos ilícitos "patrimoniais e extrapatrimoniais". A diferenciação é, sob certo sentido, ética, e não poderia deixar de ser. A carga valorativa que o conceito de pessoa atualmente carrega é tão forte que impõe considerações próprias.

O denso conteúdo axiológico dos direitos não patrimoniais exige formas de proteção específicas. As chamadas tutelas diferenciadas são construídas exatamente para evitar o hiato entre a realidade normativa e a realidade social. Não se pode pretender proteger, igualmente, a propriedade e a pessoa. O direito contemporâneo repudia semelhante neutralidade. Sendo distintos os bens jurídicos, são naturalmente depositários de valores éticos variáveis. Por conseguinte, a proteção que o direito oferece não pode ser a mesma[70].

Para enxergar se a violação foi patrimonial ou extrapatrimonial não nos importa a origem, se contratual ou não, da relação jurídica, mas o caráter precípuo da agressão: se patrimonial ou pessoal. Superadas eventuais reservas, ou pelo menos as mais visíveis, cumpre inserir a proposição no sistema, sublinhando as razões jurídicas que

[70] Na esteira do afirmado, o nosso direito de família, a partir do Código Civil, passou a adotar, seguindo sugestão de Clóvis do Couto e Silva, as duas grandes linhas aqui mencionadas: uma de claro caráter pessoal; outra de caráter patrimonial preponderante (Livro IV – DO DIREITO DE FAMÍLIA, divide-se em Título I – Do Direito Pessoal, e Título II, Do Direito Patrimonial). Portanto, a divisão que mais fielmente traduz a nova sistemática das relações jurídicas civis é a que opõe os ilícitos patrimoniais àqueles extrapatrimoniais. Desde que adequadamente se compreenda que não se trata de uma divisão esquemática e formal, mas substancial e historicamente contextualizada, teremos uma ferramenta certamente útil para a percepção das notáveis mudanças que estão ocorrendo no direito civil de hoje.

conduzem à sua adoção. É importante, em princípio, ponderar que não se trata de um dualismo absoluto, no sentido de que um não pode ter resquícios ou elementos do outro. Aliás, bem difícil, nos dias complexos em que vivemos, definir, sob a perspectiva cultural, algo em termos absolutos. Não se trata, portanto, frise-se, de uma classificação asséptica e estanque. São categorias históricas e abertas, problematizadas, cuja compreensão não pode prescindir de uma permanente contextualização.

Ademais, e como de resto implícito na proposição, tais categorias oportunizam uma saudável permeabilidade do sistema jurídico com os demais sistemas sociais, ausente na perspectiva tradicional. Nos séculos passados – marcados por severo individualismo e refratários a construção de um conteúdo axiológico em torno do conceito de "pessoa"[71] – seria impertinente propor a categorização dos ilícitos civis extrapatrimoniais. Atualmente, no entanto, está ocorrendo admirável inversão de perspectivas. Sob o ângulo histórico-filosófico, passou-se do indivíduo à pessoa. O individualismo excessivo, timbrado por uma neutralidade apriorística em relação aos bens jurídicos, foi – e está sendo – crescentemente contraditado por valores que traduzem uma mais viva solidariedade social.

Tal divisão, ademais, vai ao encontro da melhor tradição jurídica brasileira, iniciada com Teixeira de Freitas. O jurista, de forma bastante avançada para sua época, propôs uma consideração diferenciada dos direitos pessoais, se perspectivados nas relações de família ou nas demais relações civis[72]. Embora a linguagem de Teixeira de Freitas esteja, obviamente, com as marcas do tempo, sua concepção é essencialmente inovadora, ao estabelecer uma brecha conceitual na lógica patrimonialista então reinante, propondo, auspiciosamente, uma análise distinta da pessoa, naquelas relações onde o caráter existencial deveria preponderar sobre as considerações estritamente argentárias.

A passagem, portanto, no pensamento contemporâneo, da concepção da pessoa como um "patrimônio que contrata", para a concepção da pessoa como uma "integralidade concreta", como alguém que merece proteção pelo só fato de ser pessoa, é significativo das opções valorativas básicas trilhadas pelo sistema jurídico atual. De algum modo, a unidade do sistema, presa, anteriormente, a velhos conceitos e velhos institutos, passa a ser redefinida em termos valorativos. Os modelos cognitivos contam, progressivamente, com espectros mais amplos de significação, dotando a experiência jurídica de uma flexibilidade orgânica que se opõe, paradigmaticamente, aos padrões oitocentistas.

Destarte, a experiência jurídica contemporânea aprofundou, em evolução ainda não exaurida, a distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais. O acento

71 FACHIN, L. E.: "O 'aggiornamento' do direito civil brasileiro e a confiança negocial", em *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo,* Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 145.

72 Art. 18 do Esboço: "Os direitos, que o presente Código regula, são considerados em relação ao seu objeto, e distinguidos em direitos pessoais e direitos reais. Os direitos pessoais são distintamente considerados nas relações de família, e nas relações civis".

patrimonialista perdeu o timbre central que já ostentou no sistema de direito civil. Ou seja, as considerações patrimoniais persistem, por óbvio, importantes e necessárias, apenas deixaram de ser o eixo central ao redor do qual orbitam os demais conceitos civilísticos.

Seria realmente estranho que um sistema jurídico cujas linhas evolutivas se desenham no sentido da superação do individualismo e do patrimonialismo não contemplasse, nos ilícitos, uma projeção dessa tendência. Se o eixo central do sistema civil passou a ser a pessoa, em suas múltiplas dimensões, os ilícitos, como resposta normativa, hão de contar com um estatuto teórico que contemple as especificidades de tal escolha constitucional. Tais especificidades podem ser traduzidas por meio de expedientes normativos e hermenêuticos que prestigiem o resguardo, preferencialmente preventivo, do bem em questão, e não através de uma mal entendida possibilidade de recompor o dano havido por vias monetárias.

Nesse sentido, não se há de buscar, na diferenciação proposta, resquícios de patrimonialidade nos direitos extrapatrimoniais, mas sim analisar, no caso concreto, o que realmente prepondera, se o patrimônio ou o valor da pessoa humana. Por exemplo, a conduta de um plano de saúde que nega cirurgia de urgência para um segurado (inclusive descumprindo ordem judicial, como tem progressivamente acontecido no Brasil) ofende não o patrimônio, mas a esfera extrapatrimonial do segurado e de seus familiares. Trata-se de um ilícito não patrimonial, porquanto o bem jurídico saúde não pode ser razoavelmente contraposto à possibilidade de uma posterior indenização[73].

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, J: de: *Da responsabilidade civil,* 12ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

AGUIAR, J.R., R. R. de: "Responsabilidade civil do médico", *Revista dos Tribunais,* v. 718.

COELHO, F. U.: *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2006.

CONTINENTINO, M.: *Direitos Reaes-Direitos Pessoaes. Direitos Absolutos-Direitos Relativos,* Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1935.

[73] Os exemplos possíveis seriam muitos. A saúde, mencionada neste capítulo, é apenas um dentre os bens que poderiam ser atingidos por ilícitos extrapatrimoniais. Por exemplo, um padre que pratica um ato de pedofilia contra um menor, pratica – além dos ilícitos penais – um ilícito civil extrapatrimonial. Aliás, pelos danos, no caso, responde não só o sacerdote, mas também a Igreja, solidária e objetivamente, conforme decidiu o STJ (REsp 1.393.699).

FACHIN, L. E.: "O *aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial", em FACHIN, L. E. (Coord.): *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

GOMES, O.: *Obrigações*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.

ITURRASPE, J. M.: *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979,

KFOURI NETO, M.: *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, RT, 2013.

NEGREIROS, T.: *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C.: *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. II.

POPPER, K. R.: *Conjecturas e refutações*, Trad. Sérgio Bath, 5ª ed., Brasília, UNB, 2008.

SANCHIS, L. P: *Pressupostos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales,* Madrid, Trota, 2003.

SUNSTEIN, C. R.: *The Partial Constitution*, Cambridge, Havard University Press, 1998.

TEPEDINO, G.: "A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea", em *Temas de direito civil*, Tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

TEPEDINO, G.: "As relações de consumo e a nova teoria contratual", em *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

EL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS: LA INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO SANITARIO EN EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*

THE TREATMENT CONTRACT: THE INFORMATION ON RISKS OF MEDICAL TREATMENT IN THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

DAVINIA CADENAS OSUNA
Investigadora predoctoral en la Universidad Pablo de Olavide
dcadosu@upo.es

RESUMEN: En el trabajo se expone el régimen de la información sobre riesgos del tratamiento médico desde una perspectiva comparatista, poniendo en relación las regulaciones vigentes sobre el particular en el ordenamiento jurídico español, el case law del Reino Unido y el Draft Common Frame of Reference.

PALABRAS CLAVE: contrato de servicios médicos; medicina curativa; medicina satisfactiva; Bolam test; información reforzada.

ABSTRACT: The paper exposes the regulation of the information on risks of medical treatment from a comparative point of view, connecting the applicable rules on the subject in Spanish Law, English case law and the Draft Common Frame of Reference.

KEY WORDS: treatment contract; therapeutic treatment; unnecessary treatment; Bolam test; more stringent information.

FECHA DE ENTREGA: 15/10/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO MÉDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- 1. Información en medicina curativa.- Información en medicina satisfactiva.- III. INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO MÉDICO EN EL *COMMON LAW* DEL REINO UNIDO.- IV.- INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO MÉDICO EN EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*.- 1. Información sobre riesgos en medicina curativa.- 2. Información sobre riesgos en medicina satisfactiva.- 3. Excepciones a la obligación de informar.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

De sobra conocido es el papel protagonista que al consentimiento informado se le atribuye actualmente en la relación asistencial como principal exponente del derecho a la autonomía del paciente, constituyendo su incumplimiento un creciente foco de demandas por responsabilidad civil contra los profesionales sanitarios. De esta suerte, se hallan holgadamente justificados los trabajos doctrinales dirigidos a profundizar en el análisis sistemático de la regulación jurídico-positiva y jurisprudencial del consentimiento informado, estudios de ingente utilidad tanto para los pacientes, que a través de ellos pueden adquirir un conocimiento más profundo sobre los derechos que le asisten en la relación asistencial, como para los propios profesionales sanitarios, a los que dichos trabajos les pueden ilustrar sobre el modo de recabar el consentimiento informado al objeto de eludir futuribles condenas por responsabilidad.

En el presente artículo, centramos nuestra atención en la información asistencial como requisito que ha de satisfacerse con anterioridad a la prestación del consentimiento informado por el paciente, dedicándonos, en particular, a la información sobre los riesgos del procedimiento médico. El estudio de la temática planteada lo abordamos desde una perspectiva comparatista, exponiendo en primer lugar y por separado el régimen de la información sobre riesgos del procedimiento médico en el ordenamiento jurídico español, el *common law* del Reino Unido y el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) para, seguidamente, finalizar nuestro trabajo con una conclusión comparativa de los distintos regímenes.

II. INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO MÉDICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En España, el régimen legal de la información asistencial lo contempla la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[1] (en adelante, LAP), cuyo artículo 4.1 establece, en su inciso final, que la información "comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus

[1] B.O.E. n. 274, de 15.11.2002.

riesgos y sus consecuencias." Por su parte, el artículo 10.1 del mismo cuerpo legal precisa el contenido de la información asistencial que se ha de proporcionar al paciente con anterioridad a la prestación del consentimiento informado cuando éste se haya de otorgar en forma escrita: "a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones". Ambos preceptos, al igual que el artículo 8.3 LAP[2], imponen al profesional sanitario la obligación de informar al paciente de los riesgos del procedimiento médico. Ahora bien, la concreción de los riesgos que han de ser advertidos en cada caso es el resultado del ingente esfuerzo desplegado por nuestros tribales a tal efecto, cuya doctrina al respecto exponemos de modo sumarísimo a continuación.

No obstante, entendemos inexcusable realizar una aclaración preliminar en torno a la dicotomía "riesgos típicos-riesgos atípicos", esencial en el tratamiento de la cuestión abordada en las líneas presentes. De este modo, son riesgos típicos los inherentes al procedimiento médico y, por tanto, previsibles *ex ante*, ya derive dicha inherencia del procedimiento médico considerado en abstracto (tipicidad objetiva) o de las condiciones personales del paciente que favorecen la materialización de ciertos riesgos (tipicidad subjetiva)[3]. En definitiva, la tipicidad de un riesgo se vincula con su inherencia al procedimiento y consiguiente previsibilidad, y no con la frecuencia probabilística con la que se actualiza en la práctica[4]. Así, encontramos diversos ejemplos en los que nuestros tribunales estiman típico de un determinado procedimiento médico un riesgo que, sin embargo, se materializa con una escasa frecuencia, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009[5], que estima típico de una intervención dirigida a implantar una prótesis de cadera el riesgo de lesión del nervio ciático por elongación, pese a que se produce en la práctica con una frecuencia de sólo el 3,5%

[2] Dice el precepto como sigue: "El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos".

[3] DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2008, pp. 216-217.

[4] SSTS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). En la doctrina, *vid.* GALÁN CORTÉS, J. C.: "El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre de 2009, p. 27; GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 5ª edición, Cizur Menor, 2016, p. 737.

[5] RJ 2009, 4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

de los casos[6]. Por el contrario, se entienden atípicos aquellos riesgos que no se asocian con la intervención o tratamiento, es decir, que no son inherentes al mismo y, en consecuencia, no resultan previsibles *ex ante*, de nuevo siendo indiferente la frecuencia probabilística de su materialización en la práctica. De este modo, sostiene el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de septiembre de 2012[7], que no resulta típico de un tratamiento para la colocación de implantes dentales el riesgo de contagio de la hepatitis B.

Entendida debidamente esta distinción, se facilita en gran medida la exposición del régimen de la información sobre riesgos del tratamiento médico vigente en el ordenamiento jurídico español, explicación que debe partir inexorablemente de la separación entre medicina curativa y medicina satisfactiva.

1. Información en medicina curativa.

En medicina terapéutica, el profesional sanitario tiene la obligación de informar al paciente de los riesgos típicos del procedimiento médico, quedando a salvo los riesgos remotos, esto es, aquellos cuya ocurrencia se presenta excepcional en la práctica[8].

Por otra parte, debe el profesional sanitario informar al paciente de los riesgos que, aun no siendo inherentes al procedimiento médico, no se producen de modo excepcional o que, en caso de materializarse, revisten para el paciente una gravedad extraordinaria[9]. A nuestro modo de entender, la imposición al profesional sanitario de la obligación de informar de los riesgos atípicos de la intervención o tratamiento resulta a todas luces desproporcionada habida cuenta de que, al no estar vinculados con el procedimiento médico propuesto, su delimitación deviene, cuanto menos, harto complicada.

Finalmente, quedan excluidos del deber de información que incumbe al profesional sanitario los riesgos no conocidos en atención al estado de la ciencia al tiempo de realizarse la actuación médica[10], los riesgos que resultan de conocimiento común[11] y,

[6] En igual sentido, la STS de 24 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López) considera típico de la intervención de vasectomía el riesgo de entre el 0,4 y el 1% de recanalización espontánea de los conductos deferentes.

[7] RJ 2012, 9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García.

[8] STS de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

[9] SSTS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

[10] SSTS de 4 de julio de 2007 (RJ 2007, 6614; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto) y 30 de enero de 2012 (RJ 2012, 3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

[11] SAP de Barcelona en su sentencia de 15 de enero de 2007 (JUR 2007, 192866; Ponente: Illmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino).

por último, los riesgos cuya advertencia resulta "innecesaria"[12] por ser ya conocidos por el paciente, sea por motivos profesionales[13] o por haberse sometido con anterioridad a ese mismo procedimiento[14].

2. Información en medicina satisfactiva.

En medicina voluntaria, donde la actuación médica no viene exigida para el restablecimiento, mejora o mantenimiento de la salud del sujeto, la jurisprudencia impone al profesional sanitario el deber de suministrar al cliente una información reforzada, al objeto de impedir "el silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención"[15]. De esta suerte, declaran nuestros tribunales que el cliente debe ser informado, no únicamente de los riesgos típicos del procedimiento, sino de todas las secuelas (permanentes o temporales) y consecuencias que de él puedan derivarse, así como de la posibilidad de que con el mismo no se consiga el resultado esperado[16].

Únicamente se excepcionan de la regla anterior los riesgos no conocidos por la ciencia al tiempo de realizarse la actuación médica[17] y aquellos de dominio común o de los que el cliente haya tenido ya previo conocimiento[18].

III. INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO MÉDICO EN *COMMON LAW* DEL REINO UNIDO.

En el Reino Unido, la formulación clásica del estándar de diligencia del profesional sanitario se atribuye a McNair J., en el pronunciamiento dictado en *Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All E.R. 118* (*High Court of Justice*, *Queens Bench Division*, 26.2.1957), donde declara que en aquellas actuaciones cuya realización requiere de una habilidad especial, como es el ejercicio de la Medicina, el estándar de diligencia es el del "ordinal skilled man exercising and professing to have that special skill" (*Bolam test*). De esta suerte, "[a] doctor is not guilty of negligence if he has acted in concordance with a practice accepted as proper by a responsible body of

[12] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: "Responsabilidad civil de los profesionales", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (coord.), Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2008, p. 1089.
[13] STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004, 456; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).
[14] STS de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).
[15] SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de enero de 2011 (RJ 2011, 299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).
[16] SSTS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) y 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).
[17] SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) y 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).
[18] STS de 20 de enero de 2011 (RJ 2011, 299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

medical men skilled in that particular art […] merely because there is a body of medical opinion that takes a contrary view".

El *Bolam test* es aplicado por el *case law* tanto a supuestos de medicina curativa como satisfactiva, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, los pronunciamientos dictados en *Chatterton v. Gerson and another [1981] 1 All ER 257* (*High Court of Justice*, *Queens Bench Divison*, 31.1.1980) y *Hills v. Potter and another [1984] 1 W.L.R. 641* (*High Court of Justice*, *Queens Bench Division*, 18.5.1983). No obstante, no es hasta el asunto *Sidaway Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and Others [1985] 1 A.C. 871* (*House of Lords*, 21.2.1985), donde la *House of Lords* declara explícitamente la aplicación del *Bolam test*, no solo al diagnóstico y tratamiento, sino también en sede de información, si bien el Tribunal no aplica el *Bolam test* en su formulación tradicional, sino una versión "cualificada" del mismo. De este modo, postula la *House of Lords* que, aun cuando el profesional sanitario debe guiarse en principio por el *Bolam test* al informar al paciente, el juez puede estimar negligente su conducta, aunque sea respetuosa con la práctica aceptada por un sector de la comunidad médica, si no ha informado sobre un determinado riesgo cuya significación en el proceso decisorio resultaba tan evidente que ningún médico razonable lo hubiese ocultado.

Finalmente, el *Bolam test* experimenta una "recualificación" en *Bolitho v. City and Hackney Health Authority [1998] A.C. 232* (*House of Lords*, 13.11.1997), donde la *House of Lords* legitima al juez para someter a un análisis lógico la conducta del profesional sanitario; por tanto, pese a resultar coherente con la práctica aceptada por un determinado sector de la comunidad médica, puede el juez estimar negligente la no información sobre un determinado riesgo si no supera el juicio de razonabilidad[19].

Tras *Bolitho*, se ha producido en el Reino Unido un cambio en el estándar de información sobre riesgos del procedimiento médico, transitando éste desde el estándar profesional o de la comunidad médica al de la persona o paciente razonable, en virtud del cual el profesional sanitario queda obligado a informar al paciente de los riesgos que una persona razonable estimaría materiales al objeto de decidir su sometimiento o rechazo al procedimiento médico; asimismo, debe el profesional sanitario informar de un riesgo cuando conozca, o debiera conocer, que el paciente lo reputaría significativo en el proceso decisorio. Exponentes de este nuevo estándar de información sobre riesgos son los pronunciamientos dictados en *Pearce and Another v. United Bristol Healthcare NHS Trust [1999] E.C.C. 167* (*Court of*

[19] Afirma Lord Browne-Wilkinson que, conforme al *Bolam test*, el profesional sanitario únicamente puede exonerarse de responsabilidad si acredita haber actuado con arreglo a la práctica aceptada por un cuerpo responsable, razonable y respetable de opinión médica, y que "[t]he use of these adjectives –responsible, reasonable and respectable- all show that the court has to be satisfied that the exponents of the body of opinion relied upon can demonstrate that such opinion has a logical basis. In particular, in cases involving, as they so often do, the weighing of risks against benefits, the judge before accepting a body of opinion as being responsible, reasonable or respectable, will need to be satisfied that, in forming their views, the experts have directed their minds to the question of comparative risks and benefits and have reached a defensible conclusion on the matter".

Appeal, 20.5.1998) y *Montgomery v. Lanarkshire Health Board [2015] UKSC 11* (*UK Supreme Court*, 11.3.2015).

IV. INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS DEL TRATAMIENTO MÉDICO EN EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*.

Adentrándonos ya en el estudio del estándar de información sobre riesgos en el DCFR, hemos de comenzar estableciendo una nítida distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, previendo para ambas esferas el DCFR un régimen informativo bien diferenciado.

1. Información sobre riesgos en medicina curativa.

Es el artículo IV.C.-8:105 DCFR el encargado de regular la obligación de información asistencial en los supuestos de medicina terapéutica o curativa, presentando el aludido precepto el siguiente tenor literal:

"(1) The treatment provider must, in order to give the patient a free choice regarding treatment, inform the patient about, in particular:

a) the patient's existing state of health;
b) the nature of the proposed treatment;
(c) the advantages of the proposed treatment;
(d) the risks of the proposed treatment;
(e) the alternatives to the proposed treatment, and their advantages and risks as compared to those of the proposed treatment; and the consequences of not having treatment.

(2) The treatment provider must, in any case, inform the patient about any risk or alternative which might reasonably influence the patients decision on whether to give consent to the proposed treatment or not. It is presumed that a risk might reasonably influence that decision if its materialisation would lead to serious detriment to the patient. Unless otherwise provided, the obligation to inform is subject to the provisions of Chapter 7 (Information and Advice).

(3) The information must be provided in a way understandable to the patient".

Observamos cómo el artículo IV.C.-8:105 DCFR atribuye a la información asistencial un valor instrumental respecto del consentimiento informado, de suerte que la "[i]nformation is to be disclosed in order to allow the patient an informed

choice regarding treatment and obtain informed consent"[20]. Esta conclusión se manifiesta de modo evidente en el apartado segundo del precepto, al indicar que el prestador del servicio debe informar al paciente sobre cualquier riesgo o alternativa que pudiera "razonablemente" influir en su decisión. Como podemos comprobar, el estándar de información sobre riesgos del tratamiento médico en el DCFR es el del paciente o persona razonable, de suerte que el paciente debe recibir información sobre aquellos riesgos que una persona razonable en su misma situación estimaría materiales en el proceso de decisión que entraña el consentimiento informado. Por tanto, y como corolario de lo anterior, la información asistencial sobre riesgos únicamente resulta adecuada cuando permite al paciente adoptar una decisión informada, tomando como referencia la información que un paciente razonable estimaría significativa a tal efecto.

De lo expuesto hasta el momento se infiere que el profesional sanitario debe dilucidar *ad hoc* cuál es la información "razonablemente material" en atención a las circunstancias concurrentes, si bien el apartado segundo del artículo IV.C.-8:105 DCFR presume materiales los riesgos cuya actualización conllevaría un grave perjuicio para el paciente ("death, disfigurement, permanent disability"[21]). No obstante, esta presunción no excluye la existencia de otros criterios útiles en la determinación de la materialidad de un riesgo, como puede ser la frecuencia con la que se actualiza en la práctica[22] o la actividad profesional desarrollada por el paciente. Así, entendemos que, si el profesional sanitario conoce que el paciente es modelo de profesión, puede presumir la materialidad del riesgo de cojera que conlleva una intervención quirúrgica para la corrección del *hallux valgus* (vulgarmente conocido como "juanete"), por infrecuente que dicho riesgo pueda resultar en la práctica.

Finalmente, debemos advertir que, en todo caso, la información sobre riesgos está influida, en su cantidad y calidad, por la urgencia que pueda revestir el tratamiento médico, de manera que "the less urgent treatment is, the more detailed the information must be, as some time can be allocated for the exploration of alternatives and weighing the risks and benefits"[23]

[20] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:105, Comentario A (*General idea*), p. 1969.

[21] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:105, Comentario C (*Preferred option*), p. 1971.

[22] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:105, Comentario C (*Preferred option*), p. 1971.

[23] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:105, Comentario C (*Preferred option*), p. 1971.

2. Información sobre riesgos en medicina satisfactiva.

Regula el artículo IV.C.-8:106 DCFR, en sus apartados primero y tercero, el deber de información al cliente en medicina satisfactiva (*unnecessary treatment*[24]) en los términos que siguen:

"(1) If the treatment is not necessary for the preservation or improvement of the patients health, the treatment provider must disclose all known risks.

[…]

(3) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects".

Podemos comprobar cómo, en medicina voluntaria, el DCFR intensifica las obligaciones informativas que incumben al profesional sanitario, debiendo éste informar al cliente sobre todos los riesgos conocidos. A nuestro parecer, dicha información reforzada (*more stringent*[25]) pretende garantizar el conocimiento por el cliente de todos los riesgos típicos o inherentes al procedimiento médico, con independencia de la frecuencia con la que se actualicen en la práctica. Sin embargo, no puede ampararse en dicha información reforzada la transmisión de todos y cada uno de los riesgos que puedan derivarse del procedimiento médico, incluso de aquéllos que no sean inherentes a éste, pues la imposición al profesional sanitario del deber de informar de los riesgos atípicos del tratamiento debe juzgarse absolutamente desproporcionada.

3. Excepciones a la obligación de informar.

Debemos concluir nuestro análisis de la información asistencial en el DCFR con

[24] Definen los comentarios oficiales al artículo IV.C.-8:106 DCFR el *unnecessary treatment* como aquél "which is not intended to improve the physical health of the patient; it is rather treatment which a patient can choose to have for other reasons" –STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:106, Comentario A (*General idea*), p. 1982-. Hemos de advertir que, conforme a los comentarios oficiales al precepto, se incluyen en la medicina satisfactiva los tratamientos no exigidos por la salud física del paciente, aunque los mismos puedan tener una notable influencia positiva en la salud mental o en el estado anímico del paciente, como pueden ser las intervenciones de cirugía estética –STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:106, Comentario A (*General idea*), p. 1982-.

[25] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:105, Comentario B (*Interests at stake and policy considerations*), p. 1970.

una somera referencia al artículo IV.C.-8:107, que contempla tres supuestos en los que se excepciona el deber del profesional sanitario de informar al paciente, correspondiendo a aquél la carga acreditar su concurrencia al objeto de exonerarse de responsabilidad por falta de información en un futurible proceso judicial[26].

En primer lugar, permite el artículo IV.C.-8:107 (1) (a) DCFR al profesional sanitario actuar sin informar previamente al paciente "if there are objective reasons to believe that it would seriously and negatively influence the patients health or life". Regula así el aludido precepto la conocida como excepción terapéutica (*therapeutic exception*) o estado de necesidad terapéutica, plasmado en el ordenamiento jurídico español en el artículo 5.4 LAP. Esta excepción, por su propia naturaleza, únicamente resulta aplicable en medicina curativa, pues sólo en tal caso puede la salud del paciente verse perjudicada al conocer su situación médica, es decir, al ser informado del diagnóstico de una patología que, por definición, resulta inexistente en medicina satisfactiva[27].

En segundo lugar, se excepciona también el deber informativo del profesional sanitario "if the patient expressly states a wish not to be informed, provided that the non-disclosure of the information does not endanger the health or safety of third parties" -artículo IV.C.-8:107 (1) (b) DCFR-. Se consagra en los términos reproducidos el "derecho a no saber" del paciente (*right not to know*), contemplado en el Derecho español en el artículo 9.1 LAP. De esta suerte, se le reconoce al paciente el derecho tanto a ser informado como a renunciar a dicha información, si bien este último se supedita a la protección de la salud y seguridad de terceros en aquellos supuestos en los que el desconocimiento de su situación por el paciente pueda ponerlos en peligro, lo que ocurre, fundamentalmente, cuando el paciente padece una enfermedad genética o infecciosa[28].

Por último, tampoco necesita el profesional sanitario informar al paciente "where treatment must be provided in an emergency. In such a case the treatment provider must, so far as possible, provide the information later" -artículo IV.C.-8:107 (2) DCFR-. Este precepto, cuyo homólogo en la legislación española lo encontramos en el artículo 8.2.b) LAP, legitima al profesional sanitario para actuar sin informar previamente al paciente en los supuestos de emergencia. Sin embargo, no abarca la referida excepción los supuestos de urgencia en los que, al no concurrir las notas de gravedad e inmediatez que caracterizan a la emergencia, debe el profesional sanitario

[26] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:107, Comentario D (*Burden of proof*), p. 1988.

[27] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:107, Comentario A (*General idea*), p. 1986.

[28] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:107, Comentario A (*General idea*), p. 1986.

cumplir con sus obligaciones en sede informativa, si bien sí que permiten los comentarios oficiales en tales situaciones modular la información que debe transmitirse, de modo que "the less urgent treatment is, the more detailed the information must be, as some time can be allocated for the exploration of alternatives and weighing the riks and benefits"[29].

V. CONCLUSIÓN.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el estándar de información sobre riesgos del tratamiento médico establecido por el DCFR constituye un híbrido entre los estándares vigentes en España y el Reino Unido. Así, en medicina curativa, el DCFR adopta el estándar de la persona o paciente razonable, en una formulación que se asemeja en lo sustancial a la adoptada por el *case law* en el Reino Unido, y que en nada se asimila al estándar vigente en el ordenamiento jurídico español que, al hacer recaer sobre la comunidad médica la decisión sobre el carácter típico o atípico de los riesgos, parece adoptar el estándar profesional. Por su parte, en medicina satisfactiva, al imponer al profesional sanitario la información sobre todos los riesgos conocidos, el estándar de información adoptado por el DCFR se acerca al vigente en España, y queda muy alejado del estándar del paciente razonable que el *case law* adopta, también para los supuestos de medicina satisfactiva, en el Reino Unido.

BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2008.

GALÁN CORTÉS, J. C.: "El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre de 2009.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 5ª edición, Cizur Menor, 2016.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: "Responsabilidad civil de los profesionales", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (coord.), Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2008.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE

[29] STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV.C.-8:105, Comentario C (*Preferred option*), p. 1971.

LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA CITADA

1. España.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 24 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004, 456; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), sentencia de 15 de enero de 2007 (JUR 2007, 192866; Ponente: Illmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 4 de julio de 2007 (RJ 2007, 6614; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 20 de enero de 2011 (RJ 2011, 299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 30 de enero de 2012 (RJ 2012, 3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 12 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9147; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

2. Reino Unido.

High Court of Justice (Queens Bench Division), Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All E.R. 118, 26 de febrero de 1957.

High Court of Justice (Queens Bench Divison), Chatterton v. Gerson and another [1981] 1 All ER 257, 31 de enero de 1980.

High Court of Justice (Queens Bench Division), Hills v. Potter and another [1984] 1 W.L.R. 641, 18 de mayo de 1983.

House of Lords, Sidaway Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital and Others [1985] 1 A.C. 871, 21 de febrero de 1985.

House of Lords, Bolitho v. City and Hackney Health Authority [1998] A.C. 232, 13 de noviembre de 1997.

Cour of Appeal, Pearce and Another v. United Bristol Healthcare NHS Trust [1999] E.C.C. 167, 20 de mayo de 1998.

UK Supreme Court, Montgomery v. Lanarkshire Health Board [2015] UKSC 11, 11 de marzo de 2015.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN ESPAÑA. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL, CIVIL Y PENAL

THE RIGHT TO ONE'S OWN IMAGE IN SPAIN. AN ANALYSIS FROM CONSTITUTIONAL, CIVIL AND CRIMINAL LAW

Dr. LUIS DE LAS HERAS VIVES
Abogado. Vicepresidente del IDIBE
luisdelasheras@icab.cat

RESUMEN: *El presente trabajo examina la configuración general del derecho a la propia imagen y sus mecanismos de protección. Posteriormente se estudia la imagen como objeto material en el derecho penal, pues por razones de política criminal se ha descartado que el derecho a la propia imagen sea un bien jurídico autónomo penalmente protegido.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho a la propia imagen; protección civil; protección penal.*

ABSTRACT: *This paper examines the general configuration of the right to one's own image and its protection mechanisms. Subsequently, the image is studied as a mere object in criminal law, since for reasons of criminal policy the right to one's image has been ruled out as legal interest in the criminal order.*

KEY WORDS: *Right to one's own image, civil protection, criminal protection.*

FECHA DE ENTREGA: *24/11/2017*/ FECHA DE ACEPTACIÓN: *12/12/2017.*

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.- 1. Cuestiones generales.- 2. La eficacia del derecho fundamental a la propia imagen entre particulares.- II. LA PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.- 1. Planteamiento general.- 2. El grado de identificación de la persona a partir de la propia imagen.- 3. La captación o reproducción de la imagen.- III. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA IMAGEN (QUE NO DEL EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN).-1. Introducción político-criminal: el derecho a la propia imagen (objeto formal) *vs* la imagen (objeto material).- 2. Las imágenes obtenidas sin consentimiento de su titular.- 3.- Las imágenes obtenidas con consentimiento de su titular.

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

1. Cuestiones generales.

La Constitución española de 1978 en su art. 18.1 garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Con esta fórmula el constituyente español fue pionero en positivizar estos derechos en un texto constitucional y elevarlos expresamente a la categoría de fundamentales al ubicarlos en la Sección 1ª "De los derechos fundamentales y libertades públicas", del Capítulo Segundo, del Título I.

La trascendencia de su categorización como derechos fundamentales no es baladí, pues "son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución" (STC 25/1981, de 14 julio[1]).

En consecuencia, la caracterización del derecho a la propia imagen como derecho fundamental vivifica el contenido básico de nuestro ordenamiento jurídico y atañe al conjunto estatal ya que los derechos fundamentales "no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste", en tanto "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar

[1] STC 25/1991, de 14 julio (RTC 1981, 25).

el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el 'fundamento del orden jurídico y de la paz social'"[2].

El reconocimiento expreso y autónomo del derecho a la propia imagen en el texto constitucional no se preveía en el anteproyecto -reservado únicamente al honor y la intimidad- sino que su inclusión fue consecuencia de las enmiendas número 716 y 779, propuestas por el Sr. Sancho Rof y Grupo Unión de Centro Democrático[3], respectivamente, y que una vez fueron aprobadas en el Parlamento el 21 de julio de 1978, se remitió al Senado, en el que Camilo José Cela presentaría una enmienda de supresión, que si bien no prosperó, merece que nos refiramos a ella, pues, en último término, es una cuestión importante respecto de la no protección penal de la propia imagen como bien jurídico autónomo.

El premio nobel sostuvo que la propia imagen "es un concepto que sobra por impreciso y porque lo engloban los dos anteriores"[4], es decir, negaba que la propia imagen fuera un derecho y bien jurídico autónomo, pues, a su juicio, se trataba de una faceta bien de la intimidad bien del honor.

Lo cierto es que finalmente el constituyente español dotó de autonomía conceptual al derecho a la propia imagen respecto de los restantes derechos previstos en el art. 18 CE, pues honor e intimidad protegen bienes jurídicos diferentes, lo que no obsta, lógicamente, que al estar los derechos de la personalidad relacionados entre sí, una intromisión ilegítima en la propia imagen pueda suponer una lesión simultánea del honor o la intimidad. Como ejemplo de lo que se acaba de decir, puede ponerse el artículo 197.7 del Código Penal, en el que la difusión ilícita de la imagen obtenida con el consentimiento de la víctima para que tenga relevancia penal debe afectar gravemente a la intimidad, y aunque siendo este el bien jurídico penalmente relevante, ello no significa que desde el punto de vista civil la reproducción de la fotografía pueda constituir simultáneamente una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen e intimidad. Sensu contrario, cabe que mediante una fotografía se vulnere el derecho a la propia imagen del representado, pero no su honor y/o intimidad, por ejemplo, cuando se haya captado, reproducido o publicada la imagen sin el consentimiento de su titular, pero no se le representa en actitud vejatoria o degradante que pueda hacer desmerecer su buen nombre, su propia estima o su consideración ante los demás, ni tampoco revele ninguna faceta de su vida íntima.

En este sentido es clarificadora la STC 156/2001, de 2 de julio[5] al recordar que: "el carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan

[2] STC 53/1985, de 11 abril (RTC 1985, 53).
[3] *Vid.* Boletín Oficial, núm. 82, de 17 de abril de 1978.
[4] La enmienda de D. Camilo José Cela y Trulock al art. 17 fue la núm. 145 contenida en las pp. 59-60 del texto de las enmiendas.
[5] STC 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 156).

ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente."

Sin embargo, ante la falta de precisión del art. 18.1 CE a la hora de definir y configurar los derechos de la personalidad, resultó evidente que a tenor del artículo 81.1 CE, por parte del legislador había de acometerse la creación de una Ley Orgánica que los desarrollara, máxime cuando el art. 20.4 dispone que los derechos al honor, intimidad y propia imagen constituyen límites al ejercicio de las libertades que ese mismo precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

A la sazón se desarrollaría la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en la que si bien no se definió que debe entenderse por derecho a la propia imagen, sí que de manera negativa configuró que acciones se reputarían como intromisiones ilegítimas.

En todo caso, como inmediatamente se dirá, el derecho a la propia imagen –como el resto de derechos de la personalidad- es de creación pretoria en lo que respecta a su significado, contenido, alcance y, especialmente, su ponderación frente a otros derechos en conflicto.

No obstante, a pesar de que ningún precepto precisa el significado de la expresión "derecho a la propia imagen", sí que cualquier persona de una manera aproximada podría precisar con bastante acierto en que consiste la propia imagen de una persona. Si le preguntáramos a buen seguro respondería: "lo que los demás pueden ver de esa persona".

Respuesta que, por su parte, no sería nada descabellada en la medida que la imagen es definida por la RAE como "figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa" y también como "reproducción de la figura de un objeto".

Sobre esta diversidad conceptual trasladada al ámbito del derecho a la propia imagen, destaca DE VERDA que la imagen como figura es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, que consiste en su aspecto físico exterior, y que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad. En cambio, la imagen como reproducción, es un objeto exterior a la propia persona, es

el concreto procedimiento a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad[6].

Para nuestro ámbito, por tanto, por imagen –a los efectos del bien jurídico- hemos de entender una representación reconocible de la persona titular. Más concretamente, una expresión corporal del individuo que queda reservada a la libre disponibilidad de su titular[7].

En consecuencia, el derecho a la propia imagen es el poder que el ordenamiento jurídico confiere a la persona para que determine cuándo y bajo qué circunstancia su figura puede ser captada, reproducida o difundida.

En este sentido, y de forma similar a lo que ocurre con el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, como se verá, posee una dimensión positiva y una negativa. La primera consiste en la facultad de consentir la captación, reproducción o difusión de la imagen. La segunda, la facultad de impedir las anteriores conductas.

De todo lo dicho, por tanto, puede afirmarse que:

En primer lugar, el derecho a la propia imagen está indisolublemente asociado a la figura humana de forma tal que este atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública.

En segundo lugar, la finalidad del derecho a la propia imagen es impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado con independencia de la finalidad perseguida por quien la capte o difunda[8]. Por tanto, se vulnera el derecho a la propia imagen tanto a través de la mera captación o reproducción como de la publicación o difusión de la imagen (todas las conductas, evidentemente, sin el consentimiento de su titular o sin concurrir las causas de justificación legales).

En tercer lugar, la captación, reproducción, publicación o difusión de la imagen, puede, además, comportar la vulneración del derecho al honor o a la intimidad o, por supuesto, de ambos[9], siendo que en estos casos el desvalor de la acción será

[6] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 145-146.

[7] LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II (coord. por M. BAJO FERNÁNDEZ), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998, p. 224.

[8] STC 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139).

[9] Sobre esta idea puede verse a JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A.: "Límites de protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes", en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. J. BOIX REIG y coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, p. 127 y ss.

mayor[10]

2. La eficacia del derecho fundamental a la propia imagen entre particulares.

Desde luego que la eficacia pública y privada de los derechos fundamentales no es algo nuevo, sino que su reflexión por la doctrina data de antiguo a propósito de los clásicos debates en torno a los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad al socaire de la delimitación entre el Derecho Público y Privado[11].

Concretamente, en torno a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, pueden distinguirse básicamente dos posturas.

Por un lado, los seguidores de la *unmittelbare Drittwirkung*, para quienes los derechos fundamentales gozan de eficacia directa e inmediata *inter privatos*, de forma que los particulares quedan vinculados sin que el poder legislativo o judicial deba intervenir.

Y, por el otro, los de la *mittelbare Drittwirkung*, que sostienen que los derechos fundamentales vinculan indirectamente a los particulares a través de la acción del legislador dándoles alcance y de los jueces aplicando su normativa para asegurar su respeto en las relaciones entre iguales[12].

Como acertadamente señala DE VERDA Y BEAMONTE, se trata de una cuestión de escasa trascendencia a efectos prácticos, pues tanto unos como otros admiten que los ciudadanos puedan acudir a la jurisdicción ordinaria para recabar la tutela de sus derechos fundamentales lesionados por las conductas llevadas a cabo por terceros[13].

En todo caso, la STC 18/1984, de 7 de febrero, establece que "no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social", pues al reconocer que "existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos",

[10] STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14).

[11] Sobre la eficacia de los derechos fundamentales puede verse PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 22-23: "concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares", sin embargo, esta idea se ve superada por el advenimiento de los Estados sociales de Derecho en los que se produce una "extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares".

[12] Para un análisis más detallado de la cuestión, puede verse, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2017, núm. 23, pp. 60-67.

[13] Ibíd, pp. 62-63.

se colige que en efecto hay derechos fundamentales que gozan de eficacia directa entre particulares[14].

Cuestión distinta es el mecanismo procesal para su tutela. De hecho, ante la previsión limitadora del legislador en el art. 41.2 LOTC, nuestro TC ha desarrollado la fórmula de dar tuición a los particulares en contiendas *inter privatos* con lesión de derechos fundamentales a través del control de las resoluciones de los jueces y tribunales que resuelven el litigio. Es decir, al amparo de lo dispuesto en el art. 9.1 CE, el Tribunal Constitucional velará para que los órganos jurisdiccionales del Estado den correcta efectividad a los derechos fundamentales. De manera que los particulares que entiendan que las sentencias que causen firmeza no han reparado oportunamente la lesión de su derecho fundamental por el acto del particular que lo lesiona, podrán recurrir en amparo al TC impugnando precisamente la sentencia que resuelve el litigio. Dicho de otro modo, "el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesione el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen del recurrente"[15].

II. LA PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

1. Planteamiento general.

De conformidad con el apartado quinto del art. séptimo de la Ley Orgánica 1/1982, tendrán la consideración de intromisión ilegítima en el ámbito de la propia imagen "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos".

La autonomía del derecho a la propia imagen respecto de la intimidad se deduce en sede civil porque el citado precepto distingue "lugares o momentos de su vida privada" o "fuera de ellos". Cuestión distinta, sin embargo, y que como más adelante veremos, ocurre en el derecho penal que renuncia a proteger el derecho a la propia imagen si este no viene acompañado de una efectiva lesión del honor o la intimidad.

Como avanzábamos, la norma civil, de la misma manera que la Constitución, no aporta un significado concreto de lo que debe entenderse por derecho a la propia imagen, planteándose la cuestión si a efectos civiles el significado debe ser el mismo o no que a efectos constitucionales.

La respuesta ha de ser afirmativa. El valor es el mismo con independencia de que lo califiquemos derecho fundamental o derecho de la personalidad, la etiqueta o *nomen*

[14] STC 18/1984, de 7 de febrero (RTC 1984, 18).
[15] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales", cit., p. 95.

es indiferente, siendo, como se ha visto, una cuestión superada la de si estamos ante un derecho ámbito de derecho público o privado.

En este sentido, de acuerdo con la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo, "el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga"[16].

Por otra parte, se ha discutido si al establecer el apartado sexto del art. séptimo que tendrá la consideración de intromisión ilegítima "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga", se está integrando en el derecho a la propia imagen, la voz y el nombre.

Históricamente se ha dado la circunstancia que desde la categoría de imagen se ha pretendido integrar la voz bajo el razonamiento de que la imagen posee una doble vertiente: visual y sonora.

Hoy en día, sin embargo, está superada la cuestión, y la voz constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen[17], por lo que aquella debe quedar ajena al ámbito de aplicación de esta.

De todo lo dicho, por tanto, se deduce que los principales elementos críticos para la tipificación del ilícito civil se encuentran, por un lado, el grado de identificación de la persona cuya imagen se capta, reproduce o difunde; y, por el otro, en la cuestión de la ilicitud de la captación o reproducción de la imagen en la medida de la efectiva lesión del bien jurídico protegido.

2. El grado de identificación de la persona a partir de la propia imagen.

Como es evidente, para que existe una real y genuina afectación de la imagen personal como bien jurídico protegido por este derecho y, en consecuencia, una

[16] SSTS 27 marzo 1999 (ECLI: ES:TS:1999:2153); 24 abril 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3424); 15 junio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4049); 26 marzo 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1838),

[17] Vid. la exposición a este respecto de HUET-WEILLET, D.: "La protection juridique de la voie humaine", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, pp. 512-513. En Alemania vid. HUBMANN, H. y REHBINDER, M.: *Urheber- und Verlagsrecht rehbinder*, Beck C.H., München, 1995, pp. 306-397. En la doctrina española puede verse a DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", cit. p. 163; y a BLASCO GASCÓ, F.: "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

intromisión ilegítima, exige que la persona pueda ser identificada según los parámetros objetivos debiendo descartarse criterios de asociación externos.

Este fue el caso de la célebre Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 30 enero 1998 (caso Emilio Aragón). En ella se discutió sobre un anuncio publicitario de la marca Proborín, consistente en un dibujo en blanco y negro de unas piernas cruzadas con un traje oscuro y zapatillas deportivas de color blanco, con la leyenda: "la persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies", y frente al cual don Emilio Aragón interpuso demanda por considerar que se trataba una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

En primera instancia, la pretensión del actor fue desestimada, sin embargo, la Audiencia Provincial la revocaría estimando la demanda y declarando "la existencia de vulneración del derecho a la identidad del demandante, por intromisión imputable a la demandada en relación a su imagen". Ante lo que el actor decide recurrir en casación.

El Tribunal Supremo inicia sus razonamientos recordando que "ni el artículo 18-1 de la Constitución, ni la Ley Orgánica contienen definición legal de lo que debe de entenderse por imagen. Ha sido la jurisprudencia de esta Sala la que ha venido a delimitar su concepto, al declarar que ha de entenderse por tal la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa y a efectos de la Ley Orgánica 1/1982, equivale a representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico -y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción (Ss. de 11-4-1987, 29-3-1988, 9-5-1988, 9-2-1989, 13-11-1989, 29-9-1992, 19-10-1992 y 7-10 y 21-10-1996)".

Evidentemente en el caso de litigioso la imagen en sí misma contenida en el anuncio publicitario no reproducía la figura humana del actor (de hecho, así se lee en la Sentencia: "en cuanto al dibujo, por sí mismo no actúa como elemento identificador de persona alguna, ya que se trata de una reproducción gráfica llevada a cabo por ordenador"), por lo tanto no había una reproducción de la figura humana y, en consecuencia, no concurría el objeto tutelado por este derecho.

Con todo, y formulando cierta digresión expositiva, el caso introdujo una cuestión que causa bastante perplejidad, y es que la Audiencia Provincial basó su estimación en que es el texto el que permite establecer la identificación del artista, cuestión sobre la que el TS razonó que "la interpretación no se agota en lo que se deja expuesto [el concepto dado de propia imagen] y en cuanto a que equivale a reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su recognoscibilidad, circunstancias que en el caso presente han quedado analizadas y resultan carentes de la necesaria carga identificadora del referido artista don Íñigo".

Si bien el Alto Tribunal concluyó que la imagen no identificaba al artista (había dudas); debemos insistir en que el motivo genuino para no entender lesionado el

derecho a la propia imagen debía ser la afirmación de que no se había reproducido su figura humana (que es el valor que está protegiendo ese derecho).

A mi modo de ver, la reproducción de la figura humana identificada o identificable sin recurrir a la propia figura del titular del derecho es ontológicamente inimaginable. Y si el objeto material dirigido a la recognosciblidad no identifica la figura humana del titular del derecho a la propia imagen, no puede haber lesión de este derecho (ello sin perjuicio, lógicamente, de la eventual lesión de otros derechos de carácter patrimonial).

Si el derecho a la imagen, en los términos definidos por el Tribunal Constitucional, es el derecho a "determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública"[18], se comprende que en el caso de una fotografía en la que aparece en un segundo plano un cadáver tapado con una manta, el Tribunal Supremo entendiera que no había habido una vulneración del derecho a la propia imagen del finado por cuanto "no se ha publicado fotografía alguna del fallecido en la que se permita su identificación. La información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible, de tal manera que si ninguna imagen ha sido captada y reproducida, ninguna intromisión ilegítima a ella ha podido se cometida"[19].

Cuestión distinta es cuando en la imagen aparecen los rasgos físicos de una persona y estos permiten reconocer su identidad porque han sido deficientemente difuminados, pixelados o distorsionados, por ejemplo, es el caso de la SAP Madrid 3 mayo 2017 en que "ni la forma en que se obtuvo el fotograma (de lejos y sin perturbar el normal devenir de su vida familiar), ni la fama de sus progenitores, ni el hecho de que la finalidad de la publicación fuera la de acompañar una información relativa al Sr. Jesús Carlos , no a su hijo o que aquélla fura veraz y objetiva, son datos que pueden ser valorados. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en el diario digital, 'con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado, lo que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal' (STS de 30 de junio de 2015)".

La STS 2 octubre 2014[20], en cambio, sí que consideró que había habido una intromisión en el derecho a la propia imagen de una de las víctimas del atentado del 11-M. El caso versaría sobre un reportaje en el suplemento "Crónica" del diario El Mundo, correspondiendo al domingo 11 de marzo de 2007, es decir, en el tercer aniversario del atentado, en el que bajo el título "Muerta en vida desde el 11-M", se difundieron datos de la víctima, en este caso menor de edad, relativos a su situación clínica y a su vida personal, familiar, y profesional, junto con tres fotografías, todo

[18] STC 23/2010, de 27 abril (RTC 2010, 23).
[19] STS 4 mayo 2005 (ECLI: ES:TS:2005:2807).
[20] STS 2 octubre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:3815).

ello, sin el consentimiento de sus representantes legales. Estos interpusieron la preceptiva demanda por entender lesionado, por un lado, la propia imagen (por la difusión de las imágenes), y, por el otro, el derecho a la intimidad (por la publicación de los datos).

Respecto de las imágenes en cuestión, dos de ellas identificaban el lugar de la sala donde se encontraba la cama que ocupaba la víctima, y la tercera, aparecía una persona cuyo rostro era inidentificable (de hecho, la prueba testifical practicada en juicio determinó que era una tercera persona).

En primera instancia se desestimó la demanda por no representar la imagen a la persona, no en segunda instancia, en la que la Audiencia razonó "que tratándose de una persona incapacitada, ni pudo prestar personalmente su consentimiento ni tampoco a través de sus padres (sus representantes legales al prorrogarse la patria potestad) en la medida que estos desde el atentado hicieron todo lo posible por preservar la situación de su hija frente al conocimiento público, y que el hecho de que en las fotos no aparecieran los rasgos físicos de la víctima no impedía apreciar la ilegitimidad de la intromisión en la medida que sí podía ser perfectamente identificada a través de los detallados datos personales (nombre y apellidos), familiares, profesionales, etc., que acompañaban al reportaje". Criterio que fue asumido por el TS al entender que "Para este Tribunal tampoco cabe ninguna duda de la identificación de la misma, que bien se cuida la propia periodista de realizar, cuando en la primera página del reportaje, y aludiendo a la fotografía que la está ilustrando afirma que "la primera cama de la fila de la izquierda, vestida con una colorida mantita decorada con un Piolín, está ocupada por una joven de 29 años (no es difícil, aunque nadie quiera decir, intuir que es ella; las otra mujeres que están postradas en la sala evidencian mucha más edad). Hace hoy justo tres años que se sumergió en esta suerte de profunda inconsciencia. La historia de Alejandra…".

Sin embargo, no puedo compartir en este punto el razonamiento de la Audiencia Provincial ni del Tribunal Supremo, si en cambio el de Primera Instancia, porque ambos tribunales están utilizando datos ajenos o externos a la fotografía para llegar a la conclusión de que se está identificando a la víctima, entendiendo que "la intromisión ilegítima puede existir pese a todo, siempre que esa identificación pueda llevarse a cabo a través del conjunto de datos publicados", cuando lo cierto es que ninguna de las imágenes reproducen los rasgos físicos de la víctima, y precisamente por esto, considero que por definición del propio derecho no cabe su lesión. Cuestión distinta, sin embargo, es la del derecho a la intimidad que si comparto con los anteriores y entiendo lesionada, pues "las circunstancias de tratarse de una persona desvalida de modo irreversible, la falta de autorización, expresa o tácita de sus padres que ejercen la tutela, sus propias manifestaciones obstativas a que se divulgara la situación personal de su hija, no pueden alterar la prevalencia del derecho a la intimidad frente al derecho de la información. El artículo podía causar el mismo impacto y conseguir la misma finalidad que perseguía, de indudable interés público, sin necesidad de personalizar en una concreta víctima, de la que no se ha recabado el oportuno consentimiento de quienes están a su cuidado".

Distinta suerte corrió otra víctima de terrorismo que entendió que la publicación de una viñeta en un periódico en la que aparece una persona (ciertamente irreconocible según la imagen per se), con la mano izquierda amputada, ensangrentada y mostrando sus prendas íntimas, complementada con algunos dibujos y un texto que reproducía el slogan de la compaña oficial de turismo del País Vasco "Ven y cuéntalo"; suponía una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen.

La demandante había sufrido tres días antes a dicha publicación un atentado terrorista que fue difundido por los medios de comunicación, circunstancia que llevó a que algunas personas asociaran la viñeta con ella, motivo por el que entendió que su derecho a la propia imagen había sido lesionado.

En primera instancia se declaró vulnerado el derecho fundamental a la propia imagen de la actora, no en segunda instancia ni en casación.

El Tribunal Supremo [21] recordando que la doctrina jurisprudencial define "el derecho a la imagen como la facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y a evitar su reproducción", y coincidiendo con la Audiencia, entendió que no podía haber una lesión de este derecho "toda vez que en la viñeta no aparece la propia imagen" de la víctima.

En este sentido, como razonó la Audiencia[22]: "Basta con contemplar la viñeta litigiosa para concluir que la persona que se muestra en la misma resulta absolutamente irreconocible, no ya sólo porque no se distingan los rasgos de su rostro en la medida imprescindible para poder ser identificada, sino por cuanto que tampoco la impresión que proporciona la visión del conjunto de sus características, carentes de componente individualizador perceptible, hace referible la imagen de la misma a la demandante, la que puede decirse, cabalmente, que, con los solos datos proporcionados por la figura representada, y abstracción hecha de cualesquiera otros, no podría ser señalada siquiera, por un observador extraído de entre las personas que se desenvuelven en lo más próximo de su entorno. No cabe duda, cierto es, que la imagen representada en la viñeta pudo asociarse con la de la actora, al haberse identificado a ésta y difundido su fotografía, en otros medios de comunicación, previamente a la publicación de aquélla, como víctima de un atentado terrorista, ahora bien, dicha asociación, no constituye la identidad de la imagen, ni torna en reconocible, la figura que no lo es, pues la identificación de la imagen, no puede ser efectuada prescindiendo de lo que debe entenderse por tal, para tener en cuenta otros elementos completamente distintos de lo que significa su reproducción cognoscible, descartable, por definición, tratándose de la vertiente personal (artículo 7.5), que no patrimonial (artículo 7.6), de la imagen, cuando se opera a través de procesos de asociación, como el del caso, a los que no basta la imagen misma".

[21] STS 9 julio 2004 (ECLI: ES:TS:2004:4990).
[22] SAP Bilbao 12 abril 1999 (ECLI:ES:APBI:1999:1251).

En consecuencia, a los efectos de determinar si ha habido o no reproducción de la imagen del titular del derecho, se debe estar a la imagen concreta per se y no a factores extraños a ella, pues, estos, en su caso, podrán serán lesivos de otro derecho, pero no del de propia imagen, cuyo ámbito de protección es claro.

3. La captación o reproducción de la imagen.

Se ha planteado si en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre en otros de nuestro entorno, como por ejemplo, el italiano, la mera captación o reproducción de la imagen supone realmente una lesión del derecho a la propia imagen.

En Italia, este debate surge respecto del art. 10 del Codice Civile dedicado al *"Abuso dell'immagine altrui",* pues únicamente prevé la *esposizione* y la *pubblicazione* de la imagen, y no la captación o reproducción como si hace el apartado quinto del artículo séptimo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En consecuencia, hay autores, como DE CUPIS, que niegan que la simple toma o reproducción sin más de la imagen pueda suponer un daño indemnizable, lo cual es razonable –para dicho autor- habida cuenta que la tutela de la imagen y su sanción no puede exceder los límites de la adecuación social, pues no parece haber un desvalor en que quien vive mostrándose, pueda más allá de ser observado directamente, no ser observado en una imagen cuando no sea divulgada[23].

Esta cuestión en el ordenamiento jurídico español está clara *expresis verbis*, por cuanto la conducta civilmente típica establece "captación, reproducción o publicación", por tanto, en España, en principio y a modo de premisa general, la captación inconsentida de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, constituye una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, ello, lógicamente, sin perjuicio del conflicto con otros derechos que podrá determinar la licitud de la intromisión.

Se ha dicho que "una cosa es que yo me exponga a la mirada de los transeúntes y otra cosa, muy distinta, es que deba soportar ser el objeto principal de una fotografía, si yo no quiero ser retratado, y ello, aunque el destino de la foto sea la pura contemplación de quien la hace, y no, su difusión pública"[24].

Sin embargo, no puedo compartir completamente con DE VERDA su afirmación anterior desde el punto de vista político-legislativo porque supone situar barreras de protección que en un contexto de hiperdesarrollo tecnológico son contrarias a los parámetros de la sociedad actual. Desde el punto de vista de la adecuación social exige mantener como inocua la simple captación si no hay conducta más allá que esa: simple captación. Cuestión distinta, de ahí que mi discrepancia sea parcial, es

[23] DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità (Vol I. Teoria generale, diritto alla vita e all'integrità fisica, diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere, diritto alla libertà, diritto all'onore e alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 110.

[24] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", cit. p. 173.

que la captación defraude las expectativas del titular del derecho a la propia imagen, o, simplemente, se deduzca de *facta concludentia* su oposición. Sin embargo, no puedo advertir que razones puede haber para prohibir que se tome la imagen de alguien que libremente decide mostrarse. En todo caso, insisto, es una cuestión política, de *lege data*, salvo que concurra una de las autorizaciones legales para la intromisión, se puede reputar como ilegítima la mera captación o reproducción de la imagen de una persona.

III. La protección penal de la imagen (que no del derecho a la propia imagen).

1. Introducción político-criminal: el derecho a la propia imagen (objeto formal) vs la imagen (objeto material).

El Proyecto del Código Penal de 1995, presentado el 13 de septiembre de 1994, en el marco de la V legislatura, preveía el Título IX "delitos contra la intimidad y el domicilio", compuesto por tres Capítulos, el primero de ellos "El descubrimiento y revelación de secretos" (arts. 188 a 192), el segundo "Delitos contra la propia imagen" (art. 193[25]) y el tercero "Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público" (arts. 194 a 196).

Por parte de Izquierda Unida se propuso a través de la enmienda 731, la supresión de la tutela penal del derecho a la propia imagen pues, entendía que "es suficiente la protección civil de este derecho, la protección penal resulta innecesaria y desproporcionada"[26].

El diputado López Garrido, en su intervención en el Pleno de 28 de junio de 1995, razonaría sobre este tema, que "la pretensión de una protección penal de la imagen excede del principio de intervención mínima del Derecho Penal, porque hay ya una protección civil de la imagen, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"[27].

A este respecto sostuvo el diputado de Izquierda Unida que el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 188 del proyecto), en un sentido

[25] Artículo 193: "1.El que atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización de su imagen, por cualquier medio y sin su consentimiento, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Cuando la conducta a que se refiere el apartado anterior fuere cometida contra un menor de edad o un incapaz se impondrá al culpable la pena de multa de doce a dieciocho meses. Para proceder por este delito, será necesaria denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal. El perdón del ofendido o de su representante legal o guardador extingue la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código".

[26] Ibíd., p. 231.

[27] Cortes Generales (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados), Sesión Plenaria núm. 157, celebrada el miércoles, 28 de junio de 1995, núm. 159, p. 8407.

parecido, ya protege la imagen, pues castiga a quien, con el fin de vulnerar la intimidad, utilice instrumentos de grabación, de reproducción del sonido e incluso de la imagen, "por tanto hay una protección penal que mejora, sin duda, la protección vigente en estos momentos en los artículos 497 y 497 bis, que sólo se refieren al apoderamiento de papeles y escuchas ilegales sin mención a la imagen y su relación con la intimidad. Por tanto, ya el artículo 188 del proyecto recoge los supuestos más graves de intromisión en la intimidad, en el caso de que se atente a la intimidad atentando contra la imagen, ya que incluye la finalidad de vulnerar la intimidad y la utilización de artificios directamente dirigidos a captar la imagen"[28].

En definitiva, el diputado sostuvo que "el carácter fragmentario del Derecho Penal obliga a que solamente los atentados más graves a los bienes jurídicos protegidos deban ser objeto de persecución penal; no todos los atentados, sino solamente los más graves. Por tanto, el Derecho Penal tiene un carácter parcial, fragmentario. Por ello y porque la jurisprudencia claramente va en el sentido de desplazar esta protección hacia el ámbito civil, creemos que el artículo 193 sigue una dirección equivocada, porque atrae al campo penal conductas que hoy están protegidas civilmente de manera adecuada por la Ley de protección civil, del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supuestos que se pueden solucionar perfectamente por esa vía"[29].

Finalmente la enmienda sería desestimada, y el debate siguió en el Senado, cuyo resultado resultaría trascendental para el futuro de la tutela penal de la intimidad pues, tal y como se verá, es aquí donde se fraguo el paradigma sobre el que se articularia la protección penal de la intimidad y el descarte de la propia imagen como objeto formal autónomo.

Los Senadores Álvaro Antonio Martínez Sevilla y José Luis Nieto Cicuendez (IU-IC), mediante la enmienda núm. 16, interesaron la supresión del Capítulo dedicado a la protección del derecho a la propia imagen, ya que la protección civil de este derecho era suficiente, de manera que "la protección penal resulta innecesaria y desproporcionada"[30].

En la Comisión de Justicia, en sesión celebrada el martes, 10 de octubre de 1995, el senador Martínez Sevilla defendió la enmienda núm. 16, en los siguientes términos: "La enmienda número 16 es de supresión sobre el derecho a la propia imagen. Entendemos que basta y sobra la ley de protección civil, ley que tiene las consideraciones más que suficientes para defender la propia imagen, y que el derecho a la imagen no debe tener un tratamiento penal en este sentido, sino que debe tener un tratamiento a través de esta ley de protección civil"[31].

[28] Ibíd.
[29] Ibíd.
[30] Ibíd., p. 109.
[31] Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión de la Comisión de Justicia, celebrada el martes, 10 de octubre de 1995, pp. 18-19.

En la intervención de los socialistas en la Sesión del Pleno celebrada el miércoles 25 de octubre de 1995, el senador Joaquín Martínez Bjorkman, sobre la enmienda número 16, indicó que por parte de su grupo, y tras una profunda reflexión, se votaría a favor, pues "entendemos que para la protección del derecho a la propia imagen, basta y sobra con la ley de protección civil. Esto y las consideraciones que se han tenido en cuenta son suficientes para defenderlo. Por lo tanto, vamos a considerar que este derecho a la propia imagen no debe tener tratamiento penal"[32].

La aprobación definitiva del Código Penal de 1995, finalmente expulsaría de nuestro texto punitivo, en consonancia con el carácter parcial y fragmentario del derecho penal, la mera utilización de imágenes que el anteproyecto preveía en el Capítulo II del Título IX, pues la LO 1/1982 brindaba suficiente protección a este bien jurídico.

En consecuencia, el Derecho penal no protege ni directa ni indirectamente la propia imagen como bien jurídico autónomo. Cuestión distinta será que a través de las imágenes (como objeto material) puedan lesionarse otros objetos formales, principalmente, honor e intimidad, que si están protegidos por la Ley penal.

2. Las imágenes obtenidas sin consentimiento de su titular.

El precepto que por antonomasia ha tutelado la captación ilícita de la imagen como manifestación de la intimidad ha sido el art. 197.1 CP, al proscribir el uso clandestino de aparatos técnicos para transmitir, grabar o reproducir imágenes con la finalidad de afectar la intimidad de otro.

En términos generales, desde el punto de vista civil hay, como no puede ser de otra forma, una especial sensibilidad en la protección ante las intromisiones ilegítimas en la intimidad y propia imagen frente al uso de cámaras ocultas. Los ejemplos de ilicitud, por ejemplo, en el periodismo de investigación son muchos: la filmación de una naturista-fisioterapeuta que carecía de título habilitante para el ejercicio de la profesión [33]; de un parapsicólogo experto en la erradicación de fenómenos paranormales[34]; las prácticas abusivas en el ámbito de la medicina estética[35]; o en contratación deportiva[36].

Desde el punto de vista penal, sin embargo, la resolución de los casos es distinta, ya que la jurisprudencia ha venido exigiendo una efectiva lesión de la intimidad, y no de la imagen (la imagen es el objeto del delito) para que los hechos cobren relevancia criminal.

[32] Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión del Pleno celebrada el miércoles, 25 de octubre de 1995, p. 4810.
[33] La STS 16 enero 2009 (ES:TS:2009:260), considera que tanto la conducta de captar como difundir imágenes grabadas por uno de los participantes de la conversación sin la oportuna autorización del contertulio constituyen intromisiones ilegítimas.
[34] STS 30 junio 2009 (ES:TS:2009:4435).
[35] STS 25 marzo 2010 (ES:TS:2010:1521).
[36] STS 20 mayo 2010 (ES:TS:2010:2526).

Sobre la relevancia penal del abuso de la imagen tuvo ocasión de pronunciarse la STS 8 junio 2001[37], a propósito de un reportaje de investigación con cámara oculta sobre los métodos que utilizaban las empresas dedicadas al cobro de morosos. El periodista se hizo pasar por un supuesto empresario que necesitaba cobrar una deuda de 15 millones de pesetas que le adeudaba un cliente y le expuso al cobrador que quería información sobre sus mecanismos para hacer efectiva la deuda. Finalmente el responsable de la empresa explicó al periodista la metodología a seguir. La conversación fue grabada por una cámara de video que habían preparado sigilosamente en un lugar oculto los realizadores del programa, emitiéndola posteriormente en televisión.

El Tribunal aplicó al caso la doctrina del secreto de las comunicaciones indicando que cuando se trata de la conversación mantenida por los propios interlocutores y no se trata de una conversación de personas ajenas, no cabe estimar una vulneración del art. 18.1 CE con incidencia en el ámbito penal.

La postura del TS (Sala 2ª) en definitiva no deja de ser la relativa a la teoría de la conducta compartida en virtud de la cual "cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente a los que escuchan, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico"[38].

3. Las imágenes obtenidas con consentimiento de su titular.

Completamente distintos han sido tradicionalmente aquellos supuestos en los que la captación de las imágenes era consentida por todos los participantes de la escena; o en los que uno captaba su propia imagen y enviaba voluntariamente a un tercero y, posteriormente, uno los participantes o receptores consentidos las difundía sin consentimiento de los afectados[39].

Estos supuestos, salvo que constituyera un delito de lesiones psíquicas, contra la integridad moral o el honor, carecían de relevancia penal porque por exigencias del principio de mínima intervención penal, no constituían una lesión penalmente relevante de la intimidad.

Hasta la vigencia del actual 197.7 CP, la jurisprudencia a la hora de dar respuesta al conflicto surgido de la difusión, revelación o cesión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima, en línea generales lo hacía bien mediante la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a

[37] STS 8 junio 2001 (ES:TS:2001:4854).
[38] STS 29 septiembre 1999 (ES:TS:1999:5903).
[39] Por supuesto, no me refiero a los casos en que existe una obligación legal al sigilo, por ejemplo, el art. 199 CP.

la propia imagen; bien por medio de la reconducción de la conducta a otras figuras delictivas como por ejemplo las injurias[40], las lesiones psíquicas[41] o contra la integridad moral[42].

Actualmente conforme el art. 197.7 CP, "será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona", sin embargo, estamos ante un delito en que el derecho a la propia imagen no es el bien jurídico, sino que se está protegiendo la intimidad a través de la imagen como objeto material.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO GASCÓ, F.: "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità,* Vol I. *Teoria generale, diritto alla vita e all'integrità fisica, diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere, diritto alla libertà, diritto all'onore e alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1959.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

[40] SAP Lleida 20 febrero 2004 (ECLI:ES:APL:2004:176).

[41] SAP Oviedo 22 junio 2017 (ECLI: ES:APO:2017:1750).

[42] Si bien finalmente se rechaza dicha pretensión punitiva, puede verse STS 23 mayo 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3781): "En el supuesto examinado es cierto que el acusado remitió a una amiga y compañera de clase de la víctima unas fotos en la que esta aparecía desnuda. Sin embargo, tal conducta, según se expresa en la narración fáctica, la perpetró el acusado con el propósito de desprestigiarla y de perjudicarla ante terceras personas próximas, según se desprende del texto que acompañaba las fotos ('para que veas lo guarra y puta que es'). No se trataba, pues, de ejecutar una conducta humillante o envilecedora sobre el propio cuerpo de la víctima degradándola en su dignidad como persona. Sino que pretendía dar a conocer que era una persona que hacía o se dejaba hacer fotos de esa naturaleza (sobre las zonas íntimas de su cuerpo), descubriendo así el acusado una parte íntima de su personalidad que podía menoscabar su reputación o su buena fama ante sus amistades y conocidos. Se considera, por tanto, que el acusado no atentó de forma directa con actos de humillación o envilecimiento contra la persona de la acusada menoscabando de forma grave su integridad moral, pues no puede afirmarse que la redujera con su conducta a la categoría de cosa privándola severamente de su dignidad. Más bien se valió de una vía indirecta y menos intensa, cual es la de desprestigiarla ante terceras personas vilipendiando su buena fama o reputación, circunstancias que llevan a subsumir la conducta del acusado en el tipo penal de las injurias, tal como ha decidido certeramente la Sala de instancia".

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2017, núm. 23.

HUBMANN, H. y REHBINDER, M.: *Urheber- und Verlagsrecht rehbinder*, Beck C.H., München, 1995.

HUET-WEILLET, D.: "La protection juridique de la voie humaine", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982.

JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A.: "Límites de protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes", en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. J. BOIX REIG y coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010.

LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II (coord. por M. BAJO FERNÁNDEZ), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998.

PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995.

RESPONSABILIDAD DEPORTIVA DE LOS ATLETAS PROFESIONALES: ESQUIADORES Y JUGADORES DE FUTBOL A LA LUZ DEL DERECHO VIGENTE

SPORTSMANSHIP OF ATHLETES: SKIERS AND PLAYERS IN THE LIGHT OF LIVING LAW

Dr. SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA
Profesor Titular de Derecho Comparado
Universidad Parthenope de Nápoles
s.acetodicapriglia@gmail.com

RESUMEN: *Deporte y responsabilidad es un binomio, que más allá de las apariencias, no es contradictorio: el primero, lúdico y recreativo; el segundo referido a la violación de reglas y preceptos que pueden producir efectos en el plano procesal y/o resarcitorio. De importancia central en la responsabilidad deportiva es el común denominador en las diversas clasificaciones del "riesgo deportivo", que se incluye en la acepción más amplia del "riesgo consentido" para aquellas actividades consideradas socialmente útiles. Esto representa una causa de justificación no codificada. El recurso al criterio de la culpa en la verificación de los ilícitos es común en la experiencia norteamericana en la que se atribuye el derecho al resarcimiento sólo en el caso de que los ilícitos sean cometidos con dolo o excedan del riesgo normal. La responsabilidad de los padres se califica como objetiva, por razones de eficiencia económica y así sucede también en otros ordenamientos jurídicos de civil law. Es determinante a los fines de la exoneración de la responsabilidad la aceptación del riesgo, para la cual es suficiente la capacidad natural del menor, orientación, que también se comparte en otros modelos jurídicos.*

PALABRAS CLAVE: *deporte; responsabilidad; atletas; menores.*

ABSTRACT: *Sports and accountability are not contradictory: the first is playful and recreational, the second concerns the violation of rules or precepts that can be followed by procedural and / or compensation effects. Sports responsibility has a common denominator in the various classifications of "sporting risk", a wider type of "risk allowed" for those activities considered socially useful. It represents a non-codified justification of guilt. The use of "guilt" in verifying the illicit is common to North American experience, where the right to compensation is attributed only if the offenses are committed in an arbitrary or exorbitant manner from normal risk. Parental responsibility is categorized as objective, also for reasons of economic efficiency, as is the case with other civil law legal systems. The assumption of risk is determining for exemption from liability: the child's natural capacity is sufficient; orientation that is also shared in other legal models.*

KEY WORDS: *Sports; liability; athletes; minors.*

FECHA DE ENTREGA: *28/09/2017*/ FECHA DE ACEPTACIÓN: *12/12/2017*

SUMARIO: I. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS. LAS NOCIONES DE RIESGO DEPORTIVO Y "RIESGO CONSENTIDO". PERFILES EN SU APLICACIÓN EN EL ESQUÍ PROFESIONAL. LA RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO DEPORTIVO Y EL ORDENAMIENTO ESTATAL A LA LUZ DE LA REORGANIZACIÓN DEL CONI. RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR DE COMPETICIONES DE ESQUÍ. TUTELA DEL ESQUIADOR Y DEL ESPECTADOR.- II. LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEPORTIVA Y SU RELACIÓN CON EL ART. 2043 CC ITALIANO. LA PRETENDIDA AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEPORTIVA RESPECTO DEL ORDENAMIENTO INTERNO. LA RESPONSABILIDAD DEL ATLETA POR HECHOS DAÑOSOS ACAECIDOS EN EL CURSO DE LA COMPETICIÓN DEPORTIVA. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES FUTBOLÍSTICAS EN LA ORGANIZACIÓN DE ENCUENTROS DEPORTIVOS PROFESIONALES. EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA EN LOS ESTADIOS. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL. EL CRITERIO DE LA CULPA EN LAS EXPERIENCIAS DE *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*.- III. LA PARTICULAR CONDICIÓN DEL "MENOR" EN EL DESEMPEÑO DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA: CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATERNA. DIVERSAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS: LAS SOLUCIONES, FRANCESA, ESPAÑOLA Y ALEMANA. LA RESPONSABILIDAD DEPORTIVA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD AMATEUR: LA RESPONSABILIDAD Y LA APLICABILIDAD DE LA "EXIMENTE DEPORTIVA".

I. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS. LAS NOCIONES DE RIESGO DEPORTIVO Y "RIESGO CONSENTIDO". PERFILES EN SU APLICACIÓN EN EL ESQUÍ PROFESIONAL. LA RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO DEPORTIVO Y EL ORDENAMIENTO ESTATAL A LA LUZ DE LA REORGANIZACIÓN DEL CONI. RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR DE COMPETICIONES DE ESQUÍ. TUTELA DEL ESQUIADOR Y DEL ESPECTADOR.

El binomio deporte y responsabilidad puede parecer contradictorio, asociándose el primero con una actividad lúdica a la que, desde la antigüedad, se ha dedicado el ser humano para mantener su forma física y su propia salud[1]; la segunda, en cambio, a la violación de reglas o preceptos que pueden tener consecuencias en el plano procesal y/o resarcitorio.

El Consejo de Europa con la "Carta Europea del deporte para todos" (adoptada en 1974) establece que "Todo individuo tiene derecho a practicar el deporte" (art.1); que "el deporte, en cuanto importante factor de desarrollo humano, debe ser promovido y defendido con financiación pública (art.2).

La Carta Europea del deporte (Rodas 1992) lo define como "cualquier forma de actividad física, que, a través de una participación organizada o no, tenga como finalidad la expresión o la mejora de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o la obtención de resultados en competiciones a todos los niveles" (art.2, I).

[1] El brocardo *mens sana in corpore sano* es atribuido a Juvenal, poeta latino del I siglo d.C.

Posteriormente el Tratado de Lisboa de 2007 (ratificado en Italia por la Ley 130/2008) atribuye al deporte un función social preminente, considerándolo, al igual que la instrucción y formación profesional, un elemento fundamental para un equilibrado desarrollo psicofísico de todo individuo.

En realidad, si nos fijamos en la frecuencia de las lesiones que tienen lugar durante el ejercicio de cualquier actividad deportiva, podemos constatar su relevancia en el ámbito civil, actuando la "responsabilidad civil deportiva"[2] como un concepto que engloba todos aquellos hechos procedentes de sujetos dedicados a la práctica del deporte o que giran en torno a ella (piénsese, por ejemplo, además de en los atletas, en los organizadores de eventos deportivos, en los entrenadores, en los padres y en el médico deportivo), que dan lugar a consecuencias dañosas e injustas respecto de otros individuos.

Para poder estudiar adecuadamente el tema de la responsabilidad civil en el ámbito del deporte, han sido elaboradas diversas clasificaciones[3] de las numerosas actividades deportivas; y, en particular, se han determinado[4] tres categorías funcionalmente conectadas a la naturaleza del deporte practicado: deporte con contacto "necesario" (que implica contacto físico entre los participantes, el cual está previsto y es prescrito por las respectivas reglamentaciones); deporte "sin contacto" (por ejemplo, tenis, balón volea); deporte con "contacto eventual", es decir, en el que se admite un contacto limitado y siempre dentro del respeto a las normas de las reglamentaciones emanadas de las respectivas federaciones (por ejemplo, el futbol, el baloncesto).

Ulteriores criterios (no exhaustivos) de clasificación de la actividad deportiva son los que distinguen entre el deporte profesional y no profesional, entre deporte individual y de equipo, entre deporte profesional y diletante. En el ámbito de la "actividad deportiva", se ha tratado de perfilar, no sin dificultades, la categoría de los deportes peligrosos y/o violentos[5], así como la categoría de los deportes

[2] Cfr., en doctrina, DI NELLA, L.: "Lo Sport. Profili teorici e metodologici", en AA. VV.: *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2010, pp. 26 ss.; FIGONE, A.: "La responsabilità sportiva", en AA.VV.: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1997, pp. 362 ss.; FRATTAROLO, V.: *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, pp. 3 ss.; MARANI TORO, A.: "Sport", en AA. VV.: *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1979, pp. 48 ss.

[3] Se remite a BENEDETTI, A.P.: "Sport violento – sport pericoloso: tra libertà di disporre del proprio corpo e risarcimento del danno", en AA.VV.: *Atti di disposizione del proprio corpo* (U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO), Pisa, 2007, p. 369: "Dichos criterios pueden combinarse entre sí de manera bastante variada, por lo que se puede afirmar con razonable certeza que cada deporte es único, con características específicas y definidas, y por eso difícilmente predicables de los otros. Surge, pues, un cuadro complejo bastante irregular. La diversas actividades deportivas pueden ser reconducidas a una definición unitaria muy genérica".

[4] Véase FRAU, R.: "La responsabilità sportiva", en AA. VV.: *Il diritto civile nella giurisprudenza* (coord. P. CENDON), Torino, 1988, p. 410: "Parece evidente que el riesgo de lesiones se proyecta más claramente en las disciplinas en las que la violencia se manifiesta necesaria en el contexto de un concreto y leal ejercicio de la actividad deportiva misma".

[5] A este respecto, véase FRAU, R.: "La responsabilità sportiva", cit., p. 432: "Se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia si para algunos deportes, en relación con los daños ocasionados a terceros, no debiera hacerse referencia, más que al principio general del *neminem laedere ex* art. 2043

tradicionales y la de los extremos[6], frecuentemente vinculados, estos últimos, a la noción implícita de "peligrosidad".

Definición, esta última, de carácter sociológico, más que técnico, ya que no es posible afirmar, con total certeza, que algunos deportes clasificado como "extremos" sean más peligrosos que los tradicionales, bien en consideración a la esfera de las personas dañadas (los mismo atletas y/o terceros); bien en consideración al hecho de que mientras algunos deportes son claramente reconducibles a esta categoría, en cambio, hay otros que casan mal con una clasificación de este tipo, en cuanto que no son reconducibles a la ecuación "deportes violentos-deportes peligrosos"[7]. Parecería más lógica centrarse en el hecho de que la actividad deportiva, por sus características de profesionalidad, competición y desafío entre los sujetos que la practican, tenga implícita *in re ipsa* el concepto de "peligrosidad", que, por tanto, no debe estar limitado a los deportes extremos.

En virtud de las clasificaciones realizadas, doctrina y jurisprudencia, muchas veces, se han detenido a analizar el tema de la responsabilidad deportiva a la luz del común denominador del concepto de "riesgo deportivo"[8], el cual constituye una *species* del más amplio *genus* "riesgo consentido"[9], categoría que determina el límite dentro del cual las actividades peligrosas, aun comportando el riesgo de producción de ilícitos, son jurídicamente consentidas por ser socialmente útiles.

La doctrina y jurisprudencia prevalentes han aplicado el concepto de riesgo deportivo a los deportes de equipo y a los deportes en los que la violencia se

CC, a la responsabilidad *ex* art. 2050 CC prevista para quien ejercita actividades peligrosas. Las consecuencias de una u otra opción no son de poca importancia, si bien es verdad que la del art. 2050 CC, que prevé una inversión de la carga de la prueba por parte de quien causa un daño, para algunos, en una particular forma de responsabilidad objetiva".

[6] Solo por referirnos a algunos ejemplos: il *kiteskiing, il bungee jumping, lo skysurfing.*

[7] Véase TASSONE, B.: "Sport estremi e responsabilità civile", *Danno e Resp*., 2002, p. 1183: "No vale la ecuación deportes extremos-deportes peligrosos y no se puede considerar, desde esta base, que los mismos requieran a priori un sistema de presunciones diverso y más riguroso o un diferente aproximación en la valoración judicial de los *claims* pretendidos por los dañados".

[8] Sobre el argumento cfr. LIOTTA, G.-SANTORO, L.: *Lezioni di diritto sportivo,* Milano, 2009, p. 197 ss.; CIMMINO. M.: *Rischio e colpa nella responsabilità sportiva*, Napoli, 2006, pp. 11 ss.

[9] La responsabilidad por los daños causados a deportistas (y también a terceros) durante una competición puede depender de la conducta de personas que no tomen directamente parte en la competición, sino que la organicen, le dirijan, la controlen o desempeñen otras funciones para permitir su correcto desenvolvimiento. En tales eventualidades el área de "fricción" entre las conductas relevantes solo en el ámbito deportivo y las reconducibles al ordenamiento estatal está dominado por la denominada teoría del riesgo consentido. A este teoría de remite, entre otras, Cass. Civ., sez. III, 27 octubre 2005, n° 20908, la cual extiende tal noción a todos aquellos que cumplan una función indispensable en el desarrollo de una competición deportiva, ya que el ilícito deportivo presupone el consentimiento de quien tiene derecho a prestarlo y concurre cuando la conducta lesiva está inserta de manera finalista en el contexto de una actividad deportiva (en el concreto caso se excluyó la responsabilidad de los organizadores de una competición de esquí respecto de los daños sufridos por una persona de seguridad, embestida por el participante en una competición de slalom gigante).

encuentra ínsita en la actividad deportiva (boxeo, lucha, etc.); sin embargo, también parece predicable de los deportes individuales (se piensa en los infortunios ocasionados por caídas ecuestres, en el esquí, en el ciclismo, en el patinaje, en el atletismo y en otros), en los cuales se puede configurar una responsabilidad del gestor/organizador de la actividad deportiva. Es oportuno precisar que por organizador del evento deportivo se entiende la persona física, la persona jurídica, la asociación no reconocida y el comité que, asumiendo todas las responsabilidades civiles, penales y administrativas, promueven el encuentro de uno o más atletas.[10] En el ámbito deportivo se suele distinguir entre organizadores "de derecho", pertenecientes a una Federación y regularmente autorizados para organizar un evento, y organizadores "de hecho", no federados y no autorizados. El principal organizador de derecho es el CONI, cuya responsabilidad se excluye cuando solamente patrocine el evento sin ser su organizador[11]. Los organizadores tienen la obligación de controlar: la idoneidad y la seguridad del lugar en el que se desarrolla el evento y de las instalaciones utilizadas, coordinándose son las fuerzas de seguridad; deben verificar la idoneidad y la seguridad de los medios técnicos utilizados, como también la idoneidad del atleta para participar en la competición, tanto en razón de su experiencia, como por sus condiciones psicofísicas[12]. De ello se puede deducir que en los deportes individuales los eventos lesivos realizados respetando las reglas previstas por la federación a la que se pertenece y las reglas de experiencia común de la disciplina deportiva practica referibles, no sólo al sujeto agente, organizador o gestor de las mismas, sino también a los concretos sujetos participantes, "aceptan" el riesgo deportivo intrínsecamente conectas al aleas normal y fisiológico del deporte. En otras palabras, prescindiendo de la peligrosidad o no de la actividad deportiva, si la lesión se halla dentro del límite del riesgo consentido la organización no responderá del daño sufrido por el atleta; en cambio, si el evento lesivo cruza los límites del riesgo consentido, se deberá verificar si daño ha sido efectivamente provocado por la modalidad de la competición: si lo ha sido (la carga de la prueba corresponde al atleta), habrá responsabilidad del organizador *ex* art. 2087 CC, de carácter contractual si el atleta es dependiente o colaborador de la sociedad deportiva organizadora, o no contractual, si no hay ningún vínculo contractual con el organizador.

Todos los sujetos que participan la actividad deportiva tienen obligaciones derivadas, sea de las reglamentaciones federativas[13], que de los cánones de prudencia *ex* art. 2043 CC, para cuya definición la doctrina y jurisprudencia recurren al esquema del ordenamiento jurídico.

La relación entre el ordenamiento deportivo y el estatal italiano es regulada por el Decreto Legislativo 23 de julio de 1999, núm. 242 (el llamado Decreto Melandri),

[10] DINI, P.: "L'organizzatore e le competizioni: limiti alla responsabilità", en *Riv. dir. sport.,* 1971, p. 416.

[11] Cass., Sez. un., 12 luglio 1995, n. 7640, *Riv. dir. sport.,* 1996, p. 75.

[12] DI CIOMMO, F.- VITI, V.: *La responsabilità civile,* Milano, 2008, p. 291.

[13] Véase, por ejeplo, el Reglamento FIGC (Federazione Italiana Gioco Calcio); Reglamento FISI (Federazione Italiana Sport Invernali), www.coni.it.

que después de medio siglo de vigencia, deroga la Ley 16 febrero 1942, núm. 426 (denominada Leyes creadora del CONI) y el respectivo Reglamento de ejecución.

Los principios inspiradores de esta intervención legislativa deben buscarse en la decidida voluntad de organizar la estructura del CONI, hoy poco acorde a los tiempos, mediante su completa inserción en el ordenamiento deportivo institucional; la definición de las relaciones entre el ente y las instituciones deportivas a los más altos niveles, asumiendo las federaciones deportivas solo personalidad jurídica de Derecho privado; la simplificación burocrática y la separación, de acuerdo con la que ya es un principio guía en la actual organización administrativa, de las funciones de dirección y las de gestión; la participación, en fin, de todos los miembros del mundo deportivo y la consiguiente democratización de los aparatos directivos, garantizándose también el acceso a los atletas y a los técnicos deportivos.

Además, con el Decreto Legislativo 8 enero 2005, núm. 15[14], se ha querido definir tal ente como "confederación de las federaciones deportivas nacionales" y "de las disciplinas asociadas", reforzándose, en consecuencia, el papel de institución central de toda la organización deportiva y codificando al mismo tiempo la plana equiparación entre federaciones y disciplinas deportivas asociadas.

Como consecuencia de tal intervención, en la actualidad la organizaciones interna del CONI prevé solamente cinco órganos administrativos: el Consejo nacional, la Junta nacional, el Presidente, el Secretario y el Colegio de revisión de las cuentas, y ya no las federaciones nacionales, que desde 1999 han perdido la doble condición de entes públicos y privados, asumiendo la más inteligible calificación de entes privados de interés público, en consideración al alcance público de alguna de sus actividades.

Respetada la autonomía estatutaria del CONI y los poderes esenciales de vigilancia y de dirección otorgados, tanto por el ordenamiento deportivo, como por el ordenamiento estatal, cualquier otra intervención normativa dirigida a la organización y a la disciplina de las actividades deportivas emana de las concretas Federaciones Deportivas Nacionales, a las que se otorga la más amplia autonomía normativa y organizativa. Por lo tanto, es oportuno indicar el criterio que debe adoptarse para valorar la extensión de la responsabilidad del organizador juntamente con el CONI o circunscribirla exclusivamente a las Federaciones deportivas: siempre que la actividad desarrollada en el caso concreto de una Federación tenga una vertiente pública, la responsabilidad será solidaria entre el CONI y la Federación; y viceversa, cuando la actividad entre en la autonomía técnico-organizativa de naturaleza privada de la Federación, la responsabilidad recaerá, exclusivamente, sobre ella.

Entre los diversos reglamentos que pueden adoptar las Federaciones, asumen particular relevancia los que establecen las reglas que los jugadores participantes en una competición deportiva deben observar. Muchas de estas reglas se refieren a

[14] El llamado Decreto Pescante, que comporta "modificaciones e integraciones" del Decreto Legislativo n. 242/1999.

modalidades específicas de juego; otras, en cambio, tienen como finalidad prevenir eventos dañosos a los participantes en la competición o a los espectadores.

En este punto es necesario preguntarse qué papel desempeñan las normas deportivas en el ordenamiento estatal, para verificar si su observancia puede considerarse una causa de justificación frente a actos potencialmente ilícitos, o si el juicio de licitud de la conducta de lo deportivo debe ser integrado con posteriores comprobaciones[15].

En verdad, ordenamiento estatal y ordenamiento deportivo son independientes entre ellos; de donde resulta que una misma conducta puede asumir relevancia para ambos, como también ser susceptible de valoraciones diferentes.

Muchos deportes se concretan en comportamientos que pueden revestir las características de delitos contra la vida y la integridad física. Son diversas las posiciones sostenidas para justificar la impunidad de los hechos lesivos realizados en el ejercicio de actividades deportivas.

Según una primera orientación[16], en estos casos se aplica la eximente de consentimiento de quien tiene derecho a darlo del art. 50 CP, con tal de que las reglas del juego sean respetadas, siendo admisibles las lesiones intencionales en los juegos de violencia necesaria. Sin embargo, a esta tesis se ha objetado que[17] el derecho a la vida y a la integridad física son derechos indisponibles (arts. 579 CP y 5 CC) y que el eventual consentimiento del atleta a la lesión o puesta en peligro de la propia salud no tendría ninguna relevancia.

Una segunda orientación[18] acude, en cambio, a la eximente del ejercicio de un derecho (art. 51 CP). También esta teoría ha sido objeto de fuertes críticas, porque permitía una protección limitada de la actividad deportiva, quedado descriminalizados, exclusivamente, los hechos acaecidos como consecuencia de competiciones oficiales, organizadas en el ámbito del CONI, con exclusión de las acaecidas en otro contexto.

La opinión mayoritaria[19] ve en la actividad deportiva, ejercitada conforme a las reglas del juego, una causa de justificación no codificada, aplicable mediante un

[15] FIGONE. A.; "La responsabilità sportiva", cit, pp. 362 ss.

[16] En la doctrina, CHIAROTTI, M.: "La responsabilità penale nell'esercizio dello sport", *Riv. dir. sport.*, 1959, p. 237; MARINI, G.: "Violenza sportiva", en AA. VV.: *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 982; en la jurisprudencia la teoría ya fue avanzada por Cass., 24 febrero 1928, n. 625, *Giur. it.*, 1928, c. 141, y por R. Proc. Firenze, 15 marzo 1933, *Riv. pen.*, 1933, p. 666, ha sido abandonada.

[17] Por todos ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale*, Milano, 1975, p. 226; Trib. Milano, 14 enero 1985, *Foro it.*, 1985, II, c. 218.

[18] DE SANTIS, A.: "Il problema della liceità penale della violenza sportiva", *Arch. pen.*, 1967, I, p. 90; Trib. Bari, 22 maggio 1963, *ibidem*, 1964, II, p. 71

[19] Para una mayor profundización, véase LA CUTE, G.: "L'esercizio dell'attività sportiva come causa di giustificazione non codificata", *Giur. mer.*, 1975, II, p. 15; SFERRAZZA, M.: "La scriminante sportiva nel gioco del calcio", *Riv. di diritto ed economia dello sport*, III, 2008, p. 59.

procedimiento analógico; esta "eximente tácita" estaría fundada en la utilidad social o en la falta de daño social, que deriva, del reconocimiento y de la tutela de la actividad deportiva por parte del ordenamiento jurídico estatal.

Como se ha visto, *supra*, es muy lábil la frontera existente entre riesgo deportivo y responsabilidad del organizador. En materia de esquí profesional hay que referirse, sobre todo, a la doctrina y a la jurisprudencia, en tanto que las contribuciones legislativas son bastante escasas. Está la Ley de 2003, núm. 363, que, en el art. 2, IV, prevé que en las áreas de esquí con más de tres pistas los Ayuntamientos están obligados a señalar los tramos de pista y separarlos con la adecuada protección; el art. 15, III de la misma Ley, que prohíbe en las competiciones a los extraños sobrepasar los límites señalados o permanecer en la pista. En realidad, el esquí está más difusamente reglamentado por determinadas resoluciones emanadas del Consejo Federal de la Federación Internacional de Deportes Invernales (FISI), además de, como ya se ha dicho, por concretas sentencias de los Tribunales o de la Casación, aparte de las contribuciones doctrinales.

En particular, es oportuno precisar que organizador de una competición de esquí puede serlo solamente una sociedad o asociación deportiva afiliada a la FISI, que pone a disposición los servicios y los medios financieros necesarios para el desarrollo de la competición[20]. Ésta responderá también de lo hecho por todos sus auxiliares *ex* art. 2049 CC, sin poder beneficiarse de ninguna prueba liberatoria[21]. Las obligaciones establecidas por reglamentos a cargo de los organizadores son la general de garantizar la regularidad de la competición en función de la homologación de los resultados y su reconocimiento a nivel internacional, pero, sobre todo, la de garantizar la seguridad de los atletas (incluida la existencia de certificados de idoneidad sanitaria)[22], del personal adscrito a la organización y al desenvolvimiento de la competición y a los espectadores[23]. Además, como se ha observado *supra*, subsiste la responsabilidad del CONI, porque la homologación de las pistas entra dentro de la actividad de vertiente pública de las Federaciones, sobre las que el CONI ejercita el propio poder de vigilancia y control.

Por otro lado, resulta necesario subrayar que la FISI impone la suscripción a los atletas que quieren competir de una declaración liberatoria con el siguiente contenido: la determinación y la aceptación por parte del atleta del riesgo deportivo, el reconocimiento y la asunción de la obligación del control de la pista y de las condiciones de competición, la aceptación incondicionada de las labores de la organización y la renuncia de cualquier acción por el hecho de participar en la competición. En virtud de estas cláusulas, se ha planteado si la FISI puede tener la condición de profesional y el atleta la de consumidor que sufre el carácter abusivo de las cláusulas. Según la jurisprudencia[24], la Federación no estaría obligada a prestar

[20] Cass., 20 febrero 1997, n. 1564, *Riv. Dir. Sport.,* 1997, p.229.
[21] Cass., 3 agosto 2012, n. 13940, *De jure,* 2012, p. 57.
[22] Trib. Milano, 3 abril 1989, *Foro it.,*1989, p. 2951.
[23] App. Lecce, 18 enero 1994, *Riv. dir. Sport,* 1996, p. 303.
[24] Cass. , 19 febrero 2013, n. 4018, in *Dir. & giust.,* 2013, p. 80.

al esquiador ningún servicio y no habría ninguna sinalagmaticidad o contraprestación alguna entre profesional y consumidor. La cláusula liberatoria tendría la naturaleza de un negocio unilateral exigido por el reglamente deportivo con la finalidad de limitar la responsabilidad extracontractual del organizador, quedando informado el deportista de los riesgos específicos de la actividad competitiva.

II. LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEPORTIVA Y SU RELACIÓN CON EL ART. 2043 CC ITALIANO. LA PRETENDIDA AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEPORTIVA RESPECTO DEL ORDENAMIENTO INTERNO. LA RESPONSABILIDAD DEL ATLETA POR HECHOS DAÑOSOS ACAECIDOS EN EL CURSO DE LA COMPETICIÓN DEPORTIVA. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES FUTBOLÍSTICAS EN LA ORGANIZACIÓN DE ENCUENTROS DEPORTIVOS PROFESIONALES. EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA EN LOS ESTADIOS. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL. EL CRITERIO DE LA CULPA EN LAS EXPERIENCIAS DE *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*.

Es controvertida en la doctrina la calificación de la "responsabilidad civil deportiva", dudándose de su autonomía conceptual respecto a la categoría de la "responsabilidad civil".

En puridad, la responsabilidad civil deportiva comprende todos los supuestos de daño ocasionado durante el ejercicio de la actividad deportiva, incluyendo a los directa o indirectamente relacionados con el fenómeno deportivo.

En la doctrina no han faltado intentos de reconocer a la responsabilidad civil deportiva un carácter autónomo respecto a la cláusula general de responsabilidad prevista en el art. 2043 CC italiano, subrayando las peculiaridades del ordenamiento jurídico deportivo respecto a la responsabilidad civil ordinaria.

Esta tesis lleva a la conclusión de que no habría un único modelo de imputación de la responsabilidad, sino que habría[25] múltiples en función del tipo de deporte practicado y de las reglas técnicas previstas para cada una de las disciplinas[26].

[25] Me remito a SCIALOJA, A.: "Responsabilità sportiva", en *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 414: "¿Cuáles son, pues los factores que caracterizan la responsabilidad deportiva, justificando su autónoma relevancia jurídica respecto a las varias hipótesis de responsabilidad jurídica? En primer lugar, los principios generales informadores del ordenamiento deportivo, a los cuales se deben reconducir todas las actividades vinculadas al mundo del deporte y en las cuales estas últimas encuentran su razón de ser: la competición manifestación de la actividad, la lealtad en la competición, la probidad y la rectitud, el comportamiento desinteresado de los atletas, la ausencia de estímulos concurrentes en el desarrollo de la actividad, el principio de la responsabilidad objetiva. Estos fundamentos, sobre los que se conforma la responsabilidad deportiva en sentido estricto, adquieren una valor preciso, también en el ámbito de la responsabilidad deportiva en sentido lato".

[26] Así, como subrayan BONA, M., CASTELNUOVO, A., MONATERI, P.G: *La responsabilità civile nello sport*, Milano, 2002: "No obstante los esfuerzos realizados, no se ha llegado todavía a un único modelo de imputación de la responsabilidad, porque, en realidad, hay múltiples, según el tipo de deporte y de los sujetos implicados en el hecho dañoso, de modo que la tentativa de ofrecer una

En sentido contrario, otros autores[27] niegan que deban aplicarse a la responsabilidad derivada de la organización y ejercicio de actividades deportivas principios y reglas distintas de las comunes.

La cuestión no es sólo meramente teórica, sino que tiene gran importancia práctica, porque se encuentra estrechamente ligada al tema del resarcimiento del daño y, por lo tanto, a la determinación del sujeto civilmente responsable[28].

Hay que precisar que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la responsabilidad deportiva les lesiones que tienen lugar en el curso de una actividad de tipo ocasional[29] (por ejemplo, una partida con una pelota entre amigos en la playa). Este tipo de daño, según parte de la doctrina, deberá ser valorado según las reglas generales del ordenamiento estatal sobre la responsabilidad civil, aunque debiéndose tener presente la existencia de un autónomo *corpus* de normas resultantes del ordenamiento deportivo. De ello se deduce que la responsabilidad deportiva no puede ser considerada una especie de responsabilidad civil y que no es posible hacer de ella un tipo de responsabilidad civil desvinculada de las reglas generales.

El fundamento de la responsabilidad aquilina del atleta por los daños ocasionados a los otros participantes debe ser reconducido a la cláusula general del art. 2043 CC.

En realidad, el ilícito deportivo puede dar lugar a la reacción del ordenamiento deportivo (responsabilidad disciplinaria), pero puede también ser fuente de responsabilidad penal y civil con la aplicación por parte del ordenamiento estatal,

teoría unitaria debe necesariamente tener en cuenta una vasta gama de estándar especiales de conducta, cuyos contenidos están estrechamente ligados a las reglas y a la fenomenología que distinguen cada actividad deportiva".

[27] Véase ALPA, G.: "La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva"*, Riv. dir. sport.*, 1984, p. 472: "En materia de responsabilidad deportiva, salvo las reglas relativas a las manifestaciones profesionales, no se aplican normas específicas o principios diversos de los del Código y consolidados en la tradición (…) Mantener en vida la denominada responsabilidad deportiva significa alimentar equívocos y dudas".

[28] A favor de la decidida aplicación del art. 2043 CC en materia de responsabilidad deportiva se ha pronunciado, también en relación con un accidente de esquí, Trib. Bolzano, 7 noviembre 1984, *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 105, que ha afirmado: "sobre una pista de esquí […] incumbe a cada esquiador la máxima prudencia", de tal modo que el "esquiador que se halla en una posición superior debe siempre mantener una dirección que evite el peligro de colisión con el que se encuentra en una posición inferior".

[29] En opinión de SCIALOJA, A.: "Responsabilità sportiva", cit., p. 416: "Si se determina la responsabilidad deportiva en los casos en los que responsabilidad jurídica, en sus manifestaciones –civil, penal y administrativa- se conecta con el ordenamiento deportivo, quedarán fuera de la categoría todas aquellas situaciones en las cuales la resarcibilidad del daño o la sanción penal o administrativa derivan del desarrollo de una actividad profesional no programada –esto es, llevada a cabo fuera de una organización estructurada, entendida como actividad de tiempo libre, o de carácter meramente lúdico, o como actividad programada pero externa". Sobre el argumento, más recientemente, BERTINI, B.: *La responsabilità sportiva,* Milano, 2002, *passim*.

respectivamente, de la sanción penal o civil bajo la forma del resarcimiento del daño[30].

Si bien una parte de la doctrina[31] afirma que los daños ocasionados en el ejercicio y en la organización de la actividad deportiva están sujetos a una forma autónoma de responsabilidad, la responsabilidad deportiva, dotada de un propio sistema de justicia, parece preferible la orientación[32], según la cual en los juicios sobre responsabilidad, con la excepción de las competiciones profesionales, se aplican los principios generales del código; de hecho, el juez, al constatar la responsabilidad del atleta por los daños causados durante la competición, no obstante, está obligado a considerar las reglas técnicas de cada disciplina, sin que carezca de relevancia la calificación de la responsabilidad deportiva como autónoma, o no.

A todos los efectos, el supuesto de hecho configura una previsión de daño "injusto", dado que, además del elemento objetivo, siempre se constatará (al menos) una culpa, consistente en la inobservancia de las reglas del juego. A quien sufre el daño le es suficiente probar que la parte contraria no ha ajustado su conducta deportiva a los criterios dictados por las federaciones competentes o que no ha tenido un comportamiento prudente, en relación al tipo de deporte y a todas las circunstancias del caso concreto.

El ordenamiento deportivo tiene potestad normativa autónoma, pero no jurídica, de lo que se desprende que las lesiones que tienen lugar en el ámbito deportivo no gozan de una tutela autónoma respecto a cualquier otra hipótesis de lesión de derechos ocasionada por un comportamiento culposo o doloso.

Si, en principio, esto es así, sin embargo, hay que precisar que hay determinadas actividades deportivas que requieren una notable capacidad técnica, la cual comporta una restricción de la negligencia, exclusivamente, a los casos en los que la lesión de la integridad física ajena se produzca como consecuencia de una culpa grave[33], y que, en el juicio de responsabilidad, como también en la determinación del *quantum*, incidan las "características" del sujeto dañado. Cuando se trate de un deportista amateur, la parte más consistente de la obligación resarcitoria tenderá a concentrarse en el daño biológico por él sufrido y en la alteración de sus actividades recreativas y sociales[34], a menos que demuestre que la lesión haya provocado mayores daños, como una forzada abstención de su actividad laboral. En cambio, el atleta

[30] V. "Diritto sportivo", en AA.VV.: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale,* Torino, 1998, p. 100..

[31] SCIALOJA, A.: "Responsabilità sportiva", cit. pp. 410 ss.

[32] ALPA, G.: "La responsabilità civile in generale", cit., pp. 471 ss.; DE MARZO, G.: "Accettazione del rischio e responsabilità sportiva", *ibidem*, 1992, p. 26.

[33] En este sentido Cass., 1 abril 1980, n. 2111, *Foro it.*, 1980, I, c. 1234; App. Genova, 11 enero 1981, cit.; Trib. Bolzano, 7 noviembre 1984, *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 105; de opinión contraria es, en cambio, Trib. Bolzano, 5 abril 1975, *ibidem*, 1976, p. 452.

[34] Sobre el argumento Cass., 10 octubre 1992, n. 11096, *Mass. Foro it.*, 1992, p. 932: "en materia de resarcimiento del daño a la persona, la alteración de la capacidad fisio-psíquica del sujeto, que incida negativamente sobre la realización de una actividad diversa de la laboral normal, como las actividades recreativas y sociales, en cuanto prescinde de la capacidad de producir ingresas, debe reconducirse al daño a la salud y, por lo tanto, debe liquidarse autónomamente".

profesional tiene derecho a una reparación más amplia en el plano económico, no limitada al rembolso de los gastos médicos o a las intervenciones quirúrgicas o de las terapias rehabilitadoras a las que se haya sometido, sino extendida a todos los aspectos perjudiciales que el siniestro cause al desempeño de una actividad –en este caso, deportiva- de la que vive. En tal caso, en la determinación del resarcimiento hay que tener en cuenta ulteriores factores: la duración media de la actividad deportiva, la condición actual del atleta –otra cosa es si se halla al final de su carrera-, los resultados alcanzados en una determinada disciplina en el momento en el que se verifica el infortunio y la capacidad de percibir ingresos. Respecto de esto último, téngase en cuenta que los ingresos del atleta se componen de una parte fija (salario) y de una parte variable (premios); la primera tiende a decrecer en la última fase de su carrera, mientras que en la valoración de la segunda hay que distinguir entre los premios obtenidos por el atleta y los obtenidos por otros deportistas de la misma categoría[35].

En virtud del art. 2059 CC, en relación con el art. 185 CP, el atleta, tanto amateur, como profesional, tiene derecho al resarcimiento de los daños morales. Como ha sido puntualizado por las por la Corte Supremo, la reparación requiere siempre la demostración de la negligencia del sujeto que provoca el daño, no siendo admisible presumir su culpa. La liquidación del *quantum*, en virtud de la equidad, debe ponerse en relación con la incidencia que el infortunio ha tenido sobre la vida del atleta; en el caso del profesional, además de la lesión de la "serenidad", es resarcible la pérdida del prestigio que acompaña a la víctima en medida proporcional a sus éxitos, la popularidad de que goza y la importancia del deporte practicado.

El recurso al criterio de la culpa es común en la experiencia norteamericana, donde los ilícitos que dañan a los participantes en las competiciones deportivas –un discurso diverso ha de hacerse para los daños ocasionados a los espectadores- atribuyen un derecho al resarcimiento, solamente, si son cometidos intencionalmente o si sobrepasan un riesgo "normal"[36] intrínseco en la práctica de una determinada finalidad. En la valoración de la *negligence* es necesario considerar el tipo de disciplina, la edad y las características físicas de los atletas, el nivel de habilidad, el conocimiento de las reglas, el *status* de amateur o de profesional. Cada atleta está, además, sujeto al *legal duty* de observar las reglas de seguridad (*safety rules*) prescitas para cada deporte, cuya violación legitima a la persona dañada para actuar *in breach*. Lo mismo debe decirse cuando el demandado ha tenido una conducta antideportiva.

La víctima tiene derecho a ser compensada por los daños a la propiedad o a la persona, padecidos como consecuencia del ilícito. El monto de los *compensatory*

[35] FRATTAROLO, V.: *La responsabilità civile per le attività sportive*, cit., p. 168.

[36] El concepto de riesgo normal es aclarado por CHAMPION, W.T: *Sport Law in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 1993, p. 97, el cual observa "A sport participant accepts reasonable dangers that are inherent to the sport; but only to the point that they are obvious and a usual incident to that sport".

damages, a veces de naturaleza puramente simbólica[37], varía según la entidad de la ofensa.

En caso de muerte del atleta, los parientes próximos (cónyuge e hijos) -cuando la legislación de los Estados a los que pertenezcan lo permita- pueden obtener una suma de dinero en concepto de reparación por la pérdida del *financial support* suministrado por la persona fallecida[38]. En caso de lesiones, la víctima, en cambio, tiene derecho al resarcimiento, además de los gastos realizados para las curas médicas, de los daños morales padecidos -*pain*, *suffering*, *mental anguish* e *loss of pleasure of life*-, sobre todo, si se trata de un atleta joven y prometedor[39] o de un deportista en la cima de su carrera.

Cuando, en fin, el ilícito haya sido cometido con intencionalidad o con deliberado desprecio de las reglas de prudencia, seguridad o corrección que deben observarse en una competición deportiva, el sujeto que provoca el daño está obligado al pago de *punitive damages*[40].

III. LA PARTICULAR CONDICIÓN DEL "MENOR" EN EL DESEMPEÑO DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA: CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATERNA. DIVERSAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS: LAS SOLUCIONES, FRANCESA, ESPAÑOLA Y ALEMANA. LA RESPONSABILIDAD DEPORTIVA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD AMATEUR: LA RESPONSABILIDAD Y LA APLICABILIDAD DE LA "EXIMENTE DEPORTIVA".

Una cuestión ulterior se refiere a la aplicabilidad del principio de la aceptación del riesgo deportivo a los daños causados u originados por el menor y al caso en que estos ejerciten una demanda resarcitoria.

En caso de daños ocasionado por el menor, se aplicarán las previsiones de los arts. 2047 y 2048 CC: el primero establece la responsabilidad de los vigilantes de la persona incapaz de entender y del querer –en primer lugar los padres- que no han

[37] Según el *Restatement (Second) of Torts* 1979, §§ 901-907, a la víctima le pueden ser resarcidos los *nominal damages,* o bien una suma irrisoria (por ejemplo, un dólar), cuando la conducta ilícita haya causado un perjuicio insignificante.

[38] Para un amplio tratamiento de este aspecto, véase SCHUBERT, G.W- SMITH, R.K- TRENTADUE, J.C.: *Sport Law*, St. Paul, Minn., 1986, spec. pp. 175 ss., los cuales observan que el resarcimiento aumenta en medida directamente proporcional a la fama, a los resultados y al estado civil del atleta; así que, cínicamente, a los ojos de quien causa el daño, es preferible que la víctima sea "a young, unmarried, non professional athlete".

[39] En Pell *v.* Victor J. Andrew High School, 123 Ill. App.2d 423, 78 Ill. Dec 738, 462 N.E.2d 858 (1984), se liquidó una ingente suma en favor de un gimnasta que había sufrido una parálisis de la espina dorsal a causa de un accidente ocurrido en la escuela a la que iba.

[40] Para un ejemplo cfr. Rawlings Sporting Goods Co. *v.* Daniels, 619 S.W.2d 435 (Tex. Civ. App. 1981), que ha condenado al fabricante de cascos para el juego de *football* al pago de $750.000 en concepto de daños punitivos a un atleta que había sufrido daños en la cabeza, porque el causante del daño había omitido informar a los atletas de la falta de idoneidad de los cascos para evitar daños en la cabeza o en el cerebro.

actuado para impedir el hecho; el segundo se refiere a un menor dotado de capacidad natural y de suficiente capacidad de discernimiento[41] que haya realizado un acto ilícito, del cual responderá el padre por *culpa in educando*.

Dichas responsabilidad, ambas de naturaleza vicaria y subsidiaria, se atenúan[42] progresivamente con el crecimiento del menor y con la adquisición de una mayor autodeterminación.

Según la orientación dominante en la jurisprudencia, los padres responden por *culpa in vigilando*, si el hecho tiene lugar en su presencia, según una doble articulación de la carga probatoria. Hoy es ya pacífico, en cambio, la exclusión de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas *ex* art. 2050 CC, siendo gravoso y difícil de definir como "peligrosa" una actividad más que otra.

Debe destacarse una orientación jurisprudencial, [43] que observa cómo la responsabilidad de la entidad y del docente (en el caso del menor que ejercita una actividad deportiva en una entidad o en una escuela) tiene naturaleza contractual *ex* art. 1218 CC: en las relaciones entre entidad y alumno menor se instaura un vínculo negocial, después de la aceptación de la solicitud de inscripción, mientras la particularidad del papel asumido por el preceptor hace surgir a su cargo, por contacto social, una obligación de proteger y vigilar a sus alumnos. De hecho, si en este supuesto, se diese una responsabilidad aquiliana, el menor estaría poco tutelado, en tanto que no bastaría que los padres demostrasen que habían confiado al menor al preceptor, sino que deberían probar también el hecho constitutivo de su pretensión y, en consecuencia, el hecho ilícito. Por el contrario, sosteniendo la tesis de la responsabilidad contractual se otorgaría mayor tutela al menor, en cuanto que incumbiría a la entidad la carga de demostrar que el hecho dañoso se debe a una causa no imputable, ni a ella misma, ni al instructor. Tal solución permitiría, pues, demandar en juicio por negligencias organizativas a los entidades a las que se confiaron los menores, por ser verdaderos sujetos sobre los que pesa el cumplimiento de protección, que, además, tienen mayor solvencia[44].

Más variado resulta ser el panorama doctrinal, en el que, además de las posiciones que se adhieren a la praxis judicial, favorable a acoger un criterio de imputación basado en la culpa de los padres, hay quien propugna la responsabilidad objetiva.

---

[41] Para un análisis del concepto de discernimiento, per todos cfr. STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim*.

[42] Cfr. Cass. 30 octubre 1984, n. 5564, *Foro it*.,1985, I, c. 145 ss., donde se afirma que "[…] a medida que la educación ha conseguido los propios resultados progresivos, permitiéndole una mayor capacidad para una correcta inserción en la vida de relación, conforme a su edad y a su ambiente, se atenúa la intensidad del deber del padre de vigilar su conducta, permitiendo reconocerse al menor mayores grados de libertad de movimiento y de autodeterminación de los que se haya hecho merecedor, por sus actitudes y costumbres y por la fiabilidad de las inclinaciones anteriormente manifestadas".

[43] Cass., 29 abril 2006 n. 10030, *Rep. Foro it., 2006,* voz *Responsabilità civile*, n. 303.

[44] LEPORE, A.: *Responsabilità civile e tutela della persona-atleta,* Napoli, 2009, p. 191.

En favor de esta teoría se invocan argumentos basados en consideraciones de eficiencia económica[45], que insisten en la capacidad de renta y patrimonio de los padres respecto a la de los hijos: por lo tanto, serían estos últimos quienes soportarían el peso económico de sus acciones ilícitas, teniendo el art. 2048 CC la finalidad de "[…] crear incentivos a la prevención de accidentes a través de la actuación de los padres"[46].

La objetivización de la responsabilidad paterna es un fenómeno común en los sistemas jurídicos de "civil law"; en particular, en Francia, Alemania y España se manifiesta un mecanismo de condena automática del padre, sea en relación a la pretendida falta de prueba de ausencia de *culpa in vigilando* o *in educando*, sea en relación con la opción de deducir tal prueba, de manera negativa, del mismo hecho lesivo.

El art. 1384, IV y VI, del *Code civil*, con el apoyo de la "Cour de Cassation",[47] admite la prueba liberatoria para los padres solamente en caso de fuerza mayor o de hecho exclusivo de la víctima, acogiendo, pues, un caso de responsabilidad objetiva similar al del "gardien de la chose".

Análogamente, en la experiencia española, con apoyo en el art. 20 del Código penal y art. 1903, VI, del Código civil, se funda la responsabilidad de los padres sobre una presunción de *culpa in vigilando*, superable a través de la prueba de haber adoptada la diligencia requerida por un *pater familias*, tal y como ha confirmado el Tribunal Supremo[48].

Sobre la huella de los modelos alemán y holandés, el fenómeno de la "objetivización" de la responsabilidad de los padres viene mitigado en consideración a la edad del menor: la presunción de responsabilidad opera en el caso de los menores de 14 años, mientras que la figura del "mayor menor" está asumiendo una relevancia decisiva en los juicios resarcitorios[49].

---

[45] Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho (cfr. CALABRESI, G.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico – giuridica*, Milano, 1975 pp. 61-99) la atribución a los padres de responsabilidad por los hechos ilícitos, también sin culpa por su parte, correspondería al principio del *deep pocket* (bolsillo profundo), o sea, a su mayor disponibilidad económica respecto de los hijos.

[46] Así, FRANZONI, M.: "Dei fatti illeciti", "Sub art. 2048"*, Comm. c.c.* Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 351.

[47] *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 9 mai 1984, n. 79-16612 : "[…] pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime. Par suite, un père ne saurait faire grief à un arrêt de l'avoir déclaré entièrement responsable d'un dommage causé par son enfant mineur, sans avoir recherché si celui-ci présentait un discernement suffisant pour que l'acte puisse lui être imputé à faute". Dello stesso avviso i leading cases del 13 dicembre 2002 e del 17 gennaio 2003.

[48] Como ha precisado STS 21 enero 1991 (RAJ 1991, 304), para los menores de 16 años el nivel de diligencia requerido es todavía más riguroso, hasta el punto de prefigurar una responsabilidad objetiva sin culpa o por riesgo.

[49] Cfr., DÍAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *ADC*, 1997, p. 797. *Adde*, NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcelona, 1998, p. 87

Diversamente, en Alemania y en Austria, la carga probatoria recayente sobre el sujeto dañado y la graduación de las obligaciones de los padres en función de la edad de menor, hacen que el régimen de los padres sea menos riguroso (§ 832 *BGB* y § 1309 *ABGB*).

Por cuanto concierne a la valoración de las obligaciones de vigilancia y de educación del menor que incumben a los padres, en Alemania el nivel de vigilancia depende del grado de éxito en la educación de un hijo: contra menos eficaz ha sido la educación, más estrecha deberá ser la vigilancia[50].

En el caso específico de la responsabilidad deportiva, nuestros tribunales tienden a privilegiar la relación entre el sujeto obligado al control del causante del daño y el que lo sufre *ex* art. 2048 CC, conforme al cual subsiste la responsabilidad de los padres, de los instructores deportivos y de los docentes, cuando se trate de actividades deportivas escolares, por los daños causados por menor, cuya vigilancia estaba a su cargo[51].

Solamente en raras ocasiones la jurisprudencia considera relevante la constatación de la dinámica del hecho dañoso, a fin de afirmar la responsabilidad del menor, que es concurrente con la de los obligados a su vigilancia *ex* art. 2048 CC, como tampoco para los daños sufridos por un menor, que entran en el aleas normal del deporte, respecto de los cuales no hay acción resarcitoria[52].

En principio, los tribunales consideran irrelevante el estado de capacidad o incapacidad del sujeto dañado, aplicando, no obstante, la eximente deportiva[53].

[50] Cfr., *BGH*, 10.7.1984, *NJW*, 1984, 2574.

[51] V. Cass. civ., sez. III, 22 noviembre 1991, n. 12538, *Riv. dir. sportivo*, 1992, 4, p. 660 ss., con nota de R. CASO, que trata de daños originados durante una manifestación deportiva escolar, sufridos por un menor, golpeado por una esfera metálica usada en las pruebas de lanzamiento de peso. En el mismo sentido, Trib. Monza, 13 septiembre 1988, *Riv. dir. sportivo*, 1990, p. 192 ss.; *Resp. civ. e prev.*, 1989, p. 1200 ss., con nota de A. DASSI.

[52] V. Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, cit., que trata de daños consecuencia de un accidente ocurrido durante un partido de futbol entre menores en un campo adyacente a una iglesia parroquial. La Corte Suprema, en este caso, excluye la responsabilidad del causante del daño, "al faltar una voluntad da dañar y al haber excluido el Tribunal de instancia que la intervención hubiera sido de particular dureza en el contexto del juego". En sentido conforme, Cass. civ., 15 enero 2003, n. 482, *Giust. civ. Mass.*, 2003, n. 94, *Dir. e formazione*, 2003, p. 385, y *Dir. e giust.*, 2003, 5, p. 30, que trata de daños sufridos por un menor durante el descenso de una pista de esquí, pero, en este caso, el demandado, no es otro menor, sino la entidad organizadora de la "semana blanca" en la que la víctima había tomado parte.

[53] *Contra* Trib. Varese, 11 mayo 1979, citada por DE MARZO, G.: "Accettazione del rischio e responsabilità sportiva", cit., p. 20, en la que se afirma que solo la mayor edad del sujeto dañado en el curso de una competición deportiva puede comportar la ausencia de resarcimiento a cargo del atleta adversario; en sentido favorable a la aplicación de la regla de responsabilidad propia de las actividades deportivas también a los casos de daños sufridos por menores, v., entre otros, Cass., 8 agosto 2002, n. 12012, *Danno e resp.*, 2003, p. 529; Cass., 19 enero 2007, n. 1197, *Resp. civ. prev.,* 2007, p. 2089.

En una reciente sentencia[54], la Corte Suprema ha afirmado expresamente que la regla de responsabilidad en el ámbito de las actividades deportivas no cambia "sólo por la minoría de edad de los atletas"

A este respecto, los magistrados han subrayado que "tal minoría de edad (excluida de raíz la práctica de deportes peligrosos por parte de menores) deberá ser valorada sólo en el ámbito de las concretas características en las que la imprudencia deportiva haya tenido lugar, y, por lo tanto, constituye una de las cualidades de las personas que participan en la competición y que el juez de instancia ha de valorar con el fin de afirmar o de excluir que haya una ponderación entre el grado de imprudencia en el que se ha incurrido y la normalidad del deporte practicado en dichas circunstancias".

En la doctrina la cuestión ha sido analizada en el más amplio contexto de las prácticas deportivas, con distinto rigor, según que las mismas sean profesionales, o no[55].

Según una opinión mayoritaria, la regla de responsabilidad debería aplicarse, exclusivamente, en las competiciones oficiales[56], con exclusión, pues, del deporte amateur, en particular, si es practicado por menores respecto de los que no es predicable el principio de aceptación del riesgo.

En sentido contrario, baste evidenciar que el principio de aceptación del riesgo se aplica a todas las actividades deportivas distinguidas por el elemento de la competitividad, el cual denota, sea una competición desvinculada de un contexto organizativo, sea una competición encuadrada en programas federativos.

En ambos casos, el medio empleado para alcanzar el fin es la acción de juego vista en "relación de funcionalidad", con el objetivo específico de la concreta actividad deportiva. En el caso de una acción de juego que causa daños, esta relación de funcionalidad sirve de parámetro para la valoración del límite del riesgo consentido[57].

[54] Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2011, n. 7247 *GCM*, 2011, 3, p. 492. .

[55] En este sentido, véase, por ejemplo, Corte de Apelación de Palermo, 26 noviembre 2002, que identifica "en el nivel profesional de la competición en cuestión" un criterio de cuantificación del resarcimiento de los daños sufridos y, a este respecto, subraya la distancia entre la actividad deportiva profesional y el "caso de una actividad de entrenamiento o de una competición de carácter amateur, en los que no se utilizan los medios de protección ordinariamente usados en las competiciones oficiales o se desarrollan sin un director de la misma", sin que ello suponga excluir las actividades solo formalmente amateur, que los intérpretes califican, con lenguaje de uso corriente, como semiprofesionales. Se observa a este respecto, en sentido crítico, que no es posible encontrar ninguna diferencia sobre el plano profesional entre una competición de baloncesto de la serie A, que entre dentro de las actividades deportivas profesionales y un partido de balón volea de serie A, que, en cambio, al menos formalmente, entre dentro de las actividades amateur.

[56] Cfr. CIMMINO, M.: "Anche i minori accettano il rischio sportivo?"*, Diritto.it,* 17 novembre 2011.

[57] Desde la perspectiva según la cual para la valoración de la medida del riesgo consentido debiera tenerse en cuenta indicios que van más allá del respeto a las reglas del juego, como la relación de funcionalidad entre la acción que ha causado la lesión y la finalidad propia de la actividad deportiva,

Ni hay razón para excluir que un menor pueda conocer las reglas del juego, igual que un adulto, de modo de que pueda llevar a cabo un juicio de previsibilidad en orden a los riesgos asociados al ejercicio de un determinado deporte.

La construcción del principio de aceptación del riesgo sobre bases negociales no debe llevar necesariamente a la conclusión de que es aplicable, exclusivamente, en el caso en el que la víctima sea una persona con capacidad de obrar. Esto, porque la capacidad requerida al participante en la competición deportiva debe ser puesta en relación con el tipo de actividad para la que el consentimiento ha sido prestado. Por lo tanto, en consideración del hecho de que se trate de una actividad deportiva, y no ya de una actividad negocial en sentido propio, se debe considerar suficiente que el participante tenga la capacidad de entender y de querer, referida, en el supuesto de que se trate, a la apreciación de los riegos ínsitos en la disciplina deportiva practicada[58].

La aceptación del riesgo expresa el hecho de la participación consciente y voluntaria en una actividad que, en sí misma, comporta ciertos riegos, es necesaria y suficiente la capacidad del sujeto de comprender el alcance de dichos riesgos. Esta conclusión resulta reforzada por el examen en clave comparada de la jurisprudencia comparada, que aplica la "defense of assumption of risks" a los casos de daños acaecidos a

o el uso de la una violencia exorbitante que manifieste un desprecio por la integridad física ajena, v. Cass. pen., 30 abril 1992, *Giust. pen*., 1993, II, p. 279 y, *Cass. pen*., 1993, p. 1726; Pretura Trento, 11 mayo 1996, n. 172, *Riv. dir. sport*., 1997, pp. 277 ss.; Cass. 8 agosto 2002, n. 12012, *Danno e resp*., 2003, p. 529; Cass. 22 octubre 2004, n. 20597, inédita; Cass. 14 octubre 2003, n. 15321, *Foro it*., 2004, I, c. 426 ss.; Cass. pen., 20 junio 2001, n. 24942, *Riv. giur. polizia*, 2002, p. 790; en el mismo sentido, Cass. pen., 2 diciembre 1999, n. 1951, *Foro it*., 2000, II, c. 321, con nota di RUSSO, C.: "Lesioni sportive tra illecito sportivo e responsabilità penale"; publicada también en *Corr. giur*., 2000, p. 737 con nota de SICA, S. y en *Dir. pen proc*., 2000, p. 992 con nota de BELLAGAMBA, F. In doctrina, v. BONVICINI, E.: *Responsabilità civile,* Milano, 1971, *passim*., para quien el límite entre lícito e ilícito no debe encontrarse en la simple violación de las reglas del juego, sino en la inobservancia de las reglas del *fair play*.

[58] Con la finalidad de comprobar si un menor se halla en un estado de incapacidad de entender y de querer, más allá de los supuestos en los que tal situación puede ser determinada por circunstancias excepcionales o momentáneas (como el uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, etc.), es necesario tener en cuenta, en primer lugar, la edad del menor, en atención también a las modalidades del hecho generador del daño. A este respecto, la Corte Suprema ha precisado que "con el fin de comprobar si un menor es incapaz de entender y de querer no es posible limitarse a considerar la edad del mismo y la modalidad del hecho, sino que también hay que valorar el desarrollo intelectual del sujeto, el físico, la ausencia (eventual) de enfermedades ralentizantes, la fuera del carácter, la capacidad del querer con referencia a la actitud de autodeterminarse" (Cass., civ., sez. III, 26 junio 2001, n. 8740, *Foro it*., 2001, I, c. 3100, con nota DI CIOMMO, F.: "L'illiceità (o antigiuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.)". La comprobación se encomienda al juez de instancia, el cual deberá basarse en los criterios extraídos de la experiencia común y sobre nociones de la ciencia (cfr. Cass. 28 abril 1975, n. 1642, *Resp. civ. prev.,* 1976, p. 136). Cfr. también DE MARZO, G.: "Accettazione del rischio e responsabilità sportiva", cit., p. 20, para quien "Si se acepta la tesis de que la aceptación del riesgo (expresa) el hecho de la consciente participación en una actividad arriesgada (...) jugará (...) la capacidad del sujeto para apreciar el riesgo ínsito en la disciplina deportiva practicada".

menores en el ejercicio de la actividad deportiva, dando relevancia a un diferente "standard or degree of care" en relación al requerido respecto de un adulto[59].

Así, por ejemplo, se ha afirmado la responsabilidad de la entidad organizadora de un partido de "softball" por los daños sufridos por una menor, no experta en este deporte, mientras jugaba en la posición de receptora, sin medidas de protección adecuada y sin que nunca hubiera jugado en tal posición[60]. También, en un caso relativo a un accidente que causó daños a una menor durante un partido de "softball," la jurisprudencia ha negado el resarcimiento aplicando el principio de la aceptación de los riesgos con el argumento de que la menor practicaba dicho deporte desde hacía muchos años en la misma posición en la que jugaba cuando sufrió el infortunio, por lo que conocía bien el deporte y sus riesgos, y, por otro lado, las medidas de protección suministradas habían sido correctas[61].

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *ADC*, 1997.

ALPA, G.: "La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva"*, Riv. dir. sport.*, 1984.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano, 1975.

BENEDETTI, A.P.: "Sport violento – sport pericoloso: tra libertà di disporre del proprio corpo e risarcimento del danno", en AA.VV.: *Atti di disposizione del proprio corpo* (U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO), Pisa, 2007.

BERTINI, B.: *La responsabilità sportiva,* Milano, 2002.

BONA, M., CASTELNUOVO, A., MONATERI, P.G.: *La responsabilità civile nello sport*, Milano, 2002.

[59] "A child is not to be held to the same standard or degree of care that an adult would have used. A child should be deemed to have assumed the risk if another child of similar age, intelligence, experience and development, would have acted differently under the circumstances". Cfr. HESS, L.: "Sports and the Assumption of Risk Doctrine in New York", *St. John's Law Rev.*, 76, 2002.
No faltan casos en los que la jurisprudencia parece propensa a aplicar el principio de la aceptación de los riesgos y, consiguientemente, a negar la tutela resarcitoria en favor del menor que sufre accidentes durante el ejercicio de actividades deportivas, sin valorar el concreto grado de madurez del menor mismo, dando más bien relevancia, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, a mayores costes correlativos al reconocimiento de un *duty of care* a cargo del entrenador o de la asociación deportiva vulnerado por efecto de *negligence,* cada vez que ocurra un accidente. V. en este sentido Kelly v. McCarrick, Kahn v. East Side Union High School District, Bliss v. Michael Wiatrowski, et al.

[60] Merino v. The Board of Education of the City of New York.

[61] Kelly v. McCarrick (2004), cit.

BONVICINI, E.: *Responsabilità civile,* Milano, 1971.

CIMMINO, M.: *Rischio e colpa nella responsabilità sportiva*, Napoli, 2006.

CIMMINO, M.: "Anche i minori accettano il rischio sportivo?"*, Diritto.it,* 17/11/2011.

CHAMPION, W.T.: *Sport Law in a Nutshell*, St. Paul, Minn, 1993.

CHIAROTTI, M.: "La responsabilità penale nell'esercizio dello sport", *Riv. dir. sport.*, 1959.

DE MARZO, G.: "Accettazione del rischio e responsabilità sportiva", *Riv. dir. sport.*, 1992.

DE SANTIS, A.: "Il problema della liceità penale della violenza sportiva", *Arch. pen.*, I, 1967.

DI CIOMMO, F.- VITI, V.: *La responsabilità civile,* Milano, 2008.

DI NELLA, L.: "Lo Sport. Profili teorici e metodologici", en AA. VV.: *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2010.

DINI, P.: "L'organizzatore e le competizioni: limiti alla responsabilità"*, Riv. dir. sport.,*1971.

FIGONE, A.: *La responsabilità sportiva*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1997.

FRANZONI, M.: "Dei fatti illeciti", "Sub art. 2048", *Comm.c.c.* Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993.

FRATTAROLO, V.: *La responsabilità civile per le* attività *sportive*, Milano, 1984.

FRAU, R.: "La responsabilità sportiva", *Il diritto civile nella giurisprudenza*, Torino, 1988.

HESS, L.: "Sports and the Assumption of Risk Doctrine in New York"*, St. John's Law Rev.*, 76, 2002.

LA CUTE, G.: "L'esercizio dell'attività sportiva come causa di giustificazione non codificata", *Giur. mer.*, II, 1975.

LEPORE, A.: *Responsabilità civile e tutela della persona-atleta,* Napoli, 2009.

LIOTTA, G.-SANTORO, L.: *Lezioni di diritto sportivo,* Milano, 2009.

MARANI TORO*,* A.: "Sport", *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1979.

MARINI, G.: "Violenza sportiva"*, Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975.

NAVARRO MICHEL, M.: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Barcellona, 1998.

SCHUBERT, G.W.- SMITH, R.K.- TRENTADUE, J.C.: *Sport Law*, St. Paul, Minn., 1986.

SCIALOJA, A.: "Responsabilità sportiva"*, Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XVII, Torino, 1998.

SFERRAZZA, M.: "La scriminante sportiva nel gioco del calcio", *Riv. dir. ed economia dello sport*, IV, III, 2008.

STANZIONE, P.: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975.

TASSONE, B.: "Sport estremi e responsabilità civile", *Danno e Resp.*, 2002

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL: CRÓNICA DE UN PROYECTO INCONCLUSO[*]

THE EUROPEANIZATION OF THE CIVIL LAW: CHRONICLE OF AN UNFINISHED PROJECT

Dra. AURORA LÓPEZ AZCONA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: *El presente trabajo pretende ofrecer una completa crónica del proceso de europeización del Derecho civil en un momento como el presente que bien podría calificarse de impasse ante el abandono de la ambiciosa Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea y el retorno a la directiva como exclusivo instrumento de unificación. Se distingue a tal efecto entre el Derecho privado de la Unión Europea y el Derecho Privado Europeo. El Derecho privado de la Unión Europea debe identificarse con aquel Derecho que rige en el territorio de la Unión Europea y que ha sido creado por sus instituciones para regular cuestiones muy concretas de Derecho civil, particularmente en materia contractual y de derechos de autor, acudiendo para ello sobre todo a las directivas, pero también a los reglamentos. Por su parte, el Derecho Privado Europeo aglutina todos aquellos textos jurídicos provenientes de diversos grupos académicos europeos dirigidos a la unificación de sectores completos del Derecho privado o, incluso, a la redacción de un Código, así como la elaboración bajo los auspicios de la Unión Europea, primero, del Marco Común de Referencia y, después, de la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea, textos todos ellos más ambiciosos, pero sin sanción oficial a fecha de hoy.*

PALABRAS CLAVE: *Europeización; unificación; uniformización; armonización. Derecho Privado de la Unión Europea; Derecho Privado Europeo.*

---

[*] Abreviaturas utilizadas: AC: Actualidad Civil. C.: contra. CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. CEDH: Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. CESL: Normativa común de compraventa europea. CFR*:* Marco Común de Referencia (*Common Frame of Reference*). Cfr.: confróntese. DA: Disposición adicional. DCFR: Proyecto del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*). DF: Disposición Final. DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea. DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea. PEC: Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando). RDC: Revista de Derecho civil. RDCE: Revista de Derecho Constitucional Europeo. RDCmE: Revista de Derecho Comunitario Europeo. RDP: Revista de Derecho Privado. RJC: Revista Jurídica de Cataluña. TCCE: Tratado Constitutivo de la CE. TEDH: Tribunal Europeo de Derechos humanos. TFUE: Tratado de Funcionamiento de la UE. TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TUE: Tratado de la Unión Europea. UE: Unión Europea.

[*] Mi agradecimiento a mi Maestro GARCÍA CANTERO, G., Catedrático Emérito de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y a TORRES CARZORLA, M.I., Profª. Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Málaga, por sus sugerencias y aclaraciones.

ABSTRACT: This paper aims to provide a complete chronicle of the process of the Europeanization of the civil law in a time like the present that could well be described as impasse by the abandonment of the ambitious proposal for regulation on common rules for European sales and a return to the policy as an exclusive instrument of unification. It stands for that purpose between the private law of the European Union and the European private law. The private law of the European Union must relate to that law that is valid in the territory of the European Union and which has been created by their institutions to regulate specific issues of civil law, particularly copyright and contractual matters, coming to do this mostly to the directives, but also to the regulations. The European private law brings together all those legal texts from various European academic groups aimed at the unification of entire sectors of private law or, even, to the drafting of a code, as well as the preparation under the auspices of the European Union, first, the common frame of reference, and then the regulation proposal for a common European trading regulations , texts, all of them more ambitious, but without official sanction to today's date.

KEY WORDS: Europeanisation; unification; standardization; harmonization; Private of the European Union law; European private law.

SUMARIO: I. LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO PRIVADO EUROPEO.- II. EL DERECHO PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA.- 1. El proceso de unificación y sus principales instrumentos.- 2. Ámbito objetivo del proceso de unificación.- A) Las materias de Derecho civil objeto de unificación.- a) En Derecho de obligaciones y contratos.- b) En Derecho de bienes.- c) En Derecho de la persona.- d) En Derecho de familia y sucesiones.- B) Las normas conflictuales europeas.- C) El sistema europeo de derechos fundamentales.- III. EL DERECHO PRIVADO EUROPEO.- 1. Las iniciativas oficiales.- A) El punto de partida: La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros.- B) Las cuatro posibles opciones planteadas por la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo.- C) La elaboración de un Marco Común de Referencia como opción más conveniente *a priori* y su materialización en el DCFR.- D) La elaboración de un instrumento opcional de Derecho contractual europeo como segunda opción adoptada y su materialización en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011.- E) Las últimas iniciativas: El aplazamiento de la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea y su sustitución por diversas propuestas de directiva en aras de un Mercado Único Digital.- 2. Las iniciativas académicas.- A) La Comisión de Derecho europeo de contratos o Comisión Lando.- B) El *Study Group on a European Civil Code*.- C) El *European Research Group on Existing Community Private Law* o *Acquis Group*.- D) La Academia de Privatistas Europeos o Grupo de Pavía.- E) El Núcleo Común del Derecho Privado Europeo o Proyecto de Trento.- F) El *European Group on Tort Law*.- G) La Comisión de Derecho de familia europeo.- IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO PRIVADO EUROPEO.

La europeización del Derecho civil es una cuestión que viene ocupando la atención de la doctrina europea desde hace años. En España el debate irrumpió con gran fuerza en la primera década del presente siglo, habiendo surgido importantes iniciativas tales como la creación de una Red Española de Derecho privado europeo y comparado[1], a la par que ha aparecido una profusa bibliografía que ha incorporado de pleno derecho a nuestros juristas en el epicentro de la "cuestión europea". Ello sin olvidar los congresos celebrados a iniciativa de diversos grupos de investigación vinculados a la universidad española, fundamentalmente en materia de Derecho contractual europeo.

[1] Según puede leerse en su página web, la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC) se creó en 2006 con el fin de facilitar el intercambio y transferencia de conocimientos en esa materia entre miembros de distintos grupos de investigación de las Universidades españolas. La red temática desarrolla sus actividades en el marco del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universidad de Girona.

Ahora bien, el complejo fenómeno de la europeización del Derecho civil conviene abordar con especial cuidado y, sobre todo, con claridad. Así, el tratamiento de esta cuestión puede oscurecerse si se confunden conceptos diferentes, tales como armonización, unificación o uniformización. A este respecto conviene recordar que la unificación de los Derechos privados de los Estados miembros de la Unión Europea ya es una realidad -parcial, pero realidad- que ha venido produciéndose a través de la incorporación a los Ordenamientos jurídicos nacionales de numerosas directivas que regulan determinados aspectos del Derecho privado, fundamentalmente en materia de obligaciones y contratos, por tanto, por vía de *armonización;* así como mediante la aprobación de algunos reglamentos que versan, igualmente, sobre materias muy concretas, lo que implica verdadera *uniformización*[2]. Pero esta realidad no debe confundirse con la empresa más o menos lejana -y, a mi entender, bastante utópica- de crear un completo Código civil europeo o, con mayores posibilidades de éxito, de llevar a cabo una *unificación* de ciertos sectores del Derecho privado en Europa. Así pues, conviene distinguir entre *Derecho privado de la Unión Europea -Derecho privado comunitario,* hasta el Tratado de Maastricht de 1992- y *Derecho privado europeo* como distintas manifestaciones de la europeización del Derecho civil. Las dos tienen en común las notas de la internacionalidad y de la aspiración a una cierta unificación, pero se diferencian claramente entre sí y por ello en el presente trabajo se analizan en epígrafes diferentes[3]. El *Derecho privado de la Unión Europea* -o *comunitario*- es un Derecho que rige en el territorio de la Unión Europea y que ha sido creado por sus instituciones para resolver problemas concretos relacionados con el Derecho privado. Por su parte, la noción *Derecho Privado Europeo* aglutina todos aquellos textos jurídicos fruto del trabajo de diversos grupos académicos europeos, así como la elaboración bajo los auspicios de la Unión Europea, primero, del Marco Común de Referencia y, después, de la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea; textos todos ellos sin sanción oficial a fecha de hoy[4].

II. El Derecho privado de la Unión Europea.

1. El proceso de unificación y sus principales instrumentos.

La incorporación de España a la entonces Comunidad Europea en 1985 ha tenido una enorme trascendencia en nuestro Ordenamiento jurídico, incluido el Derecho civil, que en algunos puntos se ha visto realmente transformado. A partir de ahí, como es sabido, la vía normativa utilizada fundamentalmente en el contexto de la

[2] Se sigue en este punto la distinción de CÁMARA LAPUENTE, S. entre, de una parte, la *uniformización* que implica la imposición del mismo régimen jurídico en todos los países"; y, de otra, la *armonización* como fenómeno que permite variaciones de contenido dentro de un núcleo similar. Ambos fenómenos se engloban en el más amplio de "unificación" (cfr. "Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en AA.VV.: *Derecho Privado Europeo*, coord. por el mismo autor, Colex, Madrid, 2003, p. 49).

[3] Como aclara OLIVA BLÁZQUEZ, F. en su excelente *Proyecto de investigación Hacia un Derecho civil uniforme, presentado para el concurso de acceso a la plaza de Profesor Titular*, inédito, 2007, pp. 38-39.

[4] De acuerdo con CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un Derecho", cit., p. 51.

antes Comunidad y ahora Unión para la superación del carácter nacional de las normas de Derecho privado ha sido no tanto la uniformización, sino la armonización[5]. A este respecto interesa recordar que el art. 3.1.h del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCCE) le atribuye competencias para aproximar las legislaciones de los Estados miembros con el objeto de eliminar las trabas al mercado interior único que garanticen una mejor operatividad del mismo. Para llevar a la práctica este objetivo la Comunidad Europea y desde 1992 (Tratado de Maastricht) la Unión Europea, cuenta con la directiva como instrumento fundamental, que, como es sabido, obliga a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección tanto de la forma como de los medios (actual art. 288.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE). Complementariamente existen una serie de mecanismos de eficacia e imposición del Derecho de la Unión Europea que coadyuvan a la consecución del objetivo de la armonización, tales como la eficacia directa vertical de las directivas[6], la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de la obligación de transponer las directivas o por transposición defectuosa, o el principio de interpretación de los Derecho nacionales conforme a las directivas. Junto a las directivas, los tratados constitutivos de la Unión Europea contemplan otros instrumentos normativos dirigidos, no a la mera armonización, sino a la uniformización normativa: fundamentalmente los reglamentos (art. 288.2 TFUE)[7].

Así las cosas, aunque en un primer momento el alcance de los reglamentos y las directivas iba a circunscribirse al campo del Derecho público, con lo que su incidencia en Derecho privado y, en particular, en Derecho civil sería residual, lo cierto es que los acontecimientos posteriores han venido a desmentir esta impresión inicial, al menos parcialmente[8].

En efecto, *ab initio* la intervención comunitaria en materia de unificación se limitó a la aprobación de directivas dirigidas a armonizar el "Derecho público de la

[5] Como advierten DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Integración europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 2, 1997, p. 417; y CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un Derecho", cit., 2003, p. 54.

[6] Ello implica la posibilidad que tienen los particulares de invocar las Directivas no transpuestas en el plazo previsto al Ordenamiento jurídico nacional frente al Estado incumplidor, siempre y cuando se cumplan dos requisitos, a saber: que las disposiciones definan derechos que los particulares puedan alegar contra el Estado, así como que sean suficientemente claras y precisas (cfr. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 213 ss.).

[7] Como es sabido, el reglamento se aplica directamente en todos los Estados miembros de la UE desde su entrada en vigor (en la fecha que el propio reglamento fije o, en su defecto, el vigésimo día siguiente al de su publicación en el DOUE) sin que sea necesario un acto nacional de transposición, garantizando así la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros.

[8] Según advierte VAQUER ALOY, A.: "La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo", en *Estudios de Derecho privado*, Olejnik, Chile, 2016, p. 257. Se expresa en términos similares REINER SCHULZE, R.: "Nuevos rasgos del Derecho privado europeo", *RDP* (monográfico dedicado a 100 años de la Revista de Derecho Privado 1913-2013), 2014, pp. 141-143.

economía", por considerarla la mejor vía para alcanzar la instauración del mercado común[9]. De este modo, el Derecho civil, por su menor repercusión en el objetivo de la eliminación de las trabas al tráfico interno en Europa, y, sobre todo, por el hecho de que los Tratados constitutivos no atribuyesen expresamente competencias a la Comunidad en materia de Derecho privado, fue apartado inicialmente de los planes armonizadores de la Unión Europea[10]. Sin embargo, a partir de los años ochenta del pasado siglo se observa un cambio de tendencia, ya que se comienzan a abordar materias propias del Derecho civil y, en particular, de Derecho de obligaciones y contratos.

De igual modo, por lo que hace al reglamento no será hasta la revisión del art. 100.a TCCE por el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (en adelante, TUE) y del Título IV TCCE por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 cuando cobre cierta relevancia en la unificación del Derecho privado, especialmente en materia de Derecho mercantil y Derecho internacional privado y más secundariamente en lo que hace al Derecho civil[11]. Así, el reglamento ha sido utilizado para posibilitar la creación de determinadas instituciones con eficacia en el ámbito de la Unión Europea, tales como la Sociedad Anónima Europea, la Sociedad Cooperativa Europea, la Agrupación de Interés Económico Europea o la marca comunitaria. También se ha acudido a este mecanismo para configurar un régimen jurídico uniforme en materia de responsabilidad derivada del trasporte aéreo y marítimo de pasajeros. Pero, sobre todo, se ha revelado como un instrumento esencial en la unificación de las normas de conflicto en materia de Derecho privado.

Finalmente, conviene reparar en el importante papel desempeñado en este proceso europeo de unificación por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en su función de máximo intérprete del Derecho de la Unión y garante de su cumplimiento tanto por sus instituciones como por sus Estados miembros, de acuerdo con lo previsto en el art. 19 TUE[12]. En particular, según resulta de la lectura de los arts. 251 a 281 TFUE, la labor fundamental del TJUE consiste en analizar la legalidad de los actos de las instituciones de la UE, así como en garantizar, fundamentalmente mediante el examen de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 TFUE, una interpretación y una aplicación uniformes del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros. El TJUE resuelve, asimismo, los conflictos entre las instituciones de la Unión o entre éstas y los Estados miembros.

[9] Sobre este particular vid. más ampliamente SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 6 ss.

[10] Como pone de relieve VAQUER ALOY, A.: "La vocación", cit., p. 256.

[11] Con advierten, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L.: "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, pp. 49-51; y S. CÁMARA LAPUENTE: "Un Derecho", cit., p. 54.

[12] Como destacan GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA, J.M.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea", *Revista de Castilla y León,* núm. 3, 2004, p. 22.

De lo hasta aquí expuesto puede afirmarse, en definitiva, la existencia de un *Derecho privado de la Unión Europea*, entendiendo por tal el Derecho positivo en vigor en los países de la Unión Europea atinente a las relaciones jurídico-privadas y que incluye tanto la *integración positiva* (disposiciones contenidas en el Derecho de la Unión Europea) como la *integración negativa* (reglas jurisprudenciales que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y la libertad de circulación)[13].

2. Ámbito objetivo del proceso de unificación.

A) Las materias de Derecho civil objeto de unificación.

Interesa ahora enunciar, sin ánimo de exhaustividad, aquellas materias vinculadas al Derecho civil de las que se ha ocupado el Derecho de la Unión Europea y que, por consiguiente, han sido objeto de unificación. No obstante, *a priori* conviene hacer las siguientes precisiones: primera, que los principales avances unificadores se han llevado a cabo vía directiva, por lo que debe hablarse propiamente de armonización; segunda, que dicha armonización se ha centrado en el ámbito contractual, siendo muy residual en otros ámbitos del Derecho civil; y tercera, que este proceso tiene mero alcance parcial, en cuanto las directivas aprobadas se ciñen a cuestiones muy concretas[14].

a) En Derecho de obligaciones y contratos.

Como es sabido, es en el ámbito contractual donde la labor unificadora de la Unión Europea se ha revelado especialmente fructífera, ello con el doble objetivo de contribuir al buen funcionamiento del mercado único europeo y de ofrecer una protección homogénea a los consumidores a que se refieren los arts. 3.1, 14 y 153 TCCE.

Ahora bien, la normativa europea aprobada hasta la fecha -directivas, en su práctica totalidad- no proporciona una regulación completa de la materia contractual, sino fragmentaria e inconexa, ya que no parece responder al propósito de elaborar un verdadero sistema de Derecho contractual de la Unión Europea, sino de abordar cuestiones puntuales vinculadas a las necesidades del mercado único[15].

[13] De acuerdo con SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado*, cit., pp. 4-5 y 12-13.

[14] Se expresan en términos similares CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un Derecho", cit., pp. 54-55; VAQUER ALOY, A.: "La vocación", cit., pp. 271-272; y REINER SCHULZE, R.: "Nuevos rasgos", cit., p. 165.

[15] Como advierten MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Contenido y efectos del contrato", en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 436-437; y LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: *El Derecho civil entre tradición histórica y constitución política*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 104-105 y 109.

A partir de ahí, tomando como referencia la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo (Anexo I)[16], como principales cuestiones conexas al Derecho civil de las que se ocupa el acervo comunitario en materia contractual podemos enunciar las siguientes:

1ª. *Venta y garantías de los bienes de consumo* (Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo).

2ª. *Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores* (Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, modificada por la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores).

3ª. *Contratos de viajes combinados* (Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes combinados).

4ª. *Contratos a distancia y fuera de establecimiento* (Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, capítulo III).

5ª. *Contratos de crédito al consumo* (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo).

6ª. *Contratos de crédito hipotecario relacionados con inmuebles de uso residencial* **(**Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial**).**

7ª. *Contrato de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico y de adquisición de productos vacacionales de larga duración* (Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio).

8ª. *Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

9ª. *Comercio electrónico* (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior).

10ª. *Firma electrónica* (Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior).

[16] Consultar.

11ª. *Contrato de seguro* (Reglamento (CE) 785/2004, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos y, entre otras, Directiva 92/49/CEE, de 18 de junio de 1992, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio y Directiva 2016/97/UE, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros).

En todo caso, se trata de un acervo normativo en constante evolución, al socaire de los constantes retos tecnológicos, sociales y económicos a los que se enfrenta la Unión Europea. De este modo, el principal foco de atención de la Unión en el momento presente se encuentra en la consecución de un Mercado Único Digital[17], lo que se ha materializado a fecha de hoy, en lo que hace al Derecho contractual, en sendas propuestas de directiva sobre los contratos de contenidos digitales y sobre los contratos en línea y otras ventas a distancia[18], cuya tramitación ha sido calificada de prioritaria por el Programa de trabajo de la Comisión para 2018[19].

La responsabilidad extracontractual ha sido, asimismo, objeto de los esfuerzos unificadores de la Unión Europea, tratando así de establecer un marco común de protección frente a los daños provenientes de ciertos ámbitos de la actividad humana potencialmente peligrosos, con base -no sin matices- en el criterio de la responsabilidad objetiva. En particular, por lo que hace a los tradicionales daños en las personas y en las cosas es de cita obligada la Directiva 85/374/CE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos -ulteriormente modificada por la Directiva 99/34/CE, de 10 de mayo de 1999, al objeto de incluir los productos agrarios en su ámbito de aplicación-, aprobada con el fin de garantizar un adecuado nivel de protección de los consumidores frente los daños causados a su salud y a sus bienes por un producto defectuoso y, por ende, mejorar la seguridad de los productos dentro del mercado interior[20]. Junto a ella conviene reparar en los dos

[17] Según puede leerse en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, de 6 de mayo de 2015, sobre una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, en el momento presente el Mercado Único Digital constituye una de las principales prioridades de la Comisión Europea. A tal fin ha elaborado una Estrategia basada en tres pilares: 1.- mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, 2.- crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen en el ámbito de la UE; y 3.- aprovechar el potencial de crecimiento de la economía digital europea. Ello exige complementariamente, según puede leerse en el mismo documento, una profunda revisión de las normas europeas sobre protección de los consumidores en relación con las compras en línea y digitales, sobre protección de datos, en materia de telecomunicaciones y sobre derechos de propiedad intelectual.

[18] Propuesta de Directiva, de 9 de diciembre de 2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.

[19] Anexo III del Programa de trabajo de la Comisión para 2018 presentado el 24 octubre 2017, p. 3.

[20] Esta norma se complementa con la Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, sobre seguridad general de los productos.

reglamentos aprobados en materia de responsabilidad derivada del transporte de pasajeros: el Reglamento (CE) 2027/1997, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, reformado por el Reglamento (CE) 889/2002, de 13 de mayo; y el Reglamento (CE) 392/2009, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. De otra modalidad de daños, los medioambientales (entendiendo por tales, los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, a las aguas y al suelo) causados por determinadas actividades profesionales se ocupa la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales; norma ésta que, vinculada a la política medioambiental de la UE (art. 174 TCE) e inspirada en el principio "quien contamina paga", hace responsables a los operadores de tales actividades tanto de las medidas preventivas en caso de amenaza inminente de los daños medioambientales como de las medidas reparadoras de los daños ya causados.

Un apartado aparte merece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre cláusulas abusivas por la importancia incidencia que ha tenido en Derecho interno español. Esta doctrina se encuentra recogida en numerosas sentencias dictadas en sendos recursos por incumplimiento y, sobre todo, en cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles en relación con la Directiva 93/13/CE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[21].

Empezando por el recurso por el incumplimiento, es reseñable la STJUE de 9 de septiembre de 2004 (Comisión de las Comunidades Europea c. España) que condenó al Estado español por no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los arts. 5 y 6.2 de dicha Directiva, referidos respectivamente al control de transparencia formal de las condiciones generales de la contratación y a la extensión de su ámbito de protección a aquellos consumidores que hayan elegido el Derecho de un tercer Estado como Derecho aplicable al contrato, siempre que éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad. Como consecuencia de este fallo, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y Usuarios modificó los arts. 10.2 y 10 bis de la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para incorporar de modo correcto a nuestro Derecho interno los precitados preceptos de la Directiva 93/13/CE.

Por lo que atañe a las sentencias dictadas por el TJUE en cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales españoles, los puntos más destacados de su doctrina pueden resumirse así:

[21] Sobre este particular puede consultarse más ampliamente GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "Cláusulas abusivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en AA.VV.: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN; coord. M. del M. HERAS HERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 313-370. .

1º. Procede la apreciación de oficio por el juez nacional de la abusividad de una cláusula: entre otras, STJCE de 27 junio 2000, asunto Océano Grupo Editorial c. R. Murciano; STJCE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza c. Centro Móvil Milenio; STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom c. C. Rodríguez: "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios"; y STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito c. J. Calderón), que determinaron la reforma en tal sentido del art. 552.2 LEC por la Ley 1/2013, de 8 mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social.

Ulteriormente esta jurisprudencia se ha visto ratificada por la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto Banco Primus SA c. J. Gutiérrez), si bien con una importante matización atinente a la imposibilidad del Juez nacional de verificar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la Directiva 93/13/CE con fuerza de cosa juzgada; no en cambio de aquellas otras cuyo eventual carácter abusivo no haya sido examinado en un anterior control judicial concluido con la adopción de una decisión con fuerza de cosa juzgada.

2º. Tras la declaración de abusividad, incumbe al juez nacional dejar sin aplicación la cláusula abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor; por contra, no puede integrar el contrato, modificando el contenido de la cláusula abusiva: STJCE de 14 junio 2012, asunto Banco Español de Crédito c. J. Calderón, que determinó la reforma del art. 83 TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, a fin de suprimir esta facultad judicial.

3º. Los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CE no impiden a un Estado miembro de la Unión establecer en su Derecho interno en beneficio de los consumidores un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas referidas a "la definición del objeto principal del contrato" o a la "adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los bienes o servicios a prestar en contrapartida": STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto Caja Madrid c. Ausbanc).

4º. La normativa española sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria es contraria a la Directiva 93/13/CE, en cuanto que, a la par que no admite la oposición del ejecutado basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conoce del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, suspenda el procedimiento ejecutivo: STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz contra Catalunyacaixa) que determinó la reforma de los arts. 681 a 698 LEC por la Ley 1/2013, de 8 mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social; reforma que no ha dejado de ser cuestionada posteriormente por el TJUE en su Sentencia de 17 julio 2014, en concreto, por lo que atañe al nuevo tenor del art. 695 LEC.

5º. La existencia de un "desequilibrio importante" entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes que requiere el art. 3 de la Directiva 93/13/CE para

calificar una cláusula de abusiva puede resultar del hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud del Derecho nacional aplicable, ya sea una restricción del contenido de los derechos que le confiere ese contrato, un obstáculo al ejercicio de éstos o la imposición de una obligación adicional: STJUE de 16 enero de 2014 (asunto Constructora Principado c. J.I. Menéndez). En cualquier caso, su determinación exige tomar en consideración las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

6º. Para determinar la existencia del referido desequilibrio habrá de tomar en consideración las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración: STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto Banco Primus SA c. J. Gutiérrez). Asimismo, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual: STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz c. Catalunyacaixa).

7º. El control de transparencia previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE debe entenderse referido a la observancia no sólo de un aspecto formal (o referido a la claridad en la redacción de las cláusulas), sino también de un aspecto material, relacionado con el carácter suficiente de la información que se facilita a los consumidores en el momento de la celebración del contrato acerca de las consecuencias jurídicas y económicas derivadas para ellos de la aplicación de las cláusulas relativas, en particular, al objeto principal del contrato: STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados Cajasur c. F. Gutiérrez, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria c. A. Palacios, Banco Popular Español c. E. Irliés y T. Torres).

8º. No pueden limitarse en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado por un consumidor con un profesional y, por ende, circunscribir tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad a la sentencia declarativa del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*:* STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados Cajasur c. F. Gutiérrez, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria c. A. Palacios, Banco Popular Español c. E. Irliés y T. Torres) que ha determinado la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo[22].

[22] El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo establece un procedimiento extrajudicial de devolución

No se puede cerrar este epígrafe sin dar noticia de la reciente iniciativa de la Unión Europea de poner en marcha un marco común en materia de insolvencia con el objeto de proporcionar una segunda oportunidad a los deudores insolventes (sin duda, muy necesario), habiéndose publicado a tal fin en noviembre de 2016 una Propuesta de Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, dirigida a los empresarios persona física, si bien en su art. 1.3 "se *recomienda"* que el mismo régimen se aplique a los consumidores. La propuesta de directiva se centra en tres elementos clave: 1.- principios comunes sobre el uso de marcos de reestructuración temprana para ayudar a las empresas a proseguir su actividad y preservar el empleo (Título II); 2.- normas que permitan a los empresarios gozar de una segunda oportunidad, de tal manera que sean completamente liberados de sus deudas tras un período máximo de tres años (Título III); y 3.- medidas específicas para que los Estados miembros aumenten la eficiencia de los procedimientos de insolvencia (Título IV)[23].

b) En Derecho de bienes.

Menor incidencia ha tenido el proceso europeo de unificación en lo que hace al Derecho de bienes, sin duda, por la complejidad intrínseca que conlleva, ligada, entre otras cuestiones, al difícil cotejo entre los derechos reales existentes en los Derechos nacionales, a los muy diversos sistemas de adquisición y transmisión de los derechos reales que rigen en los países de la Unión Europea y a las importantes divergencias existentes en materia de publicidad registral[24].

De hecho, por lo que atañe específicamente al derecho de propiedad, la propia Unión parece haber renunciado a la unificación de su régimen jurídico, según resulta de la dicción del art. 345 TFUE: "los Tratados no prejuzgan en modo alguno el

de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores a las entidades crediticias en virtud de contratos de préstamo hipotecario con cláusula suelo. Este procedimiento -de naturaleza incierta-, es voluntario para el consumidor, pero también para la entidad crediticia, pese a lo que reza en su Exposición de Motivos, dado que, ante la reclamación extrajudicial del consumidor, la entidad puede optar entre efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitir una comunicación al consumidor desglosándolo, o considerar que la devolución no es procedente, en cuyo caso quedará expedita para el consumidor la vía judicial, de acuerdo con su art. 3.2 (cfr. CARRASCO PERERA, Á.: "Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de intereses por cláusulas suelo y el problema de la cosa juzgada", *Publicaciones jurídicas CESCO*, enero 2017, p. 2; y CORDÓN MORENO, F.: "Cuestiones sobre el Real Decreto-Ley de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo", *Publicaciones jurídicas CESCO*, enero 2017, p. 2, quienes plantean otros problemas adicionales en relación con el mismo). Por añadidura, el Decreto-ley en su DA 2ª contempla la posibilidad de que el consumidor y la entidad crediticia acuerden medidas compensatorias distintas de la devolución en efectivo en caso de ésta considere que la devolución es procedente y llegue a un acuerdo con aquél sobre la cantidad a devolver.

[23] Texto de la propuesta de directiva. Un comentario muy certero de los puntos más destacados de esta propuesta puede verse en CUENA CASAS, M.: "La propuesta de directiva europea de segunda oportunidad para empresarios personas físicas", *Blog Hay Derecho*, 19 de diciembre de 2016.

[24] Como apunta LAUROBA LACASA, E.: ¿Ha llegado la hora de un Derecho europeo de bienes", en AA.VV.: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, cit., pp. 501-502 y 507-508.

régimen de propiedad de los Estados miembros". Ahora bien, ello no ha impedido el reconocimiento expreso por parte de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (en adelante CDFUE) del derecho de propiedad, en línea con las tradiciones constitucionales de sus Estados integrantes. En particular, su art. 17.1 lo define por las principales facultades que integran su contenido (facultades de usar, disfrutar, disponer y legar), se refiere a la expropiación por causa de utilidad pública como único modo de proceder a su privación y reserva a la ley la modulación de su uso en función del interés general[25].

Con todo, es posible identificar un ámbito en el que se ha producido importantes avances en orden a la unificación: el las denominadas "propiedades especiales" y más exactamente el de la propiedad intelectual. En efecto, la tarea de armonización/uniformización de la Unión Europea en el campo de los derechos de autor ha sido y es notable, pudiendo distinguir dos etapas claves en este proceso, al socaire de los avances tecnológicos acaecidos en las últimas décadas: una primera etapa, iniciada por la Directiva 91/250/CE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador, en la que se pretendió adaptar la regulación de los derechos de autor al impacto de la televisión por cable y por satélite, así como a la tecnología informática; y una segunda etapa que, iniciada por la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, se dirige a la adecuación de la normativa sobre derechos de autor al desarrollo de la tecnología digital y los sistemas de comunicación interactiva o *a la carta*[26]. Ello se ha traducido en un importante número de directivas que progresivamente han ido modificando la configuración de los derechos de autor en nuestro vigente Texto Refundido de la Propiedad Intelectual (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). Con todo, el tema sigue abierto, toda vez que el Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2017 previó entre sus acciones prioritarias una profunda revisión de los derechos de autor con dos objetivos muy diversos (la creación de un Mercado Único Digital y el garantizar el acceso a la cultura a los discapacitados), a materializar en dos directivas y dos reglamentos[27]. En concreto, por lo que hace al primero de los objetivos enunciados (la creación de un Mercado Único Digital) es posible identificar sendas propuestas de directiva y de reglamento que se encuadran en la *Estrategia para un Mercado Único Digital* diseñada por la UE en 2015 al objeto de crear un mercado interior de contenidos y servicios digitales y cuya aprobación ha sido calificada de prioritaria en el Programa de Trabajo de la Comisión para 2018[28]. La propuesta de directiva se revela especialmente ambiciosa, en cuanto se dirige a armonizar las legislaciones de los Estados miembros sobre los derechos de autor, teniendo en cuenta los usos

[25] Un estudio más detallado de este precepto puede verse en DE PABLO CONTRERAS, P.: "La propiedad y la transmisión de los derechos reales", en AAVV.: *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 951-953.

[26] Con MARCO MOLINA, J.: "La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias", en AAVV.: *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 1010- 1111.

[27] Anexo III del Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2017, p. 3.

[28] Anexo III del Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2018, p. 3.

digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos[29]. Junto a ella, el reglamento propuesto se propone facilitar la prestación transfronteriza de servicios en línea accesorios a la radiodifusión y retransmisión de programas de radio y televisión de otros Estados miembros a través de una adaptación del régimen jurídico del ejercicio de los derechos de autor a estas actividades[30]. A la consecución del segundo de los objetivos señalados (garantizar el acceso a la cultura a los discapacitados) se dirigen un reglamento y una directiva recién aprobados en el momento en que se cierra este trabajo, con los que se persigue adecuar el Derecho de la Unión Europea a los compromisos asumidos por ésta con la firma en 2014 del Tratado de Marrakech -adoptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en 2013- en orden a facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. En particular, la Directiva 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017, sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines n favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso tiene como objeto aumentar la disponibilidad de las obras escritas -en forma libro, periódico, revista, etc- en formato accesible a aquellas personas con serias dificultades para leer textos impresos, para lo que prevé ciertas excepciones a los derechos de autor reconocidos por los países miembros[31]. Por su parte, el Reglamento (UE) 2017/1563, de 13 septiembre 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso adopta una serie de medidas dirigidas a facilitar el intercambio de obras en formato accesible entre la Unión Europea y terceros países que no sean parte del Tratado de Marrakech[32].

[29] Propuesta de Directiva, de 14 de septiembre de 2016, relativa a los derechos de autor en el Mercado Único Digital.

[30] Propuesta de Reglamento, de 14 de septiembre de 2016, por el que se establecen normas para el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea por parte de organismos de radiodifusión y a la retransmisión de programas de radio y televisión.

[31] Directiva 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017, sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines n favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

[32] Reglamento (UE) 2017/1563, de 13 septiembre 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Junto a ello, puede darse noticia de la existencia de varias iniciativas unificadoras por parte de la Unión, con cierta incidencia en el ámbito de los derechos reales limitados[33].

Así, el derecho de aprovechamiento por turnos ha sido objeto de atención específica por la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Ahora bien, como revela su propia nombre, esta Directiva no tiene objeto la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en orden a la naturaleza jurídica y contenido de este derecho, sino dotar a los consumidores de unas garantías mínimas en orden al contrato de que trae causa.

De igual modo, son varias las directivas que se han ocupado -al menos fragmentariamente- de las garantías reales mobiliarias[34], entre las cuales podemos mencionar: de una parte, la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera que regula dos modalidades de garantía cuyo objeto es dinero en efectivo o instrumentos financieros, como son la prenda (art. 5) y la transmisión de la propiedad en garantía (art. 6); y de otra, la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que contempla la reserva de dominio, siempre que así lo pacten el comprador y el vendedor (art. 9).

También ha habido varios intentos por parte de la Unión Europea dirigidos a armonizar las garantías reales inmobiliarias contempladas por los Estados miembros, aunque -salvo error u omisión- no hayan llegado a fructificar[35]. Con todo, es destacar la propuesta de creación bajo los auspicios de la Comisión de un nuevo tipo de hipoteca regulada de forma uniforme para todos los países miembros, la denominada *eurohipoteca*, a añadir a las ya existentes en las legislaciones nacionales y de uso opcional por los ciudadanos de la Unión[36].

Por otra parte, la Unión Europea ha diseñado una *Estrategia para la protección del suelo* que incluye, en lo que aquí interesa, el establecimiento de un marco jurídico dirigido a proteger y utilizar el suelo de forma sostenible, a fin de preservar su capacidad de desempeñar sus funciones ecológicas, económicas, sociales y culturales[37]. Ello se ha

[33] Sigo en este punto las explicaciones de SIMÓN MORENO, H.: *La armonización de los derechos reales en Europa*, tesis doctoral defendida en la Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 2010, pp. 178-204.

[34] Un estudio de interés sobre la unificación en materia de garantías mobiliarias puede verse en DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Derechos de garantía sobre bienes muebles", en AAVV., *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 967-985.

[35] Sobre este particular vid. más ampliamente SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: "Garantías sobre bienes inmuebles: la eurohipoteca", en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 988-1005.

[36] Según puede leerse en el Libro Verde *El crédito hipotecario en la Unión Europea* presentado por la Comisión en 2005, p. 15.

[37] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 22 de septiembre de 2006, sobre una *Estrategia temática para la protección del suelo*.

materializado, a fecha de hoy, en: de una parte, la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales que se incardina propiamente en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual; y de otra, una Propuesta de Directiva por la que se establece un marco para la protección del suelo[38], con la que se pretende, como revela su propio nombre- la armonización de las legislaciones nacionales a fin de garantizar un uso sostenible del suelo por sus "usuarios", lo que incluye tanto medidas preventivas (art. 4) como de rehabilitación de los terrenos ya contaminados (art. 5).

Asimismo, la Unión Europea se ha preocupado de la protección de los bienes culturales[39], lo que se ha traducido en la aprobación de la Directiva 2014/60/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, con la finalidad de que los Estados miembros de la Unión puedan reclamar los bienes integrantes del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional que hayan sido sustraídos ilegalmente de su respectivo territorio o que, habiendo sido cedidos temporalmente, no hayan sido devueltos en tiempo y forma.

Por último, aunque de índole procesal, interesa reparar en el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en cuanto que atribuye la competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios a los órganos judiciales del Estado miembro donde radique el inmueble (art. 24.1).

c) En Derecho de la persona.

El proceso de unificación en materia de Derecho de la persona se ha revelado especialmente intenso en lo que hace al régimen jurídico de las personas jurídicas, particularmente de las sociedades; no así, en cambio, en el atinente a las personas físicas.

Empezando por las personas jurídicas, como se ha indicado, es de destacar el importante acervo existente en materia societaria[40]. Así, las sociedades de capital han sido objeto de numerosas directivas, entre las más recientes, la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas y la Directiva (UE) 2017, de 14 de junio de 2017, sobre determinados

[38] Consultar.

[39] Entendiendo por tales aquellos bienes clasificados o definidos por un Estado miembro, antes o después de haber salido de forma ilegal de su territorio, como "patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional", con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del TFUE (art. 2 Directiva 2014/60/UE, de 15 de mayo de 2014).

[40] Como ya puso de relieve en su momento CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un Derecho", cit., p. 56.

aspectos del Derecho de sociedades[41]. Junto a esta tarea de armonización, se ha acudido a los reglamentos para crear sociedades con un estatuto jurídico europeo y no estrictamente nacional: de una parte, la Sociedad Anónima Europea, en virtud del Reglamento (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, complementado con la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001; y, de otra, la Sociedad Cooperativa Europea, en virtud del Reglamento (CE) núm. 1435/2003, de 22 de julio de 2003[42]. Ello sin olvidar la Agrupación de Interés Económico, ente con personalidad jurídica creado por el Reglamento (CEE) 2137/85, de 25 de julio de 1985, al objeto de facilitar la cooperación empresarial en el seno de la UE. También han existido iniciativas en este sentido referidas a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, si bien finalmente han sido retiradas por la Comisión ante la dificultad de avanzar en una normativa que requiere unanimidad entre los Estados miembros; en concreto, una Propuesta de Estatuto de Asociación Europea presentada en 1992 y modificada en 1993 [43] y una Propuesta de Estatuto de Fundación Europea presentada en 2012[44].

En cuanto a la persona física, los esfuerzos unificadores de la Unión Europea se han dirigido fundamentalmente a configurar un marco normativo que garantice una protección uniforme del derecho a la protección de datos, consagrado expresamente en el art. 8 CDFUE[45]. Ello se ha traducido en la aprobación de una importante número de directivas[46]; pero también de dos reglamentos de aplicación directa: el Reglamento (CE) 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por las instituciones y los organismos europeos y a la libre circulación de esos datos y, en fechas más recientes, el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo

[41] Asimismo, conviene reparar en la Propuesta de Directiva, de 9 de abril de 2014, de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada de 2015. Un elenco de las directivas anteriores ofrecen CALVO-CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Derecho europeo de sociedades", en AA.VV., *Derecho privado europeo*, cit., p. 317.

[42] Por añadidura, puede darse noticia Propuesta de Reglamento, de 25 de junio de 2008, relativa al Estatuto de la Sociedad Privada Europea de responsabilidad limitada, hoy archivada.

[43] Propuesta original a consultar en DOCE C99 de 21 abril 1992 y propuesta modificada a consultar en DOCE C236 de 31 agosto 1993. Un análisis de la misma puede verse en GARCÍA RUBIO, M.P.: "Persona jurídica sin ánimo de lucro", en AAVV., *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 270-278.

[44] Acceder.

[45] Como, igualmente, constata GARCÍA RUBIO, M.P.: "Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho comunitario. La persona física", en AAVV.: *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 245-248.

[46] Entre otras, Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, recientemente derogada por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; y Directiva 2016/680/UE, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (también denominado Reglamento General de Protección de Datos). El segundo foco de atención de las instituciones de la UE en este ámbito ha sido el principio de igualdad en sus diferentes vertientes (reconocido por el art. 21 CDFUE), lo que se ha traducido en la aprobación de una serie de directivas dirigidas a eliminar toda discriminación en el ámbito de la UE (la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico; *la* Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y l*a* Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro) a completar con la todavía Propuesta de Directiva, de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual[47]. Asimismo, conviene reparar en la importante jurisprudencia vertida por el TJUE en otras cuestiones atinentes a la persona física, fundamentalmente sobre el derecho al nombre (SSTJUE de 14 de octubre de 2008, de 22 de diciembre de 2010 y de 12 de mayo de 2011, entre otras) y en materia de nacionalidad (SSTJUE de 2 marzo 2010 y de 8 marzo 2011, entre otras). Por último, la UE no se ha mantenido ajena a la posible incidencia en el Derecho de la persona de los avances en los campos de medicina y la biotecnología, pese a carecer de competencia normativa directa al respecto. Así, la CDFUE en su art. 3, relativo al derecho a la integridad física y psíquica, incluye una referencia expresa al consentimiento libre e informado, así como a la prohibición de prácticas eugenésicas, de la clonación reproductiva y de comercialización del cuerpo humano -o de sus alguna de sus partes-; y en su art. 21 se refiere a las características genéticas como uno de los datos que no puede utilizarse como factor discriminatorio. Ello sin olvidar las diversas resoluciones del Parlamento Europeo adoptadas sobre el particular, entre otras, la Resolución de 16 de marzo de 1989 sobre la fecundación in vivo e in vitro, la Resolución de 7 septiembre 2000 sobre clonación humana y, en fechas más recientes, la Resolución de 17 de diciembre de 2015 donde condena la gestación por sustitución; o la creación en 1991 en el seno de la Comisión europea de un Grupo Europeo de la Ética en la Ciencia y las Nuevas tecnologías con el fin de asesorarla en torno a los aspectos éticos de las ciencias y las nuevas tecnologías de cara a la preparación y puesta en práctica de normativas y políticas comunitarias[48].

d) En Derecho de familia y sucesiones.

Las intervenciones de la Unión Europea en Derecho de familia y sucesiones han sido muy escasas, ya no sólo por la falta de competencia específica sobre la materia, sino, a mi entender, adicionalmente por las propias singularidades del mismo derivadas de sus estrechos lazos con el acervo cultural, idiosincrasia, religión,

[47] Consultar.
[48] Fuente.

sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que se inserta, lo que hace muy complicada su unificación[49].

Si ello se une las profundas modificaciones que han experimentado en los últimos tiempos las principales instituciones familiares (los nuevos modelos de familia, las parejas de hecho, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción por homosexuales, la maternidad subrogada, los nuevos sistemas de custodia, las nuevas formas de separación y divorcio, etc.) es evidente la multitud de matices que el Derecho de familia presenta en cada uno de los Ordenamientos de los Estados miembros de la Unión. Así, estos cambios no han sido aceptados a la vez ni con el mismo alcance por todos los países de la UE, lo que incrementa las divergencias existentes entre los Derechos de familia nacionales[50].

Es por ello que los esfuerzos de las instituciones de la UE en materia de Derecho de familia se han dirigido, más que la unificación de sus normas sustantivas, a la creación de un marco uniforme de normas conflictuales dirigidas a resolver aquellas cuestiones de familia que tengan "repercusión transfronteriza". Esta vía de actuación forma parte del proceso de unificación en materia de Derecho internacional privado -a analizar en el subepígrafe siguiente- emprendido por la Unión en las dos últimas décadas, tras la incorporación por el Tratado de Amsterdam de 1997 de la nueva competencia comunitaria en el art. 65 TCCE respecto a la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, lo que incluía, entre otras medidas, la de "fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes". Posteriormente, el Tratado de Lisboa de 2007 da nueva redacción al art. 65 TCCE -que pasa a ser el art. 81 TFUE-, incorporando, en lo que aquí interesa, un aptdo. 3 en el que expresamente atribuye competencia a la sobre cuestiones de Derecho de familia "con repercusión transfronteriza"[51]. Ello se ha traducido en la aprobación de una serie de reglamentos -cuatro en total a fecha de hoy- dirigidos a determinar la ley aplicable a aquellos conflictos de leyes internacionales -sólo entre Estados miembros

[49] Como igualmente constatan DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "¿Un Codice civile europeo?", en AA.VV.: *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo* (dir. G. ALPA y E.N. BUCCINO), Giuffrè, Milano, 2002, p. 60; OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Proyecto de investigación,* cit. pp. 164-165; e RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012", *Indret,* núm. 2, 2013, p. 4. Defienden, sin embargo, la virtualidad de un Derecho de familia europeo GARCÍA CANTERO, G.: "¿Derecho de familia europeo?", en AAVV.: *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 1182-1183; LLODRÁ GRIMALT, F.: *La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?,* comunicación presentada a las *XIII Jornadas de Derecho catalán de Tossa*, Tossa de Mar (Gerona), 2004; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. M.: "La unificación del Derecho de familia europeo: ¿Quimera o realidad?", *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014, p.237.

[50] De acuerdo con GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "La unificación", cit., pp. 236-237, cuya opinión comparto plenamente.

[51] El art. 81 TFUE dispone literalmente que las "medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se adoptarán por el consejo por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo". No obstante, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "La unificación", cit., pp. 238-239, hace una lectura extensiva de este precepto, defendiendo la tesis de la competencia de la UE para unificar el Derecho de familia sustantivo, que, personalmente, me parece muy forzada.

de la Unión o, adicionalmente, con terceros países- que se planteen sobre determinadas cuestiones familiares -obligación de alimentos, divorcio y separación judicial, régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas de hecho-, así como a resolver las cuestiones procesales atinentes a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones: el Reglamento (CE) 4/2009, de 8 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; el Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (excluidos, no obstante, sus efectos *ex* art. 1.2, letras *e* a *g*); el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas[52]. Aunque un análisis detallado de estos reglamentos excede de los límites de este trabajo, conviene, no obstante, reparar en las importantes modificaciones que han conllevado respecto a las normas conflictuales de los países miembros y, en particular, por lo que hace al Estado español, donde la determinación de la ley aplicable en materia de relaciones familiares ha estado tradicionalmente vinculada a la nacionalidad sin dar apenas entrada a la autonomía de la voluntad. De este modo, se ha producido un "fenómeno de flexibilización" de las normas conflictuales en materia de Derecho de familia, lo que se revela fundamentalmente en: 1º.- la prioridad otorgada, como regla, a la autonomía de la voluntad, si bien circunscrita al elenco de las leyes enunciadas en el correspondiente Reglamento; 2º.- el desplazamiento de la nacionalidad por la residencia habitual como conexión principal en defecto de pacto; y 3º.- la introducción subsidiaria de conexiones flexibles, tales como la ley con las que las partes tengan conexión más estrecha o la ley de interposición de la demanda[53].

De igual modo, ante la pluralidad de sistemas sucesorios existentes en Europa -que afecta a cuestiones tan diversas e importantes como los modos de delación, la adquisición de la herencia, la legítima vs. la libertad de testar, las formas testamentarias o los llamamientos en la sucesión legal-[54], se ha procedido a aprobar en el seno de la UE, al amparo del art. 81.2 TFUE, un reglamento dirigido a resolver

[52] Un análisis detallado de los referidos reglamentos puede verse en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "La unificación", cit., pp. 17-47.

[53] De acuerdo con BORRÁS, A.: "Novedades en el Derecho internacional privado de la familia", en AA.VV.: *El Derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudenciales: Libro Homenaje a E. Roca Trías* (dir. D. VÁZQUEZ ALBERT), Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona-Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 58-68.

[54] Como señalan CÁMARA LAPUENTE, S.: "¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte", en AA.VV., *Derecho privado europeo*, cit., pp. 1195-1198; y RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley", cit., pp. 4-5.

los importantes problemas planteados por las sucesiones transfronterizas tanto al causante como a sus sucesores y posibles acreedores de la herencia[55]: el Reglamento (UE) 650/2012,, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En línea con los reglamentos aprobados en materia de Derecho de familia, tres son principalmente las cuestiones abordadas en el mismo: la fijación de la competencia judicial (arts. 4 a 19), la determinación de la ley aplicable (arts. 20 a 38) y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales que afecten a una sucesión transfronteriza (arts. 39 a 58)[56]. Centrando nuestra atención en la segunda de las cuestiones enunciadas, esto es, la ley aplicable, conviene destacar *a priori* que el Reglamento opta por el sistema de unidad de sucesión -esto es, la sumisión de todo el fenómeno sucesorio a una misma ley-, según se prevé expresamente en su art. 23[57]. A partir de ahí, se adopta un sistema conflictual muy flexible[58] que: 1º.- da prevalencia a la libre autonomía de la voluntad en forma de disposición *mortis causa*, si bien con un alcance limitado[59], ya que la ley elegida por el causante deberá corresponderse con la ley del Estado del que sea nacional bien en el momento de la elección, bien en el momento de su fallecimiento *ex* art. 22-; 2º.- acude a la última residencia habitual del causante como conexión principal, en caso de haya fallecido sin testamento o pacto sucesorio, o de haya renunciado a elegir la ley aplicable a su sucesión en su correspondiente disposición *mortis causa* (art. 21.1); 3º.- como excepción a la ley de la última residencia habitual, introduce la "cláusula de los vínculos más estrechos", según la cual será de aplicación al causante la ley del país con el que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho, cuando así desprenda indubitadamente de las circunstancias del caso (art. 21.2)[60]; y 4º.- fija adicionalmente unas reglas especiales según la modalidad de sucesión de que se trate, testamentaria o paccionada (arts. 24 y 25)[61]. De modo complementario, el Reglamento articula la expedición del "certificado sucesorio europeo" como instrumento probatorio facultativo de la

[55] De esta forma, en palabras de PRATS ALBENTOSA, L., el Reglamento no sólo pretende preservar el derecho de una persona a decidir el destino de sus bienes en previsión de su fallecimiento, sino también asegurar la realización de su voluntad mortis causa (cfr. "El Reglamento sucesorio europeo: Otro paso hacia un Derecho civil común", en AA.VV.: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, cit., p. 912).

[56] Un estudio en detalle del Reglamento puede verse en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012,* Comares, Granada, 2014; y BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, trad. de Álvarez González, S. et al., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

[57] De acuerdo con RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley", cit., pp. 8-11.

[58] Como advierten RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley", cit., p. 11; y PRATS ALBENTOSA, L.: "El Reglamento sucesorio", cit., p. 917.

[59] No sin las críticas de la doctrina por su restrictivo alcance, según hace constar RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley", cit., p. 12.

[60] Clausula ésta que no ha dejado de ser cuestionada por la doctrina por su carácter difuso, según hace constar RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley", cit., p. 17, nota 59.

[61] Vid. un estudio detallado de las mismas en RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley", cit., pp. 21-35.

condición bien de heredero o legatario, bien de administrador o ejecutor testamentario en cualquier Estado miembro (arts. 62 a 73).

Junto a este sistema conflictual europeo en materia de familia y sucesiones, interesa reparar en la consagración por parte de la CDFUE como derechos fundamentales de la Unión de un importante elenco de derechos de índole familiar, a saber: el derecho a la vida familiar (art. 7), el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 10), el principio de prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 21) los derechos de los menores a ser protegidos, a ser oídos y relacionarse con sus progenitores (art. 24), el derecho de las personas mayores a llevar una vida independiente (art. 25) y el derecho de los discapacitados a su integración social y profesional (art. 26). El derecho sucesorio ha sido, igualmente, objeto de reconocimiento -aunque implícito- por la Carta, en particular, en su art. 17, cuando dispone que "toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos*, a disponer de ellos y a legarlos*" (la cursiva es nuestra). De cualquier modo, la Carta no es una mera declaración programática de derechos, sino que, desde el Tratado de Lisboa de 2007 -que dio nueva redacción al art. 6.1 TUE-, tiene el mismo valor jurídico de los Tratados de la UE[62].

B) Las normas conflictuales europeas.

El presente epígrafe se dedica específicamente al análisis de las denominadas normas europeas de conflicto, habida cuenta de importante incidencia en el ámbito civil. Esta cuestión guarda relación con el proceso de unificación en materia de Derecho internacional privado que, como es sabido, ha llevado a cabo la Unión Europea en las últimas décadas, tras la introducción de la nueva competencia comunitaria en el art. 65 TCCE (actual art. 81 TFUE) respecto a la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, lo que incluía, entre otras medidas, la de "fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes"[63]. De este modo, con la doctrina más especializada, puede hablarse ya en estos momentos de un Derecho internacional privado de la UE[64].

Durante largo tiempo, se consideró, sobre la base del antiguo art. 220 TCCE, que el Derecho internacional privado estaba al margen de la producción del Derecho derivado, quedando reducido así a una serie de instrumentos supranacionales, tales

[62] Un examen más detallado de la CDFUE y, en general, del sistema europeo de protección de derechos fundamentales se ofrece en el epígrafe 2.3. del presente trabajo.

[63] Como advierten ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Derecho internacional privado y Derecho privado europeo", en AA.VV.: *Derecho privado europeo*, cit., p. 174; OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Proyecto de investigación,* cit., p. 57; y CAMPUZANO DÍAZ, B.: "La política legislativa de la UE en DIPR. de familia. Una valoración de conjunto", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 5, núm. 2, 2013, p. 235.

[64] En palabras de CALVO CARAVACA, A.L.: "El Derecho", cit., pp. 51-52, con cita de numerosa doctrina al respecto; y BOELE-WOELKI, K.: "La Comisión de Derecho de familia europeo: La redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa, 21 y 24 de septembre de 2004* (coord. Área de Derecho civil), Universidad de Gerona, Documenta Universitaria, Gerona, 2005, p. 41.

como el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia mercantil civil y mercantil; el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; y el Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil[65]. A los convenios citados siguieron otros varios concluidos durante la década de los noventa del pasado siglo: el Convenio, de 6 de noviembre de 1990, sobre simplificación de procedimientos para el cobro de alimentos; el Convenio, de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia; y el Convenio, de 28 de mayo de 1998, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial.

Es a partir del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 que, en lo que aquí interesa, da nueva redacción al art. 65 TCCE[66], cuando cambia esta perspectiva, produciéndose una fuerte *comunitarización* del Derecho Internacional Privado vía reglamento[67]. De este modo, desde el año 2000 han sido numerosos los reglamentos de la UE aprobados al amparo del precitado precepto con el propósito de unificar las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros[68]. Dentro del amplio catálogo existente, conviene distinguir entre los reglamentos que se ocupan exclusivamente de la ley aplicable y aquellos otros que, adicionalmente, tratan de la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones.

A la primera categoría pertenecen el Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); el Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); y el Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)[69].

---

[65] Según advierte ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Derecho internacional", cit., pp. 161-162.

[66] El art. 65 TCCE decía así: "Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: a) mejorar y simplificar: el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros".

[67] En palabras de CALVO CARAVACA, A.L.: "El Derecho", cit., pp. 52-53; que posteriormente reproduce LUDEÑA BENÍTEZ, O.D.: "el Derecho de familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 32, 2014, p. 9.

[68] Sobre los pros y contras de este proceso me remito a CALVO CARAVACA, A.L.: "El Derecho", cit., pp. 54-55.

[69] Interesa aclarar con BORRÁS, A.: "Novedades en", cit., pp. 55-56, que la *cooperación reforzada* es un instrumento regulado en el Título III TFUE, en virtud del cual se permite que en ámbitos determinados se establezcan normas aplicables únicamente a una parte de los Estados miembros

En el segundo grupo se incardinan el Reglamento (CE) 4/2009, de 8 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[70]; el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, entendiendo por tales "las situaciones convivenciales reguladas legalmente que cumplan las formalidades requeridas por dicha ley para su creación y cuyo registro sea obligatorio" (art. 1.a). Interesa recordar que los dos últimos reglamentos mencionados traen causa de las Propuestas de Reglamento de 2011 sobre régimen económico matrimonial y parejas de hecho registradas[71], las cuales han estado paralizadas durante largo tiempo por falta de unanimidad entre los Estados miembros, hasta que finalmente a principios de 2016 se decidió que se aprobasen como Reglamentos de cooperación reforzada, a solicitud de dieciocho Estados miembros, entre los que se encuentra España.

También los hay referidos exclusivamente a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, entre los que pueden mencionarse: el Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia -sustituido posteriormente por el Reglamento (UE) 848/2015, de 20 de mayo de 2015, del mismo título-; el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil -sustituido ulteriormente por el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, del mismo título-; y el Reglamento (CE) 2001/2003, de 27 de noviembre de 2003,

(mínimo nueve) y no a todos ellos. En cualquier caso, se contempla como un mecanismo subsidiario, en el sentido de que sólo puede recurrirse al mismo cuando haya quedado claro que no pueden alcanzarse unos objetivos en un plazo razonable por todos los Estados Miembros. Así ha sucedido concretamente en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y separación, en virtud del Reglamento 1259/2010, a solicitud de quince países entre los que se encuentra España.

[70] Reglamento que ha sido complementado en materia de cooperación internacional por el Reglamento (CE) 664/2009, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos.

[71] Me refiero, de una parte, a la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales; y de otra, a la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental[72]. Ello sin olvidar los reglamentos aprobados en materia de cooperación judicial internacional, entre los que puede citarse, a título de ejemplo, el Reglamento (CE) 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil o el más reciente Reglamento (UE) 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

Obviamente, la aprobación de esta pluralidad de reglamentos europeos ha alterado en profundidad el panorama del Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión Europea, toda vez que, como es sabido, las disposiciones contenidas en los mismos son normas de aplicabilidad directa. Por añadidura, a resultas del principio de primacía consagrado por la STJCE Costa c. ENEL de 15 julio 1964, gozan de aplicación preferente en caso de colisión con normas ya sea de producción interna o contenidas en convenios internacionales[73] -entiéndase, celebrados entre Estados miembros-[74]. De este modo, en lo que aquí interesa, las normas conflictuales de los arts. 9 ss. del Código civil español deben entenderse desplazadas por las previsiones sobre ley aplicable de los reglamentos europeos en aquellos conflictos de leyes internacionales -sólo entre Estados miembros o adicionalmente con terceros países, según el concreto reglamento aplicable-

[72] Reglamento que ha sido complementado en materia de cooperación internacional por el Reglamento (UE) 664/2009, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos. Por lo demás, existe una Propuesta de modificación del mismo que todavía no ha prosperado: la Propuesta de Reglamento, de 17 de julio de 2006, por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (consultada el 18 noviembre 2017).

[73] Como advierten CALVO CARAVACA, A.L.: "El Derecho", cit., p. 56; y LUDEÑA BENÍTEZ, O.D.: "El Derecho", cit., pp. 7-8.

[74] En cambio, según prevén los propios reglamentos de la UE, son de aplicación preferente los convenios internacionales celebrados entre Estados miembros y terceros Estados que se refieran a materias regulados por aquellos: art. 28 del Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; art. 25 del Reglamento (CE) 593/2008, 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, art. 19 del Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; art. 75 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; art. 69 Reglamento (CE) 4/2009, de 8 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; art. 62 Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y art. 62 Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

atinentes a las materias contempladas por los mismos. En particular, el art. 9.2 Cc, en lo que atañe a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, por los arts. 22 a 28 del Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales[75]; el art. 9.8 Cc, sobre la ley aplicable a la sucesión *mortis causa,* por los arts. 21 y 22 del Reglamento (UE) 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo[76]; los aptdos. 5 a 8 del art. 10 Cc, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por los arts. 3 a 8 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales[77]; y el aptdo. 9 del art. 10 Cc, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, por los arts. 5 a 14 del Reglamento (CE) 864/2007 relativo a la ley aplicable a las

[75] El Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales -entre cuyos países participantes figura España- da prioridad a la libertad de las partes a la hora de elegir la ley aplicable, siempre que se encuentre en el elenco de las enunciadas en su art. 22.1. En defecto de elección, se aplicará por este orden: 1º.- la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras celebración del matrimonio; 2º.- la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en momento de celebración del matrimonio; y 3º.- la ley con la que ambos cónyuges tengan conexión más estrecha en momento de celebración del matrimonio (art. 26.1). No obstante, se faculta excepcionalmente en dos casos al Juez que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial a elegir la ley de otro Estado distinto, cuando así lo solicite uno de los cónyuges y siempre que concurran las circunstancias excepcionales del art. 26.3. En todo caso, la ley aplicable sólo podrá invocarse frente a terceros, siempre que la conozcan o hubieran debido conocer, actuando con la debida diligencia (art. 28).

[76] El Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, permite al causante elegir en su testamento o pacto sucesorio entre la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en momento del fallecimiento (art. 22). De no hacer uso de esta facultad de elección -limitada- o fallecer sin disposición mortis causa, la ley aplicable será, como regla, la de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 21.1). No obstante, el Reglamento contiene una cláusula de escape que permite apartarse de esta regla cuando se desprenda claramente de todas las circunstancias del caso que en el momento del fallecimiento el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país (art. 21.1). Por último, el Reglamento fija unas reglas especiales adicionales, según la modalidad de sucesión voluntaria de que se trate, testamentaria o paccionada (arts. 24 y 25).

[77] El Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales da prioridad a la libertad de las partes a la hora de elegir la ley aplicable (art. 3). En defecto de elección, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la regla especificada para el tipo particular de contrato de que se trate (arts. 4 a 8). En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato o, en su defecto, con la ley del país donde presente vínculos más estrechos (arts. 4.2 y 4.4). Al igual que el Reglamento 864/2007, en algunas disposiciones (art. 4.3, art. 5.3 y art. 8.4) contiene una cláusula de escape que permite apartarse de estas reglas cuando se desprenda claramente de todas las circunstancias del caso que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

obligaciones extracontractuales[78]. Es más, dos de los preceptos del texto codificado afectados ya han sido modificados al objeto de su debida adecuación al Derecho internacional privado europeo: de una parte, el art. 9.7 Cc que, respecto a la ley aplicable en materia de obligación de alimentos, en su redacción dada por la Ley 26/2015 reenvía al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en línea con lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009[79]; y de otra, el art. 107.2 Cc -sobre la ley aplicable al divorcio y separación judicial- que en su redacción dada por la Ley 11/2003 reenvía preferentemente a las normas europeas de Derecho internacional privado, concretadas actualmente en el Reglamento (UE) 1259/2010[80]. Ello sin olvidar que la cuestión atinente a la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la ruptura de hecho, silenciada en el Código civil, ha encontrado respuesta en el reciente Reglamento (UE) 2016/1104 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de

[78] El Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales opta como regla general por la ley del país donde se produzca el daño (art. 4.1), pero también fija una serie de reglas especiales (arts. 5 a 14, respecto a las obligaciones extracontractuales derivadas de los daños causados por producto defectuoso, de acto de competencia desleal, de daño medioambiental, de infracción de los derechos de la propiedad intelectual, de los daños causados por una acción de conflicto colectivo, de un enriquecimiento injusto, de una gestión de negocios ajenos y de los tratos previos a la celebración de un contrato) y en algunas disposiciones (art. 4.3, 5.2, art. 10.4 y art. 11.4) una cláusula de escape que permite apartarse de estas reglas cuando se desprenda claramente de todas las circunstancias del caso que el hecho dañoso está manifiestamente más vinculado con otro país. Ello sin perjuicio de la facultad otorgada a las partes en el art. 14 de elegir la ley aplicable de mutuo acuerdo.

[79] El Reglamento (CE) 4/2009, de 8 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (art. 15), remite en lo que hace a la ley aplicable a esta materia al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, al que se adhirió la CE en virtud de Decisión del Consejo de 30 de noviembre 2009. El Protocolo opta como regla general por la ley de residencia habitual del acreedor (art. 3), pero también fija una serie de reglas especiales relativas a determinados acreedores (arts. 4 y 5).

[80] El Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial -entre cuyos países participantes figura España- da prioridad a la libertad de las partes a la hora de elegir la ley aplicable, siempre que se encuentre en el elenco de las enunciadas en su art. 5.1. En defecto de elección, será de aplicación por este orden (art. 8): 1.- la ley de residencia habitual de los cónyuges en momento de interposición de la demanda; 2.- la ley de la última residencia habitual de los cónyuges; 3.- la ley de la nacionalidad de los cónyuges en momento de interposición de la demanda; 4.- la ley del país donde se interponga la demanda. Este último punto de conexión se aplica, asimismo, cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (art. 10). Con todo, interesa advertir que el precitado Reglamento se limita a determinar la ley aplicable en lo atinente a las causas de separación y divorcio, dejando expresamente fuera de su ámbito de aplicación los efectos que puedan derivarse de ambos, según resulta de la lectura conjunta de su art. 1.2 y su Preámbulo (considerando 10). Un análisis más detallado del mismo puede verse en G. PALAO MORENO: "La Ley aplicable al divorcio. El reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III)", en AA.VV, *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa,* cit., pp. 661-675.

la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas[81].

Más dudosa, sin embargo, se revela la aplicabilidad de las reglas conflictuales europeas a los conflictos internos de leyes que pueden plantearse en nuestro país, como consecuencia de la pluralidad de Ordenamientos civiles coexistentes. La cuestión no es de fácil respuesta, ya que de la lectura de los reglamentos europeos no parece resultar la inaplicación a los mismos de las normas conflictuales europeas como podría derivarse de la rúbrica de sus correspondientes preceptos ("Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes"), sino, más bien al contrario, su posible -que no obligatoria- aplicación si así se quiere: art. 25.2 Reglamento (CE) 864/2007, art. 22.2 Reglamento (CE) 593/2008, art. 16 Reglamento (UE) 1259/2010, art. 38 Reglamento (UE) 650/2012, art. 35 Reglamento (UE) 2016/1103 y art. 35 Reglamento (UE) 2016/1104[82]. Igualmente, resulta muy problemático determinar qué concreta ley civil española, estatal o territorial, debe aplicarse a aquellos conflictos con elemento extranjero que hayan de regirse por el Derecho español por reenvío de las normas conflictuales europeas, dado que los modelos de remisión a Ordenamientos plurilegislativos que adoptan los reglamentos no sólo no son coincidentes, sino que además adolecen de cierta incoherencia, generando no pocas disfunciones[83].

Junto a los reglamentos mencionados, no pueden obviarse las disposiciones de Derecho internacional privado contenidas en las directivas, a fin de asegurar la

[81] El Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas da prioridad a la libertad de las partes a la hora de elegir la ley aplicable, siempre que se encuentre en el elenco de las enunciadas en su art. 22.1. En defecto de elección, se aplicará la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada (art. 26.1). No obstante, se faculta excepcionalmente en dos casos al juez que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial a elegir la ley de otro Estado distinto, cuando así lo solicita uno de los miembros de la pareja y siempre que concurran las circunstancias excepcionales del art. 26.3. En todo caso, la ley aplicable sólo podrá invocarse frente a terceros, siempre que la conozcan o hubieran debido conocer, actuando con la debida diligencia (art. 28).

[82] En opinión de BORRÁS, A.: "¿Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?", *RJC*, núm. 4, 2010, p. 1009; y QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G.: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al Ordenamiento jurídico español", *Indret,* núm. 3, 2013, p. 17, que personalmente comparto; no sin la opinión en contra, entre otros, de GALICIA AIZPURUA, G.: "El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del Ordenamiento civil español", *AJI*, núm. 3, 2015, pp. 536-537, y RENTERÍA AROZENA, A.: "La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: los conflictos de leyes y el certificado sucesorio", en AA.VV.: *El Derecho civil vasco del siglo XXI: De la ley de 2015 a sus desarrollos futuros,* Parlamento Vasco-Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, Vitoria, 2016, p. 197, partidarios de la aplicación exclusiva a los conflictos internos de los arts. 9 ss. CC en su redacción actual, mientras no sean modificados por el legislador estatal.

[83] De acuerdo con QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G.: "Ordenamientos plurilegislativos", cit., pp. 15-16; y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "El Reglamento 650/2012, Sobre Sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos", *RDC*, núm. 4, vol. 2, 2015, pp. 11 ss.

aplicación del Derecho material armonizado a ciertos supuestos internacionales, en concreto, a aquellos que presenten una conexión comunitaria[84]. El problema que plantea este instrumento normativo radica en que, como regla, se limita a establecer la conexión comunitaria, sin precisar el Derecho estatal armonizado aplicable[85]. Por ello, se dice que estas normas de Derecho internacional privado son normas comunitarias con una conexión indefinida[86].

C) El sistema europeo de derechos fundamentales.

Un examen aparte merece la paulatina articulación a nivel europeo de un sistema de reconocimiento y tutela de derechos fundamentales, muchos de ellos estrechamente vinculados al ámbito jurídico-civil.

Así, conviene reparar en la evolución que ha experimentado el Derecho de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales desde el inicial silencio por parte de los Tratados constitutivos -consustancial a su filosofía eminentemente económica- a la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000[87]. En esta evolución, según constata la doctrina más autorizada[88], se revela fundamental el papel asumido por el Tribunal de Luxemburgo a partir de 1969 (STJCE Stauder c. Ville d' Ulm de 12 de noviembre de 1969) de garante de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, adoptando para ello como "principios generales del Derecho comunitario" las previsiones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, CEDH) [89] complementadas por las construcciones interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), así como "las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros". De este modo, el Tribunal de Justicia comunitario asumió, en una interpretación extensiva del entonces art. 164 TCCE, una posición "cuasi

[84] Sirva de ejemplo el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que precisa que la protección que establece es aplicable "cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad".

[85] Excepcionalmente determina la ley estatal aplicable el art. 4 Directiva 95/46/CE, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así, dicho precepto prevé que los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales de desarrollo de la Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando el establecimiento del responsable del fichero esté situado en su territorio.

[86] De acuerdo con CALVO CARAVACA, A.L.: "El Derecho", cit., pp. 59 y 64-67.

[87] Un riguroso estudio de esta evolución puede verse en CHUECA SANCHO, Á.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, pp. 1-78.

[88] De acuerdo con CHUECA SANCHO, Á.: *Los derechos,* cit., pp. 94-100.

[89] Como es sabido, el CEDH propiamente no forma parte del acervo comunitario, en cuanto proviene del Consejo de Europa; ello sin perjuicio de que haya sido firmado o ratificado por el conjunto de los Estados miembros de la Unión (entre ellos, España) en su condición de miembros del precitado Consejo de Europa.

constituyente", no sin ser cuestionado por los Tribunales Constitucionales de los países miembros de la Unión[90].

Paralelamente este sistema de protección de derechos humanos configurado por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -calificado de "sistema pretoriano"- se vio acompañado desde la década de los setenta del pasado siglo de un importante número de declaraciones por parte de las instituciones políticas de la UE a favor de la protección de los derechos fundamentales por el entonces Derecho comunitario que finalmente llegaron a fructificar con la adopción del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997[91].

Así, el Tratado de Maastricht en su art. F.2 (actual art. 6.3) establece, haciendo propia la doctrina del TJUE, el mandato dirigido a la Unión de "respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

Posteriormente, el Tratado de Amsterdam de 1997 profundiza en este compromiso de la UE con los derechos fundamentales por tres vías esencialmente. La primera tiene un carácter teleológico, en cuanto da nueva redacción al art. art. 6.1 (antiguo art. F.1) del TUE para enunciar como principio básico de la Unión "el respeto a los derechos y libertades fundamentales". La segunda vía viene constituida por la introducción de un nuevo art. 7 en el que se prevé la posible suspensión de derechos de los Estados miembros en caso de violación grave y persistente de los principios del art. 6.1, entre los cuales, como acabamos de ver, se encuentra el respeto a los derechos fundamentales. De igual modo, se da nueva redacción al art. 49 (antiguo art. O.1), exigiendo como requisito para la incorporación de nuevos países a la UE el respeto a los principios del art. 6.1. La tercera y última vía tiene que ver con la inclusión en el art. 46.d (antiguo art. L) del "respeto a los derechos fundamentales" entre las materias susceptibles de control jurisdiccional por el TJUE[92].

Un nuevo paso esencial se da el 7 de diciembre de 2000 con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuanto que constituye el

[90] Ofrecen un examen detallado de esta jurisprudencia y sus implicaciones AGUDO ZAMORA, M.: "La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", *RDCE*, núm. 4, 2005, pp. 386-397; CÁMARA VILLAR, G.: "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", *RDCE*, núm. 4, 2005, pp. 15-21; y FREIXES SANJUAN, T.: "Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", *RDCE,* núm. 4, 2005, pp. 47-50.

[91] Un análisis de estas declaraciones previas al Tratado de la Unión Europea puede verse en AGUDO ZAMORA, M.: "La protección", cit., pp. 398-408.

[92] Según hace constar CÁMARA VILLAR, G.: "Los derechos", cit., pp. 22-25, a quien sigo en estas líneas.

primer catálogo de derechos fundamentales adoptado formal y expresamente por la Unión Europea; catálogo, por lo demás, muy completo que aúna los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales, todos ellos contemplados bajo el prisma del progreso social y los avances científicos y tecnológicos[93]. Así, tras un Preámbulo donde se describen los principios inspiradores de la Carta, los derechos se sistematizan en seis capítulos, interesando particularmente a los efectos del presente estudio los cuatro primeros[94]. En concreto, el capítulo I proclama la inviolabilidad de la dignidad humana y reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral, comprendiendo el espacio de la biología y la medicina. El capítulo II comprende el derecho a la libertad y la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y asociación, la libertad de las artes y la investigación científica, la libertad de empresa y el derecho de propiedad y la protección de los datos de carácter personal. En el capítulo III, bajo el rótulo genérico de la igualdad, se proclaman la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad de sexos, los derechos de los menores, los derechos de la tercera edad y la integración de los discapacitados. El capítulo IV comprende los derechos de solidaridad, entre los que conviene reparar en la protección de la familia, la protección de la salud, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. Junto a los derechos reconocidos, la Carta se cierra con un Capítulo VII donde se contiene una serie de cláusulas de salvaguarda de la misma, a la par que delimita su ámbito de aplicación (art. 51: actos de las instituciones y órganos de la Unión, así como de los Estados miembros en aplicación del Derecho de la UE).

La Carta, sin embargo, no tendrá carácter vinculante hasta la adopción del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, que da nueva redacción al art. 6.1 TUE, donde se hace constar el reconocimiento por parte de la Unión de los derechos y principios enunciados en la Carta, a la par que se le atribuye el mismo valor jurídico de los Tratados. Su control y consiguiente interpretación corresponde de este modo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por añadidura, el Tratado de Lisboa impone novedosamente a la Unión en el aptdo. 3º del art. 6 TUE la obligación de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la par que da una nueva redacción al art. 47 TUE para dotar aquélla de personalidad jurídica. Con ello se removía el principal obstáculo que puso en su momento el entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a la adhesión de ésta al CEDH en su Dictamen de 28 marzo 1996 emitido a solicitud del Consejo Europeo, en el que manifestó que "en el estado actual del Derecho comunitario ello no era posible" por considerar que "la Comunidad no tiene competencia para

[93] En palabras de CÁMARA VILLAR, G.: "Los derechos", cit., p. 26; y FREIXES SANJUAN, T.: "Derechos fundamentales", cit., p. 57.

[94] A ello cabe añadir los capítulos V y VI que enuncian respectivamente los derechos de ciudadanía y los derechos vinculados al acceso a la justicia.

adherirse al Convenio"[95]. Dos eran los obstáculos que fundamentaron la posición del Tribunal de Luxemburgo: por una parte, el hecho de que el Convenio estuviese conformado para ser ratificado por Estados, no por organizaciones supranacionales, lo que exigiría su modificación; y por otra, la dificultad de determinar la institución comunitaria competente para tal ratificación al no tener personalidad jurídica la Unión Europea, obstáculo éste último que ha sido superado, como se ha indicado, por la nueva redacción dada al art. 47 TUE por el Tratado de Lisboa de 2007. Con todo, en el fondo se planteaba también el problema de que si la Unión se adhería al Convenio, sus actos podrían ser controlados por el TJUE, pudiendo ello crear susceptibilidades con relación a las competencias del TEDH. La anhelada adhesión se ha visto, sin embargo, drásticamente empañada por el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, emitido por el TJUE en contra del Proyecto de acuerdo que la hubiese propiciado, esgrimiendo precisamente el último argumento reseñado[96]. Así, el Tribunal de Luxemburgo observa, en primer lugar, que, de prosperar la adhesión al CEDH, la Unión y sus instituciones, incluido el propio Tribunal, quedarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio y, por ende, la interpretación dada por el TEDH al CEDH vincularía al TJUE, pero no la inversa. Adicionalmente, argumenta que la adhesión, al ignorar la naturaleza intrínseca de la Unión, podría poner en peligro el equilibrio en que se basa ésta y la autonomía de su Derecho; podría afectar a la autonomía y eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el TFUE, especialmente respecto de aquellos derechos garantizados conjuntamente por la Carta y el CEDH; vulnera la competencia exclusiva atribuida al TJUE por el TFUE respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relacionados con la aplicación del CEDH en el marco del Derecho de la Unión; y sometería a revisión por parte del TEDH las medidas adoptadas por la UE en el marco de la política exterior y seguridad común, atribuyéndole la competencia exclusiva. Vetada la adhesión de la UE al CEDH por parte del TJUE, se impone ahora que los Estados miembros de la Unión se pronuncien acerca de la oportunidad de seguir con el proceso de adhesión -que, no se olvide, es un mandato del vigente art. 6.3 TUE- y, en caso afirmativo, busquen un mecanismo jurídico que la articule debidamente removiendo así los obstáculos del TJUE[97], a fin de lograr un sistema integrado y coordinado europeo de derechos humanos, lo que, a mi entender, se revela muy necesario[98]. Entre tanto, los derechos reconocidos en el CEDH habrán de ser respetados en el marco de la Unión como "principios generales del Derecho Comunitario", conforme a lo dispuesto en el vigente art. 6.3 TUE y, por ende, se encuentran bajo el control jurisdiccional del

[95] Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 marzo 1996.

[96] Consultar.

[97] De acuerdo con MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece la pena todavía la adhesión al CEDH?", *RDCmE,* núm. 52, 2015, pp. 866-869, quien, por añadidura, se muestra muy crítico con el Dictamen del TJUE.

[98] En este sentido ALONSO GARCÍA, R.: Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *Papeles de Derecho europeo e integración regional,* núm. 26, 2015, nota 136, p. 29, se refiere a la incertidumbre que, como consecuencia directa del Dictamen, nos puede deparar la protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa, aparte de tachar de desleal la actitud de Luxemburgo hacia Estrasburgo.

TJUE[99]. Ello sin olvidar que el CEDH se encuentra ratificado por todos los Estados miembros de la Unión, lo que implica su compromiso de respetar los derechos allí reconocidos, de tal manera que cualquier persona que se considere víctima de una violación de alguno de los derechos del CEDH por uno de los Estados signatarios, siempre que dependa de su jurisdicción, podrá recurrir ante el TEDH, una vez agotadas las vías internas de recurso (arts. 1, 19, 34 y 35.1 CEDH).

De este modo, y aunque a fecha de hoy no sea propiamente Derecho de la Unión Europea, el CEDH constituye otra de las piezas clave del sistema europeo de derechos humanos[100], aunque ciertamente su catálogo de derechos sea más limitado que el de la CDFUE. En particular interesa destacar, por su vinculación al ámbito jurídico-privado, el derecho a la vida del art. 2, el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 9, el derecho de asociación del art. 11, el derecho a contraer matrimonio del art. 12 y la prohibición de discriminación del art. 14[101]. Junto a ello conviene reparar en la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en orden a la determinación del contenido y alcance de los derechos ahí reconocidos (art. 32 CEDHU)[102]. Ello partiendo de una visión de tales derechos -a partir de la STEDH de 9 de octubre de 1975, asunto Airey c. Irlanda- como reales y efectivos, y no meramente formales, lo que ha conllevado el reconocimiento por el TEDH no sólo del hecho de que que las autoridades públicas deben abstenerse de actuaciones que interfieran indebidamente en el ejercicio de esos derechos, sino también de la obligación que tienen esas autoridades de proveer los medios necesarios para la defensa efectiva de los mismos[103].

---

[99] Como advierte FREIXES SANJUAN, T.: "Derechos fundamentales", cit., p. 79.

[100] Ello sin olvidar los convenios promovidos por el Consejo de Europa específicamente en materia de protección de menores: el Convenio de 25 de enero de 1996, sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Instrumento de ratificación por España dado el 11 de noviembre de 2014), el Convenio de 25 de octubre de 2007, para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Instrumento de ratificación por España dado el 22 de julio de 2010) y el Convenio de 27 noviembre 2008, en materia de adopción de menores de 13 julio 2011.

[101] De su incidencia, en concreto, en materia de Derecho de familia han dado cuenta en fechas recientes CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 324-352; y GUINOT SEGARRA, I.: "Informe sobre la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos", *Cuestiones de interés jurídico IDIBE*, diciembre 2016, pp. 1-18.

[102] Sobre la relevancia de la jurisprudencia del TEDH puede consultarse, entre otros, DEBET, A.: *Influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil,* Dalloz, Paris, 2002; FREIXES SANJUAN, T.: "Derechos fundamentales", cit., pp. 77-78; y RENUCCI, J.F. : *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, París, 2012, pp. 854-873.

[103] De acuerdo con LÓPEZ GUERRA, L.: "El sistema europeo de protección de derechos humanos", en AA.VV.: *Protección multinivel de derechos humanos* (coords. G.R. BANDEIRA RODRIGO, R. Urueña y A. TORRES PÉREZ), Red de Derechos Humanos y Educación Superior (S.L.), 2013, p. 178. En cualquier caso, el TEDH no es un Tribunal de casación o de revisión, por lo que sus sentencias son, en principio, meramente declarativas. De este modo, el TEDH declara, en su caso, que ha habido una violación del CEDH o de sus Protocolos, pero corresponde al Estado causante de la misma -bajo la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa- trasladar a su Ordenamiento jurídico esa decisión, adoptando las necesarias medidas: tanto medidas individuales, dirigidas a reparar la lesión producida en el caso concreto y apreciada por el Tribunal, como medidas de

III. EL DERECHO PRIVADO EUROPEO.

1. Las iniciativas oficiales.

La posibilidad de unificar ramas completas del Derecho privado a nivel europeo, superando la mera armonización/uniformización de temas concretos ha sido barajada por las instituciones europeas ya desde hace casi dos décadas. Las propuestas han sido diversas, aunque a fecha de hoy todavía no hayan llegado a fructificar en ningún texto definitivo[104]. Con todo, interesa destacar los avances que han tenido lugar en relación con el denominado *soft law;* esto es, un Derecho de carácter facultativo, al que las partes pueden acogerse voluntariamente[105].

A) El punto de partida: La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros.

Suele mencionarse como desencadenante de este proceso la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros, en la cual se hizo constar que la cobertura jurídica de aspectos parciales resultaba insuficiente para las necesidades de un mercado único y que la forma más conveniente de dar respuesta a las necesidades jurídicas de la Comunidad en materia de Derecho privado era la unificación de importantes ramas del mismo y, en especial, del Derecho de obligaciones por su trascendencia para el desarrollo del mercado único. Esta consideración se acompañó de la solicitud de que dieran comienzo los trabajos de preparación de un *Código europeo común de Derecho privado*. Dicha resolución fue refrendada por otra Resolución del Parlamento de 6 de mayo de 1994 sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros, pero sin que en los años siguientes se produjesen reacciones significativas en la Comisión y Consejo al respecto.

B) Las cuatro posibles opciones planteadas por la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo.

Habrá que esperar a octubre de 1999 para que se produzca una cierta inflexión en el

carácter general, dirigidas a la evitación en el futuro de esas violaciones (art. 46 CEDU). Sólo si éste no pone remedio o lo hace de forma imperfecta, el art. 50 CEDH permite que el Tribunal conceda, si procede, una "satisfacción equitativa a la parte perjudicada" (cfr. LÓPEZ GUERRA, L.: *ídem*, pp. 174-175; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. et al.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 152; y CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 110-111).

[104] Para profundizar en el tema puede consultarse CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un Derecho", cit., pp. 59-63; VAQUER ALOY, A.: "La vocación", cit., pp. 263-265; CAMPUZANO DÍAZ, B.: "¿Hacia un Derecho contractual europeo?", *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 43-47; y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo,* Dykinson, Madrid, 2014, pp. 47-88.

[105] De acuerdo con VAQUER ALOY, A.: "La vocación", cit., p. 265.

interés político por tal iniciativa, cuando el Consejo Europeo reunido en Tampere (Finlandia) se refiera a la necesidad de crear un "auténtico espacio europeo de justicia", lo que exige, en otros aspectos, una "mayor convergencia en Derecho civil". Así, su conclusión 39 del aptdo. VIII hizo constar que "por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001"[106].

El 16 de marzo de 2000 el Parlamento Europeo reiteró en una nueva Resolución que en el mercado interior era esencial una mayor armonización del Derecho civil y reclamó a la Comisión la elaboración de un estudio al respecto.

La Comisión cumplió dicho encargo, aunque circunscrito al ámbito contractual, el 11 de julio de 2001 con su Comunicación al Consejo y al Parlamento europeo sobre Derecho contractual europeo, cuyos objetivos principales eran "ampliar el debate sobre Derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión, los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia" y "recopilar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance"[107]. Así, en esta Comunicación la Comisión planteó los problemas que la falta de armonización legislativa traían consigo; expuso las vías existentes para superar las mencionadas dificultades, a través de instrumentos formales -Convenios sobre ley aplicable y competencia judicial-; se hizo eco de las iniciativas académicas en aras de la armonización; y, sin ocultar los problemas competenciales a los que se enfrentaría la UE de embarcarse en el proyecto de un eventual Código de Contratos europeo-, planteó cuatro grandes opciones: 1ª.- inactividad legislativa: el propio mercado y el recurso creciente al *soft law* resolverían los problemas; 2ª.- elaboración de una serie de principios comunes de Derecho contractual europeo; 3ª.- mejora de la calidad de la legislación existente en materia de Derecho patrimonial; y 4ª.- promulgación de una legislación nueva con carácter exhaustivo. Dicha Comunicación fue objeto de numerosas respuestas por parte de diversos sectores profesionales y académicos que se decantaron mayoritariamente por la opción 2ª, esto es, por la elaboración de unos principios comunes[108].

C) La elaboración de un Marco Común de Referencia como opción más conveniente a priori y su materialización en el DCFR.

Pocos meses después de formalizarse la Comunicación de la Comisión, el Parlamento Europeo dictó su Resolución de 15 de noviembre de 2001 sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros en la que, tras

[106] Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.
[107] En nuestra doctrina ha reflexionado sobre su incidencia, entre otros, PARRA LUCÁN, M.A.: "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil europeo?", *AC*, núm. 36, 2002, pp. 1163-1176.
[108] Según hace constar CÁMARA LAPUENTE, S.: "Un Derecho", cit., p. 61.

efectuar una serie de consideraciones sobre la importancia de proseguir en el camino de una armonización máxima, instó a la Comisión a elaborar un plan de acción con un calendario de actividades hasta 2010 de cara a la adopción de un cuerpo de reglas sobre Derecho contractual europeo. La Comisión cumplió el encargo, emitiendo el 12 de febrero de 2003 su Comunicación sobre un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción. El referido documento mantiene el carácter consultivo de la Comunicación de 2001 y presenta las conclusiones que cabe extraer a la vista de las respuestas de los gobiernos, instituciones y actores del mercado a las cuestiones planteadas en aquélla, a saber: que no hay necesidad de abandonar el enfoque sectorial sostenido hasta entonces a la hora de legislar, pero deben solucionarse los problemas que plantea la ausencia de una aplicación uniforme del Derecho contractual europeo y su negativa incidencia sobre el buen funcionamiento del mercado interior. Las principales medidas que se proponen para solventar dichos problemas son tres. En primer lugar, se propone aumentar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, planteándose la conveniencia de elaborar un *Marco Común de Referencia* (*Common Frame of Reference*, en adelante CFR) que contuviese una terminología común sobre la materia, así como unas reglas y principios básicos a respetar por todo instrumento comunitario que incidiese sobre el Derecho contractual; asimismo se insta a revisar el acervo existente para eliminar las incoherencias identificadas, mejorar la calidad de la redacción y simplificar y clarificar las disposiciones vigentes. En segundo término, se apunta la conveniencia de promover la elaboración de cláusulas contractuales generales a aplicar a toda la UE. En tercer y último lugar, se apunta la necesidad de analizar si otros problemas relativos al Derecho contractual europeo pueden exigir soluciones no sectoriales, y, en concreto, un instrumento global de carácter facultativo[109].

Tanto el Consejo como el Parlamento europeo acogieron positivamente al Plan de Acción de la Comisión en sendas resoluciones: Resolución del Consejo Europeo de 14 de abril de 2003 y Resolución del Parlamento Europeo de 2 de septiembre de 2003. Ambas instituciones se mostraron especialmente favorables a la intención de la Comisión de elaborar un CFR, instándole a impulsarlo con carácter prioritario con la necesaria colaboración de todas las partes interesadas (incluidos investigadores y usuarios del Derecho).

Al objeto de evaluar el seguimiento del Plan de Acción planteado en 2003, la Comisión presentó al año siguiente una nueva Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de octubre de 2004 sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro. El gran protagonista de esta Comunicación es, sin duda, el CFR, respecto del cual ya se propone una estructura y contenido[110], así como un calendario para su elaboración, si bien se deja abierta su

[109] Es aquí donde encontrarán su sentido las iniciativas privadas a las que haré referencia en siguiente epígrafe dedicado a las iniciativas académicas, y, en particular, los PEL del *Study Group* -sucesor de la Comisión LANDO- y de los *Acquis Principles* del *Acquis Group*.

[110] En concreto, se preveía que el CFR se integrase de tres partes o capítulos: el primero, relativo a algunos principios fundamentales del Derecho contractual (libertad contractual, buena fe, etc.); el segundo, dirigido a ofrecer definiciones clave en el ámbito contractual (contrato, daños y perjuicios, etc.), y el tercero, referente a modelos de normas de Derecho contractual (en particular, sobre

naturaleza vinculante (o no). En cuanto a las cláusulas generales a nivel europeo, se deja constancia del escepticismo que rodea a la propuesta. Y, por lo que hace al instrumento general, la Comisión deja claro que no hay intención alguna de promulgar un "Código civil Europeo" con pretensión de armonizar los Derechos nacionales; en su caso, se adoptaría un instrumento facultativo que tendría como base el CFR. A la par se anuncia la creación de una red de expertos a la que se encomendarían los trabajos preparatorios del CFR.

El trabajo de dicha red de expertos (formada por el *Study Group,* autor de los *Principes of European Law y* el *Acquis Group,* autor de los *Acquis Principles*) culminó en septiembre de 2009 con la publicación completa del Proyecto del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, en adelante DCFR) concebido como una suerte de "caja de herramientas" para una futura legislación sobre materia contractual[111]. En cualquier caso, el DCFR no es una mera suma de los *Acquis Principles* (teoría general del contrato) y los *Principles of European Law* (parte especial de contratos), sino una nueva exposición de la teoría general y parte especial de los contratos[112]. El DCFR se divide en tres partes, que ya habían sido sugeridas por la Comisión en su Comunicación de 11 de octubre de 2004 y se corresponden con su propia denominación de *Principles, Definitions and Model Rules* (principios, definiciones y normas tipo). Así, el DCFR se construye sobre cuatro principios básicos como son la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia. Igualmente, el DCFR ofrece una amplia lista de definiciones, dirigidas no sólo a facilitar la interpretación de las normas tipo, sino a contribuir a la creación de una terminología legal uniforme europea. Las normas tipo (de idéntica estructura a los PECL) constituyen el núcleo del DCFR; se pretende ofrecer un conjunto de normas coherentes, resultado no sólo de la labor de indagación del acervo comunitario realizada por el *Acquis Group*, sino también la adopción de las mejores soluciones existentes en los Derechos nacionales y textos internacionales por parte del *Study Group*. La publicación del DCFR se ha llevado a cabo en seis volúmenes, divididos, además de en los principios básicos y las definiciones, en diez libros que se subdividen en capítulos, secciones, subsecciones y artículos que recogen las normas tipo[113].

Entretanto, el Parlamento Europeo aprobó en 2006 dos resoluciones -Resolución de 23 de marzo de 2006 sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro y Resolución de 7 de septiembre de 2006 sobre Derecho

contrato, obligaciones precontractuales, cumplimiento e incumplimiento, pluralidad de partes, cesión de créditos, sustitución del deudor y transmisión de contrato, prescripción y normas específicas sobre compraventa y contrato de seguro).

[111] De acuerdo con GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *Indret,* núm. 1, 2012, p. 5.

El DCFR ha sido publicado bajo el título *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Commom Frame of Reference (DCFR)*. Outline edition, München, Sellier, 2009.

[112] En palabras de VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "La propuesta de normativa común de compraventa (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea lastrada por la protección del consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 201-202.

[113] De acuerdo con PÉREZ VELAZQUEZ, J.P.: *El proceso,* cit. pp. 144-146.

contractual europeo- en las que manifestó su apoyo a la elaboración del CFR, calificándolo de la iniciativa más importante de las que se encontraban en marcha en el proceso de armonización del Derecho civil. Una vez presentado el primer borrador del DCFR por el grupo de expertos en 2007, el Parlamento Europeo dictó dos nuevas resoluciones -Resolución de 12 de diciembre de 2007 sobre Derecho contractual europeo y Resolución de 3 de septiembre de 2008 sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo- en las que expresó su satisfacción por esta primera fase ya superada y pide a la Comisión que elabore un plan al objeto de seleccionar qué partes del proyecto habrían de incluirse en el CFR definitivo[114]. Por lo demás, el Parlamento Europeo coincidió con la Comisión en mantener una posición abierta respecto al objetivo final y forma jurídica que adoptará el futuro CFR.

D) La elaboración de un instrumento opcional de Derecho contractual europeo como segunda opción adoptada y su materialización en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011.

A partir de 2010 parece vislumbrarse un paso adelante por parte de las instituciones europeas, y en particular, por la Comisión secundada por el Parlamento Europeo en aras a la consecución de un Derecho contractual europeo: ya no se trata sólo de elaborar, como hasta ahora, un conjunto no vinculante de principios fundamentales y definiciones, sino de adoptar un instrumento opcional de Derecho contractual, como, de hecho, ya apuntaba el Plan de Acción propuesto por la Comisión en 2003[115].

Esta nueva estrategia se inicia con la publicación por la Comisión el 1 de julio de 2010 de un *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*[116]. En particular, el Libro Verde señalaba siete posibles opciones en relación a la naturaleza jurídica del futuro instrumento de Derecho contractual europeo: 1ª.- la publicación en el sitio internet de la Comisión de normas modelo no vinculantes en materia de Derecho de contratos que pudieran ser utilizadas en el mercado único; 2ª.- la elaboración de una caja de herramientas por los legisladores europeos actuales y futuros; 3ª.- la adopción de una Recomendación de la Comisión que incentivara a los Estados miembros a incluir en sus legislaciones nacionales un instrumento de Derecho contractual europeo; 4ª.- la creación por Reglamento de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pudiera ser elegido por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales; 5ª.- la armonización de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante

[114] Una reseña más detallada de estas resoluciones puede verse en PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso,* cit., pp. 73-77.

[115] Según advierten GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: "El futuro instrumento opcional…", cit., pp. 4-5; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Optando por la normativa común de compraventa europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2012, pp. 1-2; y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso,* cit., p. 81.

[116] Consultar.

una Directiva de la Unión Europea; 6ª.- la armonización máxima de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante un Reglamento de la Unión Europea de carácter obligatorio; y 7ª.- la creación mediante un Reglamento de un Código civil europeo que no sólo cubriera la materia contractual, sino otras materias tales como la responsabilidad civil. A la publicación de este Libro Verde de la Comisión le siguió una consulta pública, recibiéndose 320 respuestas, una gran parte de las mismas abogando por la opción 4ª (un instrumento de Derecho contractual europeo de carácter facultativo), opción que, por otra parte, venía ya siendo abiertamente defendida en esos momentos por buena parte de la Comisión[117].

Aunque ello no iba en la línea de lo sugerido por el Consejo que en el Programa de Estocolmo 20102-1014 solo aspiraba a una caja de herramientas para el legislador europeo[118], el Parlamento Europeo adoptó el 8 de junio 2011 una nueva Resolución en la que expresó su apoyo a la adopción de un instrumento optativo mediante un reglamento, sin perjuicio de otras técnicas complementarias[119].

El siguiente paso en esta estrategia fue el nombramiento por la Comisión mediante una Decisión fechada en 26 de abril de 2010 de un grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. Este grupo formado por veinte expertos en Derecho civil y, en especial, en Derecho de los contratos, tenía como misión elaborar un estudio de viabilidad de un futuro instrumento de Derecho contractual europeo a partir no sólo del DCFR[120], sino de otros trabajos de investigación realizados en este ámbito y el acervo de la Unión.

[117] Según hace constar FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Optando por", cit., p. 3. En cualquier caso, tal y como puede leerse en Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de octubre de 2011 relativa a una normativa común de compraventa europea, la opción 4ª fue respaldada tal como estaba configurada o en combinación con una "caja de herramientas" por varios Estados miembros, así como por otros interesados, a condición de que se cumplieran determinadas condiciones p.ej. un elevado nivel de protección de los consumidores y disposiciones claras y fáciles de aplicar.

[118] En el Programa de Estocolmo 2010-2014, epígrafe 3.4.2, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a presentar una propuesta de MCR para el Derecho contractual europeo. Dicha propuesta debía ser un "conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo que deben ser utilizadas por los legisladores a escala de la Unión para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo".

[119] Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 2011 sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, epígrafe 5: "Reconoce la necesidad de nuevos progresos en el sector del Derecho contractual y se muestra favorable, frente a otras opciones, a la opción 4ª, consistente en la creación de un instrumento optativo por medio de un reglamento, tras realizar una evaluación de impacto y aclarar el fundamento jurídico; considera que dicho instrumento optativo podría complementarse con una "caja de herramientas", que podría aprobarse por medio de un acuerdo interinstitucional; aboga por la creación de "modelos de contratos europeos normalizados", traducidos a todas las lenguas de la UE, vinculados a un sistema de resolución alternativa de litigios que funcionase en línea, lo que tendría la ventaja de ser una solución más sencilla y rentable para las partes contratantes y la Comisión".

[120] En palabras de VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "La propuesta", cit., pp. 202-203, el DCFR quedó así reducido a un "mero punto de partida" y sin ataduras para el posterior trabajo de este nuevo grupo de expertos, integrado ya no sólo por académicos, sino también por prácticos del Derecho. En términos similares se expresa ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL legislación inteligente", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, p. 208.

Dicho trabajo se presentó en mayo de 2011 bajo el título *Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo*[121]. De las diferentes opciones planteadas en el Libro Verde, se elige la cuarta, esto es, un instrumento facultativo para las partes que debería cumplir los siguientes presupuestos: 1º.- cubrir todas las fases del contrato; abordar los tipos contractuales más relevantes en las transacciones económicas transnacionales entre empresas y consumidores y, en menor medida, entre empresas; 2º.- ser aplicable tanto a los contratos transfronterizos como a los nacionales; inspirarse -aunque no exclusivamente- en el DCFR; y 3º.- y asegurar un nivel elevado de protección del consumidor[122].

A partir de ese estudio, el 11 de octubre del mismo año la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea[123]. En concreto, según puede leerse en su Exposición de Motivos, la Propuesta preveía la creación de un régimen idéntico -y muy novedoso[124]- en materia de compraventa para toda la Unión Europea, a aplicar los contratos transfronterizos, siempre que así lo decidan las partes en virtud de acuerdo expreso. Con todo, una lectura detallada de la Propuesta revela que su contenido era más amplio que el que apuntaba la Exposición de Motivos, toda vez que, junto a la compraventa, se ocupaba de los contratos de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados; y que, por añadidura, parecía articular una suerte de teoría general -que no exhaustiva- del contrato. En cualquier caso, según se hacía constar igualmente en la Exposición de Motivos, el concreto instrumento normativo elegido fue un reglamento de carácter facultativo, que coexistiría con los Derechos nacionales vigentes. A partir de ahí, la Propuesta constaba de tres partes bien diferenciadas: el Reglamento en sí, un anexo I que recogía la denominada "normativa común de compraventa europea" y un anexo II que contenía una ficha informativa sobre la normativa común de compraventa europea a facilitar por el empresario al consumidor antes de la celebración del contrato[125].

---

[121] Según hacen constar GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: "El futuro", cit., p. 7-8; y FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Optando por", cit., p. 4.

[122] Exactamente el estudio analizó la viabilidad de las siete opciones en el Libro Verde, para considerar que también permitirían alcanzar los objetivos marcados una directiva de armonización plena (opción 5ª) y un reglamento por el que se estableciese un régimen uniforme de Derecho contractual de carácter imperativo (opción 6ª). Ahora bien, acabo desechando estas dos opciones, por entender que conllevarían una carga considerable para los comerciantes, pues incluso aquellos que solo operasen en el mercado nacional tendrían que adaptarse a un nuevo marco legislativo.

[123] Texto de la Propuesta. Para un análisis más detallado de la misma vid., entre otros, SÁNCHEZ LORENZO, S.: "La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado", *AEDIP*, núm. 11, 2011, pp. 35-61; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: "El futuro", cit., pp. 9-26; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Optando por", cit., pp. 4-21; VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "La propuesta", cit., pp. 205-216; y ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL", cit., pp. 209-228. Igualmente, es de consulta obligada la obra colectiva *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos* (eds. A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015.

[124] Según destaca REINER SCHULZE, R.: "Nuevos rasgos", cit., pp. 152-155.

[125] Cuestiona, no sin razón, esta estructura por confusa ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL?, cit., p. 204.

El Reglamento propiamente dicho se integraba de dieciséis artículos (las llamadas *chapeau rules*)[126], en los que se clarificaba su finalidad -mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior- y su contenido -la normativa común de compraventa europea- (art. 1); se ofrecía una serie de nociones legales, referentes al contrato, la buena fe contractual, las condiciones generales de la contratación, el comerciante/consumidor o la resolución del contrato (art. 2); se declaraba su carácter facultativo u opcional, supeditado al acuerdo entre las partes, así como su carácter excluyente, en el sentido que, de haber sido elegido por las partes, sería el único Derecho por el que se regirá el contrato, en detrimento del Derecho nacional que correspondería aplicar según las normas de conflicto (arts. 3, 8 y 11); se delimitaba su ámbito material -la compraventa de bienes, excluidas las judiciales, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados [127] -, territorial -contratos transfronterizos- y personal - empresario/consumidor o empresario PYME/no PYME- (arts. 4, 5, 6 y 7)[128]; se establecía para los contratos celebrados entre empresario y consumidor la obligación específica de aquél de facilitarle a éste la ficha informativa sobre la normativa común que recoge el anexo II (art. 9); y se exigía a los Estados miembros que fijasen sanciones en caso de incumplimiento por los comerciantes de los requisitos previstos en los arts. 8 y 9, relativos respectivamente a la obligación de atribuir carácter expreso al acuerdo por el que las partes se comprometen a aplicar la normativa común y a la obligación de facilitar la ficha informativa referente a la misma (art. 10).

El Anexo I contenía propiamente la "normativa común de compraventa europea" (CESL en sus siglas en inglés), la cual se integraba, según puede leerse en la Exposición de Motivos, por un conjunto de reglas constitutivas de un régimen jurídico común europeo para la compraventa y los servicios auxiliares a la misma;

[126] En palabras de ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL", cit., p. 204.

[127] Por compraventa se entiende "todo contrato en virtud del cual el comerciante (el vendedor) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (el comprador) la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio", incluidos los "contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir" (art. 2.k Propuesta de Reglamento). El suministro de contenidos digitales incluye tanto el suministro en soporte material como sin soporte material; tanto contenidos que pueden ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario como aquellos a los que simplemente se pueda tener acceso; y tanto el suministro a cambio de precio como gratuito (art. 5.b Propuesta de Reglamento). Los servicios relacionados son "cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales» (art. 2.m Propuesta de Reglamento).

En cualquier caso, de acuerdo con el art. 6 Propuesta de Reglamento, quedan excluidos de su ámbito material los contratos mixtos, entendiendo por tales aquéllos que incluyen algún elemento que no es la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales o la prestación de servicios relacionados, así como los contratos vinculados a un crédito al consumo (p.ej. la compraventa a plazos).

[128] No obstante, el art. 13.b del Reglamento faculta a los Estados miembros a suprimir la exigencia de que en los contratos entre empresarios una de las partes sea una PYME.

esto es, las normas propiamente materiales o sustantivas que conformaban el CESL; en total, 186 artículos. Según preveía el propio Reglamento en su art. 8, dicha normativa se configuraba como un instrumento jurídico que los Estados miembros recibían como opcional a sus Derechos nacionales, siempre que las partes lo eligiesen de acuerdo con las condiciones previstas en el Reglamento[129]; ahora bien, como disponía su art. 11, una vez elegido como Ordenamiento aplicable, sería el único obligatorio. En cualquier caso, el CESL adolecía de una cierta confusión en orden a su contenido. Y es que, aunque -como hemos indicado- su ámbito estaba restringido al contrato de compraventa, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados (art. 5 Reglamento), lo cierto es que buena parte de su articulado parecía, sin embargo, formular una suerte de teoría general del contrato[130]. En concreto, de las ocho partes que lo integraban, las tres primeras (artículos 1 a 86), así como las tres últimas (arts. 159 a 186) parecían participar de este planteamiento generalista. Así, la parte I ("Disposiciones preliminares") establecía los principios generales del Derecho contractual que todas las partes han de observar en sus tratos, como son los principios de buena fe contractual, la libertad de contratación y la cooperación. La parte II ("Carácter vinculante de un contrato") contenía disposiciones sobre el derecho de las partes a recibir información precontractual esencial y normas sobre cómo celebrar acuerdos entre dos partes. Recogía, asimismo, disposiciones específicas que confieren a los consumidores un derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento. Por último, incluía disposiciones sobre la anulación de los contratos por motivo de error, dolo, amenaza o explotación injusta. La parte III ("Evaluación del contenido del contrato") contenía disposiciones generales sobre la interpretación de las cláusulas contractuales, el contenido y los efectos de los contratos, así como sobre las cláusulas contractuales que pueden ser abusivas y, por consiguiente, inválidas. La parte VI ("Indemnización por daños y perjuicios e intereses") se ocupaba de la responsabilidad civil contractual y de los intereses moratorios. La parte VII ("Restitución") fijaba el régimen de restitución de las prestaciones en caso de anulación o resolución de un contrato. Y, por último, la parte VIII ("Prescripción") regulaba la prescripción extintiva de las obligaciones. De este modo, sólo las partes IV y V (arts. 87 a 158) se ocupaban propiamente de los contratos específicos que constituyen el objeto de la propuesta. De una parte, la parte IV ("Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa") formulaba normas específicas en materia de compraventa y suministro de contenidos digitales, en particular, respecto de las obligaciones de las partes y los remedios de que disponen para el caso de incumplimiento por la otra parte; y de otra, la parte V ("Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados") establecía el régimen jurídico

[129] GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: "El futuro", cit., p. 9.

[130] Coinciden en esta apreciación VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "La propuesta", cit., pp. 211; y ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL", cit., p. 210. Con todo, según advierte esta última autora, la propuesta de normativa común no abarca toda la vida del contrato, sino "la mayoría de los ámbitos que son pertinentes a la hora de celebrar contratos transfronterizos", o, si se prefiere, "los ámbitos que revisten mayor importancia a la hora de celebrar contratos", parafraseando su Exposición de Motivos.

específico de los contratos de servicios relacionados, también con especial atención a los obligaciones de las partes y los remedios para el caso de incumplimiento.

E) Las últimas iniciativas: El aplazamiento de la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea y su sustitución por diversas propuestas de directiva en aras de un Mercado Único Digital.

Una vez presentada la Propuesta, las críticas no se hicieron esperar tanto en lo que atañe a su estructura como en orden a su contenido[131]. De hecho, en los últimos años ha sido profundamente revisada primero por la Comisión de Asuntos Jurídicos[132] y posteriormente por el Parlamento Europeo en virtud de su Resolución de 26 de febrero de 2014, en la que introduce más de 250 enmiendas al texto inicial, dirigidas a dotarla de una nueva estructura más clara[133] y a modificar muchos de sus extremos, entre los que interesa destacar la reducción de su ámbito material de aplicación a la contratación a distancia y, en especial, a la contratación on line[134] o la relectura de que ha sido objeto el régimen de las cláusulas abusivas en aras de una mayor protección del consumidor[135]. En respuesta a ello, en su Programa de Trabajo para 2015 la Comisión anunció su voluntad de modificar la Propuesta de Reglamento "para liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el Mercado Único Digital"[136]. Con todo, este anuncio no se ha materializado por el momento en ningún texto. Es más, parece que la Comisión ha aparcado por el momento dicha Propuesta[137], para, en su lugar, centrarse en las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y en materia de suministro de contenidos digitales, presentadas en diciembre de 2015[138], así como en la más reciente Propuesta de Directiva, de 12 de octubre de 2016, por la que se establece un Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas[139], cuya tramitación se ha calificado de prioritaria en el Programa de Trabajo de la Comisión para 2018, a fin de eliminar los obstáculos que frenan el crecimiento del comercio electrónico transfronterizo en

[131] Según hace constar ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL", cit., pp. 210-212.
[132] Vid. el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 25 de septiembre de 2013.
[133] Así, se suprime el anexo I de la Propuesta dedicado al CESL, para integrar su contenido en el propio Reglamento como Título II.
[134] Enmienda 61 al art. 5 Reglamento.
[135] Enmienda 153 de supresión del art. 80.2 CESL, enmiendas 154-155 a los arts. 82 y 83 CESL y enmiendas 156-164 al art. 84 CESL.
[136] Anexo II del *Programa de trabajo de la Comisión para 2015*, p. 14.
[137] Como, igualmente, constatan LAUROBA LACASA, E.: ¿Ha llegado", cit. p. 497; y MILÀ RAFEL, R.: "Los intercambios digitales en Europa: las propuestas de directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 17, 2016, p. 15.
[138] Texto de primera y segunda propuesta, Un análisis de las mismas ofrece MILÀ RAFEL, R.: "Los intercambios", cit., pp. 1-35.
[139] Consultar.

Europa y, por ende, dar respuesta a las necesidades derivadas del Mercado Único Digital[140].

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto parece resultar que el ideal de una regulación uniforme en materia de Derecho privado ha perdido cierta fuerza en el largo camino recorrido desde 1989 a la actualidad, pudiendo constatarse una pérdida de intensidad tanto cuantitativa como cualitativa en el proceso unificador. Así, de una parte, de la idea de un código vinculante se ha pasado a una normativa de carácter facultativo; y de otra, frente a una regulación del Derecho de contratos en su totalidad se ha pasado a una propuesta de regulación parcial referida a los contratos a distancia, y no a todos ellos[141]. Es más, en los dos últimos años parece haberse abandonado la opción de un reglamento facultativo en favor del instrumento menos comprometido de la directiva, lo que no deja de poner en evidencia las dificultades existentes en el seno de la Unión Europea para unificar el Derecho privado sustantivo.

2. Las iniciativas académicas.

No es posible entender el alcance del proceso de unificación del Derecho privado europeo sin destacar el importante papel desempeñado por la doctrina jurídica, acompañando y complementando en todo momento a los impulsos políticos que se han ido asumiendo desde la Unión Europea. Así, son diversos los grupos de investigadores que, con distintas metodologías y resultados, han elaborado interesantes aportaciones a fin de construir un Derecho privado europeo. Ciertamente, en su mayoría se han centrado en el Derecho patrimonial, especialmente en el Derecho de contratos, en línea con las instituciones europeas; tal es el caso de la Comisión de Derecho europeo de contratos (Comisión Lando), el *Study Group on a European Civil Code,* el *European Research Group on Existing Community Private Law* o *Acquis Group*, el Proyecto de Trento y el *European Group on Tort Law*. No obstante, a título excepcional puede darse noticia de un grupo que propugna la unificación del Derecho de familia: La Comisión de Derecho de familia europeo.

A) La Comisión de Derecho europeo de contratos o Comisión Lando.

La Comisión de Derecho Europeo de contratos constituye el grupo pionero en de materia unificación de Derecho privado europeo, siendo creado a principios de los años ochenta del pasado siglo a iniciativa del Prof. LANDO de la Universidad de

[140] Anexo III del *Programa de trabajo de la Comisión para 2018* presentado el 24 octubre 2017, p. 3.

[141] Como constatan, igualmente, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: "Entrega anticipada y de cantidad inexacta en la propuesta de reglamento sobre normativa común en materia de compraventa europea", en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (coords. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Consejo General del Notariado-Dykinson-Registradores de España, Madrid, 2013, pp. 725-726; y ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL", cit., p. 228.

Copenhague[142]. Formado por juristas de los distintos países miembros de la Unión Europea, ha centrado sus esfuerzos en la creación de unos principios o reglas comunes de Derecho privado que pudiesen servir de base para facilitar la armonización entre los sistemas jurídicos europeos e, incluso, a largo plazo de borrador de una parte del Código civil europeo.

En cuanto a la concreta metodología empleada, se acudió en primer lugar a la *praesumptio similitudinis*, lo que implica la búsqueda de las similitudes existentes entre los Ordenamientos jurídicos de los países de la UE (el núcleo común del "Derecho de los contratos"), no de las diferencias. Una vez encontradas las similitudes, la Comisión LANDO realizó una *aproximación funcional*, en el sentido de redactar las reglas en función a las soluciones que ofrecen a los problemas.

Hasta su disolución en 2001 -año en que cumplió su cometido-, La Comisión ha trabajado a través de tres comisiones cronológicamente sucesivas[143], cuyo fruto son los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* (PECL, en sus siglas en ingles) que constituyen un texto único, aunque se han publicado en tres partes, una por cada comisión. El resultado final se presenta como un texto articulado, integrado por reglas distribuidas en 17 capítulos que, a su vez, se dividen en 200 artículos[144]. Cada artículo va acompañado de un comentario o interpretación del mismo y una nota de Derecho comparado. En concreto, en las dos primeras partes de los PECL se abordan una serie de reglas generales dirigidas a delimitar el ámbito de los principios, los deberes generales en materia contractual y una serie de nociones legales (capítulo 1º), la conclusión de los contratos (capítulo 2º), la representación directa e indirecta (capítulo 3º), la validez e invalidez (capítulo 4º), la interpretación (capítulo 5º), el contenido y efectos del contrato (capítulo 7º), el incumplimiento contractual (capítulo 8º) y los medios de tutela frente a éste (capítulo 9º). La parte III y última se ocupa fundamentalmente de la pluralidad de partes, la cesión de créditos, la asunción de deudas, la compensación y la prescripción.

B) El Study Group on a European Civil Code.

El *Study Group on a European Civil Code* constituye en la actualidad uno de los grupos de trabajo más destacados en el proceso de unificación del Derecho privado europeo, no sólo por lo relevante de sus miembros, sino por el protagonismo que ha tenido en la elaboración del DCFR, según se ha apuntado[145]. Fue fundado en 1999

[142] Para profundizar en el tema vid. MARTÍNEZ SANZ, F.: "Principios de Derecho Europeo de los contratos (Comisión Lando)", en AA.VV., *Derecho privado europeo,* cit., pp. 199-204; y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso,* cit., pp. 89-146.

[143] De las que han formado parte los siguientes profesores de Universidades españolas: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (de la primera), SALVADOR CODERCH, P. (de la segunda) y MARTÍNEZ SANZ, F. (de la tercera).

[144] Consultar.

[145] Un examen más detallado en ROCA TRÍAS, E.: "El *Study Group on a European Civil Code*", en AA.VV., *Derecho privado europeo,* cit., pp. 199-204; y P. PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso,* cit., pp. 162-167.

en la Universidad de Osnäbruk (Hamburgo) por el Prof. VON BAR, presidente del grupo, y se encuentra formado por un amplio número de destacados académicos nacionales de los diversos países de la Unión Europea[146]. Tanto por sus miembros integrantes como por su metodología y finalidad el *Study Group* puede considerarse el continuador de la Comisión LANDO, si bien con un carácter más ambicioso en cuanto a las materias estudiadas, ya que no se limita al estudio de la teoría general del contrato, sino que también aborda el análisis de cuestiones tales como los contratos en particular, la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios ajenos, las garantías del crédito o la transferencia de la propiedad de bienes muebles. En cualquier caso, pese a la denominación escogida para denominar este grupo, su intención, al menos a corto plazo, no es la elaboración de un Código civil europeo, sino de unos principios comunes de Derecho patrimonial europeo.

La metodología empleada por el *Study Group* es, en principio, la misma que la empleada por la Comisión LANDO. Así, se recurre al método comparativo con el objeto de identificar los principios existentes en los diferentes sistemas jurídicos europeos, ahora bien no sólo los comunes sino también los discrepantes. No obstante, el *Study Group* ha ido más allá, recurriendo, asimismo, a las directivas de la UE, así como a textos internacionales tales como la Convención de Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías de 1980. Por lo demás, los documentos elaborados por los diferentes grupos de trabajo que lo integran[147] tienen la misma estructura interna, similar a los de los PECL; esto es, un texto articulado con pretensión normativa, un comentario al texto articulado, acompañado, en su caso, de unos ejemplos prácticos que aclaran el significado práctico de las propuestas normativas más complejas, y unas notas de Derecho comparado.

Los trabajos del *Study Group* están viendo la luz desde la primera década de este siglo en una colección denominada *Principles of European Law* (PEL) a cargo de la *Oxford University Press*. De momento se han publicado diez volúmenes de PEL: en 2006 dos volúmenes, uno dedicado a los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución (PEL CAFDC) y otro a la gestión de negocios ajenos (PEL Ben.Int.); en 2007 dos volúmenes dedicados respectivamente a los contratos de servicios (PEL SC) y a los contratos de garantía personal (PEL SP); en 2008 dos volúmenes

[146] Entre los académicos provenientes de universidades españolas pueden mencionarse CARRASCO PERERA, A., PALAO MORENO, G., ROCA TRÍAS, E. y VAQUER ALOY, A.

[147] Los grupos de trabajo existentes en este momento son: el grupo de trabajo en contrato de compraventa, contratos de servicios y contratos de larga duración; el grupo de trabajo en obligaciones extracontractuales; el grupo de trabajo en *trusts,* el grupo de trabajo en garantías del crédito; el grupo de trabajo en transferencia de la propiedad mobiliaria, el grupo de trabajo en alquiler de bienes muebles, el grupo de trabajo en contratos gratuitos, el grupo de trabajo en contratos de préstamo y el grupo de trabajo en la redacción de unos principios en materia de Derecho europeo de seguros. Junto a estos grupos se han creado otros específicos encargados de proponer soluciones a cuestiones que afectan a todos los grupos; en particular, esta técnica de trabajo se ha utilizado para proponer la estructura de los Libros I a III de un futuro Código de Derecho contractual europeo y debatir sobre las nociones de consumidor y empresario (información extraída de la web del *Study Group)*.

dedicados respectivamente al contrato de compraventa (PEL S) y al arrendamiento de bienes muebles (PEL LG); en 2010 un volumen dedicado al enriquecimiento injusto (PEL Unj.Enr.); en 2011 un volumen sobre contratos transmisivos de la propiedad mobiliaria (PEL Acq.Own.), en 2013 un volumen sobre contrato de mandato (PEL MC) y en 2015 un volumen dedicado a los contratos de garantías mobiliaria (PEL Prop.Sec.)[148].

C) El European Research Group on Existing Community Private Law o Acquis Group.

El *European Research Group on Existing Community Private Law* o *Acquis Group* comparte la condición del *Study Group* de ser uno de los grupos más influyentes en el proceso de construcción de un Derecho privado europeo, en cuanto copartícipe en la elaboración del DCFR[149]. El *Acquis Group* constituye un reputado grupo de investigadores de diversas universidades europeas creado en 2002 en la Universidad de Bielefeld (Alemania) bajo la dirección del Prof. SCHULTE-NÖLKE[150], con el objetivo de elaborar unos *Principios sobre el Derecho Comunitario existente* (*Principles of Existing EC Private law*). Según revela su propia denominación se trataba de extraer del acervo comunitario unos principios que representasen sus conceptos esenciales, pero que, a la par, sirviesen como material de trabajo para la elaboración del Marco Común de Referencia, como, de hecho, así fue.

La principal singularidad del *Acquis Group* radica en la metodología empleada y sus fuentes. En concreto, en orden a la metodología sigue el *acquis approach* (aproximación comunitaria) y en cuanto a las fuentes recurre al acervo comunitario, en especial, a las directivas y la interpretación de que han sido objeto por el TJUE.

Los principales temas que han sido objeto de estudio por el *Acquis Group* han sido la formación del contrato, la conclusión del contrato, el derecho de desestimiento y los mecanismos de tutela frente al incumplimiento. Sus trabajos han visto la luz con la publicación de varios volúmenes de sus *Principles of the Existing EC Contract Law* o *Acquis Principles*[151].

D) La Academia de Privatistas Europeos o Grupo de Pavía.

La Academia de Privatistas Europeos o Grupo de Pavía tiene su origen en el grupo de trabajo creado en 1990 en el seno de la Universidad de Pavía por el Prof. GANDOLFI con el propósito de abordar el estudio de una codificación europea en

[148] Fuente.

[149] Según hace constar PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso,* cit., pp. 168-172.

[150] Entre los académicos provenientes de universidades españolas pueden mencionarse a ARROYO AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A.

[151] *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I: Pre-Contractual Obligations. Conclusion of Contract*, Sellier, Munich, 2007; y *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles. Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009.

materia de contratos[152]. Este Grupo, formado por juristas procedentes de todos los países de la UE e, incluso ajenos a la misma (Suiza), persigue como objetivo la redacción de un proyecto de Código europeo de contratos, en el sentido de Código de normas completas y no de principios[153].

Parte para ello de dos fuentes básicas: de una parte, el Libro IV del Código civil italiano de 1942, y de otra, el Proyecto de Código de contratos (*Contract Code*) elaborado en la década de los sesenta del pasado siglo, a petición de la *Oxford Law Commission,* por el Prof. MC. GREGOR. En cuanto a la concreta metodología empleada, destaca la elaboración de dos cuestionarios -uno en el que se confrontan las reglas del Cc italiano y las del *Contract Code*; y el otro, más dogmático- que se hacen llegar a todos los participantes del grupo, a fin de recoger sus proposiciones y observaciones para su posterior debate y redacción de los textos definitivos.

Sus trabajos dieron como primer fruto la publicación en 1999 del Libro I del *Anteproyecto de Código Europeo de contratos*, integrado por 173 artículos organizados en 11 títulos dedicados la teoría general del contrato, con la siguiente distribución: título I (disposiciones preliminares), título II (formación del contrato), título III (contenido del contrato), título IV (interpretación del contrato), título V (efectos del contrato), título VI (efectos del contrato), título VII (cumplimiento del contrato), título VIII (incumplimiento del contrato), título IX (cesión del contrato y de las relaciones que nacen con él), título X (extinción del contrato y de las relaciones que nacen con él), título XI (otras anomalías y remedios del contrato)[154].

A posteriori, los integrantes del Grupo de Pavía han centrado sus esfuerzos en la elaboración del Libro II bajo el título "De los contratos en particular y de las obligaciones extracontractuales". De este modo, en 2006 ha visto la luz el título I relativo a la compraventa, donde se recogen una serie de disposiciones generales sobre dicho contrato (capítulo 1º) y se regula específicamente la compraventa de bienes muebles (capítulo 2º), así como una serie de tipos particulares como son la compraventa con reserva de agrado, a prueba y sobre muestras, la compraventa con reserva de dominio y la compraventa con pacto en exclusiva (capítulo 3º)[155], renunciándose, sin embargo, a abordar de momento la compraventa inmobiliaria, habida cuenta de los diferentes criterios que rigen en los países de la Unión Europea

[152] Para profundizar en el tema vid. GARCÍA CANTERO, G.: "El Anteproyecto de Código europeo de contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía"), en AA.VV.: *Derecho privado europeo,* cit., pp. 205-215; y *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, pp. 9-46.

[153] Entre los académicos provenientes de universidades españolas pueden mencionarse a los Profs. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, J.L., GARCÍA CANTERO, G. y VATTIER FUENZALIDA, C.

[154] Manejo la traducción al castellano del Libro I elaborada por un equipo de profesores de las Universidades de Zaragoza -entre los que me incluyo-, La Rioja y La Laguna, bajo la dirección del Prof. GARCÍA CANTERO, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 44, 2002, pp. 299-396 con el título "La traducción española de la Parte general del Código europeo de contratos". Otra traducción a cargo de los Profs. DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO se puede consultar en la propia página de la Academia.

[155] Manejo la traducción al castellano del título I del Libro II a cargo del Prof. DE LOS MOZOS accesible en la propia página de la Academia.

en materia de transmisión de inmuebles[156]. Asimismo, puede darse noticia de la existencia de un borrador de título II dedicado los contratos de servicios, elaborado en fechas muy recientes[157].

E) El Núcleo Común del Derecho Privado Europeo o Proyecto de Trento.

El Núcleo Común del Derecho Privado Europeo, también conocido como Proyecto de Trento, fue constituido en 1995 en la Universidad de Trento bajo la dirección de los Profs. MATTEI y BUSSANI con el objetivo de confeccionar "una cartografía jurídica para desenterrar el núcleo común que puede existir entre los diversos sistemas legales de la Unión Europea"[158]. A diferencia de los otros grupos mencionados, no pretende codificar el Derecho privado europeo ni tampoco formular principios a modo de *soft law*, sino ofrecer un estudio comparativo de las analogías y divergencias existentes entre los diferentes Ordenamientos jurídicos nacionales, con la intención de generar una auténtica "cultura jurídica europea común" en materia de propiedad, contratos y responsabilidad civil extracontractual.

En orden a la metodología adoptada, destaca el empleo de la técnica consistente en la elaboración de una serie de cuestionarios en los que se plantean casos prácticos (aproximación fáctica) que deben contestar los expertos nacionales para comparar los resultados, teniendo en cuenta no sólo la ley nacional, sino también la doctrina y la jurisprudencia de cada Ordenamiento Jurídico europeo.

Los resultados de este grupo se publican en la *Cambridge University Press* en una colección titulada *Cambridge Studies in International and Comparative Law. The Common Core of European Private Law.* Desde 2000 a fecha de hoy han visto la luz dieciséis libros en materias tan diversas como la responsabilidad precontractual, el error, dolo y deber de información, los *trusts,* la responsabilidad medioambiental, los derechos de garantía en la propiedad mobiliaria, la protección de la propiedad inmobiliaria, la copropiedad, etc.

F) El European Group on Tort Law.

El Grupo Europeo de Derecho de la responsabilidad civil (*European Group on Tort Law*) fue fundado en 1992 en la Universidad de Tilburg (Países Bajos) por el Dr. SPIER, con el objeto de redactar unos *Principios sobre el Derecho europeo de daños*[159]. El

[156] Según puede leerse en GARCÍA CANTERO, G.: "Algunas notas sobre la compraventa en el Proyecto de Pavía", en AA.VV.: *Derecho de obligaciones y contratos en homenaje al Profesor Ignacio Serrano García*, coord. E. Muñiz Espada, La Ley-Wolters Kuwer, Madrid, 2016, pp. 477-481.

[157] Debo esta información a mi Maestro, el Prof. GARCÍA CANTERO, miembro del Grupo.

[158] De acuerdo con CÁMARA LAPUENTE, S.: "El Núcleo Común de Derecho privado europeo (Proyecto de Trento)", en AA.VV.: *Derecho privado Europeo*, coord. por el mismo autor, pp. 227-234; y PÉREZ VELÁZQUEZ, S.: *El proceso,* cit., pp. 157-61.

[159] De acuerdo con MARTÍN-CASALS, M. (miembro del grupo): "El *European Group on Tort Law* y la elaboración de unos *Principios europeos de la responsabilidad civil* (Grupo de Tilburg/Viena o

grupo lo componen numerosos juristas expertos en la materia de responsabilidad civil extracontractual, procedentes tanto de países de la UE como de terceros países ajenos, los cuales son además miembros del Centro Europeo del Derecho de Responsabilidad Civil y del Seguro fundado por el grupo en 1999, con sede en Viena y dirigido por el Dr. KOZIOL.

El método por la que ha optado el grupo es el comparativo. Así, cada uno de los concretos temas a tratar (tales como la culpa o negligencia, la antijuridicidad, la relación de causalidad o el daño) han sido objeto de un informe de Derecho comparado por un redactor encargado a tal efecto, en el que, tomando como base los informes de Derecho interno realizados previamente por miembros del grupo, se pretende identificar los puntos concordantes y discrepantes entre los diferentes sistemas nacionales. Una vez concluidos el informe de Derecho comparado y los informes de Derecho interno correspondientes a cada tema, se han ido publicando en la colección *Principles of European Tort Law*.

De la redacción propiamente de los Principios se ha encargado el Comité de Redacción compuesto por nueve miembros del grupo, tras la recepción de la propuesta de principios enviados por el redactor de cada uno de los informes de Derecho comparado. En lo que atañe a su aspecto formal, cada uno de los principios formulados consta de un texto articulado, un breve comentario y casos breves o ejemplos que sirven para esclarecer el funcionamiento práctico de aquellas reglas más complejas o novedosas.

La versión oficial de los Principios fue presentada en Viena en 2005, con un total de 36 artículos divididos en seis títulos, capítulos y secciones. El título I contiene, a modo de introducción, la norma fundamental de la responsabilidad. El título II se dedica a los presupuestos generales de la responsabilidad (el daño y la relación de causalidad). El título III, bajo la rúbrica "Fundamento de la responsabilidad", trata de la responsabilidad por culpa, la responsabilidad objetiva y la denominada "responsabilidad por otros". El título IV se refiere a las causas de exoneración en general y a la llamada "conducta o actividad concurrente". El título V trata los supuestos de pluralidad de causantes del daño. Y el título VI y último se ocupa de la indemnización[160].

G) La Comisión de Derecho de familia europeo.

La Comisión de Derecho de familia europeo (*Commission on European Family Law,* en adelante CEFL) fue creada en 2001 en la Universidad de Utrecht (Países Bajos) con el objetivo de armonizar el Derecho de familia europeo, a través de la formulación de unos principios que pretenden servir de inspiración a los distintos legisladores

Spier/Koziol", en AA.VV.: *Derecho privado Europeo*, cit., pp. 217-226; y "Una primera aproximación a los Principios europeos de la responsabilidad civil", *Indret,* núm. 284, 2005, pp. 1-25.

[160] Manejo la traducción al castellano de estos Principios a cargo del Prof. MARTÍN-CASALS publicada en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, 2005, pp. 221-234.

nacionales europeos en la redacción o reforma de sus normas internas de Derecho de familia[161]. Al igual que el Proyecto de Trento, la CEFL no pretende redactar un Código de familia europeo y ni siquiera formular unos principios en materia de Derecho de familia a modo de *soft law*, sino ofrecer un estudio comparativo de las analogías y divergencias existentes entre los diferentes Ordenamientos jurídicos europeos, al objeto de fijar, en la medida de lo posible, el núcleo común de las soluciones jurídicas actuales relativas a un determinado tema de Derecho de familia (el llamado método *common core*).

Para llevar a cabo este cometido, esta Comisión en primer lugar elige los ámbitos de Derecho de familia más adecuados para la armonización. El segundo paso consiste en la elaboración de un cuestionario para averiguar las semejanzas y diferencias entre los Derechos nacionales sobre el concreto tema objeto de investigación. En tercer lugar se procede a la elaboración de informes nacionales por los miembros del grupo en base al cuestionario, los cuales se divulgan fundamentalmente a través de la propia página web del grupo[162]. El cuarto y último paso consiste propiamente en la formulación de unos principios de Derecho europeo de familia relativos al concreto ámbito seleccionado. Cada principio consta de un texto articulado, un análisis de Derecho comparado de la concreta cuestión a la que se refiere el principio y un comentario. El proceso concluye con la publicación de los principios en edición impresa, así como a través de la página web de la CEFL[163].

A fecha de hoy, su trabajo se ha traducido en la elaboración de unos principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados (2004), unos principios sobre la responsabilidad parental (2007) y unos principios relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges (2013).

Los Principios de Derecho europeo de la familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados de 2004 se dividen en dos partes, dedicados respectivamente a cada uno de los temas enunciados. La Parte I, relativa al divorcio, se divide en tres capítulos. Tras enunciar en el capítulo 1º tres principios generales -sobre admisibilidad del divorcio, procedimiento y autoridad competente y formas de divorcio-, los capítulos 2º y 3º contemplan respectivamente dos formas de divorcio: el divorcio de mutuo acuerdo y el divorcio sin el consentimiento de uno de los esposos. La Parte II, relativa a las pensiones de alimentos entre los excónyuges, tras enunciar, igualmente, en su capítulo 1º dos principios generales atinentes a la relación entre pensión de alimentos y divorcio cualquiera que sea la forma de éste y la autosuficiencia (en el sentido de que cada cónyuge ha de satisfacer sus necesidades tras el divorcio), en sus capítulos 2º y 3º se ocupa respectivamente de las condiciones de atribución y de una serie de cuestiones específicas sobre la concurrencia de obligaciones alimenticias, el

[161] Sobre los orígenes, objetivos y método de trabajo puede consultarse más ampliamente BOELE-WOELKI, K.: "La Comisión", cit., pp. 46-56; y GONZÁLEZ BEILFFUS, C.: "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", *Revista Valenciana d' Estudis Autonòmics,* núm. 54, vol. 2º, 2010, pp. 80-86.

[162] Acceder.

[163] Acceder.

carácter temporal de la pensión, su extinción y el posible acuerdo sobre la misma. En total son 20 principios[164].

Los Principios de Derecho europeo de la familia sobre responsabilidad parental de 2007 se componen de ocho capítulos donde, tras la propia noción de la responsabilidad parental (capítulo 1º), se regulan los derechos de los hijos (capítulo 2º), los titulares de la responsabilidad parental -los padres y, subsidiariamente, terceros- (capítulo 3º), su ejercicio (capítulo 4º), su contenido (capítulo 5º), su extinción (capítulo 6º), su privación y recuperación (capítulo 7º), y el procedimiento a seguir en los conflictos atinentes a la misma (capítulo 8º). En total son 39 principios[165].

Los Principios de Derecho europeo de la familia relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges de 2013 se integran de tres capítulos donde se regulan los efectos generales del matrimonio (capítulo 1º), las capitulaciones matrimoniales (capítulo 2º) y, como regímenes económicos matrimoniales legales, el de participación en las ganancias y la comunidad de gananciales (capítulo 3º). En total son 58 principios[166].

IV. REFLEXIÓN FINAL.

No puede cerrarse este trabajo sin ofrecer algunas reflexiones personales sobre el fenómeno de *europeización* del Derecho civil.

La primera tiene con ver la escasa viabilidad, a mi entender, de un futuro Código civil europeo, ante la ausencia de atribución expresa de tal competencia por los tratados de la Unión Europea[167], pero también por la falta de una auténtica voluntad política de llevarla a cabo, según se desprende de los datos recogidos en los anteriores epígrafes[168]. Incluso podríamos cuestionarnos si tal instrumento sería respetuoso con la pluralidad de Derechos civiles españoles consagrada por el art.

164 Acceder.

165 Acceder .

166 Principios consultados en su versión en castellano.

167 Como advierte FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea", en AA.VV.: *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 21-23. No obstante lo anterior, resulta innegable que en los últimos tiempos existe un mayor empeño por parte de la Unión Europea en lograr una mayor convergencia en materia civil, como resulta del propio tenor del art. 81 TFUE en su redacción dada por el Tratado de Lisboa de 2007, según el cual "la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza *podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*" (la cursiva es nuestra).

168 Corrobora esta reflexión LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.: "El Derecho", cit., p. 106, cuando afirma que "el problema de la unificación de un Derecho privado europeo es un problema político y específicamente consistente en un poder político que legitime su aplicación". Por su parte, de "poco realista" lo calificaron en su momento ARROYO AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A.: "Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo", *La Ley*, núm. 2, 2002, pp. 1788-1795. Con más detalle este último autor aborda los principales escollos de un Código civil europeo en su trabajo "La vocación", cit., pp. 271-281, no por ello renunciando a exponer lo que considera ventajoso (pp. 269-271).

149.1.8ª CE 1978 y, por ende, con la competencia legislativa que detentan algunas Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil propio.

Ello no obsta a que considere recomendable la existencia de un régimen jurídico uniforme en materia de obligaciones y contratos, ya no sólo por motivos económicos vinculados a la necesaria eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, sino en aras de una mayor seguridad en las transacciones transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea[169]. Es más, creo que puede defenderse la conveniencia de que la Unión Europea retome su primigenia intención de elaborar un instrumento normativo global -o al menos, lo más extenso posible- sobre la materia, como se hizo constar en su momento en la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros[170]. Con todo, como planteaba dicha Resolución, dicho instrumento no parece que puede configurarse con carácter imperativo, sino meramente opcional, habida cuenta de las limitadas competencias de la Unión Europea al respecto[171]. De este modo, las partes escogerían tal Derecho contractual europeo sólo cuando éste se correspondiera mejor con sus exigencias económicas y jurídicas que el Derecho nacional que las normas conflictuales estableciesen en cada caso como aplicable. Asimismo, considero fundamental el avance por parte de la Unión en la elaboración de un marco común de medidas contra la insolvencia, al objeto de dotar de una verdadera segunda oportunidad al deudor insolvente -ya sea empresario o consumidor- y, por añadidura, de contribuir a eliminar los obstáculos en las inversiones transfronterizas en la Unión Europea[172]. En este sentido, puede darse ya noticia de la existencia de una Propuesta de Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, publicada en noviembre de 2016.

Más compleja me parece una unificación global en el ámbito de los derechos reales, por la complejidad intrínseca que conlleva, ligada, entre otras cuestiones, al difícil cotejo entre los derechos reales existentes en los Derechos nacionales, a los muy diversos sistemas de adquisición y transmisión de los derechos reales que rigen en los países de la Unión Europea y las importantes divergencias existentes en materia de publicidad registral. De hecho, por lo que atañe específicamente al derecho de

[169] Sobre la virtualidad de un eventual instrumento contractual europeo puede consultarse, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, S.: "El hipotético Código civil europeo: ¿por qué, cómo y cuándo?, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 2002, vol. 1, pp. 347 ss.: y REDING, V.: "Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional", trad. de Aguilera Ruell, A. y Azagra Malo A., *InDret,* núm. 2, 2011, pp. 1-8.

[170] Vid. en el mismo sentido FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El Derecho", cit., p. 22, en cuanto propugna un Código europeo de contratos de carácter sectorial.

[171] Sobre este particular me remito a la ponencia de SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea*, presentada a las XII Jornadas de Derecho catalán de Tossa, Tossa de Mar (Gerona), 2002.

[172] Comparto en este punto las palabras de CUENA CASAS, M.: "Hacia un régimen de insolvencia personal europeo: en la UE se prepara una Ley de segunda oportunidad", *Blog Hay Derecho*, 26 de abril de 2016.

propiedad, la propia Unión Europea parece haber renunciado a la unificación de su régimen jurídico, según resulta de la propia dicción del art. 345 TFUE: "los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de propiedad de los estados miembros". Con todo, me permito apuntar las posibles ventajas de adoptar un sistema de garantía real única -con dos modalidades, mobiliaria y inmobiliaria-, quizá como instrumento opcional, al objeto de poner fin a los importantes problemas transfronterizos derivados de la gran heterogeneidad de que adolecen sobre el particular los Derechos nacionales de los países miembros[173].

Asimismo, tengo mis serias dudas de que el Derecho de familia y sucesiones pueda llegar a ser armonizado y menos aún uniformado, ya no sólo a causa de la cuestionable competencia de la UE sobre el particular[174], sino, sobre todo, por la estrecha vinculación de estas sectores del Derecho civil al acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que rigen[175]. Esto se debe a que no son meras normas de carácter positivo, si no que afectan el aspecto más personal del ser humano. De este modo, según el momento y sociedad en el que se encuentre la persona, su familia y sus relaciones derivadas de la misma variarán. Todo ello vinculado a los principios constitucionales que rigen en cada Estado. En conclusión, no se puede hablar de un mismo Derecho de familia y sucesiones. Hay tantos casi como países, y aunque estos pertenezcan en teoría a un mismo acervo cultural y social, como puede ser la Unión Europea, sus regulaciones sobre la materia son diversas, porque sus nociones de familia y de las relaciones que la sustentan son muy diferentes. Si a esto se une la reciente y rápida evolución de las principales instituciones del Derecho de familia, se llega fácilmente a la conclusión de la multitud de matices que el Derecho de familia y sucesiones adquiere en cada Ordenamiento nacional. Es más, cabría cuestionarse si una unificación de esta materia sería respetuosa con la identidad nacional de los Estados miembros a que se refiere el art. 6.3 TUE. Nos encontramos así, en palabras de GARCÍA CANTERO, ante el "núcleo duro de materias civiles refractarias a toda unificación"[176].

Finalmente, no considero especialmente acuciante en el momento presente la elaboración de un Derecho europeo de la persona, que vaya más allá de los esfuerzos armonizadores llevados a cabo por la Unión Europea en ciertos ámbitos del mismo como la protección de datos o la maternidad subrogada, o de la configuración de un sistema europeo de derechos fundamentales debidamente

[173] Como apuntan DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Derechos de", cit., pp. 981-982; y M.E. SÁNCHEZ JORDÁN: "Garantías sobre", cit., p. 1004.

[174] Argumento esgrimido, asimismo, por VAQUER ALOY, A.: "La vocación", cit., p. 280.

[175] Comparto así la opinión de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "¿Un Codice civile?", cit., p. 60; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2001., p. 171; y OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Proyecto de investigación,* cit., pp. 165-166. Se muestran, sin embargo, más optimistas con una futura unificación de esta parte del Derecho civil GARCÍA CANTERO, G.: "¿Derecho de?", cit., pp. 1182-1183; CÁMARA LAPUENTE, S.: "El hipotético Código", cit., p. 355, y "¿Derecho europeo?", cit., pp. 1229-1232; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "La unificación", cit., p. 237.

[176] GARCÍA CANTERO, G.: "¿Derecho de familia?", cit., p. 1175.

integrado y coordinado, por lo demás, todavía abierto tras el veto del TJUE a la adhesión de la UE al CEDH (Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Derecho Privado Europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003.

AA.VV.: *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos* (eds. A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Atelier, Barcelona, 2015.

AA.VV.: *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (dir. M. PEREÑA VICENTE y P. DELGADO MARTÍN, coord. M. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

AGUDO ZAMORA, M.: "La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", *RDCE*, núm. 4, 2005, pp. 373-427.

ALONSO GARCÍA, R.: "Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014", *Papeles de Derecho europeo e integración regional,* núm. 26, 2015, pp. 1-29.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "El Reglamento 650/2012, Sobre Sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos", *RDC*, núm. 4, vol. 2, 2015, pp. 7-28.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "¿Es el CESL legislación inteligente", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 201-228.

BOELE-WOELKI, K.: "La Comisión de Derecho de familia europeo: La redacción de los principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa, 21 y 24 de septembre de 2004* (coord. Área de Derecho civil), Universidad de Gerona, Documenta Universitaria, Gerona, 2005, pp. 39-62.

BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, trad. de S. Álvarez González et al., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

BORRÁS, A.: "¿Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?", *RJC*, núm. 4, 2010, pp. 995-1020.

- "Novedades en el Derecho internacional privado de la familia", en AA.VV.: *El Derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y jurisprudenciales: Libro Homenaje a E. Roca Trías* (dir. D. VÁZQUEZ ALBERT), Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona-Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 49-66.

CALVO CARAVACA: "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 21, 2003, pp. 49-69.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "El hipotético Código civil europeo: ¿por qué, cómo y cuándo?, en AA.VV.: E*studios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo* (coord. A. CABANILLAS SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 2002, vol. 1, pp. 347-380.

CÁMARA VILLAR, G.: "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", *RDCE*, núm. 4, 2005, pp. 9-42.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: "¿Hacia un Derecho contractual europeo?", *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 43-65.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: "La política legislativa de la UE en DIPR. de familia. Una valoración de conjunto", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 234-264.

CARRASCO PERERA, Á: "Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de intereses por cláusulas suelo y el problema de la cosa juzgada", *Publicaciones jurídicas CESCO*, enero 2017, pp. 1-6.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012,* Comares, Granada, 2014.

CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 324-352.

CHUECA SANCHO, Á.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.

CORDÓN MORENO, F.: "Cuestiones sobre el Real Decreto-Ley de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo", *Publicaciones jurídicas CESCO*, enero 2017

DEBET, A.*: Influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil,* Dalloz, Paris, 2002.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Integración europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 2, 1997, pp. 413-445.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "¿Un Codice civile europeo?", en AA.VV.: *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo* (dtores. G. ALPA y E.N. BUCCINO), Giuffrè, Milano, 2002, pp. 59-70.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Optando por la normativa común de compraventa europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2012, pp. 1-21.

FERNÁNDEZ ROZAS, C.: "El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea", en AA.VV., *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157-192.

FREIXES SANJUAN, T.: "Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", *RDCE,* núm. 4, 2005, pp. 43-86.

GALICIA AIZPURUA, G.: "El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del Ordenamiento civil español", *AJI*, núm. 3, 2015, pp. 523-542.

GARCÍA CANTERO, G.: "El Anteproyecto de Código europeo de contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía"), en AA.VV., *Derecho privado europeo,* cit., pp. 205-215; y *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010.

GARCÍA CANTERO, G.: "Algunas notas sobre la compraventa en el Proyecto de Pavía", en AA.VV.: *Derecho de obligaciones y contratos en homenaje al Profesor Ignacio Serrano García*, coord. E. MUÑIZ ESPADA, La Ley-Wolters Kuwer, Madrid, 2016, pp. 466-487.

GARCÍA CANTERO, G. et al.: "La traducción española de la Parte general del Código europeo de contratos", *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 44, 2002, pp. 299-396.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. et al.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1983,

GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA, J.M.: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea", *Revista de Castilla y León,* núm. 3, 2004, pp. 13-48.

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *Indret,* núm. 1, 2012, pp. 1-27.

GONZÁLEZ BEILFFUS, C.: "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", *Revista Valenciana d' Estudis Autonòmics,* núm. 54, vol. 2º, 2010, pp. 79-92.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "La unificación del Derecho de familia europeo: ¿Quimera o realidad?", *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014, pp. 235-286.

GUINOT SEGARRA, I.: "Informe sobre la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos", *Cuestiones de interés jurídico IDIBE*, diciembre 2016, pp. 1-18.

LLODRÁ GRIMALT, F.: *La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?*, comunicación presentada a las *XIII Jornadas de Derecho catalán de Tossa*, Tossa de Mar (Gerona), 2004.

LÓPEZ GUERRA, L.: "El sistema europeo de protección de derechos humanos", en AA.VV.: *Protección multinivel de derechos humanos* (coords. G.R. BANDEIRA RODRIGO, R. URUEÑA y A. TORRES PÉREZ), Red de Derechos Humanos y Educación Superior (S.L.), 2013.

LÓPEZ Y LÓPEZ, M.: *El Derecho civil entre tradición histórica y constitución política*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

LUDEÑA BENÍTEZ, O.D.: "El Derecho de familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 32, 2014, pp. 1-44.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

MARTÍN-CASALS, M.: "Una primera aproximación a *Principios europeos de la responsabilidad civil", Indret,* núm. 284, 2005, pp. 1-25.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece la pena todavía la adhesión al CEDH?", *RDCE,* núm. 52, 2015, pp. 825-869.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Proyecto de investigación Hacia un Derecho civil uniforme, presentado para el concurso de acceso a la plaza de Profesor Titular*, inédito, 2007.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil europeo?", *AC*, núm. 36, 2002, pp. 1163-1176.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *El proceso de modernización del Derecho contractual europeo,* Dykinson, Madrid, 2014, pp. 47-88.

QUINZÁ REDONDO, P. y G. CHRISTANDL, G.: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al Ordenamiento jurídico español", *Indret,* núm. 3, 2013, pp. 1-27.

REDING, V.: "Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional", trad. de A. Aguilera Ruell y A. Azagra Malo, *InDret,* núm. 2, 2011, pp. 1-8.

REINER SCHULZE, R.: "Nuevos rasgos del Derecho privado europeo", *RDP* (monográfico dedicado a 100 años de la Revista de Derecho Privado 1913-2013), 2014, pp. 139-166.

RENTERÍA AROZENA, A.: "La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y el Reglamento UE 650/2012, de 4 de julio: los conflictos de leyes y el certificado sucesorio", en AA.VV.: *El Derecho civil vasco del siglo XXI: De la ley de 2015 a sus desarrollos futuros,* Parlamento Vasco-Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, Vitoria, 2016, pp. 187-236.

RENUCCI, J.F.: *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J, París, 2012.

RODRÍGUEZ-URÍA SUAREZ, I.: "La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012", *Indret,* núm. 2, 2013, pp. 1-58.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea*, presentada a las XII Jornadas de Derecho catalán de Tossa, Tossa de Mar (Gerona), 2002.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2011, pp. 35-61.

SIMÓN MORENO, H.: *La armonización de los derechos reales en Europa*, tesis doctoral defendida en la Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 2010.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "La propuesta de normativa común de compraventa (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea lastrada por la protección del consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 1, 2013

VAQUER ALOY, A.: *Estudios de Derecho privado*, Olejnik, Chile, 2016.

VAQUER ALOY, A y ARROYO AMAYUELAS, E.: "Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo", *La Ley*, núm. 2, 2 002, pp. 1788-1795.

DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

1. Derecho privado de la Unión Europea

A) Textos aprobados.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, DOCE C 364/6, de 18 diciembre 2000.

Directiva 85/374/CE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, DOCE *L 210, de 7 agosto 1985.*

Directiva 91/250/CE de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador, DOCE L 122, de 17 mayo 1991.

Directiva 92/49/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, DOCE L 228, de 11 agosto 1992.

Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DOCE L095, de 21 abril 1993.

Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, DOCE L 281, 23 noviembre 1995.

Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, DOCE L 24, de 30 enero 1998.

Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DOCE L 171, de 7 julio 1977.

Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DOCE *L 178, de 17 julio 2000.*

Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DOCE L 180, de 19 julio 2000.*

Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE L 303, de 2 diciembre 2000.

Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DOCE L 167, de 22 junio 2001.

Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre de 2001, sobre seguridad de los productos, DOCE L 11 de 15 enero 2002.

Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, DOCE L 168, de 27 junio 2002.

Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, DOCE L 201, de 31 julio 2002.

Directiva ***2002/65/CE,*** *de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, DOCE L 271 de 9 octubre 2002**.**

Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales DOUE L 143, de 30 abril 2004.

Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DOUE L 373/37, de 12 diciembre 2004.

Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, DOUE L 133, de 22 mayo 2008.

Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, DOUE L 33/10, de 3 febrero 2009.

Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE L 335/1, de 17 diciembre 2012.

Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, DOUE L 48/1, de 23 febrero 2011.

Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, DOUE L 110/1, de 29 abril 2011.

Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, DOUE L 304/64, de 22 noviembre 2011.

Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, DOUE L 60/34, de 28 febrero 2014.

Directiva 2014/60/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, DOUE *L 159, de 28 mayo 2014.*

Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes combinados, DOUE L 326/1, de 11 diciembre 2015.

Directiva 2016/97/UE, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros, DOUE L 26/19, de 2 febrero 2016.

Directiva 2016/680/UE, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, DOUE L 119, de 4 mayo 2016.

Directiva (UE) 2017, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, DOUE L 169/46, de 30 junio 2017.

Directiva 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017, sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines n favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DOUE L242/6, de 20 septiembre 2017.

Reglamento (CEE) 2137/85, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de interés económico, DOCE *L 199, de 31 julio 1985.*

Reglamento (CE) 2027/1997, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, DOCE L 285, de 17 octubre 1997.

Reglamento (CE) 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de esos datos, DOCE L 008, de 12 enero 2001.

Reglamento (CE) 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, DOCE L 294, de 10 noviembre 2001.

Reglamento (CE) 889/2002, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, DOCE L 140, de 30 mayo 2002.

Reglamento (CE) 1435/2003, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, DOCE L 207, de 18 agosto 2003.

Reglamento (CE) 2001/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, DOCE *L 338, de 23 diciembre 2003*.

Reglamento (CE) 785/2004 Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos, DOCE L 138, de 30 abril 2004.

Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DOCE L 199/40, de 31 julio 2007.

Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE L 177/6, de 4 julio 2008.

Reglamento (CE) 4/2009, de 8 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOCE L 7, de 10 enero 2009.

Reglamento (CE) 392/2009, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, DOCE L 131724, de 28 mayo 2009.

Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 343/10, de 29 diciembre 2010.

Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201/107, de 27 diciembre 2012.

Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351/1, de 20 diciembre 2012.

Reglamento (UE) nº 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, DOUE L 257/ 73, de 27 agosto 2014.

Reglamento (UE) 848/2015, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DOUE L 141/19, de 5 junio 2015.

Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L 183/1, de 8 julio 2016.

Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L 183/3, de 8 julio 2016.

Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos), DOUE L 119/1, de 4 mayo 2016.

Reglamento (UE) 2017/1563, de 13 septiembre 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, DOUE L242/1, de 20 septiembre 2017.

Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos Conexos, DOCE C 340, de 10 noviembre 1997.

Tratado Constitutivo de la CE (versión consolidada), DOCE 325/33, de 24 diciembre 2002.

Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DOCE C 306, de 17 diciembre 2007.

Tratado de la Unión Europea (versión consolidada), DOUE C 83/13, de 30 marzo 2010.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada), DOUE C 83/13, de 30 marzo 2010.

B) Textos en fase de propuesta.

Propuesta de Directiva, de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Propuesta de Directiva, de 9 de abril de 2014, de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada.

Propuesta de Directiva, de 9 de diciembre de 2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.

Propuesta de Directiva, de 14 de septiembre de 2016, relativa a los derechos de autor en el Mercado Único Digital.

Propuesta de Directiva, de 12 de octubre de 2016, por la que se establece un Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

Propuesta de Directiva, de 22 de noviembre de 2016, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración.

Propuesta de Reglamento, de 25 de junio de 2008, relativa al Estatuto de la Sociedad Privada Europea de responsabilidad limitada.

Propuesta de Reglamento, de 14 de septiembre de 2016, por el que se establecen normas para el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea por parte de organismos de radiodifusión y a la retransmisión de programas de radio y televisión.

2. Derecho privado europeo: Iniciativas oficiales.

STUDY GROUP-ACQUIS GROUP: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private LawDraft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, 2009.

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001, sobre Derecho contractual europeo.

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, de 11 de octubre de 2004, sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, de 6 de mayo de 2015, sobre una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.

Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, DOUE L 105/109, de 27 abril 2010.

Libro Verde de la Comisión, de 19 de julio de 2005, sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea.

Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas.

Programa de Estocolmo 2010-2014 Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano del Consejo Europeo, DOUE C 115, de 4 de mayo de 2010.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea.

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros, DOCE C 158, de 26 junio 1989.

Resolución del Parlamento, de 6 de mayo de 1994, sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los estados miembros, DOCE C 205, de 25 julio 1994.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2000, sobre el Programa de Trabajo de la Comisión para el año, DOCE C 377, de 29 diciembre 2000.

Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, DOCE C 140 E, de 13 junio 2002.

Resolución del Consejo, de 14 de abril de 2003, sobre un Derecho contractual Europeo más coherente, *DOCE C 246, de 14 octubre 2003.*

Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de septiembre de 2003, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo titulada Un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de acción, DOCE C 76 E, de 25 marzo 2004.

Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de marzo de 2006, sobre el Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro, DOCE C 292 E, de 1 de diciembre de 2006.

Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2006, sobre el Derecho contractual europeo, DOCE 305 E, de 14 diciembre 2006.

Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2007, sobre el Derecho contractual europeo, DOUE C 323 E, de 18 de diciembre de 2008.

Resolución el Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo, DOCE C 295 E, de 4 de diciembre de 2009.

Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, DOUE C 380 E, de 11 diciembre de 2011.

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto.

3. Convenios internacionales ratificados por España.

Convención de Naciones Unidas, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Instrumento de ratificación por España dado el 17 de julio de 1990), BOE núm. 26, de 30 enero 1991.

Convenio del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (instrumento de ratificación por España dado el 26 de septiembre de 1979), BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Convenio del Consejo de Europa, de 25 de enero de 1996, *sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Instrumento de ratificación por España dado el 11 de noviembre de 2014),* BOE núm. 45, de 21 febrero 2015.

Convenio del Consejo de Europa, de 25 de octubre de 2007, *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Instrumento de ratificación por España dado el 22 de julio de 2010),* BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

Convenio del Consejo de Europa, de 27 noviembre 2008, *en materia de adopción de menores (Instrumento de ratificación por España dado el 16 de julio de 2010),* BOE, núm. 167, de 13 julio 2011.