ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación: Elias On

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

9

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

01/ Gestación subrogada y dignidad de la mujer. María Dolores Cervilla Garzón... 10

02/ Tratamiento jurídico de una enfermedad social. Los trastornos de la conducta alimentaria (TCA). Purificación Cremades García. 44

B) DERECHO DE FAMILIA

03/ Il danno da perdita del rapporto parentale nella giurisprudenza italiana. Angelo Viglianisi Ferraro. 86

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

04/ Contratos usurarios: perspectiva jurisprudencial actual. Elsa Sabater Bayle. .. 106

D) PROPIEDAD INTELECTUAL

05/ Las obras musicales en las radios universitarias. Cristina López Sánchez.... 136

E) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

06/ Garantías legales del concepto de privacidad: entre el derecho al olvido y el Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos. Marina Sancho López 176

F) DERECHO Y BIOTÉTICA

07/ Modulação gênica em embriões humanos. Graziella Trindade Clemente.... 202

G) DERECHO Y LITERATURA

08/ Derecho y conciencia en Antígona: una respuesta atemporal a los conflictos de familia. Sandra Adams y Juan Alfredo Obarrio Moreno..... 224

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

09/ Evolución de la normativa de la investigación biomédica en España. Mar Aranda Jurado. 254

10/ Cuestiones varias en torno a la determinación de la filiación por doble paternidad. Ana Isabel Berrocal Lanzarot 276

11/ Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio. Luis de las Heras Vives. 310

12/ Gestación por sustitución: Desafíos jurídicos y éticos. Pilar María Estellés Peralta.... 330

13/ Filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida: bebés medicamento. Inmaculada García Presas. 358

14/ La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales. Gonzalo Muñoz Rodrigo..... 376

15/ La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo. Nuria Martínez Sanchis. 402

16/ Guardia y custodia compartida impuesta. Beatriz Morera Villar. 418

17/ Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación "post mortem". Francisca Ramón Fernández..... 438

18/ La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada. Eduardo Enrique Taléns Visconti. 454

19/ Derecho de los hijos nacidos por reproducción asistida a conocer la identidad de sus padres biológicos: breves reflexiones y propuestas. Pablo Tortajada Chardí..... 472

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

20/ La prohibición de la tortura: condenas del TEDH al Estado español por la violación del artículo 3 del CEDH en su vertiente procesal. Yolanda Gandía Mira..... 488

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

21/ El TEDH y la contaminación acústica: comentario a la STEDH sobre el caso Cuenca Zarzoso c. España. Jorge Antonio Climent Gallart..... 526

PANORAMA

22/ La pena de trabajos forzados en los códigos penales decimonónicos. Iris Barceló Ferre. 538

23/ Las técnicas de reproducción asistida en la jurisprudencia y en el cine de los Oscar. Mª José Salar Sotillos..... 586

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 Do
ctor 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 Doménech
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

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. 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

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 Titular 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
Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

DOCTRINA

GESTACIÓN SUBROGADA Y DIGNIDAD DE LA MUJER

SUBROGATE GESTATION AND DIGNITY OF WOMEN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 10-43

Dra. María Dolores CERVILLA GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La situación de la gestación subrogada en España demanda una actuación por parte de nuestros legisladores y/o de nuestros poderes públicos. El motivo es que no se está respetando el marco normativo actual en el que existe una clara prohibición del contrato de maternidad subrogada. En este trabajo se realiza un análisis de la situación en España y en otros países, para concluir desde el derecho a la dignidad de la mujer, que posibles actuaciones pudieran tomarse para adecuar la realidad al Derecho.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución, dignidad de la mujer, filiación.

ABSTRACT: *The situation of the surrogate pregnancy in Spain demands action by our legislators and / or our public authorities. The reason is that the current legal system in which there is a ban of the surrogacy contract is not being attended. In this issue an analysis of the situation in Spain and in other countries is made, to conclude from the right to the dignity of women, that possible actions could be taken to adapt the reality to the legal system.*

KEY WORDS: *Surrogate pregnancy, the right to the dignity of women, filiation.*

SUMARIO.- I. LA GESTACIÓN SUBROGADA: ¿UNA OPCIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA? II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: CALIFORNIA Y PORTUGAL.- 1. Gestación subrogada en el Estado de California.- A) El régimen jurídico diseñado a partir de los "cases law".- B) Los artículos 7890, 7891 y 7892 del Código de Familia de California.- 2. La regulación de la gestación subrogada en Portugal: la Ley nº 25/2016 de 22 de agosto tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 abril de 2018.- III. LA "SURREALISTA" SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: DE LA PROHIBICIÓN A LA INSCRIPCIÓN.- 1. La prohibición: El caso de la pareja valenciana que propició las únicas sentencias sobre la materia del Tribunal Supremo.- 2. La inscripción: La Instrucción de la DGRN 2010 y la inexistencia de ningún pronunciamiento judicial al respecto.- 3. La gestación subrogada en los Tribunales Europeos.- 4. La situación actual de no Derecho y cómo salir de ella.- IV. CONCLUSIÓN: LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE, ÚNICO LÍMITE CONSTITUCIONAL.

I. LA GESTACIÓN SUBROGADA: ¿UNA OPCIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA?

Mucho se ha escrito de la gestación subrogada[1], pues no en vano es un tema de creciente actualidad que ocupa (porque no creo que "preocupe") a los juristas y a los ciudadanos. En este contexto, no es una sorpresa que se suscite el debate. Máxime cuando en 1988, año de publicación de la primera Ley de Reproducción Asistida (a partir de ahora LRA), el legislador optó por desvincular la filiación del hecho biológico de la concepción, y lo conectó al consentimiento del varón, y,

1 Sin pretender ser exhaustiva, me gustaría destacar algunos autores y trabajos, referentes, a mi juicio en la materia. Lamm, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler,* Ed. Universidad de Barcelona, 2013, "Gestación por sustitución: realidad y Derecho, *InDret,* nº 3, 2012, pp. 1-49, "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del TEDH y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho,* nº 37, pp. 149-170; De Verda y Beamonte, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 4, febrero 2016, pp. 349-357; Corral García, E.: "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013 y "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero 2014", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 744, pp. 1910-1923; Vela Sánchez, A.J.: "Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho de familia,* nº 53, pp. 63-86, "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de familia", *Diario La Ley,* nº 8055, 2013, "¿En serio? Yo alucino con el Comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", en *Diario La Ley,* nº 9035, 2017, pp. 1 y ss; Lasarte Álvarez, C.: "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho vía reglamentaria", *Diario La Ley*, nº 7777, 2012; Roncesvalles Barber C.: "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *RCDI,* nº 739, pp. 2905-2950.

• María Dolores Cervilla Garzón
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, dolores.cervilla@uca.es

posteriormente, al de una de las mujeres, se quedó sin argumentos para impedir, en su día, ir más allá de lo estrictamente regulado[2].

Se discutió, entonces, si existía un derecho a procrear en nuestra Constitución que justificara la aprobación de la LRA en 1988 y poder afirmar que el legislador actuaba a "impulso constitucional". Esta perspectiva es, sin duda, la más cómoda para abordar el tema, pues si es la Constitución la que "impone", el legislador queda respaldado y no tiene por qué argumentar ante los ciudadanos (potenciales electores) una opción cuestionada por sectores más conservadores y aplaudida por otros más progresistas. En otras palabras, más coloquiales, pero no por ello menos expresivas, se trataba de "echarle la culpa a la Constitución", de manera que fuera la Carta Magna la última culpable-responsable de una Ley que nunca fue del gusto de todos.

Pero, por más vueltas que quisiera darse al texto constitucional, por más forzada que fuera su lectura, no hubo forma de ubicar un derecho a ser padres que sirviera de sustento a la elección del legislador y que, de forma unánime, fuera así reconocido por la doctrina científica[3]. Es verdad que existe todo un argumentario para sustentar esta tesis, aunque, a mi juicio, ninguna presenta una solvencia que permita mantener esta afirmación[4].

Ahora bien, el hecho de que la normativa actual no obedezca a una exigencia constitucional no quiere en modo alguno significar que no se acomode a los límites establecidos en la Carta Magna. En este sentido, la LRA fue objeto de recurso de inconstitucionalidad que resolvió, en su día, el Tribunal Constitucional de forma favorable a la constitucionalidad de la ley[5].

Está claro, pues, que la actual normativa sobre reproducción asistida, fruto de la voluntad del legislador, se adecúa a los parámetros constitucionales; incluida la prohibición de gestación subrogada del art. 10. No obstante, esta situación no tiene por qué permanecer inalterable, ya que el marco constitucional pudiera, quizás, admitir otra regulación distinta de la que, actualmente, se contiene en la LRA.

2 Esta forma de proceder se corresponde con una concepción anglosajona de la reproducción asistida sin relación alguna con el carácter terapéutico que impregna la concepción continental de la misma.

3 Por todos, Pantaleón Prieto, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 129 Núm. 15. Mayo-agosto 1993, pp. 129-160, concretamente pp. 129-135. Desde una perspectiva comparada, Mengual, A.: "La maternidad subrogada", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 6, 2016, pp. 231-251, concretamente pp. 243-244 niega, incluso, la existencia de tal derecho en Derecho internacional.

4 Sin embargo, algunas que defienden la existencia de tal derecho, como Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana,* Ed. Marcial Pons, 1994, pp. 41 y ss. o, más recientemente, Marrades Puig, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 2017, pp. 154-177, concretamente pp. 159-162.

5 STC 116/1999, de 17 junio (B.O.E. 8 julio 1999), comentada por Cámara Aguila, M.P.: "Sobre la constitucionalidad de la Ley de Reproducción Asistida", *Derecho Privado y Constitución*, nº 13 (1999), pp.117-148.

El objeto de este trabajo no es otro que analizar dicho marco y, en su caso, fijar hasta dónde pudiera llegar el legislador si, definitivamente, decide regular la gestación subrogada en España. Para ello, debemos tener presente la normativa fuera de nuestras fronteras (en la medida que los ciudadanos españoles, a fin de defraudar la ley nacional, acuden a ser padres por esta vía en los países en que es legal) así como la situación de "hecho" en España que, curiosamente, difiere sustancialmente de la que se deriva de la LRA.

II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: CALIFORNIA Y PORTUGAL.

En la opinión pública se encuentra presente la idea de que la gestación subrogada se encuentra admitida en muchos países del mundo occidental; pero dicha apreciación no se corresponde con la realidad. En verdad, no son muchos los países que la regulan, y, dentro de este grupo, un buen número de ellos lo hace con muchas restricciones, de manera que no puede afirmarse que España se encuentre en una situación muy diferente a la de los países de su entorno.

El hecho de traer al discurso la regulación propuesta en estos dos países (el Estado de California y Portugal) y no en otros, se justifica por representar dos modelos normativos diferentes, sobre los que pudiera oscilar una futura regulación de la materia. Dos modelos contrapuestos: uno con plena implementación y recorrido (California), otro que "empieza a andar" y que, parece, es el modelo al que tenderán, al menos en un principio, posibles regulaciones de países similares al nuestro (Portugal). Uno corresponde al modo de vida americano, otro al modo europeo-continental. En cada uno de ellos subyacen valores distintos, planteamientos diferentes de una misma realidad, pues son tributarios, el primero de la concepción anglosajona de la reproducción asistida (menos restrictivas y ligadas al deseo de ser padres), el segundo, de la concepción continental del fenómeno conectada con la finalidad terapéutica, y no meramente voluntaria.

1. Gestación subrogada en el Estado de California[6].

California es un destino muy demandado[7] por los españoles a la hora de acudir a la gestación subrogada para conseguir descendencia cuando las técnicas de reproducción asistida reguladas no son suficientes para ello; básicamente, los

6 Este apartado se ha redactado a partir del trabajo de Cabezudo Bajo, M.J.: "Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California", *Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanxada,* nº 46, enero-junio 2017, pp. 59-120; sus premisas y conclusiones han servido de sustento a las reflexiones vertidas en el texto principal. Asimismo, la traducción de los preceptos del Código de Familia de California y su interpretación han sido de gran ayuda para comprender el esquema normativo de la figura.

7 De hecho, la única sentencia del TS que se ha pronunciado sobre la gestación subrogada fue propiciada por una pareja de varones de Valencia que recurrió a la gestación subrogada en California para ser padres.

usuarios suelen ser parejas de varones o parejas heterosexuales en las que la mujer carece de útero o tiene cualquier problema médico que le impida poder gestar (también, claro está, la mujer sola en semejante estado de infertilidad o el varón que desee ser padre, aunque estos dos casos son menos solicitados)[8].

El motivo es doble: de un lado, la regulación es muy garantista con los derechos de los padres de intención lo que genera un clima de seguridad jurídica que no siempre se aprecia en otras legislaciones también permisivas; de otro, el hecho de que sea una resolución judicial la que determine la filiación del nacido, facilita la inscripción de la filiación del nacido en el Registro consular español a tenor del contenido de la Instrucción de la DGRN de 2010, a la que me referiré con más detenimiento en el epígrafe III de este trabajo.

El régimen jurídico que a continuación vamos a analizar es muy "avanzado", si por este calificativo entendemos que, desde la premisa de la prevalencia de la autonomía de la voluntad de la gestante y de los padres de intención, las normas que lo integran buscan fórmulas para garantizar su libertad (y, como no, sus deseos) cuando llevan a cabo el negocio jurídico en cuestión. Asimismo, considero que este será, sin duda, el modelo que finalmente se imponga en Europa, aunque para ello tengan que pasar todavía muchos años…

A) El régimen jurídico diseñado a partir de los "cases law".

Como suele suceder en el modelo estadounidense, donde la creación del Derecho se ubica en los órganos judiciales, el régimen jurídico de sus instituciones se origina en las resoluciones que estos emiten al resolver los conflictos que se suscitan en la sociedad. De ahí que sea del todo inevitable referirnos a los principales "cases law" donde residen los mimbres del actual régimen jurídico contenido en el Código de familia.

No fue en el Estado de California, sino en el de New Jersey donde tuvo lugar la primera sentencia sobre la validez de un contrato de gestación por sustitución, aunque, en este supuesto, y a pesar de que en primera instancia se falló a favor de los padres de intención, la Corte Suprema de New Jersey en sentencia de 3 de febrero 1988[9] consideró ineficaz el contrato por contravenir al orden público[10]. El motivo fundamental fue la vulneración de la normativa que prohibía el pago

8 Vaya por delante que California no es el único Estado de los EE.UU en los que se permite la gestación por sustitución, aunque sí es, sin duda, el que menos restricciones presenta y donde existen mayores garantías. No obstante, Nevada presenta un sistema similar al de California, aunque por ser más "joven" no tiene el efecto llamada del californiano para los extranjeros. Sobre la situación del tema en los EE.UU, vid. Rodríguez-Yong, C. A., y Ximena Martínez-Muñoz, K.: "El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, nº 2, diciembre 2012, pp. 1-15.

9 109 N.J. 396 (1988)5 37 A.2d 1227.

10 Sobre la sentencia vid. Silva-Ruiz, P.F.: "Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente", *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1503, 1988, pp. 3898-3937.

de cantidad alguna en las adopciones. Esta forma de proceder se justifica por la repugnancia que causa que los menores puedan ser objeto de contratos onerosos y que se encuentra presente, de una u otra forma, en las argumentaciones que propugnan la invalidez de los contratos de gestación por sustitución.

Pero sí es en California donde se produce el primer pronunciamiento en el que se declara la validez del contrato y se permite la determinación de la filiación a favor de los padres de intención. Es el caso Jhonson v. Calvert cuyo fallo acaeció el 20 de mayo 1993[11]; los postulados jurídicos en los que se fundamenta marcan un antes y un después en la materia. En este sentido, la Corte Suprema tuvo que dilucidar el conflicto que se ocasionó entre la gestante, que es la que ejercita la acción contra los padres de intención (en los que concurría la carácterística de ser, también, los padres biológicos) antes del nacimiento del niño, con la finalidad de ser declarada madre. Justifica su pretensión en la ineficacia del contrato que había suscrito con los padres de intención por contravención del orden público.

Carecía, en ese momento, el órgano judicial de norma alguna "ad hoc", y la que pudiera aplicarse, en su caso (la correspondiente a la normativa vigente sobre reproducción asistida) establecía que la condición de madre natural pudiera ser ostentada tanto por la gestante como por la biológica, pero que solo una de ellas podría tener tal estatus. Así planteado el pleito, la discusión versaba únicamente sobre la determinación de la filiación materna, ya que la paterna, como consecuencia de las pruebas biológicas practicadas, y habida cuenta que no se había recurrido por parte del donante, era clara (el padre de intención).

Lo primero que debe realizar el Tribunal es desvincular la maternidad subrogada de la compraventa de niños, ya que es en ese punto donde tiene lugar una vulneración del orden público (y que, en 1988, caso de Baby M., el Tribunal de New Jersey no fue capaz de realizar). Así, opta por calificar el contrato como un contrato de prestación de servicios, de manera que quedaba a salvo la posible infracción de la prohibición de pagar cantidad alguna en el proceso de adopción[12].

En segundo lugar, también se había afirmado como justificación para su inadmisibilidad que la gestación subrogada favorecía la explotación de las mujeres. En el caso juzgado no procede dicha alegación habida cuenta nivel económico

11 5 Cal 4th 84. 19 Cai.Rptr 2d 494; 851 P.2d 776 (1993).

12 "Gestational surrogacy differs in crucial respects from adoption and so is not subject to the adoption statutes. The parties voluntarily agreed to participate in in vitro fertilization and related medical procedures before the child was conceived; at the time when Anna entered into the contract, therefore, she was not vulnerable to financial inducements to part with her own expected offspring. As discussed above, Anna was not the genetic mother of the child. The payments to Anna under the contract were meant to compensate her for her services in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up 'parental' rights to the child. Payments were due both during the pregnancy and after the child's birth. We are, accordingly, unpersuaded that the contract used in this case violates the public policies embodied in Penal Code section 273 and the adoption statutes. For the same reasons, we conclude these contracts do not implicate the policies underlying the statutes governing termination of parental rights."

de la gestante[13]. Sin embargo, es interesante que se traiga al argumentario pues en Europa esta es, actualmente, la razón principal que lleva a los sectores más progresistas a inclinarse por rechazar la regulación de la gestación subrogada.

Salvados estos obstáculos, dos son los razonamientos en los que sustenta el Tribunal su fallo. En este sentido, el órgano jurisdiccional acude a un un test de intención[14], que pivota sobre postulados propios de la teoría general del contrato y de la responsabilidad civil por daños. A saber, se constata, sin dificultad, aplicando para ello la teoría de la causalidad de la responsabilidad por daños, que el niño no habría nacido sin los esfuerzos de los padres de intención. Es evidente que existía una incuestionable voluntad de las partes contratantes (gestante y padres de intención) cuando suscribieron el acuerdo, que lo convierte en obligatorio y vinculante conforme los parámetros propios de la teoría del contrato. Además de la intención manifiesta tras analizar las circunstancias concurrente de acuerdo con el test de intención mencionado, se acude por parte del órgano jurisdiccional a examinar los hechos desde la perspectiva del interés del menor que, en definitiva, es el que debe marcar las pautas de resolución en los pleitos que lo afecten. Así, el interés del menor justifica que el hijo concebido por gestación subrogada permanezca conviviendo con los padres de intención que son, en definitiva, los que lo desearon y los que hicieron todo lo posible por traerlo al mundo.

Aunque existe un pronunciamiento anterior (concretamente en 1994, caso In re Marriage of Moschetta)[15], las premisas sobre los que se sustenta el régimen

13 "Although common sense suggests that women of lesser means serve as surrogate mothers more often than do wealthy women, there has been no proof that surrogacy contracts exploit poor women to any greater degree than economic necessity in general exploits them by inducing them to accept lower-paid or otherwise undesirable employment. We are likewise unpersuaded by the claim that surrogacy will foster the attitude that children are mere commodities; no evidence is offered to support it. The limited data available seem to reflect an absence of significant adverse effects of surrogacy on all participants. fn. 12. The argument that a woman cannot knowingly and intelligently agree to gestate and deliver a baby for intending parents carries overtones of the reasoning that for centuries prevented women from attaining equal economic rights and professional status under the law. To resurrect this view is both to foreclose a personal and economic choice on the part of the surrogate mother, and to deny intending parents what may be their only means of procreating a child of their own genes. Certainly in the present case it cannot seriously be argued that Anna, a licensed vocational nurse who had done well in school and who had previously borne a child, lacked the intellectual wherewithal or life experience necessary to make an informed decision to enter into the surrogacy contract.

14 El test de intención relacionado en esta sentencia se ha convertido en un importante referente en la jurisprudencia californiana, sobre todo antes de que se incluyera el régimen jurídico del contrato de subrogación en el Código de Familia. En este sentido, Berys, F.: "Interpreting a rent-a-womb contract: how California Courts should proceed when gestational surrogacy arraagements go sour", *California Western Law Review,* volumen 42, nº 2, 2006, pp. 322-352, concretamente la cita es a la pp. 338-339.

15 25 Cal.App.4th 1218 (1994). Se cuestiona la filiación de un hijo, en la que la gestante aporta el material genético, y que cuando nace los padres de intención ya están separados. Aquí la Corte de Apelación se decanta por la maternidad biológica, aplicando la normativa vigente en ese momento; y resuelve atribuyendo la filiación al padre de intención, que también era biológico, y a la gestante que había aportado su óvulo. Es de observar que en el contrato suscrito se determinaba que cuando hubiera nacido el niño, la gestante renunciaría al mismo para que este fuera adoptado por la esposa del padre de intención, por lo que no puede hablarse, propiamente dicho, de una madre de intención. "The law as it now stands compels that the judgment be affirmed as it establishes Robert Moschetta and Elvira Jordan as Marissa's father and mother". Pudiera pensarse que detrás de esta resolución se encuentra el mejor interés del menor de estar con su madre biológica, pero, sorprendentemente, la menor queda residiendo con su padre de intención,

jurídico se completan con los argumentos esgrimidos por el mismo Tribunal el 10 de mayo 1998 en el caso In re Marriage of Buzzanca[16]. El debate no se ubica, esta vez, en la validez del contrato (pues ya se había resuelto en Jhonson V. Calvert), sino en la paternidad del padre de intención que no es el padre biológico al no haber aportado su material genético en el proceso de fecundación. Los hechos se generan cuando el padre de intención interpone demanda de divorcio frente a la madre de intención antes del nacimiento del niño gestado por sustitución, alegando que no existe ningún hijo nacido del matrimonio (por lo que no procede pronunciamiento sobre pensión alimenticia y/o custodia).

Para la atribución de la maternidad a la madre de intención (que no era la gestante ni la biológica) la Corte Suprema acude a los razonamientos del caso Jhonson V. Calvert, sobre los cuales se afirma que la voluntariedad que provoca la concepción es la determinante de la filiación[17]. En cambio, para hacer responsable al marido de la paternidad del no nacido, se recurre a la normativa sobre reproducción asistida que estima como padre al marido o compañero que consiente en la concepción mediante estas técnicas, incluso cuando, en ese momento, todavía no se hubiera realizado formalmente el contrato de subrogación[18]. Para llegar a esa conclusión fue necesario llevar a cabo una interpretación extensiva de la norma, pues, en ese momento, el contrato de gestación subrogada no se encontraba regulado en California, y en la normativa vigente no se representaba este supuesto concreto.

A partir del aludido pronunciamiento, el contrato de gestación por sustitución en California se convirtió en un contrato válido y eficaz cuyo efecto principal es la atribución de la filiación a los padres de intención, que se extiende a las parejas del mismo sexo desde 2005[19].

reconociendo un derecho de visita a la gestante "Robert got physical custody on weekends and in the evenings, Elvira Jordan on weekdays."

16 61 Cal.Appp.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (1998).

17 "In the case before us, there is absolutely no dispute that Luanne caused Jaycee's conception and birth by initiating the surrogacy arrangement whereby an embryo was implanted into a woman who agreed to carry the [61 Cal. App. 4th 1426] baby to term on Luanne's behalf. In applying the artificial insemination statute to a gestational surrogacy case where the genetic donors are unknown, there is, as we have indicated above, no reason to distinguish between husbands and wives. Both are equally situated from the point of view of consenting to an act which brings a child into being. fn. 16 Accordingly, Luanne should have been declared the lawful mother of Jaycee…..The same reasons which impel us to conclude that Luanne is Jaycee's lawful mother also require that John be declared Jaycee's lawful father".

18 "Even if the written surrogacy contract had not yet been signed at the time of conception and implantation, those occurrences were nonetheless the direct result of actions taken pursuant to an oral agreement which envisioned that the fertilization, implantation and ensuing pregnancy would go forward. Thus, it is still accurate to say, as we did the first time this case came before us, that for all practical purposes John caused Jaycee's conception every bit as much as if things had been done the old-fashioned way."

19 En relación a las parejas de mujeres, son significativos los casos Kristine H. v. Lisa.R (37 Cal 4th 156) Elisa B. v. Superior Court (117.P.3d 660 Cal 2005).

B) Los artículos 7890, 7891 y 7892 del Código de Familia de California.

Pero no es hasta 2013 cuando se expresa en el Código de Familia el régimen jurídico del contrato y sus efectos. La normativa en vigor que, a continuación, procedo a analizar, ha sido parcialmente modificada, habiendo entrado en vigor la última modificación el 1 de enero de 2018.

Con carácter general, podemos afirmar que es una legislación garantista, minuciosa y preocupada por desactivar las consecuencias perversas, en orden a la vulneración de los derechos, que pudieran generarse en el proceso de gestación subrogada. El debate ético, muy presente en Europa, no existe, en la actualidad, en California donde no esta es una práctica extraña ni novedosa. No podemos obviar que el primer conflicto judicial tuvo lugar en 1993, lo que hace suponer que ya se hacía uso de ella en años anteriores. La finalidad del legislador californiano no es otra que dotar de seguridad jurídica[20] a los intervinientes; para ello establece controles tendentes a garantizar la voluntariedad en la prestación del consentimiento, así como en el cumplimiento de lo establecido en el contrato.

El primero de los preceptos, 7960, se dedica a definir los sujetos protagonistas del proceso y las modalidades contractuales que en el mismo se ocasionan. Es de destacar la amplitud con la que se conceptúa el término "padres de intención"[21], en el que no están excluidos ni siquiera los extranjeros, lo que facilita el turismo de nacionales de países en los que se impide la concepción por medio de estas técnicas. Tampoco se excluye ninguna modalidad de subrogación, pues es indiferente la procedencia del material genético.

De la dicción de los otros dos artículos, 7961 y 7962, se desprende un entramado contractual entre los sujetos implicados, tendente a asegurar el éxito de la operación en la que tantos y tan diferentes intereses están en juego.

Vaya por delante que nos encontramos frente a modalidades contractuales onerosas, pues en modo alguno se alude a la gratuidad de ninguna de las prestaciones derivadas de la relación jurídica (aunque tampoco se excluye). Es más, tal y como veremos, una de las preocupaciones del legislador es precisamente la contraria: evitar que las prestaciones económicas no se satisfagan, de manera que la gestante esté cubierta antes de iniciar la fecundación.

20 Así lo expresa y argumenta, Cabezudo Bajo, M.J.: "Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California", cit. p. 69-77.

21 "means an individual, married or unmarried, who manifests the intendent to be legally bound as the parent of a child resulting from asssisted reproduction".

Además, y a fin de que los consentimientos prestados sean libres e informados, se exige, no solo que se manifiesten por escrito y ante notario, sino que las partes estén asistidas por letrados independientes en su función de asesores legales.

El proceso comienza por medio del contrato que los padres de intención suscriben con los sujetos, no abogados, cuya misión es facilitar una gestante y, si fuera preciso, el material genético. Aunque esta función la puede asumir un particular, normalmente son las agencias especializadas las que se dedican profesionalmente a esta tarea. Es importante destacar que en California no puede ser madre gestante cualquier mujer; por el contrario, existe un protocolo muy riguroso sobre los requisitos que deben cumplir tanto la gestante como los padres de intención[22]. Entre ellos, se exige que la gestante tenga una situación económica acomodada, lo que, de entrada, deja fuera del proceso a mujeres de bajos recursos que pudieran ser explotadas al sentirse llamadas a realizar esta práctica como fuente de ingresos.

Como fórmula para garantizar el pago de los emolumentos que se generan en el proceso, sobre todo el que debe recibir la gestante, bien como precio bien como compensación, la ley impone la obligación de concertar un contrato para gestionar los fondos, bien en depósitos o fideicomisos.

Finalmente, tienen lugar los acuerdos contractuales que marcan las reglas del proceso de subrogación. Si la gestación fuera del modelo "no tradicional", es preciso que exista un contrato de donación de material genético, que puede ser anónimo o no, entre el o los donantes y los padres de intención.

Pero el más interesante es, sin duda, el contrato de subrogación, pieza clave en orden a la definición de los derechos y obligaciones asumidos por las partes, y que, por tanto, debe ser objeto de un análisis más detenido. A ello se dedica el artículo 7962, donde se incluyen, expresamente, algunos requisitos a los que ya nos hemos referido en líneas precedentes. Con el claro objetivo de asegurar la voluntariedad del consentimiento prestado, el precepto establece que este debe emitirse tras haber recibido ambas partes asesoramiento legal independiente que les informe de los derechos y obligaciones que dimanan del contrato que van a suscribir[23]; amén de que el contrato debe formalizarse por escrito y ante notario o equivalente[24]. Si fuera necesario recurrir a donantes, el consentimiento prestado

22 "Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinión" publicado en *Fertility and Sterility* que edita Office American Society for Reproductive Medicine, vol. 107, Issue nº 2, febrero 2017, pp. 3-10.

23 "(b) Prior to executing the written assisted reproduction agreement for gestational carriers, a surrogate and the intended parent or intended parents shall be represented by separate independent licensed attorneys of their choosing".

24 "(c) The assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be executed by the parties and the signatures on the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be notarized or witnessed

por los padres de intención a que la gestante se someta a la fertilización con material ajeno a los padres de intención, convierte a estos en progenitores[25].

En orden al contenido mínimo, la norma no es muy prolija. Sólo alude a la fecha del contrato, que debe ser previa a la transferencia de embriones, la identidad del donante si lo hubiera y la donación no fuera anónima, la identidad de los padres de intención y la descripción de cómo van a cubrirse los gastos médicos que causa el embarazo[26].

No obstante, la norma debe completarse con otros aspectos que son exigidos por resoluciones judiciales. En este sentido, merecen mencionarse los siguientes: la renuncia de la mujer gestante a cualquier derecho sobre el menor que, en consecuencia, asumen los padres de intención; el compromiso de que el nacimiento tenga lugar en el Estado de California; cuestiones relacionadas con el proceso médico como la clínica elegida para el parto, número de embriones que se implantarán, si se practicarán pruebas a la madre y/o al feto, cómo proceder si hubiera riesgos para la madre o el feto y, en caso de malformaciones cómo proceder en orden al aborto, cómo será el parto, entre otras; si las partes se van a someter a evaluaciones psicológicas; compromiso de la gestante de llevar una vida saludable; la cuantía de la compensación económica y el pago de los gastos derivados del proceso, incluido el seguro de vida, indicándose dónde se depositan y quién lo gestiona; previsiones para el caso de divorcio o muerte de los padres de intención previa a la determinación de la filiación y previsiones para el caso de incumplimiento del contrato por alguna de las partes[27].

En definitiva, el contrato de subrogación es, en la práctica, muy minucioso pues se trata de evitar los conflictos que pueden ocasionarse por una falta de previsión.

---

by an equivalent method of affirmation as required in the jurisdiction where the assisted reproduction agreement for gestational carriers is executed".

25 7613 (a)" If a woman conceives through assisted reproduction with semen or ova or both donated by a donor not her spouse, with the consent of another intended parent, that intended parent is treated in law as if he or she were the natural parent of a child thereby conceived. The other intended parent's consent shall be in writing and signed by the other intended parent and the woman conceiving through assisted reproduction". El precedente lo encontramos en In re marriage of Buzzanca.

26 (a) An assisted reproduction agreement for gestational carriers shall contain, but shall not be limited to, all of the following information: (1) The date on which the assisted reproduction agreement for gestational carriers was executed. (2) The persons from which the gametes originated, unless donated gametes were used, in which case the assisted reproduction agreement does not need to specify the name of the donor but shall specify whether the donated gamete or gametes were eggs, sperm, or embryos, or all. (3) The identity of the intended parent or parents. (4) Disclosure of how the intended parents will cover the medical expenses of the gestational carrier and of the newborn or newborns. If health care coverage is used to cover those medical expenses, the disclosure shall include a review of the health care policy provisions related to coverage for surrogate pregnancy, including any possible liability of the gestational carrier, third-party liability liens or other insurance coverage, and any notice requirements that could affect coverage or liability of the gestational carrier. The review and disclosure do not constitute legal advice. If coverage of liability is uncertain, a statement of that fact shall be sufficient to meet the requirements of this section."

27 Con más detalle, Cabezudo Bajo, M.J.: "Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California", cit. pp. 93-95.

Pero son quizás, a mi juicio, las previsiones sobre la determinación de la filiación las que convierten el sistema californiano en un sistema seguro y garantista. La norma expresa que la filiación del nacido a favor de los padres de intención debe ser establecida por una resolución judicial. Será, pues, la autoridad judicial la que dotará de validez al contrato y a su principal y más querido efecto: la filiación del nacido a favor de los padres de intención. Con todo, no debemos llamarnos a engaño si pretendemos vislumbrar una auténtica intervención judicial; pues el juez se limita a comprobar la documentación aportada por las partes y que estas cumplan los requisitos legales, resolviendo, sin necesidad de vista, si así se adecúan a la norma. Existe una presunción de validez del contrato que se ajuste a los requisitos legales, por lo que, difícilmente prosperará una reclamación por cualquier otro motivo[28]

Curiosamente, la resolución judicial aludida pudiera tener lugar incluso antes del nacimiento del niño, si así lo desean los padres de intención que se encuentran legitimados a dirigirse a la autoridad judicial desde el momento en que se produce la concepción.

El sistema californiano es pues un sistema donde existen muy pocos riesgos para los padres de intención y donde se garantizan los derechos de la gestante; si bien, es muy costoso, dado los sujetos intervinientes y que el contrato es oneroso[29].

2. La regulación de la gestación subrogada en Portugal: la Ley nº 25/2016 de 22 de agosto tras la sentencia del Tribunal Constitucional 24 abril 2018.

El modelo de gestación subrogada propuesto en el país vecino difiere, sustancialmente, del descrito en el epígrafe precedente. En cambio es muy similar, en cuanto a su planteamiento, al contenido en la proposición de ley del grupo Ciudadanos actualmente en tramitación[30]. La identidad entre ambos textos se debe a que España y Portugal comparten un mismo sustrato de principios y valores, comunes a los países de la Unión Europea. Parece evidente que, en este momento, causaría un rechazo social en sectores de todas las ideologías la representación de la gestación subrogada onerosa o cuyo fin no sea terapéutico

28 "(i) An assisted reproduction agreement for gestational carriers executed in accordance with this section is presumptively valid and shall not be rescinded or revoked without a court order. For purposes of this part, any failure to comply with the requirements of this section shall rebut the presumption of the validity of the assisted reproduction agreement for gestational carriers."

29 "The costs are higher, but the risks appear lower", concluye Jackson, J. : "California egg: the high costs of avoiding unenforceable surrogacy contrat", *The Journal of High Technology Law*, vol. 15, nº 12, julio 2015, pp. 230-260, concretamente la cita es a la p. 260.

30 Sin entrar en profundidad a analizar la proposición de ley, sí apuntar las siguientes características del régimen jurídico propuesto: la gestante debe ser española (o residente en España), mayor de 25 y menor de 45 años, haber sido madre previamente de un hijo sano, situación socioeconómica estable, sólo puede serlo en dos ocasiones y no puede aportar su material genético; el contrato es gratuito, prohibiéndose, expresamente, el pago a la gestante (en caso abono gastos del proceso); la finalidad es exclusivamente terapéutica y, al menos, uno de los padres de intención debe aportar material genético.

(a diferencia de lo que sucede en algunos Estados de los EE.UU, que reproducen el modelo californiano).

La aprobación el 31 de julio 2017 del Reglamento 6/3017[31] ha sido determinante para la plena aplicación de la Ley de 2016, pues, según se establecía el citado cuerpo legal, era necesario reglamentar la autorización previa a la que, como requisito ineludible, se refiere la ley en su art. 8.4[32]. La excepcionalidad del contrato es la que justifica que sea preciso una autorización del Consejo Nacional de Reproducción Asistida que ejerce el control de legalidad del acto antrior al inicio del proceso; para ello deberá examinar la adecuación del contrato a las prescripciones legales y verificar que concurren las circunstancias en las que la ley posibilita el recurso a la gestación subrogada para satisfacer los deseos de paternidad.

De acuerdo con el concepto de gestación subrogada de los países de nuestro entorno, la finalidad del modelo portugués es exclusivamente terapéutica,ya que pues es preciso que la mujer (madre de intención) que recurra a la gestación subrogada, bien sola, o en pareja, esté imposibilitada para gestar por sí misma. Llama la atención, en este punto, la discriminación del texto legal hacia las parejas de varones a los que les está vedado el recurso a la gestación por sustitución para ser padres. Máxime cuando, en verdad, son los que más suelen hacer uso de esta forma de gestación, habida cuenta su imposibilidad natural para ser padres biológicos de ninguna otra forma[33]. La exclusión no casa con la inexistencia de otros límites (como la edad o la nacionalidad de los usuarios y/o la gestante) que pudieran tener más sentido en orden a la protección de los derechos de los sujetos implicados. Se observa que no existe ningún límite de edad para ser gestante ni para ser beneficiario, bastando la mayoría de edad. Considero que hubiera sido deseable fijar un límite de edad superior a la mayoría de edad, sobre todo para la gestante, justificada por la trascendencia del acto. Pero quizás sea la omisión del requisito de que hubiera sido madre con anterioridad el más cuestionable, al afectar a la libertad del consentimiento emitido por la madre sustituta, pieza clave para la eficacia de cualquier acuerdo negocial; en este sentido, solo la que ha experimentado la maternidad está capacitada para conocer el alcance de la renuncia que supone gestar un hijo para otra persona. La ley, sin embargo, es cuidadosa con el tratamiento de la emisión del consentimiento de las partes

31 Sobre el contenido del reglamento y su incidencia en la aplicación de la Ley, vid, Vela Sánchez, A.: "La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués nº 6/2017, de 31 de julio", *Diario La Ley*, nº 9091, de 29 noviembre 2017.

32 "A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2."

33 Califica de "absurda" esta discriminación Vela Sánchez, A.: "La gestación por sustitución se permite en Portugal", *Diario La Ley*, nº 8868, 22 noviembre 2016, p. 1.

contratantes, que debe ser libre e informado[34], y anterior al embarazo que solo puede producirse por medio de las técnicas de reproducción asistida en cualquiera de sus modalidades.

Es preciso matizar, no obstante, que, a fin de reforzar vínculos con los padres de intención (y no con la gestante), para autorizar el contrato es condición indispensable que el material genético a utilizar en el proceso reproductivo provenga, al menos, de uno de los beneficiarios. En consecuencia, se prohíbe que la gestante aporte su material biológico

Curiosamente, y dado lo excepcional y restrictivo de la norma, no se circunscribe el acceso a los usuarios a nacionales o residentes del país, lo que pudiera facilitar el turismo procreativo, como ha puesto de manifiesto algún autor de la doctrina[35].

El contrato de gestación como se regula en la ley, se define por dos caracteres esenciales: es un contrato formal y gratuito[36]. No observar cualquiera de los dos requisito no sólo trae como consecuencia la nulidad del mismo por contravención a una norma imperativa[37], sino que también lleva aparejada sanciones penales, más graves si el contrato se calificara como oneroso (dada su mayor conexión con la protección de la dignidad de la mujer gestante[38]) que si se tratara de una deficiencia en su formalización[39].

Los efectos del contrato son acordes con su finalidad. Así pues, en su virtud, la gestante queda obligada a entregar al niño después del parto, al estar implícito

34 Sobre los requisitos del consentimiento informado, la información que debe suministrarse a las partes y el papel de la CNMA durante el proceso contractual, vid. Guimáraes, R "Subitamente, no verâo pasado: a contratualizaçâo da gestaçâo humana e os problemas relativos ao consentimiento", en las Actas del Seminario Internacional *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, celebrado en Oporto días 16 y 17 marzo 2017, pp. 107 - 127, concretamente la cita es a las pp. 117-119.

35 Considera que, al menos, debiera haberse limitado en una fase inicial, Gonçalo Dias Pereira, G.: "Gestaçâo de substituiçâo e acesoo de todas as mulheres â prociação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformaçoes no direito da filiaçâo", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2018, pp. 32-47, concretamente la cita es a la p. 37.

36 Art.8.2: " A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem."

37 En este sentido el apartado 12, del art. 8: "São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores."

38 Artigo 39.º " 1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. 2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias."

39 Art. 30: " 3 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. 4 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias".

en el contrato la renuncia a los derechos y deberes que genera la maternidad[40]. La filiación del nacido, desde que nace, y con causa en el contrato de gestación por sustitución, se determina a favor de los padres de intención; por lo que no cabe plantearse la filiación ni de la gestante ni tampoco ni del que hubiera aportado material genético.

Finalmente, se debe preservar el anonimato del donante, de manera que el nacido carece del derecho a conocer sus orígenes.

Recurrida ante el Tribunal Constitucional, el pasado 24 de abril se dictó sentencia[41] en la que, en líneas generales, se estima que la regulación portuguesa es acorde con el respecto a la dignidad de la mujer: Ello se argumenta sobre la base de la gratuidad del contrato, que evita la explotación económica de las mujeres gestantes; su excepcionalidad y el hecho de que el proceso deba ser previamente autorizado por una entidad administrativa.

Pese a ello, el Tribunal falla considerando que existen aspectos de la ley que deben ser modificados, por apreciar una vulneración de principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución portuguesa[42].

40 Art. 8.7 "A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários"

41 Texto íntegro en http://www.lawandtrends.com/noticias/constitucional/el-tribunal-constitucional-portugues-anula-la-ley-de-vientres-de-alquiler-1.html.

42 Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1; b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa; c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei; d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo; e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa".

En este sentido, considera que debe eliminarse de la regulación: la irrevocabilidad del consentimiento de la gestante, que lleva aparejada la renuncia a la filiación del hijo que va a gestar; la posibilidad de incluir en el contrato cláusulas relativas al comportamiento de la gestante durante el proceso que podrían vulnerar sus derechos, las consecuencias de la nulidad del contrato y el anonimato del donante.

La sentencia ha afectado considerablemente al régimen diseñado en la ley ya que, en verdad, tras la supresión y/o modificación de los preceptos declarados inconstitucionales, difícilmente puede regularse la figura aplicando los preceptos que han pervivido. De poco sirve que salve el contrato, si se eliminan los pilares sobre los que el mismo se sustenta. Pues, ¿quién va a realizar un contrato en el que una de las partes puede revocar el consentimiento, quedándose con el hijo que ha gestado para otros? ¿quién va a donar material genético sin preservar su anonimato?

III. LA "SURREALISTA" SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: DE LA PROHIBICIÓN A LA INSCRIPCIÓN.

Volviendo al Derecho patrio y aunque ya se ha escrito en abundancia sobre el tema, y poco más podemos añadir, sí es de justicia dedicar unas líneas a reflexionar sobre la "surrealista" (como la hemos calificado) situación en España. Básicamente, porque si somos conscientes de la realidad fáctica (que no jurídica), propiciada desde la Administración, también seremos, al mismo tiempo, conscientes de que es preciso salir de ella. Y solo podremos hacerlo mediante la regulación de la figura, como debe ser en un Estado de Derecho, dentro del marco constitucional, o, en su caso, de la aplicación por parte de los operadores jurídicos de la normativa existente.

1. La prohibición: El caso de la pareja valenciana que propició las únicas sentencias sobre la materia del Tribunal Supremo.

A pesar de algunas voces en la doctrina que mantienen lo contrario[43], el art. 10 de la LRA contiene una auténtica prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico español en la misma línea que algunos países de nuestro entorno. Esta rotunda afirmación merece alguna explicación, en la medida que no es pacífica entre los estudiosos de la materia.

Cierto es que los argumentos que, a continuación, verteré, son "parcialmente" originales, pues los he construido a partir de mis conversaciones con el profesor

43 Atienza, M., https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html; , y Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R., http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html.

Garrido Mayol, Catedrático de Derecho Constitucional, quien se posiciona en idéntica línea a la aquó defendida sobre el régimen jurídico vigente en la actualidad.

El Derecho puede optar por no regular una concreta realidad jurídica, no pudiendo interpretarse, en ese caso, dicha omisión por prohibición. Así, en algunos países, la gestación subrogada es ignorada por el legislador como sucedía en España antes de la LRA de 1988.

Ahora bien, el hecho de que un determinado comportamiento se prohíba no implica, necesariamente, que, de llevarse a cabo, el actor deba ser sancionado administrativa y/o penalmente. La sanción o consecuencia, si se quiere, más leve (en la medida que no implica privación de ningún derecho ni el pago de ninguna cantidad a modo de multa) ante la comisión de un acto prohibido es la sanción civil que se manifiesta en la nulidad del mismo (es decir, no despliega efectos jurídicos).

Cuando en 1988 y, posteriormente en 2006, el legislador decidió dotar de un marco legal a las técnicas de reproducción asistida, calificó como nulo, por ser contrario a la ley, al contrato de maternidad subrogada, no excepcionando el principio de que la maternidad se encuentra determinada por el hecho físico del parto, con independencia de la procedencia del material genético.

Es evidente que en la redacción del precepto no figura el término "prohibir", pero también lo es, para cualquier jurista que se precie, que una norma es prohibitiva no porque así lo indique su enunciado. Basta que, bien por la redacción del supuesto de hecho y/o por las consecuencias que de la realización del mismo se dimanen (como es el caso que nos ocupa), se desprenda la voluntad del legislador de evitar que el comportamiento no permitido tenga lugar; de tal modo que, de producirse, se tenga por no realizado: no despliegue efecto alguno.

Considero, en consecuencia, que la gestación subrogada se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, es nulo el contrato que a tal fin se concierte. No porque se trate de un contrato con causa ilícita[44], ni tampoco porque carezca de objeto[45], ni siquiera porque vulnere el art. 10 de la Constitución[46] (discutible esta última afirmación, con carácter general, que dependerá, en su caso, de la regulación de la figura), sino, simplemente, porque el legislador así lo ha dispuesto en un acto de voluntad legítimo[47].

44 Como argumenta De Verda y Beamonte, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, cit. p. 351.

45 Pantaleón Prieto, F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida", *Jueces para la democracia* nº 5, pp. 19 y ss, concretamente la cita es a las pp. 27-28.

46 Por todos, Corral García, E., "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", cit. p. 69 y en "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", cit. p. 1912.

47 Sobre las distintas posturas doctrinales, vid. más explícitamente De Verda y Beamonte, J.R., "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española,

Pues bien, en el escenario descrito de clara prohibición de la gestación subrogada, una pareja de hombres recurre a la legislación del Estado de California para poder ser padres. A tal fin, realizan los trámites contemplados en el ordenamiento jurídico vigente, y, posteriormente, acuden al Registro Consular de Los Ángeles provistos de un certificado administrativo acreditativo de la filiación a su favor del hijo nacido y que pretenden inscribir. Ante la negativa, inician el correspondiente recurso que da lugar a la RDGRN de 18 de febrero de 2009[48], donde el órgano administrativo falla accediendo a la inscripción sobre la base de la siguiente argumentación:

En primer lugar, estima que, desde un planteamiento meramente formal, no procede llevar a cabo un control de legalidad que solo es pertinente cuando se accede al Registro por medio de un documento que refleje una declaración del sujeto que pretende inscribir. En cambio, si el documento consiste en una certificación registral emitida por una autoridad registral extranjera el acceso vendrá determinado, no como consecuencia de un control sustantivo, sino por el previsto en el art. 81 RRC. Dicho precepto establece una serie de requisitos formales del documento, sin entrar a valorar su contenido[49].

En segundo lugar, y a fin de evitar la contravención al orden público, el argumento de la RDGRN se sustenta en una serie de afirmaciones, entre las que se destacan las siguientes: en España se admite la adopción de parejas homosexuales y la filiación biológica de hijos concebidos por parejas de mujeres por medio de la reproducción asistida[50]; existe un interés del menor concebido en que la filiación se establezca a favor de los padres de intención[51] y, finalmente, la DGRN nos

treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en la obra colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obligazioni, famiglie e succesioni*, Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 583-602, concretamente la cita es a la nota a pie nº 63.

48 RJA 2009, 1735.

49 "… No obstante, a tal efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido «idéntico» al de las Leyes españolas … Lo que exige el art. 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español."

50 "En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española [RCL 1978, 2836]). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales."

51 "… el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres

regala esta "perla": la certificación registral no vulnera el art. 10 LRA porque el precepto se aplica en España y no en Los Ángeles[52].

La Resolución fue objeto de recurso que llegó hasta el Tribunal Supremo. Y nuestro Alto Tribunal, como no podía ser de otra forma, falló el 6 de febrero de 2014[53] casando la sentencia de la Audiencia Provincial, sobre la base de los fundamentos que, a continuación, se explicitan[54]. A diferencia de la RDGRN, entiende que el control sobre los documentos que acceden al Registro se extiende a los aspectos sustantivos (y no solo a los formales), en consonancia con el art. 23 de la LRC; así, aprecia una contravención del orden público español, pues el art. 10 LRA y la prohibición en dicha norma contenida, integra el referido orden público[55]. Descarta que exista una discriminación por razón de sexo u orientación sexual, alegada por los recurrentes ni, tampoco, una vulneración del interés del menor. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico facilita al padre biológico el ejercicio de la acción de filiación y, posteriormente, posibilita la adopción por el esposo del padre, por lo que el reconocimiento de efectos de una certificación extrajera no es la única vía de poder establecer la filiación del menor con sus padres de intención[56]. Posteriormente, se volvió a recurrir al Tribunal Supremo invocando la nulidad de las actuaciones por vulneración de derechos fundamentales. El

o dos varones."

52 ".. es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que 'la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto' (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el 'Derecho aplicable' a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español."

53 RAJ 2014, 833.

54 Sobre la sentencia vid. los comentarios de Corral García, E., "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero 2014", cit. 1910-1923.

55 "El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil (RCL 2011, 143), al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.". "…las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071), integran el orden público internacional español."

56 "Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071), en su párrafo tercero, 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."

2 de febrero de 2015[57] el Tribunal emite una sentencia desestimatoria[58] de las pretensiones de las partes, quedando cerrado el proceso.

2. La inscripción: La Instrucción de la DGRN 2010, y la inexistencia de ningún pronunciamiento judicial al respecto.

El tema carecería de controversia alguna, si no fuera porque el 5 de octubre de 2010 (BOE 7 octubre 2010), la DGRN dicta una Instrucción donde diseña una permisiva vía administrativa, que supone una "admisión por vía de hecho reglamentaria" de la gestación subrogada en nuestro país[59].

De acuerdo con la aludida Instrucción, los registradores deben inscribir la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en países donde esta técnica de reproducción estuviera permitida, siempre que exista una resolución judicial que así la determine[60]. Si el procedimiento judicial fuera contradictorio, dicha resolución deberá pasar el correspondiente exequatur[61], cuyo Auto acompañará a la misma para proceder a su inscripción[62].

Sin embargo, si la filiación se determina en un procedimiento judicial semejante al de jurisdicción voluntaria, la resolución que le pone fin no deberá pasar el exequatur, y podrá inscribirse en el Registro si cumpla una serie de requisitos formales[63], llamados "control incidental" en la Instrucción.

57 RAJ 2015, 141.

58 Se alegan dos vulneraciones: al derecho a la igualdad y al derecho a la intimidad familiar. En relación al principio de igualdad consideran los recurrentes que los menores han sido discriminados por razón de filiación; afirmación que, a juicio del Tribunal, carece de fundamento porque la decisión adoptada no está conectada con el sexo o la orientación sexual de los padres de intención. Sobre el derecho a la intimidad familiar médicamente asistida es desestimada pues "el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos en el ordenamiento jurídico".

59 Así lo denomina Lasarte Álvarez, C.: "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho vía reglamentaria", cit. O, en la misma línea Roncesvalles Barber C.: "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", cit. pp. 2905-2950.

60 "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."

61 AP Málaga 3 diciembre 2013 (JUR 2013, 15881) no accede al exequatur por vulneración del orden público; en cambio el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón 25 junio 2013 (AC 2013, 281) sí lo concede alegando el interés del menor.

62 "Salvo que resultará aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 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."

63 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

En consecuencia, en países como California y, más recientemente, Nevada, donde está permitida la gestación subrogada y la filiación de los hijos se dispone en una resolución judicial (que puede, incluso, ser previa al nacimiento) dictada en un proceso similar al de jurisdicción voluntaria (no contradictorio), la inscripción de los hijos como tales de los padres de intención está abierta, sin que tenga la más mínima trascendencia el orden público español[64].

3. La gestación subrogada en los Tribunales Europeos.

La primera sentencia dictada por un Tribunal europeo tiene lugar el 18 de marzo de 2014[65], en ella el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronuncia sobre la posible discriminación de una mujer irlandesa, madre de intención por medio de un convenio de gestación por sustitución, a la que el Estado irlandés le niega un permiso de maternidad. La resolución es clara y tajante: la normativa de la Unión Europea no ampara este derecho y no puede ser calificada como discriminatoria la negativa del Estado irlandés[66]. De su redacción y, sobre todo del fallo, se desprende que este Tribunal ignora la gestación por subrogación, ni siquiera para aplicarle a la madre de intención (en beneficios del menor ya nacido), de forma extensiva, los derechos laborales reconocidos en las Directivas en las que los recurrentes fundamentan su petición.

Nuestros Tribunales, en cambio, sí consideran que existe un interés del menor que justifica el derecho de los padres de intención a ser beneficiarios de

revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado."

64 Muchos son los pronunciamientos de la DGRN dictados con posterioridad a la Instrucción accediendo a la inscripción en aplicación de los requisitos en ella establecidos. Por ejemplo, 3 mayo 2011, JUR 2012, 107637; 6 mayo 2011, JUR 2012, 114782; 6 mayo 2011, JUR 2012, 110698; 6 mayo 2011, JUR 2012, 147776; 9 junio 2011, JUR 2012, 151439; 9 junio 2011, JUR 2012, 151438; 9 junio 2011, JUE 2012, 151437; 27 junio 2011, JUR 2012, 151441; 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168313; 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168314; 12 diciembre 2011, JUR 2012, 307191 22 diciembre 2011, JUR 2012, 307190; 19 diciembre 2014, RJA 2015, 5079. También se ha denegado la inscripción cuando no se acompaña la resolución judicial exigida en la Instrucción. En este sentido, por ejemplo, 23 diciembre 2011, JUR 2012, 168312; 15 abril 2013, JUR 2013, 327711; 20 noviembre 2014, JUR 2015, 259954; 19 diciembre 2014, JUR 2015, 259979; 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256866; 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256807.

65 TJCE 2014, 112.

66 "1) La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva. 2) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención."

permisos de paternidad/maternidad (según los casos), pudiendo afirmarse que la jurisprudencia se encuentra ampliamente consolidada en este punto[67].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en alguna ocasión sobre la gestación subrogada, pero siempre mediatizado por la existencia de menores nacidos bajo esta técnica, a los que este Tribunal sí estima prioritario proteger. Dicha protección es el fundamento de las sentencias, con fallos diferentes, pero con idéntica *ratio,* que se han generado en la materia. Por lo que no puede decirse, en modo alguno, que el TEDH ha cambiado o que una resolución es "mejor" que otra, pues todas obedecen a una misma razón de proceder (que, por otra parte, es la que debe prevalecer cuando existen menores perjudicados).

El 26 de junio de 2014 el TEDH, falla, de manera idéntica[68], en dos casos contra Francia: caso Mennesson[69] y caso Labassee[70]. En ambos se plantea el mismo supuesto: niños gestados en el Estado de California por matrimonios heterosexuales con material biológico de los padres de intención y con filiación determinada por una resolución judicial del país de la gestación. Los menores vivían con los padres de intención (por lo que existían vínculos afectivos) y Francia carece de un precepto similar al art. 10.3 LRA, sobre el que es posible determinar la filiación del hijo biológico y la posterior adopción del cónyuge, sin necesidad de vulnerar la prohibición del 10.1 LRA (alegando interés del menor). En este escenario, el Tribunal estima que la negativa a inscribir la filiación en el Registro francés supone una infracción del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos

67 Entre otras, pues ya es jurisprudencia consolidada en el orden laboral, TSJ Madrid 12 febrero 2016, AS 2016, 737 y del SSTS 25 octubre 2016, RJA 318, 2016; 16 noviembre 2016, RJA 2016, 3146; 30 noviembre 2016, RAJ 2016, 6516; 22 noviembre 2017, RAJ 2017, 5401 y 14 diciembre 2017, RAJ 2017, 5889. Sobre el particular, vid. Cervilla Garzón, M.J.: "Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016" *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 4, 2017, pp. 131-138, de la misma autora "El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* 2016, nº 188, pp. 179-200; y Mercader Uguina J.: "La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTS de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp.454-467.

68 En sentido idéntico también la sentencia TEDH 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia, TEDH 2016,61: "El Tribunal recuerda que la constatación de la violación del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) al que se ha llegado en el presente asunto resulta únicamente de una violación del derecho de los demandantes segunda, cuarto y quinto con respecto a su vida privada. Conviene por tanto rechazar las reclamaciones en su totalidad desde el momento que surgen de los demandantes primero y tercero y que se refieren a la violación del derecho al respeto de la vida familiar de los otros demandantes. Siendo así, el Tribunal considera que conviene otorgar a estos la misma cantidad que la otorgada en los asuntos Mennesson y Labassee precitados. Por tanto, acuerda 5.000 euros a cada uno de los demandantes segunda, cuarto y quinto".

69 JUR 2014, 176908.

70 JUR 2014, 176905.

Humanos, precepto que reconoce el derecho a la intimidad y a la vida privada de los menores[71].

En cambio, el 24 de enero de 2017 el mismo Tribunal emite una resolución diametralmente opuesta en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia, cuya primera sentencia es de 27 de enero de 2015[72]. Los hechos que las provocan son los siguientes: un matrimonio italiano heterosexual acude a Rusia para ser padres por medio de la gestación por sustitución, sin que el hijo nacido en 2010 tenga material genético de ninguno de los padres de intención. En mayo 2011 se le deniega la inscripción del certificado de nacimiento por haber alterado el estado

71 "Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 46 ci-dessus); un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (Genovese c. Malte, no 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l'a relevé précédemment, bien que leur père biologique soit français, les troisième et quatrième requérantes sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (paragraphe 29 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité. La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l›égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique na pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l›établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

72 TEDH 2015,17.

civil del niño y vulneración de la ley de adopción (pues el contrato de gestación había sido oneroso). Practicadas las pruebas biológicas que acreditan que el hijo no es biológicamente de los padres de intención el menor es retirado y dado en adopción.

Ante esta situación, los padres de intención presentan recurso ante el TEDH por entender que el Estado italiano le ha vulnerado su derecho a la vida familiar y a la intimidad que reconoce el art. 8 del Convenio, al haberlo privado del hijo concebido en Rusia y, en ese momento, adoptado ya por otra familia. Y el TEDH le da la razón, condenando a Italia al pago de una cantidad por el daño moral ocasionado al matrimonio recurrente[73].

Recurrida por el Estado italiano, la sentencia de 24 de enero de 2017[74] pone fin al procedimiento. Esta vez, considera el TEDH que no se ha vulnerado, con relación al menor, su derecho a la vida familiar y a la intimidad del art. 8 del Convenio, pues al estar ya el menor integrado en su familia adoptiva y carecer de lazos biológicos con los padres de intención, el interés del menor no justifica que sea privado de la que es su familia para ser obligado a convivir con personas que son extraños para él[75].

Aunque han resuelto supuestos en los que existía un contrato de gestación subrogada, en verdad, los Tribunales europeos no se han pronunciado expresamente sobre la gestación por sustitución; pues, en el fondo de sus sentencias, lo que subyacen son dos postulados que sustentan la argumentación: el interés del menor, en primer lugar, y en segundo lugar los lazos biológicos del menor con los padres de intención[76].

73 Muy interesante, como pone de manifiesto Farnós Amorós, E.: "*Paradiso y Campanelli c. Italia* (II): los casos difíciles crean mal Derecho", en *Revista de Bioética y Derecho* núm. 40, julio, 2017, pp. 231-242, concretamente la cita es a la p. 233, la siguiente reflexión del TEDH: "la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca para cualquier medida, puesto que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo".

74 JUR 2017, 25806.

75 "La Cour ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible d'avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce."

76 En este sentido, Martínez de Aguirre, C.: https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/.../Maternidad_subrogada.pdf.

4. La situación actual de no Derecho y cómo salir de ella.

La situación descrita desde la publicación en el BOE de la Instrucción de la DGRN de 2010 es de total esquizofrenia. De un lado el Tribunal Supremo se ha manifestado aplicando la prohibición del art. 10 LRA, con una doctrina clara y congruente con nuestro ordenamiento jurídico; y de otro, un órgano administrativo (que no judicial, como es la DGRN) propicia que se realicen actos jurídicos que vulneran dicha prohibición (y, por tanto, al orden público). Si los fiscales recurrieran dichas inscripciones (como en su día hicieran con la pareja de Valencia y que ha dado lugar al único pronunciamiento existente, hasta ahora, del Alto Tribunal), el Tribunal Supremo fallaría, pues no puede ser de otra forma, de acuerdo con la sentencia de 2014[77].

Ante la pasividad del Ministerio Público, poco pueden hacer los jueces que no sea observar cómo no se cumplen las leyes en un país que, según la Constitución, se encuentra bajo el imperio de la ley.

No obstante, los juristas no debemos permanecer impasible y es nuestra obligación, no sólo hacer visible la "legalización de hecho" (y solo para las clases pudientes que, son, en definitiva, las que se pueden permitir viajar a otros países y pagar las altas cantidades que el proceso genera), sino proponer vías para salir de ella.

Quizás lo más fácil y congruente con el Estado de Derecho (a mi juicio) es aplicar las leyes; en este caso, la LRA 2006. Tal y como hemos argumentado, en la medida que no existe un derecho a ser padres, la prohibición del art. 10 de la LRA tiene un encaje dentro del marco constitucional, por lo que no es posible encontrar objeción alguna de corte jurídico que justifique su ignorancia. Ahora bien, dar marcha atrás y deshacer situaciones fácticas, creadas o propiciadas desde el propio poder político (el gobierno de Zapatero en 2010, fecha de la Instrucción, y los dos gobiernos posteriores de Rajoy, que consolidan el entorno dibujado por la Instrucción), tampoco es "plato de buen gusto", pues generaría un considerable revuelo mediático al existir menores implicados.

77 Para completar el escenario, existe un Informe del Comité de Bioética de 16 de mayo 2017, que llega a proponer la prohibición internacional de gestación por sustitución y que se manifiesta radicalmente en contra de cualquier regulación permisiva de esta práctica. Informe que no es del agrado de Vela Sánchez, A.J., quien así se manifiesta en "¿En serio? Yo alucino con el Comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", cit. Además, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, publicada con la referencia 122/000117 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, de 8 de septiembre de 2017, presentada por el partido Ciudadanos, que regula "tímidamente" la materia. Además, nuestro Tribunales están reconociendo prestaciones de maternidad a los padres de los hijos nacidos por gestación subrogada fuera de nuestro país, como hemos expuesto en el epígrafe precedente. El Informe puede consultarse en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf.

Si no se aplica la normativa actual, la segunda vía que proponemos es regular la gestación subrogada en España. Hagamos, pues, una ley que se cumpla. Dicha opción, también goza de implicaciones políticas que, parece, no se quieren asumir; ya que, si en algo están de acuerdo (por distintas razones) sectores progresistas y conservadores es en mantener la prohibición (formal, diría yo…) de la gestación subrogada.

Creemos que ha quedado claro en el discurso que aplicar "de verdad" la normativa actual es factible, no es inconstitucional, no vulnera derechos, no es contrario a la jurisprudencia europea y es lo adecuado y conforme a nuestra condición de Estado de Derecho.

Ahora bien, si la regulación de esta materia (o no regulación, o prohibición) es una opción de política legislativa (reflexión con la que iniciamos este trabajo, pues es este un pilar de la argumentación que en el mismo se contienen), debemos plantearnos, ¿hasta dónde puede llegar el legislador?, ¿qué límites constitucionales, si hay alguno, existen?

IV. CONCLUSIÓN: LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE, ÚNICO LÍMITE CONSTITUCIONAL.

Para mantener la afirmación que da título a este epígrafe, debemos partir del recurso de inconstitucionalidad planteado en su día donde se cuestionaba la vulneración de la LRA de una serie de derechos fundamentales. En la sentencia desestimatoria el TC dejó muy claro que la LRA ni vulnera el derecho a la vida ni mucho menos la protección constitucional de la familia[78], deteniéndose, en este último punto, en considerar el encaje constitucional del anonimato del donante[79]

78 "Desde este entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 C.E. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts.8 y 9 dela Ley. Por otra parte, el argumento de los recurrentes, en el sentido de que en los supuestos de adopción la diferencia entre la paternidad o maternidad biológica y la legal se justifica por razones de protección del interés del hijo, lo que no ocurre en relación con las hipótesis contempladas en la Ley 35/1988, supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia."

79 "Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5, de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, «en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto». Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos."

(que, en cambio, ha sido abordado en sentido contrario en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional portugués, a la que nos hemos referido en epígrafes precedentes). Tampoco, por razones obvias, es el interés del menor un argumento que restrinja la norma, pues el hecho de que la filiación del menor se determine por el consentimiento y a favor de progenitores no biológicos es algo completamente superado por habitual en la sociedad española, desde que se aprobó la primera LRA en 1988. Igualmente, que la gestación tenga lugar en un vientre diferente del de la madre de intención no es una circunstancia de la que pudiera derivarse consecuencias nocivas para el menor.

En este escenario, la posible inconstitucionalidad de una hipotética ley que regulara la gestación subrogada en España, solo podría producirse si la norma vulnera la dignidad de la gestante, protegida en el art. 10 de nuestra Constitución.

La utilización del cuerpo de una mujer convirtiéndola en "vasija"[80], cosificando un órgano tan definitorio de la condición femenina como es el útero con fines comerciales es, sin duda, una observación que convertiría en inconstitucional cualquier legislación que produjese ese resultado y que, evidentemente, no debe tener lugar en un Estado de Derecho donde se respetan y se reconocen derechos fundamentales a sus súbditos.

Con todo, considero que, como jurista y mujer, es posible afinar más la argumentación. Pues una protección tan extrema como la prohibición de la técnica en cualquier contexto, en cualquier marco normativo, por paternalista, es también merecedora de observaciones desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

Dos son los mecanismos de los que puede valerse el legislador para salvaguardar la dignidad de la mujer gestante: controlar el acceso a las técnicas, de manera que no cualquier mujer ni en cualquier situación puede asumir el rol y controlar que el consentimiento emitido sea libre, consciente y voluntario. Ambos peligros (mujeres de bajos recursos explotadas y cosificadas y consentimiento libre) se encuentran íntimamente conectados, ya que la mujer que se ve impelida por su situación económica a gestar para otra, no es libre para consentir, al estar su voluntad mediatizada por la situación desfavorable que la lleva a ello.

Es verdad que un contrato gratuito y con finalidad terapéutica como el propuesto por el grupo Ciudadanos, actualmente en tramitación parlamentaria, o el regulado en Portugal por la Ley de 2016, encajaría, sin dificultad, en los mimbres constitucionales. Pues al eliminar el fin crematístico desaparece la tan temida

80 Expresión gráfica utilizada en una famosa campaña publicitaria iniciada por filósofas y constitucionalistas españolas y a la que se sumaron colectivos feministas con el lema "No somos vasijas".

"cosificación", que ha llevado a algunos estudiosos del tema y contrarios a su regulación por diferentes motivos, a hablar de "granjas de mujeres", como resultado pernicioso del proceso. Si no hay dinero, no hay negocio y, en consecuencia, el peligro de mercantilización desaparece.

Elevar la edad para ser gestante por encima de la mayoría de edad y el hecho de haber sido madre previamente, son dos fórmulas viables y creo que necesarias para asegurar el consentimiento válido, amén de los controles de consentimiento informado y formalización del contrato usuales como técnica de protección de colectivos vulnerables en el Derecho privado.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que una normativa que concibiera el contrato como gratuito, con finalidad terapéutica, en la que se incluyeran controles formales del consentimiento, así como una reducción del espectro de la gestante, limitando el número de gestaciones, no vulneraría nuestra Constitución, pues la dignidad de la mujer estaría salvaguardada.

Pero, si bien la gratuidad y la finalidad terapéutica de la gestación subrogada, de entrada, facilitan la constitucionalidad de una ley sobre la materia, creo que podríamos preguntarnos si es posible que una regulación onerosa y sin dicha finalidad, *per se,* atentaría a la dignidad de la gestante.

En este sentido, y aunque estimo que la sociedad española no se encuentra preparada para ello ni que tampoco existe una demanda social que justifique una actuación del legislador en el sentido que, a continuación, voy a exponer, dichas circunstancias no son un obstáculo para que nos planteemos tal posibilidad, al menos desde un punto de vista formal. Enlazando con lo apuntado anteriormente en orden a los dos controles que, entiendo, deben concurrir en cualquier legislación sobre gestación subrogada para que no atente a la dignidad de la mujer (control de acceso y control del consentimiento), ambos pueden establecerse al margen de la gratuidad o no del contrato o de la finalidad terapéutica del mismo.

Así pues, una normativa (similar a la actualmente en vigor en el Estado de California), que establezca controles al acceso de la técnica por la mujer gestante, (como son la edad, haber sido madre, disponer de una situación económica solvente y limitando el número de subrogaciones a un máximo de dos) y que garantice la voluntariedad del consentimiento, ordenando la formalización del mismo con intervención del notario y de abogados independientes asesorando a las partes contratantes, incluyendo protocolos de consentimiento informados previos al contrato, creo que pasaría, sin dificultad, el filtro constitucional. Pues, en ese escenario, ¿qué derecho constitucional se vulneraría si una mujer madura, consciente, con una situación económica solvente, decidiera por una vez (o dos) gestar un hijo para otra cobrando, por ello, una cantidad económica?

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M.: "La gestación por sustitución", https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html

Álvarez Conde, E y Tur Ausina, R.: "El Derecho y los vientres de alquiler", http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html

Berys, F.: "Interpreting a rent-a-womb contract: how California Courts should proceed when gestational surrogacy arraagements go sour", *California Western Law Review,* volumen 42, nº 2, 2006, pp. 322-352.

Cabezudo Bajo, M.J.: "Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California", *Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanxada,* nº 46, enero-junio 2017, pp. 59-120.

Cámara Aguila, M.P.: "Sobre la constitucionalidad de la Ley de Reproducción Asistida", *Derecho Privado y Constitución,* nº 13 (1999), pp.117-148.

Cervilla Garzón, M.J.: "Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016" *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 4, 2017, pp. 131-138.

Cervilla Garzón, M.J.: "El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* 2016, nº 188, pp. 179-200.

Corral García, E.: "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 38/2013.

Corral García, E.: "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero 2014", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 744, pp. 1910-1923.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 4, febrero 2016, pp. 349-357.

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 la obra colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obligazioni, famiglie e succesioni,* Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 583-602.

Farnós Amorós, E.: "*Paradiso y Campanelli c. Italia* (II): los casos difíciles crean mal Derecho", en *Revista de Bioética y Derecho* núm. 40, julio, 2017, pp. 231-242.

Gonçalo Dias Pereira, A.: "Gestaçâo de substituiçâo e acesoo de todasas mulheres â prociaçâo medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformaçoes no direito da filiaçâo", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* febrero 2018, pp. 32-47.

Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana,* Ed. Marcial Pons, 1994.

Guimáraes, R.: "Subitamente, no verâo pasado: a contratualizaçâo da gestaçâo humana e os problemas relativos ao consentimiento", en las Actas del Seminario Internacional *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida,* celebrado en Oporto días 16 y 17 marzo 2017, pp. 107-127.

Jackson, J.: "California egg: the high costs of avoiding unenforceable surrogacy contrat", *The Journal of High Technology Law,* vol. 15, nº 12, julio 2015.

Lamm, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler,* Ed. Universidad de Barcelona, 2013.

Lamm, E.: "Gestación por sustitución: realidad y Derecho, *InDret,* nº 3, 2012, pp. 1-49.

Lamm, E.: "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del TEDH y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bieética y Derecho,* nº 37, pp. 149-170.

Lasarte Álvarez, C.: "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho vía reglamentaria", *Diario La Ley,* nº 7777, 2012.

Marrades Puig, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 2017, pp. 154-177.

Martínez de Aguirre, C.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada", https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/.../Maternidad_subrogada.pdf.

MENGUAL, A.: "La maternidad subrogada", *Revista Internacional de Derechos Humanos,* n6, 2016, pp. 231-251.

MERCADER UGUINA, J.: "La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTS de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp.454-467.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 129' Núm. 15. Mayo-agosto 1993, pp. 129-160.

RODRÍGUEZ-YONG, C. A., y XIMENA MARTÍNEZ-MUÑOZ, K.: "El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense", *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. 25, nº 2, diciembre 2012, pp. 1-15.

RONCESVALLES BARBER, C.: "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *RCDI,* nº 739, pp. 2905-2950.

SILVA-RUIZ, P.F.: "Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente", *Boletín del Ministerio de Justicia,* nº 1503, 1988, pp. 3898-3937.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho de familia,* nº 53, pp. 63-86.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de familia", *Diario La Ley,* nº 8055, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "¿En serio? Yo alucino con el Comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", en *Diario La Ley,* nº 9035, 2017, pp. 1 y ss.

VELA SÁNCHEZ, A.: "La gestación por sustitución se permite en Portugal", *Diario La Ley,* nº 8868, 22 noviembre 2016, p. 1.

VELA SÁNCHEZ, A.: "La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués nº 6/2017, de 31 de julio", *Diario La Ley,* nº 9091, de 29 noviembre 2017.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional
S. 17 junio 1999, BOE 8 julio 1999

Tribunal Europeo de Derecho Humanos
S. 26 de junio 2014, Mennesson contra Francia JUR 2014, 176908
S. 26 de junio 2014, Labassee contra Francia JUR 2014, 176905
S. 27 de enero 2015, Paradiso y Campanelli, TEDH, 2015, 17
S.21 julio 2016, Folulon y Bouvet contra Francia. TEDH 2016, 61
S.24 enero de 2017, Paradiso y Campanelli, JUR 2017, 25806

Tribunal Justicia Europeo
S. 18 marzo 2014, TJCE 2014, 112

Tribunal Supremo
S. 6 febrero 2014, RAJ 2014, 833
S. 2 de febrero 2015, RAJ 2015, 141
S. 25 octubre 2016, RJA 2016, 318,
S. 16 noviembre 2016, RJA 2016, 3146
S. 30 noviembre 2016, RAJ 2016, 6516
S. 22 noviembre 2017, RAJ 2017, 5401
S. 14 diciembre 2017, RAJ 2017, 5889.

Dirección General de los Registros y del Notariado.
R. 18 de febrero 2009, RJA 2009, 1735
I. 5 de octubre 2010, BOE 7 octubre 2010
R. 3 mayo 2011, JUR 2012, 107637
R. 6 mayo 2011, JUR 2012, 114782
R. 6 mayo 2011, JUR 2012, 110698
R. 6 mayo 2011, JUR 2012, 147776
R. 9 junio 2011, JUR 2012, 151439
R. 9 junio 2011, JUR 2012, 151438
R. 9 junio 2011, JUR 2012, 151437
R. 27 junio 2011, JUR 2012, 151441
R. 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168313
R. 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168314
R. 12 diciembre 2011, JUR 2012, 307191
R. 22 diciembre 2011, JUR 2012, 307190
R. 23 diciembre 2011, JUR 2012, 168312
R. 15 abril 2013, JUR 2013, 327711

R. 20 noviembre 2014, JUR 2015, 259954
R. 19 diciembre 2014, RJA 2015, 5079
R. 19 diciembre 2014, JUR 2015, 259979
R. 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256866
R. 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256807

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
S. 12 febrero 2016, AS 2016, 737

Audiencia Provincial de Málaga
S. 3 diciembre 2013, JUR 2013, 15881

Juzgado Primera Instancia de Pozuelo de Alarcón
S. 25 junio 2013, AC 2013, 281

Tribunal Constitucional de Portugal
S. 24 abril 2018, http://www.lawandtrends.com/noticias/constitucional/el-tribunal-constitucional-portugues-anula-la-ley-de-vientres-de-alquiler-1.html

Corte Suprema de New Jersey
S. 3 febrero 1988, caso Baby M. 109 N.J. 396. 5 37 A.2d 1227

Corte Suprema de California
S. 20 mayo 1993, Jhonson v. Calvert, 5 Cal 4th 84. 19 Cai.Rptr 2d 494; 851 P.2d 776
S. 10 junio 1994, In re Marriage of Moschetta, 25 Cal.App.4th 1218
S. 10 de mayo 1998, In re Marriage of Buzzanca 61Cal.Appp.4th 1410, 72 Cal. Rptr.2d 280
S. 22 agosto 2005, Kristine H. v. Lisa.R. 37 Cal 4th 156
S.22 agosto 2005, Elisa B. v. Superior Court, C117.P.3d 660

TRATAMIENTO JURÍDICO DE UNA ENFERMEDAD SOCIAL. LOS TRASTORNOS DE LA CONDUCTA ALIMENTARIA (TCA)

LEGAL TREATMENT OF A SOCIAL ILLNESS. EATING DISORDERS (ED)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 44-85

Dra. Purificación
CREMADES
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El aumento imparable de personas afectadas por un Trastorno de la Conducta Alimentaria (TCA), hace necesario articular medidas desde otros puntos de vista al estrictamente sanitario. La enfermedad se ha convertido en un fenómeno social y cultural. La exaltación del culto al cuerpo, con el estereotipo de la extrema delgadez asociada a belleza y éxito, está provocando que especialmente los jóvenes, traten de conseguir una imagen que, en muchos casos, puede llegar a dañar su salud, por lo que es preciso que se produzca una reordenación de los valores. De este modo, la lucha contra esta enfermedad social requiere también de medidas de carácter legal, que impidan que la misma siga avanzando.

PALABRAS CLAVE: Anorexia; bulimia; protección de la salud; TCA.

ABSTRACT: *The boundless increase of people suffering from an Eating Disorder (ED), makes necessary to develop measures related to other factors, in order to overcome the ones characterized of being strictly sanitary. The disease has become a social and cultural phenomenon. The exaltation of the cult to the body, with the stereotype of the extreme thinness linked with beauty and success is causing that, particularly young people, try to achieve an image which, in many cases, can jeopardize their health, that is the reason why the rearrangement of values has become an objective of paramount importance. Therefore, the fight against this social illness requires legal actions in order to prevent it from going any further.*

KEY WORDS: *Anorexia, bulimia, health protection, ED.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO DE LA PERSONALIDAD.- 1. Identificación.- 2. Autodeterminación del paciente. - A) Derecho a la vida e integridad personal vs. autodeterminación.- B) Prestación de consentimiento en menores y adolescentes.- III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS CONSUMIDORES Y LAS PRÁCTICAS MERCANTILES.- 1. Medios de comunicación.- 2. Libertad de información, comunicación y protección de los menores y adolescentes.- 3. La publicidad.- 4. La regulación de las tallas.- IV. DE LEGE FERENDA A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 12 de diciembre se aprobó por la comisión de derechos de la Infancia y Adolescencia del Congreso de los Disputados, la Proposición no de Ley sobre la detección temprana de los trastornos de alimentación en los menores de edad[1]. El contenido de la misma gira en torno a la realización de protocolos de actuación, con perspectiva de género, para detección de trastornos de actuación en las aulas, así como la promoción de campañas de prevención, sensibilización y concienciación social, promoviendo estudios sobre la incidencia, prevalencia y evolución de los trastornos de la conducta alimentaria (en adelante TCA) en España, haciendo una mención expresa a la vigilancia de las páginas web que promueven los trastornos de la alimentación en la infancia, adolescencia y juventud, y llevando a cabo las actuaciones judiciales para clausurarlas, cuando proceda.

Con anterioridad, en febrero del pasado año[2], se presenta por parte del diputado Sr. Fernández Díaz, preguntas al Gobierno en relación con el conocimiento y vigilancia de páginas en redes sociales que promueven la anorexia nerviosa (AN) y bulimia nerviosa (BN) y medidas al respecto.

La última Comisión del Congreso de los Diputados de la X legislatura ya había acordado por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, instar al Gobierno a profundizar en el estudio de la protección de los menores en Internet frente a la difusión de sitios web que fomenten trastornos de la conducta alimentaria de los jóvenes[3]. Se trata de combatir foros, aparentemente impulsados por otros menores con una clara apología de la anorexia, la bulimia o las conductas suicidas.

1 BOCG 29-12-2017, pp. 37-39.

2 BOCG 6-3-2017.

3 DSCD 20-10-2015.

• Dra. Purificación Cremades García
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Miguel Hernández de Elche, p.cremades@umh.es

Las páginas pro-anorexia (pro-ANA) y pro-bulimina (pro-MIA) defienden esta aberrante actitud como un estilo de vida, aconsejando a los usuarios a infringirse diversos grados de dolor con el objetivo de "quemar calorías" y "reforzar el autocontrol". Incluso llegan a intercambiar nombres de fármacos diuréticos, laxantes y otro tipo de productos, o fomentan el empleo de cocaína para disminuir y controlar el apetito, anfetaminas, tabaco, alcohol o éxtasis.

Las causas que provocan la anorexia nerviosa no están del todo claras, pero la comunidad médica reconoce como factores que pueden desatar, promover y/o reforzar, los ambientales y del entorno: la presión social, los medios de comunicación, la moda, los nuevos cánones de belleza, el éxito, etc. constituirían sin duda elementos a tener en cuenta[4].

Según un informe elaborado por la *Agència de Qualitat d'Internet* (IQUA) y la *Associació contra l'Anorèxia i la Bulimia* (ACAB), sobre la proliferación de contenidos de apología a la anorexia y la bulimia en la red (2010), Internet se ha convertido en un espacio de creciente promoción de contenidos que defienden la anorexia y la bulimia en la red como estilo de vida. Desde el año 2006, el crecimiento de sitios web fue de un 470%, un índice que supera incluso al de Facebook[5].

Pero la proliferación de blogs con contenidos nocivos en este sentido y su intento de combatirlos, no es más que la consecuencia evidente del avance de las nuevas tecnologías y su utilización por los jóvenes. En realidad, el problema es de más alto calado, puesto que estamos ante trastornos de la conducta alimentaria (TCA), enfermedades que requieren de un tratamiento legal específico en aras a su responsabilidad y prevención.

Hace más de diecinueve años y como culminación de diversas iniciativas parlamentarias relativas a los trastornos de la alimentación, el Pleno del Senado, durante el transcurso de la sesión celebrada el día 23 de marzo de 1999, instó a la Comisión de Educación y Cultura a crear una Ponencia en su seno, destinada a estudiar los condicionantes extrasanitarios que concurren en el incremento de la incidencia de la anorexia y de la bulimia y a proponer las medidas políticas y legislativas oportunas. El Informe de la Ponencia encargada de dicho estudio, se aprobó por la Comisión de Educación y Cultura del Senado, en su sesión celebrada el día 25 de noviembre de 1999[6].

4 Son factores que señala el estudio "La prevención de la anorexia y la bulimia en internet: Primera Atención Personalizada", de PROTÉGELES para el Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (fecha de consulta 1 julio 2018). El documento se encuentra disponible en http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=18&subs=226&cod=2206&page=

5 Acceder al informe en http://www.f-ima.org/fitxer/403/resumen_informe_anorexia_y_bulimia_en_internet.pdf (fecha de consulta 1 julio 2018).

6 BOCG-Senado 30-11-1999.

La justificación de dicha iniciativa venía dada por la importancia creciente de esta enfermedad, que ha dejado de afectar a casos aislados, para convertirse en un fenómeno social y cultural, que es necesario encarar desde puntos distintos al estrictamente sanitario, buscando sus múltiples causas e intentando abordar soluciones que forzosamente se encontrarán en muy diversos ámbitos: medios de comunicación, deportes, ocio adolescente, moda, entre otros. Fueron alrededor de ochenta comparecientes como especialistas en medicina y psicología, asociaciones de afectados, modelos profesionales, diseñadores y directores de pasarelas, responsables de revistas femeninas y prensa diaria, gimnastas rítmicas, agencias de publicidad, presentadoras de televisión y radio y publicaciones especializadas en salud, empresas confeccionistas, fabricantes de juguetes, concursos de belleza, profesores, especialistas en filosofía y ética, asociaciones de padres de alumnos, los que tuvieron la oportunidad de exponer sus conocimientos y opiniones ante la Ponencia, llegando la misma a una serie de conclusiones y recomendaciones en orden a combatir esta dura enfermedad que afecta a menores y adolescentes.

Entre las conclusiones a las que llegó el Informe, resulta digno de destacar, por ser el fundamental motivo, el hecho de que se haya producido un desplazamiento de algunos valores sociales existentes, por otros establecidos por la cultura de masas y el consumismo. Es la cultura del éxito, al que se debe aspirar a cualquier precio. Existe una exaltación del culto al cuerpo, creando el estereotipo de la extrema delgadez, asociada a belleza y éxito, y en el caso de la mujer la negación de lo femenino, dando origen a una imagen de mujer andrógina. La juventud ha pasado a ser una etapa de la vida a un valor al que se le rinde culto. Lo joven se ha divinizado. La floreciente y poderosa industria de la belleza, la moda, los cosméticos, las dietas, la cirugía estética, los gimnasios, incluso algunos juguetes, ejercen una enorme influencia al definir, legitimar y propagar, a través de los medios de comunicación, un modelo corporal de belleza, que glorifica la eterna apariencia de juventud.

El Informe también resalta los inconvenientes de la publicidad, que, pese a que lo único que debe pretender, es informar al público de un determinado mensaje comercial, abusa de forma reiterada e inadecuada, por ser la suya una comunicación interesada, de la figura de estereotipo de mujer como reclamo publicitario. Además, algunos creadores de moda utilizan maniquíes con un peso claramente inferior a los límites saludables, de acuerdo con el patrón andrógino anteriormente aludido. Determinadas firmas comerciales proporcionan prendas de vestir, que de alguna manera crean confusión en las tallas. En cualquier caso, se produce un gran desconcierto en la juventud, sobre la que se ejerce una fuerte presión para adelgazar.

El art. 43 de la CE, reconoce en su apartado primero el derecho a la protección de la salud, siendo el apartado segundo el que atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, no sólo con las prestaciones y servicios requeridos, sino con las medidas preventivas necesarias. Y en el tercer punto se llama también a los poderes públicos a que mantengan una posición activa fomentando la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando la adecuada utilización del ocio. Queda por lo tanto patente que los poderes públicos deben promocionar un estilo de vida saludable.

El pasado 16 de mayo de 2017, la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados acordó aprobar con modificaciones la Proposición no de Ley relativa a la Educación para la Salud, presentada por el Grupo Parlamentario Popular[7]. En la misma se insta al Gobierno para seguir impulsando la Educación para la Salud desde el ámbito sanitario, para proporcionar información adecuada sobre conductas o factores de riesgo y sobre estilos de vida saludables, y en el ámbito educativo se insta a promover programas específicos de Educación para la Salud en colaboración con las Comunidades Autónomas y los representantes de la comunidad educativa. Sería deseable que dentro de esta Educación para la Salud se incluyesen líneas de prevención para los Trastornos de Conducta Alimentaria (TCA), no quedándose sólo en la prevención de la obesidad[8], pues si bien es cierto que los riesgos para la salud son importantes con respecto al sobrepeso, no se debe permitir que los mensajes que lleguen, fundamentalmente a los jóvenes, sean en el sentido de que delgadez es sinónimo de salud.

Y es que efectivamente, siempre que se produce una promoción de vida saludable, se aborda desde la perspectiva de combatir la obesidad, y rara vez se menciona de una manera explícita los riesgos de la delgadez[9]. Sin embargo, la vida saludable, y especialmente en menores y adolescentes, necesariamente debe incluir la prevención y control de los TCA. Muestra de ello es la Orden ECD/72475/2015, de 19 de noviembre, que crea el distintivo de calidad de centros docentes Sello Vida Saludable. Entre las finalidades que puede pretender el centro docente, para la consecución del referido sello, se encuentra en el art. 2.1 f) la referencia a la especial atención a la anorexia y bulimia[10].

7 BOCG 7-6-2017, p. 30 y ss.

8 Para la defensa de la Proposición no de Ley, la representante del Grupo parlamentario proponente comienza su intervención exponiendo los datos de la OMS respecto al sobrepeso y obesidad entre menores, *vid*. BOCG 24-5-2017, p.6.

9 Guía del Instituto de la Mujer. Salud XVI. Anorexia y bulimia, pp. 11 y 12 (fecha consulta 1 julio 2018). Ejemplo de ello se puede ver en la implementación de la Estrategia de Promoción de la Salud y Prevención en el Sistema Nacional de Salud (fecha de consulta 1 julio 2018), en el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 18 de diciembre de 2013, se acuerda la promoción de alimentación saludable, con una web que facilita consejos, pero en modo expreso nada sobre AN y BN, sí en cambio recoge el riesgo de consumo de alcohol o prevención del tabaquismo.

10 La Resolución del 14 de diciembre de 2017 de la Secretaria de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades establece el procedimiento para el distintivo de calidad Sello Vida Saludable. El documento se encuentra disponible en http://www.estilosdevidasaludable.mscbs.gob.es/

En países de nuestro entorno, las medidas legales se están adoptando. En Francia el pasado 5 de mayo se publicaron sendas disposiciones legales: *Dècret* nº *2017-738 du 4 mai 2017 relatif aux photographies a usage comercial de mannequins dont l'apparence corporelle a* étè *modifiée,* por el que se obliga a incluir "fotografía retocada" en aquellas fotografías comerciales en las que la apariencia física de las modelos haya sido modificada, para refinar o engrosar su silueta. Y *Arrêtte du 4 mai 2017 relatif au certificat medical permettant l´exercice de l'activité de mannequin*, por la que las modelos tienen que presentar un certificado médico para justificar que no están demasiado delgadas. En Italia fue presentada el 29 julio 2010 el *Disegno di Legge* nº *2311 Introduzione dell'articolo 580-bis del codice penale, concernente il riato di istigazione al ricorso a pratiche alimentari idonee a provocare l'anoressia o la bulimia, nonché disposizione in materia di prevenzione* e *di cura di tali patologie* e *degli altri disturbi del comportamento alimentar*e, en el que además de pretender introducir en el Código Penal el delito de instigación de prácticas alimentarias que puedan provocar anorexia o bulimia, reconocía como enfermedad social, la anorexia, la bulimia y otras patologías con disturbios graves del comportamiento alimenticio. Más reciente es la *Proposta di legge nº 2944 Introduzione dell'articolo 34-bis della legge 23 dicembre 1978, nº 833, in materia di accertamenti* e *trattamenti sanitari obligatori per la cura di gravi disturbi del comportamento alimentar*e presentada el 10 de marzo de 2015. Se trata de establecer el tratamiento sanitario obligatorio de los pacientes que, debido a sus patologías clínicas, rechazan tratamiento alguno.

II. DERECHO DE LA PERSONALIDAD

1. Identificación

Pese a que nuestro Código civil le dedica su Libro I a las personas, lo que se ha venido a denominar Derechos de la personalidad, carecen de regulación alguna en el mismo. Tradicionalmente y como efecto protector de la persona, se ha discurrido más hacia un mundo exterior, de ahí que la persona fuera considerada por el Derecho civil como sujeto titular de derechos subjetivos o como sujeto de la relación jurídica, más que en sí misma considerada. Hay que esperar al primer tercio del siglo pasado para entender que resulta más importante lo que la persona es en sí misma, que lo que la persona tiene. En definitiva es más importante ser que tener[11].

Cierto es que el avance imparable de las nuevas tecnologías, la genética, la investigación científica, hayan podido provocar en los últimos tiempos, la necesidad de abordar desde otras perspectivas el estudio de la persona, o mejor de su protección. Se trata no tanto de crear una teoría diferente de los derechos de la

11 Bustos Pueche, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 16.

personalidad, como de contemplar las amenazas que estos avances tecnológicos puedan suponer para la persona. Sin embargo, su dignidad sigue siendo el eje central del reconocimiento como tal.

La personalidad es un concepto jurídico que el ordenamiento no atribuye, más bien se limita a reconocer por el hecho del nacimiento[12], según nos recuerdan los artículos 29 y 30 del CC.

Hay que tener en cuenta que se han venido a considerar como derechos esenciales, innatos, inherentes a la persona y por tanto personalísimos, con eficacia *erga omnes,* intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Son bienes de la personalidad la vida o integridad física, con carácter o naturaleza corporal o física, mientras que con naturaleza moral o incorporal serían el honor, la intimidad y la imagen. Si acudimos a la CE, el art. 15 recoge el derecho a la vida e integridad física, mientras que el art. 18 lo hace con el honor, la intimidad y la propia imagen. Es por ello que se ha llegado a plantear la diferencia entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales.

Tal dicotomía se cuestionaba inicialmente con el origen de la protección; la perspectiva civil intentaría proteger de forma privatista la personalidad, mientras que en el ámbito constitucional, la protección se desencadena desde la vertiente pública[13].

La posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el TC, como las propias sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o nuestro Tribunal Supremo, se refieren a derechos de la personalidad como sinónimos de los derechos fundamentales, o resuelven como en el caso del TC conflictos entre particulares sobre el ejercicio de derechos fundamentales, lo que es equiparable a derechos de la personalidad. Y es que los derechos de la personalidad se encuentran incluidos dentro del más amplio concepto de derechos fundamentales[14]. Todos los derechos de la personalidad son fundamentales, pero no todos los derechos fundamentales constituyen derechos de la personalidad[15].

12 López Lacoiste, J.J.: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, vol. 39, nº 4, p. 1068.

13 Castán afirmaba que, considerados los derechos individuales en las Declaraciones de las Constituciones políticas y textos análogos, como derechos frente al Poder, tenían y tienen el grave inconveniente de conducir a una antítesis, no justificada ni deseable, entre el Estado y el individuo, "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, jul-agosto, p. 13.

14 Bartolomé Tutor, A.: *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 86 y 87.

15 Bustos Pueche, J. E.: *Manual sobre*, cit., p. 39, si bien este autor fija dos notas distintivas y específicas de los derechos de la personalidad, en primer lugar, guardar con la persona máxima vinculación o intimidad y resultar esencial para el proyecto vital en que la existencia consiste. Y, en segundo lugar, se trata de derechos subjetivos de naturaleza privada, que son eficaces y han de respetarse tanto por el Poder Público como por los particulares.

La evolución por lo tanto sería en primer lugar los derechos humanos, después los derechos fundamentales y finalmente los derechos de la personalidad. Los primeros encuadrados en el contexto de la Filosofía del Derecho o Derecho Internacional, los Derechos Constitucionales en el marco del Derecho Constitucional y los Derechos de la Personalidad en el ámbito del Derecho Privado[16].

También se ha venido a considerar a los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, tratamiento doctrinalmente controvertido. Sin embargo, lejos de intentar determinar la verdadera naturaleza jurídica, que no es pretensión de este trabajo, nos interesa resaltar no sólo su dimensión pública sino también su encuadre dentro del Derecho privado. Los derechos fundamentales no sólo vinculan a los poderes públicos, sino que también pueden reclamarse entre particulares. La protección que se desencadena a través de estos derechos hace que se configure como límite de lo decidible no sólo en las relaciones del ciudadano con el Estado, sino con una clara eficacia horizontal, en las relaciones entre particulares[17].

El art. 15 de la CE reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona. El derecho a la vida es el más importante de todos los derechos de la personalidad, puesto que su objeto es la realidad ontológica del ser humano, previa al reconocimiento de cualquier derecho sobre sus bienes o atributos[18]. Aunque la determinación del objeto y la delimitación del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral es paralela a la doctrina del derecho a la vida, según la doctrina jurisprudencial, sin embargo, el derecho fundamental a la integridad física y moral posee una faceta adicional fundamental en el ámbito médico-asistencial. Y es que el contenido de ambos derechos tiene una naturaleza eminentemente defensiva o reaccional, ahora bien, y siempre con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la integridad física y moral, tendría una doble dimensión, puesto que protegería a su titular frente a ataques dirigidos contra su cuerpo tanto física como psíquicamente y por otro lado proscribiría toda intervención que careciese de su consentimiento[19].

Por tanto la autonomía del paciente, el derecho a decidir sobre su propia salud es la que cumplimenta parte del contenido del derecho fundamental a la integridad

16 Bartolomé Tutor, A.: *Los derechos*, cit., p. 86. Rogel Vide, C.: "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año 149, nº 1, enero-marzo 2002, p. 124.

17 Vivas Tesón, I.: "La horizontalidad de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil,* Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, p. 209.

18 De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la persona)* (coord. por J. R. de Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.58.

19 Arruego, G.: "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 82, enero-abril 2008, p. 61.

física y moral, quedando en un plano diferente en su regulación constitucional el derecho a la salud[20]. Efectivamente el art. 43.1 de la CE reconoce el derecho a la protección de la salud, dentro de los principios rectores de la política social y económica, lo que puede parecer como una confluencia de derechos. Por un lado, la protección del art. 15 de la CE con el derecho a la vida y a la integridad física y moral en su vertiente defensiva de ataques a su cuerpo tanto físicos como psíquicos, provocando una evidente falta de salud, y por otro lado el derecho que conlleva una acción protectora de la salud individual del art. 43 de la CE.

De esa conexión entre el derecho a la integridad personal y el derecho a la salud, se puede hacer difícil en muchos supuestos diferenciar cuando estamos en presencia de uno u otro, sin embargo, la salud abarca no sólo la incolumidad personal, sino también la ausencia de patologías y un cierto grado de bienestar social, de calidad de vida, que varía según el tiempo y el lugar en el que se encuentra el titular del derecho[21].

Y ciertamente esto tiene que ser así puesto que resulta acorde con la dirección seguida en los puntos segundo y tercero del art. 43 de la CE, al atribuir a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, no sólo con las prestaciones y servicios requeridos, sino con las medidas preventivas necesarias, y al involucrar también a los poderes públicos a que mantengan una posición activa fomentando la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando la adecuada utilización del ocio. Queda por lo tanto patente que los poderes públicos deben promocionar un estilo de vida saludable.

El entorno social proclive al culto al cuerpo no deja de ser un atentado contra la integridad física y moral, provocando un estado de enfermedad, de ausencia de salud, pero en modo alguno se puede considerar que sea el único motivo que desencadena la enfermedad o los TCA[22]. Bien es cierto que se puede poner en riesgo la integridad personal incluso la propia vida, fundamentalmente entre menores y adolescentes, pero el problema está más próximo a considerarse una cuestión de Salud Pública y por lo tanto de una adecuada actuación de los poderes públicos como garantes de esa pretendida calidad de vida o bienestar social.

20 Se ha llegado a hablar de bienes corporales o psíquicos secundarios como la salud física o psíquica, aunque reconociéndose la falta de independencia de los mismos, puesto que se apoyan o están en relación directa con los bienes esenciales y principales de la vida y la integridad corporal, Rogel Vide, C.: "Origen y actualidad", cit., p. 115.

21 León Alonso, M.: *La protección constitucional de la salud,* La Ley, Madrid, 2010, p. 170.

22 En la (fecha de consulta 1 julio 2018) las considera patologías de etiología multifactorial donde intervienen factores genéticos, biológicos, de personalidad, familiares y socioculturales. Si bien también se reconoce en el propio informe que los factores socioculturales que pueden generarlas, así como sus graves secuelas físicas, sociales y psicológicas han causado y causan una importante alarma social, Grupo de Trabajo de la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria. Madrid: Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo. *Agència d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques* de Cataluña; 2009. Guías de Práctica Clínica en SNS: AATRM Núm. 2006/05-0, p. 33 y p. 7 respectivamente.

Realmente donde se produce un conflicto es en los dos planos que componen la integridad física y moral, cuando se produce una falta de consentimiento hacia un tratamiento para la salud. Y en el caso de los TCA, no deja de ser un conflicto específico, puesto que debemos distinguir, como veremos a continuación, el grado de intensidad en el que se encuentra la enfermedad, pudiendo alcanzarse incluso el riesgo a la propia vida.

En cualquier caso, nos tenemos que mover en el ámbito del art. 43 de la CE y reclamar a los poderes públicos que actúen en el ámbito de la prevención, con medias, legales o no, que se dirijan a conseguir el bienestar social, lo que conlleva necesariamente la ausencia de patologías.

2. Autodeterminación del paciente

A) Derecho a la vida e integridad personal *vs.* autodeterminación

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 su Exposición de Motivos, establece que a pesar de que la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido en el artículo 43 de la CE y los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en relación con su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sin embargo, con dicha Ley se manifiesta la voluntad de humanización de los servicios sanitarios, manteniendo el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y de otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud.

Hay que tener en cuenta que la referida Ley de autonomía del paciente adapta para todo el territorio nacional los postulados del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo, en la Asamblea del Consejo de Europa de 4 de abril de 1997[23].

Resulta significativo que mientras que la Ley de autonomía del paciente habla del derecho a la salud del art. 43 de la CE, justificando su concreta regulación como primer principio general citado, la dignidad de la persona, para pasar después a mencionar la autonomía de la voluntad y la intimidad, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, cuyo nombre extenso es 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, resalta en primer lugar y en su artículo

23 Ratificado por España el 23/07/1999. Publicado en el BOE nº 251, 20/10/1999.

1, incluso en su propio título, la dignidad humana, para a continuación mencionar el respeto a la integridad y demás derechos y libertades fundamentales. Y en el artículo 2 refuerza la consideración de la primacía del ser humano, puesto que el interés y el bienestar del ser humano, deben prevalecer por supuesto frente al interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia[24].

El art. 2.4 de la Ley de autonomía del paciente, le reconoce al mismo la posibilidad de negarse al tratamiento y sólo cabe la restricción de dicha elección, para el caso de que exista riesgo para la salud pública o bien que exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente[25]. De esta forma y para el caso de concurrencia de TCA, debe existir un riesgo inminente y grave para su integridad.

"Para recibir un tratamiento médico es preciso emitir un consentimiento después de conocer la información relativa al tratamiento, en virtud del artículo 10 del Código de Ética y de los artículos 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002. Jurídicamente el consentimiento informado es un acto personalísimo, intransferible e indelegable. No se trata de un acto jurídico formal y por ello no se regula por el código civil. Así pues, el consentimiento informado y personal del paciente es un derecho que siempre debe respetarse salvo en las excepciones expresamente previstas en las leyes. Una de las excepciones es la falta de capacidad del paciente. La ley española permite al facultativo hacer las intervenciones clínicas indispensables aún sin consentimiento del afectado (artículo 9.2 Ley 41/2002) cuando exista un riesgo

24 El art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente establece como principios básicos: 1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. 6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. El Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina, en su art. 1, como objeto y finalidad establece que las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Mientras que su art. 2, como primacía del ser humano afirma que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

25 En concreto el artículo 9 se refiere a los límites del consentimiento informado en los siguientes términos: "1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención. 2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él".

inmediato grave para su integridad física o psíquica, previa consulta a sus familiares o personas vinculadas al enfermo"[26].

Se hace preciso en este sentido determinar el margen de libertad que posee la persona para decidir sobre su propia salud. Por un lado la voluntariedad del tratamiento está condicionado a que la persona reúna las condiciones necesarias, tanto física como mentalmente para prestar su consentimiento, y por otro la idea de vida digna supone salvar la vida y no alargar dolorosamente una vida sin futuro a través de un tratamiento que no ofrezca un resultado que compense el sufrimiento que causa[27].

La primera cuestión estriba por lo tanto en valorar la capacidad de la persona para adaptar la decisión de no someterse a tratamiento alguno, sin que la misma resulte viciada. En pacientes de TCA es habitual que se niegue la propia enfermedad y que mantengan intactas sus facultades de discernimiento, enmascarando de esta forma que muchas o la mayoría de decisiones que adoptan, giran en torno precisamente a la dolencia padecida.

En realidad, lo que ocurre es que el tratamiento médico, incluso el internamiento, llega cuando las condiciones físicas del paciente se encuentran en parámetros tales de poner en riesgo no sólo su integridad física sino su propia vida. Pero la afectación de su psique es lo habría que tener en cuenta. Si en realidad son capaces de tomar una decisión, en este caso la negativa a seguir un tratamiento, con plena conciencia de las consecuencias que pueda acarrear.

Habría que diferenciar la "capacidad mental" de la "salud mental", siendo la primera la capacidad de tomar una decisión autónoma, mientras que la segunda se refiere a las patologías y las alteraciones de nuestra mente humana[28].

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 14 marzo 2006[29] revoca la negativa de un Juzgado de Badalona a internar forzosamente a una mujer que padecía anorexia, habiéndose instado el referido internamiento por parte de su

26 Guía de Práctica Clínica sobre trastornos de la conducta alimentaria, capitulo 12, apartado 1, en contestación a la cuestión ¿Cuál es el procedimiento a seguir ante la negativa de una persona afectada de TCA a recibir un tratamiento?, cit., p. 195.

27 Miralles González, I.: "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles", *Revista de Catalunya,* nº 3, 1999, pp. 718 y 719.

28 Moscati, F.M., de Marco, S., Mandarelli, G., Ferracuti, S., Frati, P., y en este sentido consideran que la AN se encuentra en una situación de particularidad absoluta; por un lago no es un trastorno verdaderamente delirante y la única terapia rechazada es la comida, pero por otro se asocia con una mayor mortalidad entre los trastornos psiquiátricos. Que la AN es una enfermedad mental no cabe ninguna duda, pero, sin embargo, podrían llegarse a plantear dudas de carácter clínico, ético y legal, por cuanto que el reconocimiento de la misma, pueda llegar a suponer, que el enfermo sea incapaz de decidir si acepta el tratamiento o no, "Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare", *Rivista Italiana di Medicina legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2013, nº 3, pp. 1273, 1274 y 1283.

29 AAP Barcelona 14 marzo 2006 (AC 2006, 274).

familia, entendiendo que hay una falta de conciencia en la paciente, negando la enfermedad[30].

Por lo que respecta al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico recogido en el art. 763 LEC, requiere de autorización judicial que deberá ser previa a dicho internamiento, salvo que por razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este último caso, deberá comunicarse al Tribunal en el plazo de veinticuatro horas, ratificándose en el plazo de setenta y dos horas.

El paciente puede negarse a recibir tratamiento salvo para el caso de que exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente[31]. La dificultad se encuentra en el caso de los TCA, en determinar cuándo existe ese riesgo inminente y grave para su integridad física o psíquica.

"Las personas con AN deberían ser tratadas en el nivel asistencial adecuado según criterios clínicos: ambulatorio, hospital de día (hospitalización parcial) y hospital general o psiquiátrico (hospitalización completa)"[32]. Desde luego, cuando

30 Resaltamos los detalles fácticos tenidos en cuenta puesto que describen a la perfección la imposibilidad de la paciente por manifestar de una manera consciente y libre a no someterse a tratamiento alguno: "En este sentido, en la documental aportada en la instancia del Servicio de Psiquiatría del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau se diagnostica una anorexia nerviosa, haciendo referencia a un gesto autolítico, y demás que resulta de la documentación aportada. Y, en informe de urgencias del Hospital de Bellvitge, de fecha posterior, es de observar que como tratamiento recomendado se dice «agilizar el ingreso involuntario vía judicial» para adelantar en lo posible el tratamiento. Y, en prueba practicada en esta alzada, en nuevo reconocimiento médico forense, se indica en el informe que Encarna de 20 años de edad realizó durante la postadolescencia un proceso de anorexia, que precisó de tratamiento psiquiátrico; ha consumido tóxicos, fundamentalmente cocaína; varios intentos de autolisis; inestabilidad emocional; no se tiene por enferma. Y, en conjunto apunta un trastorno de personalidad de cierta severidad: anorexia mental, intentos de autolisis, desadaptación, anosognosia [incapacidad de un sujeto para reconocer una enfermedad o defecto (orgánico o funcional) que padece él mismo], concluyendo el médico forense que «precisa de tutelaje en cuanto a necesidad de tratamiento psiquiátrico ya que no tiene conciencia de problema en este campo, y existe riesgo en este sentido, existiendo también puntuales consumos de tóxicos severos y episodios depresivos» (folio 22 del Rollo de apelación). En definitiva, entendemos que de los informes de sendos Hospitales, y del concluyente informe médico forense practicado en esta alzada, concurren los requisitos previstos y señalados en el fundamento de derecho anterior, en la existencia de una enfermedad psíquica real, sin conciencia de la enfermedad por parte de Encarna que impide su tratamiento, precisando el internamiento no voluntario; medida adoptada por este Tribunal en el interés y beneficio de Encarna, que si bien puede ahora no comprender, tras el necesario tratamiento y rehabilitación, en su mejora, podrá entender, apreciar y valorar la correcta lucha de su familia para su curación y bienestar".

31 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 (firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997) establece que cuando debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada"(art. 8), incidiendo por lo tanto más que en la gravedad, en la propia urgencia de la situación.

32 Recomendación 1ª del p. 8 de Actuaciones en los diferentes niveles de atención en los TCA, de la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria, cit., p. 88.

concurra riesgo inminente y grave para su integridad física o psíquica, procederá la hospitalización urgente[33], y eso ocurrirá cuando la sintomatología sea evidente[34].

Sin embargo, la dificultad estriba fundamentalmente en un adecuado diagnóstico de la enfermedad, lo que resulta en muchas ocasiones complicado ante profesionales de la salud sin experiencia especializada de los TCA y la defensa de lo que es considerado en estos tiempos como "vida sana", es decir, ejercicio físico, determinada alimentación, delgadez, etc.

Bien es cierto que ese estilo de vida forma parte del respeto a la integridad de la persona y que su propia autonomía personal le permite negarse a un posible tratamiento[35]. En el conflicto entre dignidad y salud, la balanza se decantará irremediablemente hacia su autonomía personal, haciendo que el tratamiento adecuado no llegue hasta que la enfermedad no haya avanzado considerablemente.

Por muy loable que sea la finalidad perseguida, no se puede imponer a un individuo, un comportamiento saludable, o tratamientos o intervenciones médicas que preserven su salud[36]. Si la negativa a seguir un tratamiento reúne todas las condiciones de ser legítimamente considerada, no hay posibilidad de ignorarla[37].

Resulta por lo tanto respetable y a la vez contradictorio, que una persona abandone un tratamiento, o en el caso de los TCA siga con una dieta alimentaria perjudicial para el mismo, y con ejercicio físico inadecuado para su estado físico, o incluso se someta a cirugía estética para enmascarar su aspecto real. La libertad de la elección para la persona, sustrato de su propia dignidad hace que esto sea así, y sólo para el caso de que exista un riesgo inmediato grave para su integridad física o psíquica, su voluntad quebrará en pro del derecho a la salud.

Si ya los denominados límites al consentimiento informado, suponen una excepción a la regla general de que la intervención en el cuerpo o en la psique

33 Recomendación 2° del p. 8 de Actuaciones en los diferentes niveles de atención en los TCA, de la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria establece que "la mayoría de personas con BN pueden tratarse a nivel ambulatorio. La hospitalización completa está indicada ante el riesgo de suicidio, las autolesiones y las complicaciones físicas graves", *idem.*

34 Los criterios de derivación de la AP a la hospitalización urgente (servicio de urgencias de hospital general) para recibir tratamiento médico urgente son los siguientes: 1) Pérdida de peso >50% en los últimos 6 meses (30% en los últimos 3 meses). 2) Alteraciones de la consciencia. 3) Convulsiones. 4) Deshidratación. 5) Alteraciones hepáticas o renales severas. 6) Pancreatitis. 7) Disminución de potasio <3 mEq/l o sodio (<130 o > 145). 8) Arritmia grave o trastorno de la conducción. 9) Bradicardia de <40 bpm. 10) Otros trastornos ECG. 11) Síncopes o hipotensión con TAS <70 mm Hg. 12) HDA: hematesis, rectorragias. 13) dilatación gástrica aguda, según la Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la conducta Alimentaria, *ibídem*, p. 84.

35 Piénsese en un tratamiento ambulatorio, por ejemplo.

36 Canosa Usera, R.: *El derecho a la integridad personal,* Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 219, poniendo como ejemplo el autor, el abandono de las drogas.

37 A menos que se imponga de forma legal un tratamiento médico obligatorio, *vid.* Rossi, S.: "TSO e anoressia: nota su un disegno di legge controverso", *Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 130, y es que en Italia la *Proposta di Legge* nº 2944 pretende introducir el tratamiento sanitario obligatorio para la curación de graves disturbios del comportamiento alimentario.

del individuo ha de contar con su consentimiento, por cuanto que resultan una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física y moral[38], para el caso de que no concurra riesgo inmediato grave, la dificultad de un tratamiento coercitivo, resulta insuperable.

No podemos olvidar en este sentido los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que resolvía a favor del tratamiento médico forzado, alimentación intravenosa, de reclusos en huelga de hambre, considerando que el derecho a la vida, tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte; en modo alguno se trata de un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho[39]. Si bien la procedencia de la asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre en base a la obligación de la Administración de velar por la vida y salud de los internos sometidos a sus custodia, parece ser la fundamentación última, sin embargo, el argumento central para dotar de cobertura constitucional a la asistencia sanitaria coactiva es la preservación de la vida humana como bien jurídico constitucionalmente protegido y valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional del art. 15.1 de la CE[40].

Por tanto, concurrirían tres elementos a la injerencia médica, ante la negativa de someterse al tratamiento por parte del paciente. En primer lugar, la gravedad, pues existe un riesgo de que la vida o la integridad sufran un importante menoscabo. En segundo lugar, la urgencia, pues el riesgo supone una intervención médica perentoria, y en tercer lugar, la imposibilidad de que el paciente manifieste su voluntad con relación a la intervención sanitaria que precisa[41]. Situación esta última que debe incluir necesariamente la negativa del paciente a recibir tratamiento cuando tenga alterado su juicio, y por tanto no puede manifestar su voluntad de forma libre y voluntaria. En este caso y según se contempla en el propio art. 9.2 de la ley del paciente, consultando si es posible a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Estas últimas no le representan, no se requiere de su consentimiento, sólo se les consulta de forma que pueden también negarse al tratamiento sin mayores consecuencias aparentemente para la intervención médica. La urgencia de la situación posibilita la toma de decisión médica, de lo

38 Arruego, G.: "La naturaleza constitucional", cit., pie de página 50, p. 81.

39 Fundamentalmente la STC 27 junio 1990 (RTC 1990, 120) a la que le siguieron otras como la STC 19 julio 1990 (RTC 1990, 137), STC 17 enero 1991 (RTC 1991, 11).

40 Arruego, G.: "La naturaleza constitucional", cit., p. 72. Arruego, G.: "Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español", *DS: Derecho y Salud*, vol. 15, nº 1, 2007, p. 132.

41 Arruego, G. "La naturaleza constitucional", cit., p. 80, Arruego Rodríguez, G.: "El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español", *InDret*, mayo 2009, p. 23.

contrario se requerirá el consentimiento de su representante legal, y en caso de no tenerlo, el consentimiento lo prestarán, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 9.3 a). Hay una clara diferencia entre la consulta en el primer caso y prestación del consentimiento cuando no exista riesgo inmediato y grave.

Resulta por ello esencial conocer la capacidad del paciente para adoptar la decisión del rechazo al tratamiento, de manera libre y consciente, pues si ésta se tiene, a pesar de existir un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del mismo, la referida decisión como manifestación de su propia libertad y por tanto autodeterminación, impedirán cualquier actuación sanitaria contraria.

Los pacientes con AN y BN se hallan convencidos de estar perfectamente y de que llevan un estilo de vida saludable, que al mismo tiempo les permite ser considerados bellos y delgados, pero tanto su aspecto externo como su voluntad están enfermos[42]. Y si su situación es crítica, por lo que respecta a urgente y arriesgada, su libertad, su autonomía como paciente cederá ante la previsión legal de intervención médica. Si por el contrario el riesgo no es inminente, pero, aun así, según criterio médico, se considera que su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación, siempre podrá su representante legal o si no lo tiene, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, prestar dicho consentimiento al tratamiento previsto[43].

No existiendo riesgo y urgencia para su integridad, ni consentimiento por parte de familiares para el seguimiento del tratamiento previsto en ausencia de inminente peligro para su salud, no le quedará al facultativo más que asegurar la exención de su responsabilidad ante las consecuencias indeseables que puede conllevar la situación.

B) Prestación de consentimiento en menores y adolescentes

De acuerdo con el art. 162.1º del CC, los padres no ostentan la representación legal de sus hijos respecto a los derechos de la personalidad siempre que según su grado de madurez, puedan los hijos ejercitarlos por sí mismos. La intervención de los padres en estos casos se hará en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

Esta redacción dada gracias a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, difiere de la anterior redacción por cuanto que en la misma se aludía a los derechos de la personalidad u otros

42 Martinez-Zaporta Aréchaga, E., Fernández-Delgado Momparler, R.: "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro", *DS: Derecho y Salud*, vol. 21, nº extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado al XIX Congreso "Derecho y Salud"), p. 48.

43 Cuestión distinta será si entre los familiares legitimados a prestar el consentimiento existen discrepancias.

que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, sin referencia alguna a la posibilidad de intervención de los responsables parentales por sus deberes de cuidado y asistencia. Se supera de esta manera las múltiples interpretaciones que la doctrina había dado a la frase "u otros", de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez[44], añadiendo una intervención, que no consentimiento, de los responsables parentales, en base a los ineludibles deberes de cuidado y asistencia.

Determinar el alcance de dicha intervención, resultará sin duda crucial, no sólo en orden a una posible exención de la responsabilidad de los representantes legales, sino por cuanto no deja de ser una excepción al carácter personalísimo de los derechos de la personalidad. Se trata de derecho, recordemos, intransferibles, irrenunciables y donde sólo su titular puede ejercerlos, en este caso el menor con madurez suficiente.

Por tanto, la "madurez" del menor y el avance en cuanto al reconocimiento legal del mismo en adoptar decisiones, van a marcar la toma en consideración de la intervención de los representantes parentales.

El art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama el derecho a ser oído y escuchado el menor, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Concretamente en el apartado segundo se garantiza que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de persona que designe para que lo represente, valorando la madurez por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor, como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto, y entendiendo que se tiene suficiente madurez en todo caso con doce años cumplidos.

Según el artículo 9.3 c) de la Ley de autonomía del paciente, se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. El representante legal dará su consentimiento previa audiencia del menor, conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Es decir, que resulta condición para que el menor pueda prestar su consentimiento, que intelectual o emocionalmente pueda comprender el alcance de la intervención.

En cualquier caso, los menores emancipados o mayores de 16 años, no necesitan el consentimiento parental (art. 4). Ahora bien, cuando se trate de una

44 Bartolomé Tutor, A.: *Los derechos*, cit., pp. 35 y ss.

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, eso sí, teniendo en cuenta la opinión del mismo.

Con anterioridad a la reforma, el art. 9.3 c) *in fine* de la Ley 41/2002 establecía que en caso de actuación de grave riesgo para la salud, los padres serían informados y su opinión sería tenida en cuenta para la toma de decisiones correspondiente. Este deber de información atendía al deber de velar por los hijos y el interés legítimo de los padres en proteger los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores[45].

El motivo por el que se ha pasado de la mera información a los padres, en cuanto a la intervención médica con grave riesgo para la salud del menor, a la imperiosa necesidad de requerirse el consentimiento de los mismos, atiende sin duda a facilitar el ejercicio de las obligaciones de los padres y tutores.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, a las menores de 16 y 17 años. Sin embargo, tras la promulgación de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, se suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, requiriéndose el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad. Que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus padres, dice la Exposición de Motivos de la Ley "es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas, y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad, está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», como en el art. 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral»". Sigue diciendo la Exposición de Motivos que de seguir con el régimen legal de la Ley Orgánica 2/2010, es decir, consentimiento prestado como si fueran mayores de

45 De Lama Aymá, A.: *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 313 y cita expresamente los ejemplos de anorexia, pertenencia a una secta que impide las transfusiones de sangre…, puesto que entiende la autora que el menor, pese a tener la edad antedicha, por su propia enfermedad o circunstancias personales, no tiene autogobierno.

edad, con la sola información a uno de los representantes legales (art. 13. Cuarto) impediría a los progenitores y tutores cumplir con sus obligaciones[46].

En el caso de los menores, 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, permitía que la prestase el menor y no sus representantes legales, cuando aquél tuviera dieciséis años cumplidos o estuviera emancipado; aunque en es tos dos casos, los padres tenían derecho a ser informados cuando la actuación fuera de grave riesgo y su opinión se tenía en cuenta para tomar la correspondiente decisión. En el resto de los supuestos, es decir, cuando el paciente menor de edad no era capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, tenía que ser el representante legal quien daba el consentimiento, aunque debía oírse la opinión del menor con doce años cumplidos (art. 9.3 c). En la actualidad, este extremo ha sido reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, considerando que aunque los menores emancipados o mayores de dieciséis años, han de consentir ellos mismos la intervención, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, será el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo, quien prestará ese consentimiento.

El motivo para sustituir el mero carácter informador en la intervención de los progenitores[47], por la cierta representación de los mismos en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo de su hija, viene por la necesidad de que los padres puedan cumplir las facultades y obligaciones atribuidas. Se trata de desempeñar las mismas, de velar por la menor y de procurarle una formación integral. Por lo tanto, en el mismo sentido podemos entender el cambio que

46 Efectivamente la repercusión social del conflicto surgido con el consentimiento de la menor en la interrupción voluntaria del embarazo resulta innegable. Antes de la reforma introducida por la Ley 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, la menor podía actuar sin sus representantes legales según la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. A las menores con dieciséis y diecisiete años lo único que se exigía es que uno de los representantes legales, padre o madre, o de los tutores de estas menores, fuera informado de la decisión (art. 13, apartado cuarto, segundo inciso). Sin embargo, no existía obligación de informar, cuando la menor fundamentase que esa información le provocaba un conflicto grave manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produjese una situación de desarraigo o desamparo. En el caso de mujeres de menos de dieciséis años, el consentimiento expreso y por escrito para la interrupción del embarazo lo prestaban sus representantes legales, de conformidad con la Ley de autonomía del paciente. No obstante, podía prescindirse de ese consentimiento en caso de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer e imposibilidad de conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitiesen, a sus familiares o personas vinculadas de hecho a ella. Pero la mencionada Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, ha suprimido íntegramente el apartado 4 del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de modo que las menores de edad ya no pueden interrumpir voluntariamente la gestación con el mismo régimen jurídico que las mayores de edad. Y en este sentido también se ha modificado el art. 9, apartado 5, de 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.

47 Bastaba con que uno de ellos fuera informado.

se ha producido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente por lo que respecta al consentimiento del menor emancipado y mayor de 16 años, cuando se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

De la información de los padres[48] y de la toma en consideración de la misma por parte de los facultativos, se ha pasado a la plena sustitución en la prestación del consentimiento. El avance responde sin duda a posibilitar el ejercicio de las atribuciones paternales.

Debemos por lo tanto distinguir dos situaciones en los menores de edad, aunque en realidad serían cuatro, a saber: 1) paciente menor de 16 años que no es capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en este caso necesita la intervención de su representante legal, 2) paciente menor de 16 años que sí es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en este caso no se requiere el consentimiento por representación, por lo tanto puede darlo el mismo, 3) menores emancipados y mayores de 16 años que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, tampoco aquí cabe el consentimiento por representación, pudiéndolo otorgar el menor directamente, 4) menores emancipados o mayores de 16 años, cuando se trate de una intervención de grave riesgo, en ese caso también se necesita el consentimiento del representante legal. Obsérvese que se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, mientras que cuando se trata de mayores de edad, no se requiere su consentimiento cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo.

En el caso de los TCA, la gravedad o el riesgo para la vida o salud del menor, marcarán la intervención de sus representantes legales, de tal forma que funcionará de la misma manera que para los mayores de edad.

Tanto la segunda como la tercera situación señalada vienen a ser fiel reflejo de lo prescrito en el Código civil, es decir, la autonomía del menor para los actos relativos al derecho de la personalidad, que el hijo de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo, pero siempre salvando la actuación de los responsables parentales respecto a sus deberes de cuidado y asistencia.

Los TCA en conjunto representan la tercera enfermedad crónica más común entre la población de pacientes adolescentes. El retraso en la identificación de los afectados de TCA conduce a una mayor morbilidad debido al retraso en el tratamiento y, por tanto, a un peor pronóstico. De ahí la importancia de identificar

48 Aquí sí se refería a padres en plural.

cuanto antes el trastorno[49]. La adolescencia es la población con una mayor incidencia de los TCA, sin embargo, nos encontramos con una etapa de la vida en la que la autonomía de la persona, en este caso del menor, va cobrando mayor protagonismo.

En las situaciones 2 y 3 descritas anteriormente, es decir menor de 16 años con capacidad intelectual y emocional de comprender, pueden negarse a seguir unas pautas en su comportamiento, destinadas a evitar precisamente la enfermedad. Y lo podrían hacer porque cuentan con la madurez suficiente para decidir sobre un estilo de vida, o su propia imagen corporal.

Así la práctica de un deporte[50] con una autoexigencia desmedida, puede llevar la recomendación adecuada de suspensión temporal de su práctica, entrenamiento más ligero, etc., sin que el menor acepte su seguimiento[51], esgrimiendo en este sentido, el autogobierno de su propio cuerpo, su derecho a la integridad física y psíquica, y en último término un derecho de la personalidad integrado en la dignidad humana.

Sólo cuando existe grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, pueden ser sometidos de forma coercitiva al correspondiente tratamiento, con suplencia de su consentimiento por el de sus representantes legales.

El alcance de dicha intervención, más que la madurez del menor, va a resultar más oportuno a nuestro estudio. Y ello es así porque además de ser determinada de forma objetiva la referida madurez en el ámbito sanitario, por la edad, cuando su determinación lo es de manera subjetiva, en menores de 16 años, sin duda para dicho menor primará la imagen que en el ámbito social él mismo desea alcanzar, en una etapa de su vida, la adolescencia, de innovación, de experimentación y de búsqueda de identidad.

Desde un punto de vista sanitario-legal, parece que dependerá de la calificación que el facultativo consultado vaya a dar a la situación, de forma que si el mismo considera de riesgo grave para la vida o salud del menor, el consentimiento de los padres para el tratamiento será esencial, mientras que si la sintomatología descrita no es apreciada por el médico como signo evidente de una futura dolencia más grave, entonces la voluntad del menor primará sobre la de sus padres[52].

49 Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria, cit., p. 63.

50 La Guía de Práctica Clínica se refiere como deporte de riesgo de padecer TCA, el atletismo, la danza, natación sincronizada. Recomendación D 6.1, *ibídem*, p. 70.

51 "Al entrevistar a un paciente con sospecha de TCA, especialmente si la sospecha es AN, es importante tener en cuenta, la falta de conciencia de enfermedad, la tendencia a la negación de trastorno y la escasa motivación de cambio, siendo esto más acusado cuanto más corta es la evolución del trastorno" Recomendación 6.8 de la guía de práctica, *idem*.

52 La actualización aprobada en mayo de 2016 de la declaración sobre asistencia médica al menor maduro en situaciones de rechazo al tratamiento de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica

Sin embargo, el art. 162.1 del CC y con motivo de la nueva redacción a propósito de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, introduce la posibilidad de intervención de los responsables parentales, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. De esta forma, los derechos de la personalidad los puede ejercitar el hijo de acuerdo con su madurez, como hasta ahora se le reconocía, pero dicho ejercicio viene matizado con la participación parental y ello es así precisamente por sus deberes de cuidado y asistencia.

Ya veíamos antes como la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, justificaba la supresión de que las menores de edad pudieran prestar el consentimiento por sí solas, requiriéndose ahora el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, con el fin de que los padres pudieran cumplir las facultades y obligaciones atribuidas o derivadas de la referida patria potestad.

Pero en el caso del art. 162 del CC, se trata más bien de intervención de los padres, y no de sustitución a la prestación del consentimiento como en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo. Hay por tanto que determinar el alcance de dicha intervención, puesto que es una consideración a la regla general del ejercicio propio de los derechos de la personalidad por el menor con madurez suficiente. Y es que dicha regla general se sigue manteniendo, como antes de la reforma, a saber, la capacidad de obrar del menor maduro, en los actos de su personalidad, para en un segundo párrafo añadir una "intervención" de los responsables parentales, legitimados por sus deberes de cuidado y asistencia. Ahora bien, en estos deberes de cuidado y asistencia, la responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental según el artículo 154 del CC.

Colegial de España (fecha de consulta 1 julio 2018) establece que "Menores entre 12 y 16 años: Tras la valoración del grado de madurez del menor realizada por el médico responsable de la asistencia, pueden platearse los siguientes supuestos en función de las características del cuadro clínico y el consentimiento de menores y/o representantes legales: a, el médico considera que el menor es maduro para tomar decisiones: a.1 ante actos médicos de bajo riesgo y habituales, es suficiente el consentimiento del menor, si bien los padres y/o representantes legales deben ser informados, a.2 cuando en la patología del menor y el tratamiento requerido se aprecia gravedad o riesgo significativo importante, se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el oportuno consentimiento…3. Menores entre 16 y 18 años: 3.a, ante actuaciones asistenciales ordinarias, cuando se trate de menores mayores de 16 años o emancipados, salvo que se encuentren incapacitados judicialmente o que no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación. 3.b, no obstante, 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 el menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo: Dicho consentimiento por representación, se adoptará atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal", pp. 5 a 7.
El documento se encuentra disponible enhttp://www.comtf.es/index.php/el-colegio/comision-deontologica/item/1962-asistencia-m%C3%A9dica-al-menor-maduro-en-situaciones-de-rechazo-del-tratamiento#.W8r8fNczbcu

Parece que se haya dado un paso atrás, puesto que estaríamos ahora, tras la reforma, en un proceso en que se deja actuar al menor, pero si se equivoca, se le enmienda o corrige, para que no se perjudique. Recabar el auxilio de la autoridad judicial, podría ser la forma de realizarse la intervención[53], sin embargo la dificultad de acudir a esta vía, hará probablemente que sólo se planteen aquellas cuestiones respecto a los derechos de la personalidad de los menores, en donde haya diversidad de opiniones entre los progenitores, o bien donde la integridad física, se pueda ver seriamente dañada, y en este último supuesto ya estaríamos ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

Si entendemos que ese poder de corrección, encuadrado dentro de los deberes de cuidado y asistencia paternos, supone la excepción, es decir, la intervención de los progenitores en ámbitos de los derechos de la personalidad en los que el menor maduro puede disponer, habrá que llenar de contenido la referida facultad de corrección, de manera que pueda ser efectiva.

La cuestión es que un adolescente puede adoptar decisiones que afecten a su futuro desarrollo personal, pero resultará complicado encontrar un pronunciamiento judicial al respecto, si no es que la disposición del derecho de la personalidad, tiene un reflejo considerable de carácter patrimonial. Y en este sentido la STS 5 febrero 2013[54] al afirmar que "… el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la Ley y que sirva al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por el mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico …", para después seguir diciendo: "Como tampoco resulta descartable, en estos casos, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 del CC y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de la validez de dichos contratos. Así, y en el sentido de la tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor".

53 En este sentido Ruiz de Huidobro de Carlos que la entiende como un nuevo tipo de capacidad de obrar, la del menor maduro, siendo ésta revisable o vigilada, con la posibilidad de adopción de medidas de carácter correctivo o paliativo, "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV., *Tratado del Menor*, (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 172.

54 STS 5 febrero 2013 (RJ 2013, 928).

Si bien es cierto que el pronunciamiento judicial es anterior a la reforma que establece el art. 162 del CC de cuidado y asistencia paternas, pero ello no impide que se le reconozca al menor una independencia para la toma de decisiones que afecten al libre desarrollo de la personalidad, para después requerir la autorización judicial dadas las consecuencias patrimoniales derivadas de los contratos suscritos.

De esta forma, si el menor decide iniciar una carrera profesional o deportiva, puesto que afecta a su desarrollo personal, no cabe en este sentido la representación de los progenitores. Ahora bien, si las exigencias en el desarrollo de esa pretendida carrera profesional o deportiva, pueden suponer para el menor un riesgo de llegar a padecer un TCA, ¿cuál sería la opción de los padres para intervenir, dadas sus funciones de cuidado y asistencia? La judicialización de la cuestión, resulta asegurada.

La detección precoz de la enfermedad justificaría sin duda, la decisión de impedir cualquier actuación del menor, que, aunque suponga aparentemente el desarrollo de su personalidad y el respeto a la autodeterminación del mismo en este ámbito, va o puede ir en contra de su propio interés. En este sentido, las campañas de prevención dirigidas a educadores, sanitarios y a los mismos padres, puesto que éstos en ocasiones son los últimos en reconocer el problema, resultan fundamentales.

III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS CONSUMIDORES Y LAS PRÁCTICAS MERCANTILES

1. Medios de comunicación

Es evidente que en el ámbito jurídico el problema se desarrolla en el contexto de los derechos de la personalidad, pero dada la incidencia tan grande que en la edad adolescente tiene la dicotomía: autodeterminación de su propia imagen *versus* derecho a la salud, va a suponer además que la integridad de la persona y el desarrollo de la misma, libren una batalla, cuyo único vencedor no participa en la contienda.

Efectivamente intereses particulares mercantiles se encuentran detrás de intentar proyectar una imagen ideal de la persona, que requiere del establecimiento de unos límites, de tal forma que el libre desarrollo de la personalidad se pueda llevar a cabo con el máximo respeto a la dignidad humana.

Se hace por ello necesario identificar el derecho objeto de protección, tal y como hasta el momento hemos ido realizando en nuestro estudio, para a continuación intentar trazar las líneas de protección y la oportunidad de introducir

los mecanismos legales adecuados, cuyo efecto sancionador pueda servir de elemento disuasorio en las prácticas comerciales.

El efecto más inmediato que se produce en el contexto social imperante es el riesgo para la salud. El art. 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece como primer derecho básico de los consumidores y usuarios la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

"No se puede obviar el papel que juega el valor que los estereotipos dominantes en nuestra sociedad asignan a la belleza y el atractivo físico y su relación con el éxito social, especialmente en lo que se refiere a las mujeres, a lo que contribuye la visión que en muchas ocasiones se ofrece de la imagen de la mujer en algunos medios de comunicación o en la publicidad. Por otra parte, la mercadotecnia agresiva sobre la cirugía estética o la tendencia a magnificar las expectativas y banalizar los riesgos de este tipo de cirugía, junto con la mayor influenciabilidad de las personas adolescentes y su especial sensibilidad psicológica acerca de la valoración de su aspecto físico, hacen a estas personas especialmente vulnerables ante una oferta cada vez más accesible de la cirugía estética"[55].

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 establece en su art. 17: "Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29…".

No cabe duda, por lo tanto, del importante papel que desarrollan los medios de comunicación en cualquier aspecto de la vida del menor, y en concreto del bienestar social, espiritual y moral, de salud física y mental. De ahí probablemente que en la Convención se les sitúe en un plano activo, alentando los Estados Partes a los mismos medios de comunicación, a que difundan información y materiales de interés social.

Las medidas legales adecuadas se van a desarrollar en dos ámbitos concretos, en primer lugar en relación con los medios de comunicación y en particular

55 Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía.

respecto a la publicidad, y en segundo lugar según todo lo relacionado con el mercado de la moda[56].

2. Libertad de información, comunicación y protección de los menores y adolescentes

Indudablemente los medios de comunicación ejercen una clara influencia en los trastornos alimentarios. Los cánones de belleza marcados, son percibidos por niños y adolescente a través de los medios audiovisuales o prensa escrita, incluso en ocasiones con mensajes dirigidos especialmente como público a ellos mismos.

La publicidad resulta un factor determinante en este binomio entre medios de comunicación y trastornos de la conducta alimentaria. Sin embargo, más allá de la publicidad, están los propios contenidos, que sin ningún control al respecto, pueden resultar igualmente lesivos para la salud de los menores y adolescentes, para su desarrollo físico y emocional, y en último término, afectar a su integridad personal[57].

El art. 20 de la CE, al referirse a la libertad de información, recoge como límite expreso a la misma en el apartado cuarto, la protección de la juventud y la infancia[58]. Sin duda esa es una manera de atender al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 de la CE, en este caso, de menores y jóvenes. Se trata de evitar injerencias externas que puedan lastrar su normal desenvolvimiento[59]. Hay que cuidar no sólo del derecho a la información de los menores en sentido positivo, es decir que puedan recibir información para su formación, sino también que no reciban aquella que pueda resultar perjudicial para su desarrollo personal.

56 El artículo 10 de la Ley Argentina 26.396 de Prevención y Control de trastornos alimentarios, publicada en el Boletín Oficial de 3 de septiembre de 2008 establece: "La autoridad de aplicación deberá tomar medidas a fin de que los anuncios publicitarios y que los diseñadores de moda, no utilicen la extrema delgadez como símbolo de salud y/o belleza, y ofrezcan una imagen más plural de los jóvenes, en particular de las mujeres".

57 "La valoración de la imagen corporal que hacen los medios de comunicación, y en especial la Televisión a través de sus múltiples formatos (información, ficción, publicidad, entretenimiento, debates…) tiene trascendencia e influencia en la percepción y valoración social de la imagen corporal de los telespectadores. Nuestra sociedad ha desarrollado una especial sensibilidad hacia el cuerpo, estableciendo a veces una falsa correlación entre apariencia física, salud y éxito social… La premisa que el cuerpo es «infinitamente moldeable» es la creencia básica promovida por la industria de la estética y la alimentación para crear la falsa expectativa al consumidor que uno tiene el cuerpo que quiere y que si quiere cambiarlo debe consumir sus productos. La forma del cuerpo de cada persona está determinada en gran parte por la genética junto con los hábitos de vida". Decálogo de buenas prácticas sobre el fomento de la autoestima y la imagen corporal en los medios de comunicación (fecha de consulta 1 julio 2018) editado por el Colegio Oficial de Periodistas de Cataluña, academiatv y Fundación IMA (Fundación Imagen y Autoestima), pp. 1 y 6.

58 Nótese que hace referencia no sólo a niños, sino también a jóvenes; dicha fórmula la repite nuestro legislador más reciente con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El documento se encuentra disponible en http://www.f-ima.org/fitxer/400/Dec%C3%A1logo%20MMCC%202012%20CAST.pdf

59 Vázquez Alonso, V.J.: "Aspectos constitucionales del Derecho de la Comunicación", en AA.VV.: *Derecho de la Comunicación* (coord. por E. Guichot), Iustel, Madrid, 2011, p. 72.

Y es que según establece el art. 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM), lo menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar, la información adecuada a su desarrollo. Es también en este precepto legal donde se pronuncia sobre la función de los poderes públicos en dicho ámbito. Deben atender a que la información que reciban los menores, no sólo sea veraz y plural, sino también respetuosa con los principios constitucionales. Y en particular, se concreta que las Administraciones Públicas velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores, promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, evitando imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad.

Junto a la mención específica para que las Administraciones Públicas velen porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores no sólo respeten, sino que promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto, evitando la violencia, trato degradante y sexista, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade que en el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes deben impulsar entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar dichos valores.

La referida reforma, especialmente preocupada por la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, pierde una oportunidad de introducir la promoción de valores no tanto estéticos, como intelectuales de la persona. Se habla de igualdad, solidaridad, diversidad, respeto, no a la violencia, trato degradante o sexista, pero ¿dónde se encuentra la promoción del individuo por su cualidad como persona y no como cosa, o si se quiere como imagen, con unos cánones preestablecidos de belleza?

La evitación del trato degradante o sexista pretende precisamente que la persona o la mujer se cosifique; que no se produzca una identificación entre mujer e imagen específica de la misma. Es por ello, que, en el ámbito de la publicidad, como después veremos, se están consiguiendo pronunciamientos legales específicos al respecto.

Pero qué ocurre con la promoción de los valores intelectuales de la persona, y sobre todo qué ocurre con la sobrevaloración de los mismos, por encima de la imagen o aspecto físico de la persona en esos cánones predeterminados. Cabe preguntarnos, si hay que esperar a la buena voluntad de los medios de

comunicación para que no solo desarrollen códigos de conducta en este sentido, sino también para que los cumplan.

La acción de los medios de comunicación resulta significativa "en la medida en que pueden difundir modelos más realistas, evitando la proyección pública de estereotipos susceptibles de ser contrarios a la salud y rehuyendo también identificar y valorar a las personas exclusivamente por su aspecto físico" y es que es importante que en el tratamiento de la anorexia y la bulimia nerviosas por los medios de comunicación, se fomente la diversidad de modelos (corporales, de belleza…) y que el valor recaiga precisamente en esta diversidad como una riqueza en sí misma"[60].

Está en juego el desarrollo de la personalidad del menor, con una educación en contra de la violencia, trato degradante o sexista. Pero también la sobrevaloración del aspecto físico y la predeterminación de unas medidas, sin la contrarrestada información respecto a supremacía de los valores morales o intelectuales de la persona, puede llegar a afectar, y lo que es más grave, a dañar, el desarrollo de su personalidad. Es por ello que aprovechando la modificación del art. 5 de la LOPJM, a propósito, precisamente, de la Ley de la Infancia y de la Adolescencia, se hubiera podido hacer una mención en este sentido. Efectivamente no se ha utilizado, la oportunidad que brindaba esta modificación legal, de extender la protección, evitando mensajes e imágenes que los dañen en el aspecto referido.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, recoge en el art. 7 como los derechos del menor, la prohibición de la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Sin embargo, aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 h., debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual[61]. La diferencia entre la prohibición de emisión o la limitación de emisión en franja horaria reside en que puedan perjudicar seriamente o que puedan resultar perjudiciales al desarrollo físico, mental o moral de los menores. La Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de

60 Recomendaciones sobre el tratamiento de la anorexia y la bulimia nerviosas en los medios de comunicación audiovisual (fecha de consulta 1 julio 2018) aprobadas por Acuerdo de 17 de junio de 2015 del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña.

61 Linde Paniagua, E. y Vidal Beltrán, J.M. esta prohibición copiada de la Directiva y de horario europeo, choca con los usos y costumbres de los niños españoles que se mantienen más tarde de las 22 h. y se inician también más tarde de las 6 h., *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid, 2013, p. 477. El documento se encuentra disponible en: https://www.cac.cat/sites/default/files/2018-04/Recomanacions%20anor%C3%A8xia%20ES.pdf

comunicación audiovisual), refiere la misma distinción entre perjudicar seriamente y perjudicar el desarrollo físico, mental y moral de los menores, en su art. 27.1 y 27.2 respectivamente[62].

Se requiere por lo tanto de una labor interpretativa para diferenciar los contenidos que puedan perjudicar seriamente de aquellos que puedan resultar perjudiciales, si no queremos entender como lista taxativa los que cita la Ley, es decir pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita.

3. La publicidad

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad, considera que es ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la CE, en especial los que se refieren en sus arts. 14, 18 y 20 apartado cuarto. Es por ello que la Ley resulta particularmente sensible con respecto a la mujer, la juventud y la infancia y detalla especialmente la publicidad que se pueda considerar ilícita respecto a las mujeres y la publicidad dirigida a menores. No están permitidos los anuncios que presentan a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria bien con la exposición de su cuerpo o con su imagen asociada a comportamientos estereotipados. Y la publicidad dirigida a menores, no podrá explotar su inexperiencia o credulidad, o que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. Por supuesto no se podrá presentar a los niños en situaciones peligrosas, no se podrá inducir a error sobre las características de los productos, su seguridad o la capacidad del menor para su manejo, extremos estos últimos innecesarios de detallar, por cuanto ya de por sí, la publicidad resulta ilícita por engañosa.

Es por lo tanto complicado determinar la ilicitud de la publicidad que se vale de la imagen alterada o irreal de la figura humana. Sólo cuando afecte a la dignidad de la persona de forma genérica, según refiere la Ley de Publicidad, o discriminatoria respecto al género humano, podrá ser rechazada la publicidad. La cosificación de la mujer a través de la publicidad, es lo que intenta evitarse, y no cabe duda que la imposición permanente de determinados patrones físicos y de belleza pueden llegar a crear frustración e inseguridad, menoscabando a quienes no se encuentran dentro del perfil establecido. Y es que la mujer está sometida continuamente al mensaje de que si no es bella, con arreglo a los cánones marcados, no tiene valor y que su valía depende de que pueda seducir a los hombres, pervirtiendo el

62 Y de la misma forma el art. 22 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, de la que trae su origen.

propio concepto de salud a través de la promoción de productos que potencian la obsesión por la delgadez[63].

Nos encontramos por lo tanto ante una Ley de Publicidad que de forma genérica protege de los ataques a la dignidad de la persona, pero se preocupa especialmente de la mujer, la infancia y la juventud, si bien esta última sólo por alusión indirecta a través de la mención del apartado cuarto del art. 20 CE.

A su vez hay que tener en cuenta que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual establece restricción en horario de protección del menor, al no permitir insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética (art. 7.2), e insta a la autoridad audiovisual competente para que promueva entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva, el impulso de códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada, que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos de alimentos y bebidas con efecto nutricional o fisiológico, y en particular con nutrientes o sustancias tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total (art. 7.4).

En ambos casos se refiere a la comunicación comercial, pero con distintas fórmulas a utilizar, a saber, mientras que para el supuesto de que se trate de exaltación del culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, se permite la publicidad, pero en horario no protegido, es decir, entre 8 h. a 9 h. y entre 17 a 20 h. los días laborables y entre 9 h. a 12 h. los sábados, domingos y festivos; en relación con la ingesta de alimentos y bebidas no adecuadas por favorecer claramente la obesidad infantil, se trata de promover códigos de conducta entre los prestadores de servicios.

Ante tal protección de que sólo esté restringida la comunicación comercial en la que se produce una exaltación del culto al cuerpo y el rechazo de la autoimagen en un horario tan reducido, tanto para niños, como para adolescentes y especialmente para estos últimos, y el hecho que de tal limitación lo sea solo a los efectos de la misma comunicación comercial, y no respecto a los propios contenidos de la programación del medio, produce que la exaltación del culto al cuerpo, la promoción del adelgazamiento, o la posibilidad de recurrir a cirugía estética, se presente de una forma más o menos directa, ante un consumidor, como son los jóvenes, incapaces de valorar las consecuencias que en su salud,

63 Carretero García, A.: "Publicidad sexista y medios de comunicación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10/2014, pp. 132-133. Cita expresamente el caso de la mezzosoprano irlandesa Tara Erraught, que, a pesar de su valía profesional, ha recibido numerosas críticas por su sobrepeso.

tanto física como psíquica, puede llegar a producir esa interesada percepción de la realidad personal que se les está trasmitiendo. Resulta sorprendente que el legislador sea consciente del peligro que se corre en la comunicación audiovisual respecto a la exaltación del culto al cuerpo y como consecuencia de ello el rechazo de la autoimagen[64], para después permitir la publicidad de productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, salvo en horario protegido para el menor. Existe por lo tanto una formada conciencia de que se trata de una cuestión, de necesaria regulación legal, para después sólo limitar la publicidad y en un horario claramente insuficiente para proteger a los menores y jóvenes, quienes además van a poder acceder a información de dicha temática en los contenidos de cualquier programa sin finalidad comercial, y sin restricción horaria alguna.

Orientado a la protección de los menores ante contenidos potencialmente inadecuados para ellos, tenemos el Código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia suscrito el 9 de diciembre de 2004 entre el Gobierno de España y los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva. Dentro del apartado II dedicado a los menores y programación televisiva en horario protegido, y como uno de los principios, se propugna: "d) Evitar la incitación a los niños a la imitación de comportamientos perjudiciales para la salud y especialmente: la incitación al consumo de cualquier tipo de droga y el culto a la extrema delgadez"[65].

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), como asociación sin ánimo de lucro, integrada por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales, posee el Código de conducta publicitaria establecido en 1996, inspirado en el Código Internacional de prácticas publicitarias de la Cámara de Comercio Internacional[66].

64 La anterior Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, tanto en su artículo 16 dedicado a la protección de los menores frente a la publicidad, como el art. 17 referente a la protección de los menores frente a la programación, no aludía en modo alguna a contenidos de exaltación del culto al cuerpo o autoimagen. Tampoco en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad, se hizo mención alguna en dicho sentido.

65 El Código supuso, en opinión de Fernández Martínez, A. y López de Ayala López, M. C., un paso importante en la responsabilidad social de las grandes cadenas televisivas, pues se sometieron voluntariamente a un autocontrol más allá de la legislación vigente, y ello para conciliar sus legítimos objetivos económicos y de audiencia con la garantía de la protección de los menores sancionada por la Constitución y ampliamente reclamada por la sociedad, sin embargo, esta responsabilidad social se queda en pura teoría cuando las intenciones no se traducen en hechos, recomendando a los responsables administrativos el replanteamiento de la efectividad de este código y la implementación de las medidas oportunas para solventar esta situación de un horario infantil que continúa sin estar protegido, "Televisión e infancia: cinco años después del código de autorregulación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, 66, 2011.

66 El Código de AUTOCONTROL (fecha de consulta 1 julio 2018), en el punto 28 afirma que la publicidad dirigida a los niños o adolescentes, o susceptible de influirles, no deberá contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan producirles perjuicio mental, moral o físico, mientras que el punto 29 de protección a la salud considera que la publicidad evitará incitar a sus receptores, en especial a los adolescentes, a la adquisición de pautas/comportamientos que puedan resultar nocivos para su salud. El

Bien es cierto que determinar unos cánones de belleza para la mujer, la sitúan en una posición discriminatoria, por cuanto que es considerada como objeto sexual, pero al mostrar imágenes de mujer extremadamente delgadas, va más allá de una cuestión de discriminación, entrando de lleno en la salud de la persona y en su dignidad. Si además, los receptores de estos mensajes, son menores, o en gran medida adolescentes, la cuestión llega a ser difícil de combatir.

Si la publicidad no respeta la imagen de la mujer por mostrarla de forma vejatoria o discriminatoria, al utilizar su cuerpo o partes del mismo, como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o bien asociándolo a comportamientos estereotipados, la publicidad puede llegar a considerarse ilícita, pero si la publicidad respeta estos parámetros, ¿tendríamos que entender vulnerada la dignidad de la persona de forma genérica? [67].

No cabe duda que la protección de la imagen de la mujer desde una perspectiva de género, se ha visto considerablemente mejorada desde su inclusión en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con una alusión específica en su artículo 3 a) a la ilicitud de la publicidad que atente contra la mujer, para introducir un nuevo párrafo gracias a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por el que se considera publicidad ilícita los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro derecho coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2004[68].

En el plan anual 2015 de la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional y desde el Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades, se propone una campaña con soporte en prensa e internet y dirigida al público infantil y juvenil que con el título "Contra los desordenes y trastornos alimenticios", tiene por objetivo y sentido difundir modelos de vida saludables basados en una alimentación sana y variada, alentar de los riesgos que comportan determinadas prácticas alimentarias y promover una autopercepción corporal positiva, basada en la diversidad morfológica de las personas y alejada de los modelos sociales

documento se encuentra disponible en https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2017/12/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf

67 Piénsese en el reclamo publicitario de un pub, que en una conocida red social afirma que hay que ponerse guap@s pues comienza el tardeo del sábado, y a ese texto se acompaña una fotografía de dos chicas jóvenes maquillándose, con una indumentaria correcta, pero extremadamente delgadas.

68 Nuevo inciso de gran importancia en opinión de Pérez Troya, A., en cuanto a la integración objetiva del ilícito, "La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil", *Revista de Derecho Mercantil,* nº 288/2013, consultado en Aranzadi Digital, p. 2.

estandarizados e idealizados[69]. Dicho plan anual viene ordenado en el art. 12 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional[70].

Los poderes públicos deben fomentar la formación y educación de los consumidores y usuarios, y en este sentido el art. 17.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, establece que los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios, quedando por tanto patente esa clara posición activa de los mismos poderes públicos.

El Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la enmienda presentada a la Proposición no de Ley sobre la detección temprana de los trastornos de alimentación en los menores de edad aprobada el pasado 12 de diciembre, pretendía que se introdujese que se instase al Gobierno, a llevar a cabo las medidas legales oportunas para que toda publicidad con personas modificadas con técnicas digitales, se señale de manera explícita. También pretendían las medidas legales oportunas, para que cualquier producto o técnica de belleza, incluya en el anuncio la edad de la persona que anuncia dicho producto, y las medidas necesarias para que anuncios referidos a productos o técnicas de belleza, pasen unos filtros adecuados previos a su publicación. Ninguno de estos extremos de la enmienda se ha incluido finalmente. Sin embargo, el 1 de octubre de 2017 entraba en vigor en Francia el *Dècret nº 2017-738 du 4 mai 2017 relatif aux photographies à usage comercial de mannequins dont l'apparence corporelle a été modifiée.* La mención "fotografía retocada" deberá acompañar a la comunicación comercial en la que se haya utilizado software de procesamiento de imágenes para refinar o engordar la silueta del o de la maniquí. La misma se debe colocar de forma accesible, fácilmente legible y claramente diferenciada, en el mensaje publicitario o promocional, teniendo que respetar la presentación de los mensajes las reglas de buenas prácticas definidas por la profesión, en particular por la autoridad reguladora profesional de la publicidad[71].

69 Plan 2015 de Publicidad y Comunicación (fecha de consulta 1 julio 2018), p. 52.

70 Hay que tener en cuenta que en esta misma ley, en su art. 3.1 y como requisitos de las campañas institucionales de publicidad y comunicación establece que solo se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y comunicación cuando cumplan con los siguientes objetivos: "a) promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales… g) Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural". El documento se encuentra disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/cpci/Documents/Plan2015.pdf

71 El pasado noviembre, la Asamblea de Madrid también aprobó la Proposición no de Ley, en la que se incluían entre otros puntos, instar al Gobierno de la Nación, a través del Consejo Interterritorial de Salud, para llevar a cabo las medidas legales oportunas para que toda publicidad en la que aparezcan personas cuyas características hayan sido modificadas mediante técnicas digitales, señale de manera explícita, en el mismo anuncio, que se ha producido dicha modificación, y que toda publicidad relativa a productos, complementos o técnicas de belleza, de carácter sanitario o de cualquier otro tipo, deban incluir en el anuncio, en lugar visible, la edad de la persona que anuncia dicho producto. También se insta al Gobierno

La defensa debe discurrir sin duda, por la protección del consumidor frente a actos atentatorios a su salud. Sin embargo, a la luz de la SAP de Madrid 10 marzo 2006[72], no parece en principio que pueda llegarse a considerar ilícita la publicidad por el peso específico de riesgo para la salud como derecho básico del consumidor. El anuncio objeto del pleito decía así: "Tú decides. Biomanán te ayuda a adelgazar de la forma más eficaz, sana y segura. Que mejor se adapte a tu estilo de vida. Para que adelgazar te sea más fácil y lo hagas con salud. Infórmate en tu farmacia".

La demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación solicitaba se declarase ilícita la publicidad del producto, siendo estimada en primera instancia[73] y desestimada en apelación. La cuestión gira en torno a la posible ilicitud de la palabra "adelgazar" en la publicidad y su relación con expresiones como "sana" y "salud". Se fundamenta en la sentencia la licitud de la publicidad en la aplicación del art. 4.3 del RD 1430/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, que establece que "… no contendrá ninguna referencia al ritmo o a la magnitud de la pérdida de peso a que puede llevar su consumo, ni a la disminución de la sensación de hambre o al aumento de la sensación de saciedad", sin prohibición por lo tanto al término adelgazar; diferenciándose en este sentido de lo establecido en el RD 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, Circulación y Comercio de Preparados Alimenticios para Regímenes Dietéticos y/o especiales, que sí prohíbe utilizar expresamente las palabras saludable y adelgazante, pero que según considera la Sala, no es de aplicación al presente caso.

La referida sentencia contiene un voto particular del Magistrado D. Carlos López Muñiz Criado, en el que analiza el sentido etimológico de la palabra "adelgazar", y considera que no se aleja mucho de la percepción común y actual de la misma, pues es socialmente admitido con un criterio general, que la delgadez de la persona es un factor de atracción física, y que es incorrecta la manera de identificar la belleza física con la delgadez, lo que está en el origen de graves enfermedades, como la anorexia y por tanto el concepto estudiado puede llegar a afectar a la salud, si un consumidor sensible a esa percepción estética entiende el mensaje como una fórmula capaz de proporcionar la belleza física por medio

de la Nación, a través del Consejo Interterritorial de Salud, para llevar a cabo las medidas necesarias para que toda publicidad relativa a productos, complementos y técnicas de belleza, deban cumplir unos criterios estándar de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad con los consumidores y usuarios, pasando unos filtros adecuados previos a su publicación, ya sea en medios escritos, radiofónicos o visuales, sobre todo en los medios de comunicación de titularidad pública.

72 SAP Madrid 10 marzo 2006 (AC 2006, 444).

73 SJ Mercantil nº 5 Madrid 11 enero 2005 (AC 2005, 1189).

del adelgazamiento y lleva éste hasta límites extremos. Recuerda la necesidad de realizar la aplicación de la norma de acuerdo con los criterios hermenéuticos del art. 3 del CC, y entiende que en el espíritu del art. 4.3 del RD 1430/1997 trata de evitar las conductas obsesivas de personas que a toda costa quieren enflacar porque no se ven atractivas, de ahí que prohíba referencias a la velocidad y magnitud de la pérdida de peso, y lo hace, además, eludiendo cualquier mención al verbo adelgazar, mostrando con claridad la proscripción del término y de sus derivados.

Por ello resulta sorprendente que la Sala evite considerar precisamente la problemática social de los riesgos derivados de una incontrolada obsesión por la pérdida de peso o adelgazamiento, con el argumento de que estos son supuestos no contemplados en la norma, puesto que la norma está "orientada a regular la cuestión analizada con carácter de generalidad", para después afirmar que sí está contemplado en dicho art. 4 del RD cuando alude a lo que no contendrá la publicidad (referencia al ritmo o a la magnitud…). Es decir, por un lado, la norma tiene un afán de generalidad, y no puede contemplar situaciones especiales, que previamente se han reconocido como de trascendencia social indudable, pero además es que de la propia dicción literal de la norma sí se contemplan dichas situaciones. Realmente el argumento resulta complicado de entender, reduciéndose en último término a la no prohibición expresa del término "adelgazar" y olvidando los criterios interpretativos del art. 3 del CC.

Bien es cierto que en el anuncio se integran los términos salud y adelgazar y que sólo por esta conexión debería haberse contextualizado en el entorno social lesivo que condiciona el éxito personal y profesional, a unos determinados cánones de belleza, y que sin lugar a dudas, daña el derecho a la salud del consumidor. Esto hubiera sido argumento suficiente para considerar ilícita la publicidad. La misma contenía además una explícita alusión a un estilo de vida, en concreto decía que el producto es el "que mejor se adapta a tu estilo de vida", afirmación ésta que aproxima peligrosamente la delgadez a un determinado modo o manera de vivir, trasmitiendo de esta forma un mensaje sumamente perjudicial, es especial para el joven consumidor.

4. La regulación de las tallas

Sin duda la homogeneización de las tallas es otra de las cuestiones pendientes y que pueden contribuir a la sensibilización social respecto a los trastornos alimenticios. Es fundamental que los comercios ofrezcan una variedad de tallas acorde a la población a la que van dirigidas. Por ello también es necesario el desarrollo de un sistema estándar de tallaje que se siga por el sector textil y de la confección, para que las tallas se adapten a las necesidades de la población española y se oferten como tales.

El 23 de enero de 2007 se suscribe un acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Asociación de Creadores de Moda de España, La Agrupación Española de Género de Punto, La Federación Española de Empresas de la Confección, El Corte Inglés, Cortefiel, Inditex y Mango[74]. En dicho acuerdo se recogía la preocupación del Ministerio de Sanidad y Consumo por la adopción de referentes sociales de belleza saludable, siendo importante la elección de los soportes de la moda, tanto las modelos que desfilan en pasarelas[75], como los de apariencia humana utilizados para la exposición de prendas de vestir en los locales comerciales; ambos deben responder a perfiles biométricos comunes en la población.

Por dicho motivo también anunciaba que se tenía previsto realizar un estudio antropométrico de la población española que permitiese fijar su perfil biométrico real. El estudio antropométrico de la población femenina española se efectuó en 2007 por el Instituto Nacional de Consumo (INC) en colaboración con el Instituto de Biomecánica de Valencia (IBV). Sin embargo, no parece que finalmente se haya conseguido una unificación de criterios en torno a las tallas[76].

En el propio convenio se recogía la disposición de las asociaciones y empresas firmantes del Acuerdo de ofrecer una información adicional, a partir de los resultados del estudio antropológico, que refleje el rango de medidas corporales a que corresponde cada denominación de talla. Dicha información seguiría preferiblemente, los criterios de la norma UNE-EN 13402 "Designación de tallas para prendas de vestir", en particular en lo que se refiere a las mediciones e intervalos para la fijación de tallas[77]. Se utiliza por lo tanto, con el convenio, la vía de la autorregulación, por cuanto que se carece de disposición legal obligatoria en este sentido[78].

La Convención de los derechos del niño habla de una posición del Estado activa, incentivando a los medios de comunicación a que integren programas específicos para difundir información y materiales de interés social y cultural, promoviendo su bienestar social, espiritual y moral, así como su salud física y mental. El mismo art.

74 El documento se encuentra disponible enhttp://www.lamoncloa.gob.es/Documents/7eb1-f460-textodelacuerdo.pdf (fecha consulta 1 julio 2018).

75 En septiembre de 2006, los Organizadores de la Pasarela Cibeles en colaboración con la Comunidad de Madrid, impusieron a las modelos candidatas que su Índice de Masa Corporal (IMC) fuese en torno a 18, límite considerado saludable (cercano al fijado por la OMS) para ser elegidas en el desfile. Por todas las noticias se puede ver en El País del 7-9-2006.

76 Así es denunciado por la OCU en noticia de 7-12-2015 (fecha de consulta 1 julio 2018).

77 En el BOE de 24/3/2014 se encuentra la Resolución de 6 de marzo de 2014, de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, por la que se publica la relación de normas europeas que han sido ratificadas durante el mes de enero de 2014 como normas españolas, incluyéndose en la lista la Norma *EN 13402-3:2013, Designación de tallas para prendas de vestir. Parte 3: Mediciones e intervalos.* El documento se encuentra disponible en https://www.ocu.org/alimentacion/adelgazar/noticias/anorexia-y-bulimia-contra-la-dictadura-de-las-tallas556164

78 Martinez-Zaporta Aréchaga, E. y Fernández-Delgado Momparler, R.: "Aspectos bio-jurídicos", cit., p. 40.

43 de la CE, atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, no sólo con las prestaciones y servicios requeridos, sino con las medidas preventivas necesarias, y en este sentido se encuentra plenamente justificado, la intervención de los mismos, en la formación e información, que a través de los medios de comunicación se presenta de la imagen personal idealizada, máxime cuando ésta llega a menores y jóvenes. No existe alusión legal concreta a la cuestión, a excepción de la mención en la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual y con el fin de restringir el horario de comunicaciones comerciales (art. 7.2) o algún pronunciamiento en códigos deontológicos[79]. Por ello resulta necesaria una aproximación legal a la enfermedad de los TCA.

IV. DE LEGE FERENDA A MODO DE CONCLUSIÓN

En la Proposición no de Ley sobre la detención temprana de los trastornos de alimentación en los menores de edad presentada por el Grupo Parlamentario Popular el pasado verano[80], se instaba al Gobierno en colaboración con las Comunidades Autónomas, al diseño y ejecución de protocolos de actuación para al detección de los trastornos de alimentación en las aulas y a promover campañas de prevención, sensibilización y concienciación social sobre dichos trastornos.

Finalmente, la Proposición no de Ley, tras la consideración de las enmiendas propuestas a introducir, se ha teniendo en cuenta que, en el diseño y ejecución de protocolos de actuación estuviera presente la perspectiva de género (propuesto por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos- En Comú Podem-En Marea). También se ha introducido que en la estrategia de Salud Mental se realicen estudios sobre la incidencia, prevalencia y evolución de los TCA (propuesta por el Grupo Parlamentario Ciudadanos) además de llevar a cabo campañas institucionales desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a fin de concienciar sobre los riesgos de los TCA (propuesto por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos). Y también se ha incluido el tener que vigilar las páginas web que promuevan los referidos trastornos, llevando a cabo las actuaciones judiciales para clausurarlas cuando proceda (propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista).

79 La guía de buenas prácticas sobre los trastornos de alimentación en los medios de comunicación publicado por la Asociación Valenciana de Familiares de Enfermos con trastornos Alimentarios: Anorexia y Bulimia (AVALCAB) (fecha de consulta 1 julio 2018), considera que la Administración Pública debe: a) vigilar el cumplimiento de la normativa de control para determinados programas en horario infantil, b) tratar de que desde las televisiones se contraten presentadoras atendiendo las solicitudes que abogan por una imagen realista de la mujer en televisión, c) incentivar la publicidad que muestre mujeres "de verdad", d) promover la diversidad corporal en la publicidad, e) promover una alimentación y estilo de vida saludables, f) Apoyar campañas que fomenten estilos de vida saludables. Se puede encontrar la guía en INFOCOPONLINE-Revista de Psicología 10/07/2009.

80 BOCG 14-9-2017. El documento se encuentra disponible en http://www.infocop.es/view_article.asp?id=2465

No se tuvieron en cuenta, sin embargo, el resto de la enmienda de modificación propuesta por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos consistente en: 1) Que se adopten las medidas legales oportunas para que en la publicidad en la que aparezcan personas cuyas características hayan sido modificadas mediante técnicas digitales, se señale de manera explícita en dicho anuncio. 2) Llevar a cabo las medidas legales oportunas para que todo anuncio de producto o técnica de belleza, deba incluir en el anuncio, la edad de la persona que anuncia dicho producto. 3) Implantar las medidas necesarias para que toda publicidad de productos, complementos y técnicas de belleza, deban cumplir con unos criterios estándar de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad con los consumidores y usuarios, pasando por unos filtros adecuados previos a su publicación, sobre todo en los medios de comunicación de titularidad pública. 4) Llevar a cabo las modificaciones legales para que todas las páginas webs "pro-anorexia" o "pro-bulimia", no sólo sean clausuradas, sino que se castigue penalmente a aquellas personas que fomenten este tipo de trastornos. 5) Llevar a cabo las modificaciones legales para prohibir la actividad de modelo a toda persona que tenga un Índice de Masa Corporal inferior a lo científicamente estimado como "saludable" y multas para las agencias que lo incumplan.

Resulta concluyente que no se haya introducido en la Proposición no de Ley, la adopción de medidas legales, para que en la publicidad se incluya de manera explícita la modificación de las características de las personas, la edad de la persona en los anuncios de productos o técnicas de belleza, o prohibir la actividad de modelaje a toda persona que no tenga un IMC adecuado[81].

Incluso se rechaza la adopción de medidas para cumplir la publicidad de productos, complementos y técnicas de belleza, con los criterios de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad con los consumidores, introduciendo unos filtros adecuados previos a su publicación, como si la protección de los consumidores y usuarios, y especialmente cuando de menores y jóvenes se trata, no merezca la introducción de cualquier medida de control a favor de su salud e integridad personal.

La lucha contra la enfermedad social de los Trastornos de la Conducta Alimentaria, requiere la adopción de medidas de prevención y control, que pasa sin duda por aquellas con verdadera efectividad jurídica, y por tanto que sean de carácter legal. Regular la publicidad que incluya imágenes de personas que han

81 En Francia desde el pasado mayo, está en vigor la Orden de 4 de mayo de 2017 sobre certificación médica, que permite el ejercicio de la actividad de modelo. En la misma se establecen las condiciones de los certificados médicos para el ejercicio de la actividad de modelado en adultos y niños. La definición de índice de masa corporal que se tiene en cuenta, es la establecida por la OMS en su clasificación internacional de bajo peso, sobrepeso y obesidad según el cálculo del índice de la masa corporal para adultos y las referencias francesas que indican la entrada en la desnutrición infantil.

sido modificadas con técnicas digitales o incluir la edad de la persona que anuncia un producto o técnica de belleza, puede ser un inicio importante para combatirla.

Que la moda se presenta por modelos de dimensiones corporales reducidas, casi esqueléticas en muchas ocasiones, es algo innegable. Además, influye de forma negativa la dificultad de encontrar tallas más grandes del gusto del consumidor. Es el cuerpo el que debe adaptarse a la moda[82]. Las medidas legales en este sentido deben tender a evitar que ocurra precisamente esto, que no sea el cuerpo el que deba adaptarse a la moda, sino que sea la empresa de la moda la que cambie su perspectiva. Desde las pasarelas de moda[83], pasando por las dimensiones de los maniquíes con apariencia de figura humana que se exhiben en los escaparates de los comercios, hasta la regulación de un coordinado tallaje de ropa, son cuestiones que deberían abordarse por los poderes públicos, a pesar de las dificultades que conlleva su dimensión internacional.

No podemos permitir que se consolide la idea que parece estar socialmente admitida, de que la delgadez es un factor fundamental de atractivo físico, que garantiza el éxito personal y profesional. El significado de adelgazar, según la RAE[84], es reducir el grosor de un cuerpo, pero también debilitar las fuerzas, el poder o los ánimos de alguien. No debilitemos las fuerzas y el poder de nuestra juventud.

82 Guía del Instituto de la Mujer. Salud XVI. Anorexia y bulimia (fecha de consulta 1 julio 2018), p. 10. El documento se encuentra disponible en http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaSalud/Publicaciones/docs/GuiasSalud/Salud_XVI.pdf.

83 En enero de 2017, la *Conselleria de Empresa i Coneiximent de la Generalitat de Catalunya* y la Asociación contra la Anorexia y la Bulimia de Cataluña (ACAB), firmaron un convenio de colaboración para promover acciones de prevención de los trastornos de la conducta alimentaria, entre colectivos, profesionales y entidades vinculadas a la pasarela de moda catalana 080 Barcelona Fashion. El objetivo es formar a diferentes profesionales vinculados al 080 Barcelona Fashion para que puedan convertirse en "Agentes Preventivos" de los trastornos alimentarios, actuando como altavoz para la sensibilización social y acercar el trabajo de la ACAB a colectivos especialmente vulnerables como escuelas de moda y universidades vinculadas a la pasarela. Acceder a la en ttp://www.080barcelonafashion.cat/es/noticies/el-080-barcelona-fashion-con-la-prevencion-de-los-trastornos-alimentarios (fecha de consulta 1 julio 2018).

84 Diccionario disponible en http://dle.rae.es/?id=0icto4F RAE (fecha de consulta 1 julio 2018).

BIBLIOGRAFÍA

Arruego Rodríguez, G.: "El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español", *InDret,* mayo 2009, pp. 1-27.

Arruego Rodríguez, G.: "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 82, enero-abril 2008, pp. 53-82.

Arruego Rodríguez, G.: "Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español", *DS: Derecho y Salud,* vol. 15, nº 1, 2007, pp. 117-136.

Bartolomé Tutor, A.: *Los derechos de la personalidad del menor de edad,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Bustos Pueche, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad,* Dykinson, Madrid, 2008.

Canosa Usera, R.: *El derecho a la integridad personal,* Lex Nova, Valladolid, 2006.

Carretero García, A.: "Publicidad sexista y medios de comunicación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* nº 10/2014, pp. 130-142.

Castán Tobeñas, J.: "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1952, jul.-agosto, pp. 5-62.

De Lama Aymá, A.: *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad,* Tirant Lo Blanch**,** Valencia, 2006.

De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I (Derecho de la persona)* (coord. por J. R. de Vera y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp.57-78.

Fernández Martínez, A. y López de Ayala López, M. C.: "Televisión e infancia: cinco años después del código de autorregulación", en Revista Latina de Comunicación Social, 66, 2011.

León Alonso, M.: *La protección constitucional de la salud,* La Ley, Madrid, 2010.

Linde Paniagua, E. y Vidal Beltrán, J.M.: *Derecho Audiovisual,* Colex, Madrid, 2013.

López Lacoiste, J.J.: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil,* 1986, vol. 39, nº 4, pp. 1059-1120.

Martinez-Zaporta Aréchaga, E., Fernández-Delgado Momparler, R.: "Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro", *DS: Derecho y Salud,* vol. 21, nº extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado al XIX Congreso "Derecho y Salud"), pp. 39-74.

Miralles González, I.: "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles", *Revista de Catalunya,* nº 3, 1999, pp. 715-724.

Moscati, F.M., de Marco, S., Mandarelli, G., Ferracuti, S., Frati, P., "Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare", *Rivista Italiana di Medicina legale (e del Diritto in campo sanitario),* 2013, nº 3, pp. 1271-1284.

Pérez Troya, A.: "La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil", *Revista de Derecho Mercantil,* nº 288/2013, consultado en Aranzadi Digital.

Rogel Vide, C.: "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año 149, nº 1, enero-marzo 2002, pp. 113-134.

Rossi, S.: "TSO e anoressia: nota su un disegno di legge controverso", *Rivista di BioDiritto,* 2015, 3, pp. 117-135.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M.: "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV., *Tratado del Menor,* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 158-183.

Vázquez Alonso, V.J.: "Aspectos constitucionales del Derecho de la Comunicación", en AA.VV.: *Derecho de la Comunicación* (coord. por E. Guichot), Iustel, Madrid, 2011, pp. 23-80.

Vivas Tesón, I.: "La horizontalidad de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil,* Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 205-213.

IL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

DAMAGES FOR LOSS OF PARENTAL CONSORTIUM IN THE ITALIAN JURISPRUDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 86-105

Dr. Angelo
VIGLIANISI
FERRARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: Il presente lavoro si occupa di uno dei più controversi e complessi temi della responsabilità civile in Italia, ossia quello concernente la risarcibilità dei danni non patrimoniali sofferti per la perdita di un parente. Nonostante l'assenza di una specifica disposizione nel codice civile italiano, la Corte di Cassazione ha stabilito che questi danni possono essere liquidati, ma solo se sussistono condizioni ben precise, determinate dallo stesso Supremo Collegio.

PALABRAS CLAVE: Responsabilità civile, danni non patrimoniali, perdita del rapporto parentale, diritti della famiglia.

ABSTRACT: T*his work deals with one of the most controversial and complex themes of the civil liability in Italy, namely the moral damages for loss of parental consortium. Despite the absence of a specific provision in the Civil Code, the Corte di Cassazione established that these damages can be awarded, but only under the very strict conditions specified by the Supreme Court itself.*

KEY WORDS: *Civil liability, moral damages, loss of parental consortium, family rights.*

SUMARIO.- I. PREMESSA. I PRIMI RICONOSCIMENTI DELLA FIGURA IN ESAME, NELL'ÀMBITO DEGLI ILLECITI COSIDDETTI PLURIOFFENSIVI.- II. IL FONDAMENTO E LA NATURA DEL DANNO DA PERDITA (O DA SCONVOLGIMENTO) DEL RAPPORTO PARENTALE.- III. L'ESATTA PORTATA DELLA CATEGORIA IN QUESTIONE.- IV. LE NUOVE FRONTIERE DEL DANNO DA SCONVOLGIMENTO DEL RAPPORTO PARENTALE: IL DANNO DA "RITARDATA INTERRUZIONE DI UN RAPPORTO FAMILIARE ARTIFICIALE" ED IL DANNO "DA MANCATA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO PARENTALE".- V. CONCLUSIONI. LE PRECISAZIONI CONTENUTE NELLE ORDINANZE DELLA III SEZIONE CIVILE DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 907 DEL 17 GENNAIO 2018 E N. 2056 DEL 29 GENNAIO 2018.

I. PREMESSA. I PRIMI RICONOSCIMENTI DELLA FIGURA IN ESAME, NELL'ÀMBITO DEGLI ILLECITI COSIDDETTI PLURIOFFENSIVI

È a tutti noto che alcune condotte antigiuridiche sono suscettibili di procurare svantaggi giuridicamente rilevanti ad una molteplicità di soggetti: non solo alla vittima diretta dell'offesa, ma anche ad altri individui (più o meno prossimi al danneggiato)1.

A titolo meramente esemplificativo è possibile citare il danno morale soggettivo cagionato da lesione non mortale sofferta da un congiunto[2] o il pregiudizio consistente nella impossibilità di intrattenere rapporti sessuali a causa delle lesioni subite dal coniuge[3].

1 Frata, L.: "La concezione unitaria del danno non patrimoniale e la sua quantificazione nell'*illecito plurioffensivo", in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2013, p. 777.*

2 V., per tutte, la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 12146 del 14 giugno 2016 (nota per aver dato continuità ad un nuovo orientamento - che ha superato quello espresso da Cass., 14 febbraio 2000, n. 1637 - secondo il quale "in materia di illecito aquiliano, ai fini della liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, il giudice del merito non deve tenere conto della realtà socio-economica nella quale la somma da liquidare è presumibilmente destinata a essere spesa, poiché tale elemento è estraneo al contenuto dell'illecito e, ove considerato, determinerebbe una irragionevole lesione di un valore della persona umana"). Ma, già in passato, il Supremo Collegio si era espresso a favore del riconoscimento del danno in questione nelle pronunce n. 20667 del 5 ottobre 2010; n. 469 del 13 gennaio 2009; n. 26972/2008, cit.; n. 8546 del 3 aprile 2008; n. 13754 del 14 giugno 2006; n. 19316 del 3 ottobre 2005; n. 10816 del 6 giugno 2004; n. 12124 del 19 agosto 2003; n. 8827 del 31 maggio 2003; n. 9556 del 1° luglio 2002; n. 1516 del 2 febbraio 2001; n. 13358 del 1° dicembre 1999; n. 4852 del 19 maggio 1999; n. 4186 del 23 aprile 1998; n. 8305 del 17 settembre 1996. È stato così abbandonato l'indirizzo tracciato da vecchi arresti della Suprema Corte, come il n. 2037 del 23 febbraio 2000; il n. 2915 del 15 ottobre 1971, il n. 1845 del 21 maggio 1976, o il n. 6854/1988, cit.

3 Cfr., per tutte, le pronunce dell'organo di legittimità n. 12470 del 18 maggio 2017, in *www.personaedanno.it*, con nota di Ziviz, P.: "Danno da lesione parentale: no alla valutazione puramente equitativa"; n. 6607 dell'11 novembre 1986, in *Giurisprudenza italiana,* 1987, p. 2043 ss., con nota di Patti, S.: "La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile"; e n. 4671 del 21 maggio 1996, in

• Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Ricercatore di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, Avf@unirc.it

Ma, come ha ricordato la Corte di Cassazione italiana, "ricadono nel paradigma, sia pur in materia di danni patrimoniali, anche l'ipotesi della lesione del diritto di credito ad opera di un terzo (secondo quanto affermato nel caso Meroni dalle Sezioni unite con la nota sentenza 174/71) e del danno patrimoniale subito dai congiunti della vittima (ai quali viene equiparato il convivente *more uxorio:* sentenza 2988/94) per la perdita delle contribuzioni che da quella ricevevano ed avrebbero presumibilmente ancora ricevuto in futuro, sempre pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza civile"[4].

Tra le tantissime figure di illecito c.d. plurioffensivo[5], elaborate per lo più in via giurisprudenziale attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle scarne norme del codice civile in materia di responsabilità civile, l'uccisione di un parente ne costituisce sicuramente il prototipo per eccellenza[6], oltre ad aver rappresentato sempre il *thema decidendum* delle pronunce supreme che hanno segnato le più importanti novità in tema di risarcimento del danno non patrimoniale *tout court*[7].

Proprio come è accaduto, ad esempio, ad opera delle note pronunce n. 8827 (riguardante il danno non patrimoniale da perdita - o da modificazione *in peius* - del rapporto parentale, riconducibile ad un errore medico determinante la riduzione in condizioni pressochè vegetative del neonato) e n. 8828 (concernente i pregiudizi procurati dall'uccisione di un congiunto in un incidente stradale) del 31 maggio 2003, della cui bontà ha preso atto, due mesi dopo, la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003, nella quale si è affermato che queste

Responsabilità civile e previdenza, 1997, p. 133 ss., con commento di Pellecchia, E.: "Sul risarcimento dei danni non patrimoniali e dei cosiddetti danni riflessi".

4 Così nel par. 3.1.8. della sentenza n. 8828 del 31 maggio 2003. La pronuncia rinvia, sul punto, alle decisioni della Corte di Cassazione n. 3929 del 10 dicembre 1969; n. 2063 del 23 maggio 1975; n. 4137 del 25 giugno 1981; n. 11453 del 3 novembre 1995; n. 1085 del 3 febbraio 1998; ma, anche alla sentenza della Consulta n. 372/94.

5 Il Supremo Collegio, nel par. 3.1.8. della sentenza n. 8828/2003, ha precisato che parlare di "danno riflesso o di rimbalzo" (come si è soliti fare) "non coglie nel segno", poiché "nel caso di evento plurioffensivo la lesione è…contestuale ed immediata per tutti i soggetti che sono titolari dei vari interessi incisi (sentenza 1561/01; Sezioni unite, 9556/02)", venendo in rilievo in queste ipotesi "il fenomeno della propagazione intersoggettiva delle conseguenze di un medesimo fatto illecito".

6 Del danno morale soggettivo da morte di congiunto si sono occupate, ad esempio, tra le tantissime, le storiche sentenze n. 1759 del 6 maggio 1960; n. 1433 del 15 settembre 1970; n. 2915/1971, cit.; n. 1016 del 1973; n. 1845/1976, cit.; n. 75 del 6 gennaio 1983; n. 3116 del 7 maggio 1983; n. 6672 del 1° agosto 1987; n. 4169 del 18 giugno 1988; n. 6854/1988, cit.; n. 1704 del 25 febbraio 1997; n. 11396 del 17 novembre 1997; n. 4186/1998, cit.; n. 2557 del 3 febbraio 2001; n. 10393 del 17 luglio 2002; n. 8976 del 29 aprile 2005; n. 15019 del 15 luglio 2005; n. 13546 del 12 giugno 2006; n. 15760 del 12 luglio 2006; n. 1203 del 19 gennaio 2007; n. 10527 del 13 maggio 2011; n. 24016 del 16 novembre 2011; n. 19402 del 22 agosto 2013; n. 531 del 14 gennaio 2014.

7 Si noti che già negli anni sessanta il Supremo Collegio aveva affermato la necessità di riconoscere ai congiunti "un diritto proprio alla riparazione del dolore sofferto (*pecunia doloris*), ed in genere del danno morale ad essi derivante dalla morte della vittima, qualora i particolari rapporti di stretta parentela con la medesima, le loro condizioni personali, le particolari circostanze del caso concreto rivelino che la scomparsa del loro congiunto abbia cagionato un grave perturbamento della vita familiare e del loro animo per il venire meno di un valido sostegno morale; perturbamento che, così qualificato, è meritevole di apprezzamento e di riparazione". Così Cass. 22 luglio 1963, n. 2017.

pronunce hanno avuto "l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona".

In un lunga premessa ricostruttiva della figura di danno in esame, i giudici della Suprema Corte hanno ricordato, nel par. 4.2. della sentenza n. 8827/2003, che da tempo la Cassazione ha affermato la risarcibilità dei cosiddetti "danni riflessi" (o "di rimbalzo") subiti dagli stretti congiunti a causa della morte del soggetto leso[8], perfino in caso di sopravvivenza alle lesioni del soggetto direttamente colpito, purché la sofferenza si presenti come effetto normale dell'illecito, secondo un criterio di regolarità causale[9], e sia in tal modo scongiurato il rischio di un eccessivo allargamento delle ipotesi di risarcimento del danno morale; problema da risolversi sul piano probatorio, esigendo la prova rigorosa del danno stesso, evitando il disinvolto ricorso alle presunzioni e considerando le peculiarità del singolo caso concreto[10].

La regola è stata confermata dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 9556/02, nella quale si legge che "ai prossimi congiunti della persona che abbia subito, a causa del fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta anche il risarcimento del danno morale concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima, non essendo ostativo il disposto dell'articolo 1223 c.c., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire iure proprio contro il responsabile".

I redattori delle sentenze gemelle del 2003 hanno potuto così confermare senza difficoltà che non sussistono più ostacoli al risarcimento del danno morale a favore dei prossimi congiunti del soggetto che sia sopravvissuto alle lesioni seriamente invalidanti.

Secondo il Collegio resta solo "il problema di stabilire se i pregiudizi che la corte d'appello ha inteso indennizzare rientrino nel danno biologico ovvero in quello morale e se, dunque, la sentenza sia censurabile nella parte in cui ha riconosciuto il risarcimento di un danno, definito di "natura esistenziale", sul sostanziale rilievo che era in definitiva ininfluente la esatta collocazione dei pregiudizi in questione nell'una o nell'altra tipologia di danno".

Con le sentenze gemelle del 2003, è stato, quindi, portato a compimento l'opera di totale sganciamento dell'art. 2059 c.c. dall'art. 185 c.p., chiarendo che, da un lato, va ritenuto "ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento

8 V. Cass., n. 1421 dell'11 febbraio 1998; n. 11396/1997, cit.; n. 11414 del 17 ottobre 1992; n. 6854/88, cit.; n. 1845/76, cit.; n. 1056 del 13 aprile 1973; n. 2915/71, cit.

9 Cassazione, 4186/98.

10 Come confermato dalle pronunce n. 4852/99, cit.; n. 13358/99, cit.; e 1516/01, cit.

della lata estensione della nozione di "danno non patrimoniale", inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona", e non più solo come "danno morale soggettivo", e, dall'altro, in virtù di "una lettura della norma costituzionalmente orientata", va considerato inoperante il vecchio limite della "riserva di legge" previsto dalla disposizione codicistica, "se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti"[11].

Andrebbe pertanto immaginato, secondo la Corte, un "sistema bipolare" di tutela risarcitoria degli interessi del soggetto, sistema nel quale convivono in maniera armoniosa l'art. 2043 c.c., concernente il danno patrimoniale, ed il 2059, che non delinea una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, consente, nei casi determinati dalla legge, anche la riparazione di danni non patrimoniali (eventualmente in aggiunta a quelli tipici delle lesioni di interessi di natura economica)[12].

E la formula ampia contenuta nella disposizione codicistica in materia consente di individuare, accanto al danno morale soggettivo e a quello biologico, pregiudizi diversi e ulteriori, purchè costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto[13].

11 La Suprema Corte evidenzia che, nei casi in cui "la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in un rifiuto di tutela nei casi esclusi". Del resto, conclude l'autorità nomofilattica, "il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale". Così nel par. 3.1.5. della sentenza n. 8828/2003.

12 Come aggiunge la Corte di Cassazione, "volendo far riferimento alla nota distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza…, si tratta di danno-conseguenza. Non vale pertanto l'assunto secondo cui il danno sarebbe *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi invece che dalla lesione dell'interesse…possono scaturire…conseguenze, che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo. Il danno in questione deve quindi essere allegato e provato. Trattandosi tuttavia di pregiudizio che si proietta nel futuro (diversamente dal danno morale soggettivo contingente)…, sarà consentito il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni sulla base degli elementi obbiettivi che sarà onere del danneggiato fornire. La sua liquidazione, vertendosi in tema di lesione di valori inerenti alla persona, in quanto tali privi di contenuto economico, non potrà che avvenire in base a valutazione equitativa (articoli 1226 e 2056 c.c.), tenuto conto dell'intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza, e di ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti".

13 Così nella sentenza 8827/2003. Si noti che, benchè la Corte Suprema abbia chiarito che "non sembra tuttavia proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo" (in quanto "ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'articolo 2059, è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica") e si sia, altresì, preoccupata di precisare che "la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. va tendenzialmente riguardata non già come occasione di incremento generalizzato delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione di risarcimento degli stessi pregiudizi), ma soprattutto come mezzo per colmare le lacune…nella tutela risarcitoria della persona", per molti giudici di merito (e per non pochi autori) le sentenze n. 8827 e 8828 del 2003 hanno fornito un primo formale riconoscimento di una particolare e controversa fattispecie di danno: quello esistenziale (che ha aperto le porte ad un'infinità di richieste risarcitorie prive di fondamento).

In quest'ultima categoria, non più autonoma all'interno dell'unitaria figura del danno non patrimoniale (stando a quanto precisato dalle note sentenze delle Sezioni Unite Civili nn. 26972-26975 dell'11 novembre[14]), va annoverato, secondo una recente (ed invero assai criticata – e lasciata poi isolata – pronuncia suprema) "il danno da perdita del rapporto parentale o c.d. esistenziale (che consiste nello sconvolgimento dell'esistenza sostanziatosi nello sconvolgimento delle abitudini di vita, con alterazione del modo di rapportarsi con gli altri nell'ambito della comune vita di relazione sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare)"[15].

II. IL FONDAMENTO E LA NATURA DEL DANNO DA PERDITA (O DA SCONVOLGIMENTO) DEL RAPPORTO PARENTALE

Il presupposto di fondo, utilizzato dalla la Suprema Corte per accordare ai congiunti di un soggetto ucciso il diritto ad ottenere *iure proprio* dal danneggiante il risarcimento del pregiudizio (c.d. "riflesso" o "di rimbalzo"[16]) sofferto, è stato il

14 Sulle c.d. "sentenze di san Martino", sia consentito richiamare, anche solo a fini bibliografici, Viglianisi Ferraro, A.: "Il danno non patrimoniale ed i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 801 ss.; e Id.: "Il nuovo volto del danno non patrimoniale ed il *diritto inquieto*", in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2010, p. 81 ss.

15 In tale singolare brano, di una assai discussa pronuncia del 2014 (la c.d. "sentenza Scarano", dal nome del suo estensore), si viene ad equiparare completamente il danno esistenziale ed il danno da perdita del rapporto parentale. La sovrapposizione (con gli indiretti automatismi che ne possono derivare) non convince, perché effetti particolarmente dirompenti (tali da poter parlare di un irreversibile mutamento dell'esistenza delle vittime secondarie) si giustificano solo per le perdite più gravi come – ad esempio – la morte di un figlio (a sèguito delle quali, a ben vedere, è più probabile che le ordinarie "reazioni da lutto" trasbordino in un vero e proprio quadro patologico). Nel campo della psicologia giuridica si è rilevato che secondo una serie di autorevoli studiosi "la reazione "normale" alla morte di una persona cara si svolge in due fasi sequenziali: a) fase caratterizzata da apatia e ritiro emotivo, durante la quale la morte è vissuta come un fatto inaccettabile. In questo periodo si verificano anche "esplosioni" di dolore estremo, di rabbia e di aggressività; b) fase di ricerca della persona amata: il congiunto si affanna a cercare quanto non è possibile trovare ed ha l'impressione che tutto ciò che rimane sia privo di senso. Il familiare crede che il congiunto non ritornerà, ma è impegnato comunque in questo compito di ricerca. Inoltre, ha notato che, nel corso del primo anno, emergono espressioni di idee di autorimprovero. Nella forma più lieve queste non sono altro che la tendenza a rievocare gli eventi della morte, nel tentativo di accertarsi che sia stato fatto il massimo possibile. Terminato il periodo di elaborazione del lutto, l'intensità del dolore diminuisce e vi è il recupero di sé, con la formazione di una nuova identità". Così Zettin, M. - Rabino, S.: "Il danno biologico da morte quale perdita del piacere della vita", in *www.psicologiagiuridica.com*. Interessante appare, al riguardo, lo studio di Horowitz, M., Siegel, B., Holen, A. et al.: "*Diagnostic criteria for complicated grief disorder*", in *American Journal Psychiatry*, 1997, p. 904 ss. Rinviando proprio a questo *paper*, Zettin, M. - Rabino, S.: *op. cit*., segnalano che dall'indagine statistica condotta da quei ricercatori sono emerse "quattro situazioni anomale conseguenti alla morte di un familiare: - lutto non risolto: si assiste all'arresto del normale processo di cordoglio ed alla comparsa di quadri depressivi, disturbi somatici e fenomeni d'identificazione patologica. È la forma più comune; - lutto cronico: caratterizzato dal protrarsi indefinito della perdita e dell'idealizzazione del defunto. È favorito da una personalità di tipo dipendente e dalla mancanza di supporti psicosociali; - lutto ipertrofico: le reazioni dolorose sono particolarmente intense e protratte, mentre le normali strategie di rassicurazione (ad esempio il supporto familiare) sono inefficaci. È più frequente in caso di perdite improvvise ed inaspettate; - lutto ritardato: basato su meccanismi di negazione, è caratterizzato soprattutto dalla mancanza dei segni della fase acuta del cordoglio. Non presenta conseguenze negative a lungo termine".

16 Si noti che la giurisprudenza di legittimità ha dato una lettura molto ampia della figura in esame. Essa è stata, ad esempio, considerata integrata "in caso di abbandono del lavoro per potersi dedicare esclusivamente alla cura del figlio, bisognevole di assistenza in ragione della gravità delle riportate lesioni psicofisiche (v. Cass. 16 febbraio 2012, n. 2228; 6 aprile 2011, n. 7844); di "assolutezza del sacrificio di sé" nell'assistenza verso il piccolo figlio macroleso (v. Cass. 12 settembre 2011, n. 18641; 13 gennaio 2009, n. 469)". Così nella sentenza n. 16992 del 20 agosto 2015.

riconoscimento dei c.d. "diritti della famiglia" (articolo 29, comma 1, Costituzione), dai quali deriva non solo la tutela delle estrinsecazioni della persona nell'ambito esclusivo di quel nucleo, ma anche "delle modalità di realizzazione della vita stessa dell'individuo alla stregua dei valori e dei sentimenti che il rapporto parentale ispira, generando bensì bisogni e doveri, ma dando anche luogo a gratificazioni, supporti, affrancazioni e significati"[17].

Pertanto, se il fatto illecito ha profondamente alterato quel complessivo assetto, provocando una rimarchevole dilatazione dei bisogni e dei doveri ed una determinante riduzione, sia non un annullamento, delle positività che dal rapporto parentale derivano, il danno non patrimoniale consistente nello sconvolgimento della abitudini di vita in relazione all'esigenza di provvedere perennemente ai (niente affatto ordinari) bisogni del congiunto può trovare ristoro nell'ambito della tutela apprestata dall'articolo 2059 c.c.[18].

Sempre che si dimostri, ovviamente, la reale sussistenza del pregiudizio per le vittime secondarie. Non è da escludere, infatti, che la perdita del congiunto non cagioni alcun danno reale ai familiari[19].

Pertanto, come ha chiarito la sentenza Corte di Cassazione, con la sentenza 19 agosto 2003, n. 12124, richiamata da numerose pronunce successive, il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale non è *in re ipsa* (o, come sottolinea la sentenza Scarano, "ne risulterebbe snaturata la funzione del risarcimento, che verrebbe ad essere concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno…bensì quale pena privata per un comportamento lesivo"), ma per essere risarcito occorre dimostrare l'esistenza di un pregiudizio effettivo[20]. E "l'allegazione a tal fine necessaria…deve in realtà concernere fatti precisi e specifici del caso concreto, essere cioè circostanziata e non già purchessia formulata, non potendo invero risolversi in mere enunciazioni di carattere del tutto generico e astratto, eventuale ed ipotetico"[21].

Si è, dunque, evidenziato che il danno biologico patito direttamente dai prossimi congiunti della vittima va verificato sulla base di dati oggettivi, come la documentazione sanitaria ed altre precise allegazioni, e non può derivare in via

17 Questo è quanto si legge nel par. 4.5 della sentenza n. 8827/2003.

18 E, quindi, secondo il giudice supremo la Corte d'Appello ha "adottato una soluzione conforme a diritto laddove, in presenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto, ha liquidato l'intero danno non patrimoniale anche in riferimento al pregiudizio ulteriore consistente nella permanente privazione della reciprocità affettiva propria del più stretto tra i rapporti parentali".

19 Cfr. Cass., 7/6/2011, n. 12273; Cass., 20/11/2012, n. 20292; Cass., 3/10/2013, n. 22585.

20 V. le sentenze della Corte di Cassazione n. 3758 del 19 febbraio 2007; n. 1105 del 18 gennaio 2007; n. 212 dell'11 gennaio 2006; n. 2082 del 13 febbraio 2002; n. 2134 del 25 febbraio 2000; n. 10527 del 13 maggio 2011.

21 Così nelle sentenze 22585/2013, cit., e 16255/2012, cit., entrambe richiamate anche dal Consiglio di Stato nella più volte citata pronuncia n. 3058/2017.

deduttiva come una generica lesione della salute, da accertare mediante consulenza tecnica d'ufficio, "tenuto conto che la consulenza non è mezzo di prova e non può sollevare la parte dal relativo onere, né può avere finalità meramente esplorative" e "pur ammettendo la possibilità di far ricorso a presunzioni semplici, si è ritenuta inidonea, ai fini del ristoro di tale pregiudizio, la deduzione di fatti inerenti alla perdita di abitudini e riti propri della quotidianità della vita"[22].

III. L'ESATTA PORTATA DELLA CATEGORIA GIURIDICA IN QUESTIONE

La Corte di Cassazione, con una giurisprudenza pressoché consolidata, ha ritenuto doveroso estendere il diritto alla riparazione del pregiudizio in questione anche a soggetti estranei al nucleo familiare in senso stretto[23], riconoscendolo,

22 Questo è quanto si legge nelle sentenze n. 16992/2015 cit.; e n. 12603 del 19 maggio 2017.

23 Per il riconoscimento dei pregiudizi subiti da congiunti non appartenenti alla famiglia nucleare del *de cuius*, il Supremo Collegio ha però richiesto la dimostrazione della convivenza. V., ad esempio, le sentenze n. 10823 dell'11 maggio 2007; n. 16018 del 7 luglio 2010; n. 1410 del 21 gennaio 2011; e soprattutto n. 4253 del 16 marzo 2012, nella quale si è stabilito che "il fatto illecito costituito dall'uccisione del congiunto dà luogo ad una danno non patrimoniale presunto, allorché colpisce soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela…, perché invece possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei a tale ristretto nucleo familiare (quali nonni, nipoti, il genero, o la nuora) è necessario che sussista una situazione di convivenza, in quanto connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela allargata… solo in tal modo assumendo rilevanza giuridica il collegamento tra danneggiato primario e secondario, nonché la famiglia intesa come luogo in cui si esplica la personalità di ciascuno, ai sensi dell'art. 2 Cost.". Dopo qualche mese, tuttavia, la stessa III Sez. Civ., con la pronuncia n. 14931 (del 6 settembre 2012), e successivamente anche la III Sez. Pen., con la sentenza n. 29735 dell'11 luglio 2013, in *Foro it*., 2014, II, c. 86 ss., hanno considerato di secondaria importanza la coabitazione (poiché, come si legge in quest'ultima decisione, "in termini di risarcimento del danno non patrimoniale per perdita del congiunto, nella specie nonno-nipote, non può ritenersi determinante il requisito della convivenza, poiché attribuire a tale situazione un rilievo decisivo porrebbe ingiustamente in secondo piano l'importanza di un legame affettivo e parentale la cui solidità e permanenza non possono ritenersi minori in presenza di circostanze diverse, che comunque consentano una concreta effettività del naturale vincolo nonno-nipote"). E quantunque già alcune precedenti pronunce (come la n. 15019/2005, cit.; e la n. 1203/2007, cit.) avessero sposato questo indirizzo, con le sentenze n. 1025 del 17 gennaio 2013; n. 23917 del 22 ottobre 2013; e n. 17006 del 25 luglio 2014 (della Sez. Lav.), il Supremo Collegio è tornato alla vecchia impostazione. Hanno aderito all'orientamento restrittivo Trib. Milano 18 luglio 2013 e 2 dicembre 2014, oltre che App. Milano 1 ottobre 2014 (per la quale, la madre non convivente "certo ha ragione di dolersi del peggiorato stato di salute del figlio, ma…non convivendo con costui… non ha visto mutate le proprie condizioni di vita") e Trib. Taranto 13 gennaio 2015. Favorevoli ad una interpretazione più elastica sono apparsi, viceversa, Trib. Roma, 9 aprile 2013; Trib. Lucca 10 giugno 2015, Trib. Modena 3 giugno 2015; e Trib. Pisa 20 aprile 2015. La recente pronuncia della Suprema Corte n. 21230 del 20 ottobre 2016 ha, comunque, ritenuto definitivamente superata la regola stabilita dalla vecchia (e assai criticata in dottrina) giurisprudenza, che ancorava il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale ad "un elemento estrinseco, transitorio e del tutto casuale quale è quello della convivenza, di per sé poco significativo, ben potendo ipotizzarsi convivenze non fondate su vincoli affettivi ma determinate da necessità economiche, egoismi o altro e non convivenze determinate da esigenze di studio o di lavoro o non necessitate da bisogni assistenziali e di cura ma che non implicano, di per sé, carenza di intensi rapporti affettivi o difetto di relazioni di reciproca solidarietà". Secondo tale sentenza, la convivenza va considerata solo un "elemento probatorio utile, unitamente ad altri elementi, a dimostrare l'ampiezza e la profondità del vincolo affettivo che lega tra loro i parenti e a determinare…il *quantum debeatur*", anche perché far dipendere la liquidazione del pregiudizio in questione dalla "convivenza tra il congiunto non ricompreso nella cd. famiglia nucleare e la vittima potrebbe essere fodero di un automatismo risarcitorio sicuramente da bandire".

ad esempio, al coniuge separato legalmente[24], al convivente *more uxorio*[25] o al partner *same-sex*[26] (del resto, l'art. 1, comma 49, della legge n. 76 del 20 maggio 2016, istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, stabilisce ormai chiaramente che "in caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite"[27]).

E benchè *l'imprimatur* definitivo della figura *de qua* sia stato segnato, secondo molti commentatori, prima ancòra che dalle citate pronunce del 2003, dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 9556 del 1° luglio 2002[28], non va dimenticato che recentemente il Supremo Collegio è tornato ad occuparsi del diritto al risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, sia per chiarirne la portata (al fine

24 Proprio la sentenza n. 21230/2016, richiamando le citate pronunce n. 4253/2012 e n. 1025/2013, nonché l'arresto n. 25415 del 12 novembre 2013, ha sottolineato che con riguardo a questa particolare ipotesi occorre semplicemente accertare che "l'altrui fatto illecito abbia provocato quel dolore e quelle sofferenze morali che solitamente si accompagnano alla morte di una persona cara, pur essendo necessario a tal fine dimostrare che, nonostante la separazione, sussistesse ancora un vincolo affettivo particolarmente intenso" ed ha ricordato che "lo *status* di separato – connettendosi alla sua non definitività e alla possibile ripresa della comunione familiare, oltre che, comunque, alla pregressa esistenza di un rapporto di coniugio nei suoi aspetti spirituali e materiali, e alla eventuale esistenza di figli – non è in astratto incompatibile con la posizione di danneggiato secondario".

25 V., per tutte, le pronunce della Corte di Cassazione Civile, n. 7128 del 21 marzo 2013 e n. 8037 del 21 aprile 2016; ma, anche la citata sentenza della IV Sezione Penale del Supremo Collegio, n. 46531/2014. Del resto, la figura in esame era stata già da tempo riconosciuta nella giurisprudenza di merito. V., *ex multis*, Trib. pen. Verona, 3 dicembre 1980; Trib. civ. Milano, 18 febbraio 1988; Trib. civ. Roma, 9 luglio 1991. Meritevole di segnalazione appare, inoltre, la sentenza del Tribunale di Firenze n. 1011 del 26 marzo 2015, che ha riconosciuto la risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale, e quindi l'attribuzione di un'elevata somma di denaro, a favore di una ragazza che da tempo era legata sentimentalmente alla vittima primaria (con la quale avrebbe dovuto da lì a poco contrarre matrimonio). Ripercorre bene le varie tappe che hanno condotto all'attuale presa di posizione della giurisprudenza italiana, Lorenzetti, A.: "La giurisprudenza nazionale di merito: acquisizioni recenti e possibili sviluppi", in Torino, R. (a cura di): *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, p. 121 ss.

26 Cfr., per tutte, Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12278. V., inoltre, Trib. Milano, 13 novembre 2009, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 412 ss., con nota di Bilotta, F.: "La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?"; e Trib. Milano, 12 settembre 2011, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, p. 207 ss., con nota di Lorenzetti, A.: "Anche al convivente same-sex spetta il risarcimento del danno per la morte del compagno". A confermare l'importanza assegnata ormai alle coppie dello stesso sesso e alle realtà para-familiari che tramite esse si instaurano, si consideri che il Tribunale di Reggio Emilia, con sentenza del 2 marzo 2016, reperibile in *www.ilcaso.it*, rinviando alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha deciso di accordare, a titolo di risarcimento del danno per l'uccisione di un bambino, una somma più elevata alla compagna della madre (omosessuale), che al padre stesso (non liquidando a quest'ultimo il danno biologico, in aggiunta a quello parentale).

27 Come ha condivisibilmente segnalato Iorio, G.: "Il danno risarcibile derivante dal decesso del convivente di fatto", in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, p. 1092 ss., la norma "codifica il ruolo della giurisprudenza quale fonte del diritto". Secondo lo studioso, del resto, "che il diritto di fonte pretoria abbia un ruolo preponderante nell'attuale ordinamento giuridico, non solo italiano, è una constatazione che appartiene all'esperienza di qualsiasi studioso ed operatore del diritto. Meno scontato è il fatto che sia il legislatore, senza mezzi termini, a sancire il ruolo preponderante ed esclusivo, almeno in certe materie, della *law in action*".

28 In *Diritto e giustizia*, 2002, p. 34 ss., con nota di Rossetti, M.: "Vittime secondarie del danno morale da lesioni personali".

di evitare abusi nell'utilizzo dello stesso[29]), che per precisarne la natura (di "ordine pubblico internazionale"[30]).

Gli unici dubbi ermeneutici ed applicativi che residuano concernono, in realtà, la possibilità di riconoscere alla categoria in esame una considerazione autonoma rispetto alle altre voci di danno *iure proprio* invocabili da parte delle vittime secondarie[31].

29 La Sez. IV Civ., con la sentenza 9 ottobre 2015, n. 40717, ha precisato che il giudice dovrà valutare "oltre all'esistenza del rapporto di parentela, il concorso di ulteriori circostanze tali da far ritenere che la morte del familiare abbia comportato la perdita di un effettivo valido sostegno morale, rilevando che deve tuttavia considerarsi come il legislatore non abbia inteso estendere la tutela ad un numero, a volte indeterminato, di persone le quali, pur avendo perduto un affetto non hanno una posizione qualificata…sicchè si rende pertanto necessario, oltre il vincolo di stretta parentela, un presupposto che riveli la perdita appunto di un valido e concreto sostegno morale". E secondo la citata pronuncia 21230/2016, per evitare quanto già paventato dalla stessa Suprema Corte "(dilatazione ingiustificata dei soggetti danneggiati secondari e possibilità di prove compiacenti) è sufficiente che sia fornita la prova rigorosa degli elementi idonei a provare la lamentata lesione e l'entità dei danni…e che tale prova sia correttamente valutata dal giudice".

30 La Sez. III Civ., con la pronuncia n. 19405 del 22 agosto 2013, ha così evidenziato il valore inderogabile del "principio (pressoché sconosciuto ai principali sistemi europei) della risarcibilità delle sofferenze interiori provate dai superstiti delle vittime di un illecito" (rappresentando quest'ultima "la forma minima e imprescindibile di tutela dei diritti fondamentali dei congiunti") ed ha pertanto sottolineato la necessità di "disapplicare" "la disciplina straniera che nega tale voce risarcitoria". Su quest'ultima decisione, cfr. Casoria, M.: *"Per aspera sic itur ad astra":* la risarcibilità del danno "parentale" assurge a principio di ordine pubblico internazionale, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2909 ss.

31 E grandi difficoltà si sono registrate negli anni con riferimento alla esatta individuazione del *quantum debeatur*. Si rinvia, da questo punto di vista, all'ampia rassegna giurisprudenziale, di Ceccarelli, V., Occhipinti, E. e Sardella, I.: "Il danno alla persona derivante dalla lesione di diritti costituzionalmente tutelati: non solo danno morale ed esistenziale", in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 494 ss. Gli autori, rinviando alle tante sentenze adottate in materia di danno da perdita del rapporto parentale legato ad illeciti endofamiliare da privazione del rapporto genitoriale (su richiesta della madre, ad esempio, che agisce in giudizio per conto del figlio minorenne e chiama in causa il padre, per non aver adempiuto ai suoi doveri nei confronti della prole), segnalano che, mentre il Tribunale di Milano, con la sentenza del 16 luglio 2014 "facendo applicazione delle tabelle elaborate dall'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano ha liquidato la somma di € 40.997,50, quantificata adottando come base di calcolo il valore previsto per la perdita definitiva del genitore, rideterminata nella misura di ¼, tenuto conto del lasso di tempo trascorso (circa 14 anni), delle condizioni di totale abbandono morale e materiale e del fatto che la minore ha avuto consapevolezza di essere stata abbandonata dal padre… Trib. Modena 20 febbraio 2015, perviene in via equitativa alla liquidazione del danno per mancato riconoscimento del figlio nella misura di € 2.000 all'anno per un periodo di 30 anni, "età alla quale si deve presumere che la personalità del danneggiato fosse ormai sufficientemente formata e strutturata in modo da non risentire più ulteriori conseguenze"". E, viceversa, "Trib. Cassino 5 novembre 2015 ha negato il risarcimento del danno esistenziale alla figlia per la mancanza dell'apporto affettivo da parte del padre, in assenza di prova - anche presuntiva - del danno in concreto subito "essendosi limitata ad asserire la sofferenza per un senso di rifiuto e di abbandono causato dalla continua assenza ed indifferenza del padre"". La III Sez. Civ. della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 5013 del 28 febbraio 2017, ha evidenziato che "il ristoro del danno da lesione del rapporto parentale è imprescindibilmente rimesso ad una valutazione equitativa, secondo criteri – la cui scelta è affidata alla prudente discrezionalità del giudice – che devono essere comunque idonei a consentire la cd. personalizzazione del danno, una liquidazione adeguata e proporzionata che, muovendo da una uniformità pecuniaria di base, riesca ad essere adeguata all'effettiva incidenza della menomazione subita dal danneggiato nel caso concreto: per il danno da perdita da rapporto parentale, l'apprezzamento deve concernere, quali fatti specifici cui parametrare la misura economica dello sconvolgimento di vita, la gravità del fatto, l'entità del dolore patito, le condizioni soggettive della persona, il turbamento dello stato d'animo, l'età della vittima e dei congiunti all'epoca del fatto, il grado di sensibilità dei danneggiati superstiti, la situazione di convivenza o meno con il deceduto (Cass., 15 ottobre 2015 n. 20895; Cass., 20 maggio 2015 n. 10263; Cass., 8 luglio 2014 n. 15491; Cass., 16 febbraio 2012 n. 2228)". Il Supremo Collegio ha comunque precisato che "il giudice, nell'effettuare la necessaria personalizzazione del danno non patrimoniale in base alle circostanze del caso concreto, può anche superare i limiti minimi e massimi degli ordinari parametri previsti dalle tabelle del Tribunale di Milano, purchè la specifica vicenda oggetto di apprezzamento si caratterizzi per la presenza di circostanze di cui la tabella non possa aver già tenuto conto, in quanto elaborata in astratto in base all'oscillazione ipotizzabile in ragione delle diverse situazioni ordinariamente configurabili secondo l'*id quod plerumque accidit*, dando conto in motivazione di tali circostanze e di come

Secondo le citate pronunce 8827 e 8828 del 2003, "il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, in quanto ontologicamente diverso dal danno morale soggettivo contingente, può essere riconosciuto a favore dei congiunti unitamente a quest'ultimo, senza che possa ravvisarsi una duplicazione di risarcimento"[32]. Ma, è del 10 gennaio 2017 una pronuncia, la n. 238, della III Sezione Civile che, viceversa, considera una "indebita duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale (non altrimenti specificato) e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita, e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita, altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ma unitariamente ristorato". Qualche mese dopo, tuttavia, e precisamente il 19 maggio, la stessa Sezione del Supremo Collegio sembra mutare orientamento e chiarisce che lo svantaggio di natura non economica legato all'interruzione di una relazione affettiva con un familiare "rappresenta un peculiare aspetto del danno non patrimoniale, distinto dal danno morale e da quello biologico, con i quali concorre a compendiarlo"[33].

Di questo stesso avviso è apparso anche il Consiglio di Stato (benchè con sfumature differenti e non sempre del tutto convergenti[34]).

esse siano state considerate (espressamente, Cass., 23 febbraio 2016 n. 3505)". Tuttavia, conclude il giudice di legittimità, "la liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale è sindacabile in sede di legittimità sub specie del vizio ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, allorquando l'ammontare quantificato si prospetti palesemente non congruo rispetto al caso concreto, in quanto irragionevole e sproporzionato per difetto o per eccesso rispetto a quello previsto dalle tabelle milanesi, oppure quando il giudice di merito non espliciti i criteri assunti a base del procedimento valutativo adoperato oppure ancora quando, nell'individuare la somma concretamente attribuibile nel range tra il minimo ed il massimo stabiliti in via astratta e generale dalle tabelle, non espliciti i parametri di giudizio e le circostanze che abbia considerato per addivenire alla quantificazione (Cass., 30 maggio 2014 n. 12265; Cass., 17 aprile 2013 n. 9231)".

32 Il Supremo Collegio si preoccupa solo di precisare che "il giudice di merito, nel caso di attribuzione congiunta del danno morale soggettivo e del danno da perdita del rapporto parentale, dovrà considerare, nel liquidare il primo, la più limitata funzione di ristoro della sofferenza contingente che gli va riconosciuta, poiché, diversamente, sarebbe concreto il rischio di duplicazione del risarcimento. In altri termini, dovrà il giudice assicurare che sia raggiunto un giusto equilibrio tra le varie voci che concorrono a determinare il complessivo risarcimento".

33 Così nella sentenza n. 12603/2017, cit. (che richiama il principio stabilito nella pronuncia n. 16992/2015 cit.), nella quale si legge inoltre che "la perdita di una persona cara implica necessariamente una sofferenza morale" (affermazione quest'ultima in controtendenza rispetto a quanto previsto in precedenza).

34 Nella sentenza n. 5497 del 28 dicembre 2016, il Supremo Organo Amministrativo ha chiarito che "il danno non patrimoniale consiste nella lesione di qualsiasi interesse della persona non suscettibile di valutazione economica ha natura unitaria e omnicomprensiva (nel senso che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati - danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale - risponde a esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno), e il suo accertamento e la successiva liquidazione costituiscono questioni concrete e non astratte, che non chiedono all'interprete la creazione di astratte tassonomie classificatorie, ma lo obbligano alla ricerca della sussistenza di effettivi pregiudizi" (e dello stesso avviso è apparso il T.A.R. Lazio, sez. I, il quale, nella sentenza del 9 marzo 2016, n. 3048, ha evidenziato che "l'art. 2059 c.c., interpretato in modo conforme alla Costituzione, prevede una categoria unitaria di danno non patrimoniale per lesione di interessi, inerenti la persona, non connotati da rilevanza economica, in cui rientrano sia il danno alla salute in senso stesso, c.d. biologico, sia quello di tipo c.d. esistenziale, intesi come tipologie descrittive e non strutturali"). Poco meno di due mesi prima (e segnatamente il 4 dicembre del 2016), però, la Quinta Sezione dello stesso Consiglio di Stato era apparsa orientata a riconoscere una rilevanza autonoma alle singole tipologie di pregiudizi non patrimoniali, ed aveva sottolineato con la decisione n. 4628 che, "il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare a-reddittuale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri,

IV. LE NUOVE FRONTIERE DEL DANNO DA SCONVOLGIMENTO DEL RAPPORTO PARENTALE: IL DANNO DA "RITARDATA INTERRUZIONE DI UN RAPPORTO FAMILIARE ARTIFICIALE" ED IL DANNO "DA MANCATA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO PARENTALE"

E proprio il supremo organo giurisdizionale amministrativo ha recentemente segnato un ulteriore passo in avanti nella tutela del diritto ad un corretto svolgimento dei rapporti parentali, stabilendo, nella sentenza n. 3058 del 21 giugno 2017[35], che un danno da lesione della relazione familiare sorga anche nel caso in cui venga accertata giudizialmente, non una interruzione del legame affettivo con un congiunto per fatto imputabile ad un terzo, ma, viceversa, la sussistenza di una sorta di "danno da ritardata interruzione di un rapporto parentale artificiale e penoso".

La sentenza è intervenuta, assieme alla pronuncia del Tar Lombardia n. 650 del 6 aprile 2016[36], come "ultimo segmento di un'articolata vicenda sostanziale e processuale"[37] riguardante il tormentato, e ben noto in Italia (e in Europa), caso *Eluana Englaro*[38].

Entrambe le decisioni hanno rilevato la responsabilità della Regione Lombardia, per aver impedito la corretta esecuzione dell'autorizzazione rilasciata dalla Corte di Appello di Milano, con decreto del 9 luglio 2008 (emesso nel giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione, sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007), avendo negato – con l'atto dirigenziale del 3 settembre 2008 – la possibilità di ricoverare la paziente al fine di sospendere il trattamento di idratazione e alimentazione artificiali[39] ed obbligato, così, il padre dell'interessata a rivolgersi ad una struttura

inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - deve essere dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni".

35 In *www.foroitaliano.it*, con nota di richiami di Palmieri, A.

36 Critica aspramente questa sentenza Castronovo, C.: "Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile", in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 313 ss., evidenziando che "i giudici condannano la convenuta al risarcimento del danno *iure hereditario* per la violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica della figlia dell'attore, ma poi affermano il risarcimento anche *iure proprio* in favore di quest'ultimo – secondo il modello tipico del danno da morte, il quale, invece, come appena detto, è fuori questione – dicendo violato il rapporto parentale. Dunque un doppio pasticcio che conclude in maniera sbagliata una vicenda giudiziaria sin dall'inizio segnata da fraintendimenti e arbitrî. Profilo anche più importante dal nostro punto di vista, la sentenza è esempio di utilizzo incontrollato e fuorviante di un modello giuridico, che porta a sua volta a un risultato privo di fondamento".

37 Così lo stesso Consiglio di Stato nel punto 1 della sentenza n. 3058/2017.

38 Per una ricostruzione dell'annosa vicenda, sia consentito rinviare a Viglianisi Ferraro, A.: "Le scelte di fine vita e la sentenza Eluana Englaro", in *Revista de dereito constitucional e internacional*, n. 5/2017, p. 15 ss.

39 Il provvedimento in questione chiariva che "le strutture sanitarie sono deputate alla presa in carico diagnostico-assistenziale dei pazienti" e in esse "deve essere garantita l'assistenza di base che si sostanzia nella nutrizione, idratazione e accudimento delle persone e, in particolare, negli hospice possono essere accolti solo malati in fase terminale". E pertanto, il personale sanitario non avrebbe potuto procedere alla sospensione dell'idratazione e alimentazione artificiali, perché sarebbe venuto meno ai propri obblighi professionali e di servizio, "anche in considerazione del fatto che – a dire dell'amministrazione regionale - il provvedimento giurisdizionale, di cui si chiedeva l'esecuzione, non conteneva un obbligo formale di

sanitaria privata di un'altra regione, per ottenere le misure assistenziali indicate dal giudice civile[40].

Nonostante sul punto si fosse espresso anche il Tribunale amministrativo, che, con sentenza n. 214 del 26 gennaio 2009 (confermata dalla decisione del Consiglio di Stato del 2 settembre 2014 n. 4460), aveva annullato il diniego della Direzione generale "Sanità" della Giunta Regionale Lombardia di accettare il ricovero della degente, a quest'ultima sono stati negati una serie di diritti fondamentali[41]: *in primis*, quello all'autodeterminazione in ordine alla scelta di non ricevere cure[42] (o, più semplicemente, di rinunciare alla salute, se si preferisce[43]), che "è un diritto di libertà assoluto, efficace *erga omnes*"[44], e poi anche alla effettività della tutela

adempiere a carico di soggetti o enti individuati" (così nel punto 3 della sentenza del Supremo Organo Amministrativo del 2017).

40 Il Consiglio di Stato, peraltro, ridetermina il *quantum* dovuto *iure successionis* al padre (unico erede di Eluana), "perché la somma complessiva riconosciuta non appare adeguata alla gravità del pregiudizio arrecato, ed anzi si appalesa illogica, anche ove confrontata con la somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno iure proprio a favore del Sig. Englaro, come se fosse maggiore il danno a lui arrecato rispetto a quello subito della figlia, destinataria diretta del provvedimento illegittimo". E riconosce all'interessato una somma pari a € 100.000 (e non di € 30.000, come previsto dal primo giudice).

41 Il Tar, nella sentenza del 6 aprile 2016, stigmatizza il comportamento della Regione Calabria, affermando che lo Stato non può ammettere "che alcuni suoi organi ed enti…ignorino le sua leggi e l'autorità dei tribunali, dopo che siano esauriti tutti i rimedi previsti dall'ordinamento, in quanto questo comporta una rottura dell'ordinamento costituzionale non altrimenti sanabile" e rammenta che non possono essere al riguardo invocati neppure "motivi di coscienza", in quanto, come evidenziato dal Consiglio di Stato, il 2 dicembre 2014 (punto 55.6), "a chi avanza motivi di coscienza si può e si deve obiettare che solo gli individui hanno una "coscienza", mentre la "coscienza" delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano".

42 Il Consiglio di Stato effettua un lungo richiamo alla sentenza della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2007, nella quale si è evidenziato che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita, poiché, quantunque "sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva". Di un vero e proprio "diritto di staccare la spina" hanno parlato le Sezioni Unite nella sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015, precisando che si tratta di una situazione giuridica – che presuppone comunque "una manifestazione positiva di volontà *ex ante* (testamento biologico)" – ben diversa dal "diritto alla non vita" (o "supposto interesse a non nascere"), il quale "com'è stato detto efficacemente in dottrina, mette in scacco il concetto stesso di danno. Tanto più che di esso si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell'attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia; come tale, indegna di essere vissuta (quasi un corollario estremo del c.d. diritto alla felicità)". Sottolinea il Collegio che "l'accostamento, non infrequente, tra le due fattispecie è fallace; oltre a non tener conto dei limiti connaturali al ragionamento analogico, soprattutto in tema di norme eccezionali. Né vale invocare il diritto di autodeterminazione della madre, leso dalla mancata informazione sanitaria, ai fini di una propagazione intersoggettiva dell'effetto pregiudizievole (Cass. 3 maggio 2011, n. 9700, cit.). La formula, concettualmente fluida ed inafferrabile, pretende di estendere al nascituro una facoltà che è concessa dalla legge alla gestante, in presenza di rigorose condizioni – progressivamente più restrittive nel tempo –, posta in relazione di bilanciamento con un suo diritto già esistente alla salute personale, che costituisce il concreto termine di paragone positivo: bilanciamento, evidentemente non predicabile, in relazione al nascituro, con una situazione alternativa di assoluta negatività".

43 Il diritto alla salute "come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire". Così nella pronuncia della Prima Sezione del Supremo Collegio n. 21748/2007.

44 Così il Consiglio di Stato nel par. 30 della sentenza n. 3058/2017 (e già nella n. 4660 del 2014). L'organo giurisdizionale supremo chiarisce, al riguardo, che si tratta, pertanto, "di una posizione giuridica che può essere fatta valere nei confronti di chiunque intrattenga il rapporto di cura con la persona, sia nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche che di soggetti privati". E, proprio perché "la sospensione del trattamento di sostegno vitale" è espressione della "scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia fino alla morte", secondo il Consiglio di Stato "l'accettazione presso la struttura sanitaria

giurisdizionale (fondato sugli artt. 24 Cost. e 6, par. 1 e 13, della CEDU, nonché sull'art. 47 della Carta di Nizza).

I giudici amministrativi hanno ritenuto, quindi, pienamente formato in capo al padre di Eluana Englaro il diritto ad ottenere *iure hereditatis* il risarcimento del danno non patrimoniale (da "ritardata morte", si potrebbe dire), subìto dalla figlia per essere stata artificialmente mantenuta in vita, senza (*rectius:* contro) il suo volere[45].

Inoltre, il Consiglio di Stato ha considerato risarcibile – *iure proprio* – un'altra peculiare categoria di danno, da annoverare fra quelle meritevoli di ristoro *ex* 2059 c.c., ossia quello che potrebbe essere definito "da ritardata interruzione di un rapporto parentale divenuto ormai artificiale e non voluto".

La condotta, ingiustificata, della Regione Lombardia che – con un provvedimento illegittimo – ha causato "la persistenza dello stato vegetativo" della paziente, ha "aggravato le difficoltà ed i turbamenti patiti…tanto che, la vita familiare, già sconvolta da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, è stata ulteriormente turbata dall'ostruzionismo… che aveva impedito al Sig. Englaro di dare seguito alla volontà della figlia di non continuare a vivere in quello stato di incoscienza permanente'"[46].

pubblica non può…essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale". La Regione avrebbe dovuto, pertanto, continuare a fornire la propria prestazione sanitaria alla paziente "anche se in modo diverso rispetto al passato, dando doverosa attuazione alla volontà espressa dalla stessa persona assistita, nell'esercizio del proprio diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica".

45 Come si legge nel par. 48 della pronuncia in commento, "la persona ha subito – contro la sua volontà – il non voluto prolungamento della sua condizione, essendo stata calpestata la sua determinazione di rifiutare una condizione di vita ritenuta non dignitosa, in base alla libera valutazione da essa compiuta". Ed il tentativo della Regione Lombardia di basare la sua impugnativa sulla recente presa di posizione delle Sezioni Unite in tema di danno tanatologico è stata ritenuta inconferente da parte del Consiglio di Stato, ad avviso del quale "si tratta di una situazione del tutto differente da quella oggetto del presente giudizio", poiché nel caso in questione "il pregiudizio deriva, invece, non dalla perdita del diritto alla vita", ma "dalla violazione del…diverso diritto all'autodeterminazione terapeutica", che "trova il proprio fondamento negli artt. 2, 3, 13, 32 Cost." e rispetto al quale "la giurisprudenza della Cassazione non ha ancora elaborato un consolidato indirizzo interpretativo, tenendo conto della novità del tema". Ad ogni modo, si preoccupa di chiarire il Supremo Organo Amministrativo, non è possibile trasporre al "caso di specie la logica sulla quale si fonda tale giurisprudenza, atteso che dopo il giudicato la persona – rappresentata dal suo tutore e dal curatore speciale – aveva acquistato il diritto a disporre della propria vita e di tale diritto è rimasta titolare per un apprezzabile intervallo di tempo. Detto diritto, essendosi consolidato in capo alla *de cuius*, dopo la morte si è trasmesso agli eredi".

46 Invero, stando anche alle precisazioni contenute nel par. 55 della pronuncia in commento, è possibile asserire che – pur dovendosi ritenere assolutamente giusto accordare all'interessato un risarcimento del danno di natura non patrimoniale sofferto *iure proprio* – solo con una certa forzatura i pregiudizi indicati dal Consiglio di Stato possono essere sussunti all'interno della categoria del danno da perdita del rapporto parentale (eppure, sia il Tar Lombardia che il Supremo Organo Amministrativo si sono dovuti probabilmente confrontare con la difficoltà a trovare un altro appiglio normativo utile per dare risposta alla domanda di giustizia proveniente dal sig. Englaro, senza violare il principio di tipicità contenuto nell'art. 2059 c.c.). Si legge, infatti, nella sentenza in esame che il diniego della Regione Lombardia di provvedere all'adozione delle prestazioni richieste ha "costretto…il padre-tutore ad attivarsi per trovare una struttura esterna alla regione Lombardia ove trasferire la figlia e a disporre poi il suo trasferimento in Friuli Venezia Giulia; gli ha impedito di dare pronta attuazione alla sua volontà nel rispetto della necessaria riservatezza che la delicatezza della situazione imponeva; ha comportato il turbamento del suo stato d'animo, provocandogli il patema d'animo a causa delle ulteriori difficoltà frappostesi, nonostante il lunghissimo iter

È interessante segnalare che, recentemente, la Corte di Cassazione italiana ha poi ammesso la refusione del danno da perdita del rapporto parentale anche a favore del soggetto nato dopo la morte del congiunto (e privato, quindi, *ex ante* dell'affetto del genitore) [47].

Degna di nota è ad esempio la sentenza n. 9700 del 3 maggio 2011, con la quale si è esplicitamente riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da mancata costituzione, per fatto illecito imputabile ad un terzo, di "un rapporto affettivo ed educativo che la legge protegge perché è di norma fattore di più equilibrata formazione della personalità"[48].

Secondo il Supremo Collegio non si pone "alcun problema relativo alla soggettività giuridica del concepito, non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento e non potendo, d'altro canto, quella soggettività evincersi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento"[49].

Come ha ben sintetizzato un autore, il danno in questione "ha ad oggetto la violazione dell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e, quindi, la lesione del bene dell'integrità familiare, con riferimento alla vita quotidiana della vittima con i suoi congiunti, e quello della solidarietà famigliare, sia in relazione alla vita matrimoniale che in al rapporto parentale tra genitori e figli e tra parenti prossimi conviventi"[50].

processuale ormai conclusosi, allontanando nel tempo e complicando ulteriormente la realizzazione della volontà della figlia; ha leso il suo diritto ad affrontare il momento più doloroso del suo distacco da lei in modo intimo, riservato, in piena adesione con i principi da lei espressi e rivendicati in sede giurisdizionale per far rispettare la sua volontà, senza dover subire il giudizio negativo degli altri".

47 Sul tema, v. inoltre Minozzi, A.: *Studio sul danno non patrimoniale (Danno morale),* Milano, 1917; Scognamiglio, R.: "Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)", in *Rivista di diritto civile*, 1957, p. 277 ss.; Ravazzoni, A.: *La riparazione del danno non patrimonale*, Milano, 1962; Barchiesi, L.: *Danno alla salute e perdita della vita*, Milano, 1997; Cassano, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006, p. 65 ss.; Bona, M.: *Manuale per il risarcimento dei danni ai congiunti*, Roma, 2013.

48 La pronuncia è reperibile su *www.comparazionedirittocivile.it,* con nota di Vesto, A.: "La posizione del concepito privato del rapporto genitoriale a causa di un illecito altrui".

49 Del resto, la Corte di Cassazione aveva già in passato sottolineato che "una volta accertata… l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento". Così nella sentenza n. 11503 del 22 novembre 1993, n. 11503.

50 Così Vaira, V.: "La risarcibilità del danno da perdita della vita", su *www.lexenia.it*, avvalendosi di una ricca rassegna giurisprudenziale.

V. CONCLUSIONI. LE PRECISAZIONI CONTENUTE NELLE ORDINANZE DELLA III SEZIONE CIVILE DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 907 DEL 17 GENNAIO 2018 E N. 2056 DEL 29 GENNAIO 2018

Per concludere, si può affermare che sebbene alcuni studiosi si siano mostrati scettici rispetto alla risarcibilità della fattispecie in esame, rilevando, da un lato, che tale figura di danno non dovrebbe essere ammessa per la difficoltà ad individuare con certezza il nesso di causalità tra fatto ed evento e per la mancanza del criterio di imputazione previsto dal codice con riferimento alla prevedibilità del pregiudizio[51], e segnalando, dall'altro, il rischio di finire per "concedere troppo spazio all'arbitrio del Giudice, il quale non sarà mai in grado di stabilire *a priori* quali parenti, e fino a che grado, possono essere risarciti"[52], sulla configurabilità del danno da perdita, o anche solo da menomazione[53], del rapporto parentale non pare vi siano più dubbi[54].

L'ordinanza, della III Sez. civ. della Corte di Cassazione, n. 907 del 17 gennaio 2018 chiarisce perfettamente la nuova portata della figura in esame[55], evidenziando che, come già sottolineato tre lustri fa nella citata sentenza n. 8828/2003, "il danno non patrimoniale da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto consiste nella privazione di un valore non economico, ma personale, costituito della irreversibile perdita del godimento del congiunto, dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare; perdita, privazione e preclusione che costituiscono conseguenza della lesione dell'interesse protetto"[56].

51 Castronovo, C.: "Il danno biologico a causa di morte aspettando la Corte costituzionale", in *Vita notarile*, 1994, p. 551 ss.

52 Carnevale, A. – Scarano, G.: *Il danno alla persona. Aspetti giudiziari e medico-legali*, Padova, 2010, p. 308.

53 Meritevole di segnalazione è, sul punto, la recente sentenza della Corte di Cassazione, n. 17058 dell'11 luglio 2017, nella quale la Corte di Cassazione ha censurato la scelta contraria della Corte d'appello ed ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno a favore del padre di un ragazzo, coinvolto in un sinistro stradale, per la sofferenza provata a causa della malattia del figlio minorenne.

54 La Corte di Cassazione ha ampliato notevolmente i confini del danno in questione. Nella sentenza n. 16657 del 22 luglio 2014 ha evidenziato, ad esempio, che perfino la semplice "violazione dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione dei genitori verso la prole, a causa del disinteresse mostrato nei confronti dei figli per lunghi anni, ben può integrare gli estremi dell'illecito civile, cagionando la lesione di diritti costituzionalmente protetti, e dar luogo ad un'autonoma azione dei medesimi figli volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 c.c. In particolare, è un comportamento rilevatore di responsabilità genitoriale l'avere deprivato i figli della figura genitoriale paterna, che costituisce un fondamentale punto di riferimento soprattutto nella fase della crescita, e idoneo ad integrare un fatto generatore di responsabilità aquiliana".

55 La pronuncia riprende molte affermazioni contenute nella citata sentenza n. 21230/2016.

56 Il Supremo Collegio critica la scelta della Corte di appello di ritenere che essendo la vittima figlio, fratello e coniuge dei soggetti richiedenti il risarcimento del danno, questi ultimi non erano onerati di fornire la prova di relazioni di convivenza o di vicendevole affetto e frequentazione. Secondo l'autorità nomofilattica, "quest'ultima affermazione non è in linea con i principi sopra richiamati tenuto conto che la possibilità di provare per presunzioni non esonera chi lamenta un danno e ne chiede il risarcimento da darne concreta allegazione e prova. La Corte territoriale in sostanza ha erroneamente ritenuto che il danno fosse in re ipsa affermando in modo assertivo che dovesse spettare ai "parenti stretti" secondo il criterio presuntivo provvedendo -sulla base dei criteri tabellari in uso- a liquidare in maniera indiscriminata la medesima somma

Il rischio continua ad essere quello di una eccessiva dilatazione dell'estensione del danno in questione e di una infelice diversità di trattamento.

Conscio di tutto ciò, il Supremo Collegio ha stabilito in un'altra recentissima ordinanza, la n. 2056 del 29 gennaio 2018 (con la quale ha risolto invero una questione tutt'affatto differente e non riguardante la perdita del rapporto parentale, ma fornendo importanti linee-guida per il giudice di merito), che il danno esistenziale non consiste nel "nel mero "sconvolgimento dell'agenda" o nella mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, e in particolare da meri disagi, fastidi, disappunti, ansie, stress o violazioni del diritto alla tranquillità…, bensì nel radicale cambiamento di vita, nell'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto, nello sconvolgimento dell'esistenza in cui di detto aspetto (o voce) del danno non patrimoniale si coglie il significato pregnante"[57] ed ha aggiunto che "esso va dal danneggiato allegato e provato, secondo la regola generale ex art. 2697 c.c.…e l'allegazione a tal fine necessaria deve concernere fatti precisi e specifici del caso concreto, essere cioè circostanziata, e non già purchessia formulata, non potendo invero risolversi in mere enunciazioni di carattere del tutto generico e astratto, eventuale ed ipotetico".

Nel caso di specie, secondo l'organo di legittimità, mancando un vero e proprio "sconvolgimento dell'esistenza" (che non è stato neanche allegato dai ricorrenti), danni come "stress", "stato depressivo", "trauma psicologico", o "l'essere "sempre turbato, depresso"" e il "dormire malissimo" possono "al più integrare la diversa voce del c.d. danno biologico, che pure compendia la categoria generale del danno non patrimoniale".

in favore di ciascuno degli otto fratelli (elevati a nove) così violando i principi in materia di presunzioni e di valutazione equitativa del danno".

57 La Corte rinvia, sul punto, a Cass., 16/11/2017, n. 27229; Cass., 11/4/2017, n. 9250; Cass., 19/10/2016, n. 21059; Cass., 3/10/2016, n. 19641; Cass., 20/8/2015, n. 16992; 23/1/2014, n. 1361; Cass., 30/6/2011, n. 14402; oltre che alle sentenze gemelle dell'11 novembre 2008.

BIBLIOGRAFÍA

BARCHIESI, L.: *Danno alla salute e perdita della vita,* Giuffrè, Milano, 1997.

BILOTTA, F.: "La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?", in *Responsabilità civile e previdenza,* 2010, p. 412 ss.

BONA, M.: *Manuale per il risarcimento dei danni ai congiunti,* Maggioli, Roma, 2013.

CARNEVALE, A. – SCARANO, G.: *Il danno alla persona. Aspetti giudiziari e medico-legali,* CEDAM, Padova, 2010, p. 308.

CASORIA, M.: *"Per aspera sic itur ad astra":* la risarcibilità del danno "parentale" assurge a principio di ordine pubblico internazionale, in *Foro italiano,* 2014, I, c. 2909 ss.

CASSANO, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale,* CEDAM, Padova, 2006.

CASTRONOVO, C.: "Il danno biologico a causa di morte aspettando la Corte Costituzionale", in *Vita notarile,* 1994, p. 551 ss.

CASTRONOVO, C.: "Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile", in *Europa e diritto privato,* 2016, p. 313 ss.

CECCARELLI, V., OCCHIPINTI, E. e SARDELLA, I.: "Il danno alla persona derivante dalla lesione di diritti costituzionalmente tutelati: non solo danno morale ed esistenziale", in *Danno e responsabilità,* 2016, p. 494 ss.

FRATA, L.: "La concezione unitaria del danno non patrimoniale e la sua quantificazione nell'*illecito plurioffensivo", in Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2013, p. 777.

HOROWITZ, M., SIEGEL, B., HOLEN, A. et al.: "*Diagnostic criteria for complicated grief disorder", in American Journal Psychiatry,* 1997, p. 904 ss.

LORENZETTI, A.: "Anche al convivente same-sex spetta il risarcimento del danno per la morte del compagno**",** in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2012, I, p. 207 ss.

Lorenzetti, A.: "La giurisprudenza nazionale di merito: acquisizioni recenti e possibili sviluppi", in Torino, R. (a cura di): *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione,* Roma, 2013, p. 121 ss.

Minozzi, A.: *Studio sul danno non patrimoniale (Danno morale),* Giuffrè, Milano, 1917.

Patti, S.: "La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile", in *Giurisprudenza italiana,* 1987, p. 2043 ss.

Pellecchia, E.: "Sul risarcimento dei danni non patrimoniali e dei cosiddetti danni riflessi", in *Responsabilità civile e previdenza,* 1997, p. 133 ss.

Ravazzoni, A.: *La riparazione del danno non patrimonale,* Giufrè, Milano, 1962.

Rossetti, M.: "Vittime secondarie del danno morale da lesioni personali", in *Diritto e giustizia,* 2002, p. 34 ss.

Scognamiglio, R.: "Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)", in *Rivista di diritto civile,* 1957, p. 277 ss.

Vaira, V.: "La risarcibilità del danno da perdita della vita", in *www.lexenia.it.*

Vesto, A.: "La posizione del concepito privato del rapporto genitoriale a causa di un illecito altrui", in *www.comparazionedirittocivile.it.*

Viglianisi Ferraro, A.: "Il danno non patrimoniale ed i diritti inviolabili dell'uomo secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite**"**, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali,* 2009, p. 801 ss.

Viglianisi Ferraro, A.: "Il nuovo volto del danno non patrimoniale ed il *diritto inquieto", in Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2010, p. 81 ss.

Viglianisi Ferraro, A.: "Le scelte di fine vita e la sentenza Eluana Englaro", in *Revista de dereito constitucional e internacional,* n. 5/2017, p. 15 ss.

Zettin, M. - Rabino, S.: "Il danno biologico da morte quale perdita del piacere della vita", in *www.psicologiagiuridica.com.*

Ziviz, P.: "Danno da lesione parentale: no alla valutazione puramente equitativa", in *www.personaedanno.it.*

CONTRATOS USURARIOS: PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL ACTUAL

USURARIAN CONTRACTS. CURRENT JURISPRUDENCIAL PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 106-135

Dra. Elsa
SABATER
BAYLE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es destacar las novedades presentadas por la Jurisprudencia sobre contratos usurarios celebrados entre las empresas bancarias y sus clientes. La coexistencia de la Ley de Usura con las regulaciones para la protección de los consumidores contra cláusulas abusivas no ha menoscabado la vigencia de ley, pero sus diferencias en cuanto a la declaración de nulidad generan incertidumbre, por lo que sería conveniente una mayor armonización.

PALABRAS CLAVE: Contratos bancarios; usura,intereses remuneratorio; intereses oratorios; proteccion de consumidores.

ABSTRACT: *The objective of this work is to highlight the novelties presented by the Jurisprudence on usurious contracts concluded between banking companies and their clients. The coexistence of the Usury Law with the regulations for the protection of consumers against abusive clauses has not impaired the validity of law, but their differences regarding the declaration of nullity generate uncertainty, so it would be advisable to achieve greater harmonization.*

KEY WORDS: *Banking contracts; usury; remuneration interests; moratory interests; consumer protection.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- 1. La aplicación a contratos mercantiles y bancarios (en los años 1989 a 2002).- 2. La concurrencia de la Ley de Usura con la normativa sobre condiciones generales y cláusulas abusivas, particularmente en la contratación con consumidores.- 3. Opiniones doctrinales (síntesis).- 4. Doctrina jurisprudencial de la opción.- A) La STS núm. 406/2012, de 18 de junio.- B) La STS núm. 628/2015 de 25 noviembre.- 5. Los presupuestos subjetivos y objetivos de aplicación de la Ley de usura: doctrina de la "unidad de régimen".- II. ABUSOS USURARIOS EN PRÉSTAMOS PERSONALES Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.– 1. Préstamos personales asociados a tarjeta bancaria: aplicación de la Ley de Usura y no de la Ley de Crédito al Consumo.- 2. Préstamos personales no bancarios con "sobre garantía" hipotecaria: intereses moratorios usurarios.- 3. Intereses moratorios en préstamos hipotecarios destinados a financiar la adquisición de vivienda del prestatario. Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero 2017.

I. PLANTEAMIENTO.

La Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 continúa evolucionando en su trayectoria, al compás de las sucesivas realidades sociales y económicas a las que se aplica; una labor confiada a la Jurisprudencia que siempre ha estado plagada de matices y ha generado diversidad de interpretaciones. Cuestión distinta es su armonización con las circunstancias y entorno normativo actuales; una tarea pendiente más bien para el legislador español, pues han variado mucho desde su promulgación a principios del siglo XX. En el presente estudio nos proponemos destacar algunos cambios relevantes en su aplicación actual por los tribunales, con especial atención a los contratos de crédito entre particulares y entidades bancarias y financieras, o también con empresas, tanto los créditos personales como los préstamos hipotecarios, ya que son los supuestos más frecuentemente analizados por la Jurisprudencia en nuestros días.

Pensada inicialmente para un propósito limitado (el de frenar los abusos de los prestamistas particulares sobre quienes no accedían al "crédito oficial", en el sentido de crédito bancario, por carecer de recursos para responder de la deuda), la aplicación del sistema introducido por una norma tan abierta como imprecisa, tan flexible como generadora de inseguridades no superadas, ha experimentado un considerable proceso expansivo del que destacaremos dos hitos fundamentales: el primero de ellos, su extensión a los contratos mercantiles y bancarios; y el segundo, la compatibilidad con las ulteriores normas de protección de los consumidores del crédito, acontecimientos que han añadido a la materia un elevado grado de sofisticación. Complementariamente, se ha mantenido la

• **Dra. Elsa Sabater Bayle**
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Pública de Navarra, elsa@unavarra.es

línea jurisprudencial establecida por la STS de 24 de mayo de 1942 basada en una interpretación puramente gramatical de las partículas conjuntiva y disyuntiva que separan las distintas circunstancias exigidas conforme al texto del art. 1 de la Ley de Usura que, con variación del criterio inicial, sentó como doctrina que basta con la existencia de un interés excesivo sin necesidad de otras circunstancias subjetivas del prestatario para apreciar la existencia de usura; criterio que comparten los tribunales bajo la nueva denominación de la "unidad de régimen" de la Ley de Usura.

1. La aplicación a contratos mercantiles y bancarios (en los años 1989 a 2002).

El primero de los hitos se produce principalmente por obra de la Jurisprudencia y consiste en reconocer la sujeción a la Ley de Usura de los préstamos concedidos por empresas de servicios financieros y otras, cuyo carácter mercantil dan por supuesto algunos tribunales (aunque resulta especialmente discutible cuando se trata de préstamos destinados al consumo). Esta opción del juzgador, que arranca de los años cuarenta, ha sido criticada por considerarse contraria a las corrientes liberales que influyeron en la codificación española y restringieron la rescisión por lesión en la compraventa (arts. 1293 CC, 344 C.com.) a diferencia de otros ordenamientos que la han mantenido hasta ahora (arts. 1647 CC francés, 1448 CC italiano de 1942 si bien con las precisiones para los tipos de intereses introducidas por la Ley 108 de 7 de marzo de 1996[1], 321 Compilación catalana y 621-4 Libro VI CC de Cataluña, y Ley 499 Fuero Nuevo de Navarra) [2].

Ello conduce a la paradoja de considerarse actualmente, desde un análisis económico del Derecho, que los contratos de crédito son servicios financieros puestos en el mercado como cualquier otro producto, cuyo "precio" son los intereses adeudados en retribución por la utilización temporal del capital prestado hasta que se restituye; pero por otra parte no son rescindibles por lesión en el precio, figura eliminada de los Códigos españoles. Ahora bien, suprimido el remedio rescisorio, más adelante se reveló que era inevitable establecer algún mecanismo jurídico para frenar, no la libertad de fijación de los intereses, sino los excesos en los contratos de crédito propiciados por el sistema liberal, lo que tuvo lugar a través de medidas civiles de represión de la usura además del tratamiento penal de los delitos usurarios entonces existente. Más adelante, con el advenimiento de la sociedad de consumo y consiguiente generalización de los contratos de crédito ofertados en masa a través de la adhesión a condiciones generales, surgen nuevas

1 V. al respecto Jiménez Muñoz, F. J.: *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid 2010, p. 155.; Múrtula Lafuente, V.: "La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis", *RDP*, Julio-Agosto, 2010, p.7.

2 En la misma línea se pronuncia, dentro de las propuestas de modernización del Derecho europeo de contratos, el *Proyecto Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, presentado ante el Parlamento Europeo por el grupo de juristas dirigido por el profesor Gandolfi, G., arts. 30 en relación con los 156 y ss., que recuperan la institución.

formas de abuso, que han dado lugar al control de las cláusulas abusivas, semejante en cierto sentido al que había establecido la Ley de Usura, si bien con evidentes diferencias. Trasladado ello al ámbito de los productos financieros (préstamos y créditos), ha originado en España la extravagante doctrina de la "abusividad por falta de transparencia" y "doble control de transparencia", acuñados por la criticable STS del Pleno de la Sala Civil, núm. 241/2013 de 9 de mayo (párrs. 209 y 215), en el complicado intento de limitar el efecto retroactivo ilimitado propio de toda declaración de nulidad contractual, que hubo de ser posteriormente corregida por aplicación de la jurisprudencia del TJUE[3].

En cualquier caso, la extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Usura a los contratos mercantiles quedó consagrada con claridad hacia los años cuarenta -casi medio siglo después de la promulgación de la ley e incluso mucho después del fallecimiento, el 15 de diciembre de 1917, de su promotor D. Gumersindo de Azcárate- en dos pronunciamientos destacables por su contundencia, contenidos en las Sentencias de la Sala Civil del TS de 13 febrero de 1941 y 31 de mayo 1945.

La primera de ellas (que cita algunas otras muy anteriores como, particularmente, la de 30 de enero de 1917) acogió el recurso de un comerciante que había aceptado un préstamo destinado a la compra de frutas en España para revenderlas en Inglaterra, a unos tipos de interés superiores al 18%, negocio que la sentencia considera mercantil (pero no bancario pues el prestamista no era una entidad financiera); y lo declaró usurario por la elevada cuantía del interés pactado, en atención al "riesgo mermado" del prestamista en la recuperación del capital prestado, por concurrir la circunstancia (a nuestro entender poco relevante) de que el prestatario era hijo suyo. Al hilo de dicho caso, la sentencia establece una doctrina, de alcance general, expresada en los términos siguientes: "si bien la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidas veces que no basta para la aplicación de la legislación sobre usura que el interés pactado exceda del normal del dinero, en particular si el contrato de préstamo o similar reviste carácter mercantil o, más singularmente, si el capital se destina a operaciones industriales de problemático resultado, *no es posible interpretar esta doctrina en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales*, como se mantiene en el recurso, porque ni la letra de la Ley lo admite, ni el espíritu que la informa lo consiente, ni la jurisprudencia lo autoriza en términos tan radicales" (...); aunque declara también, más adelante, que debe reconocerse

3 La doctrina de la "irretroactividad total" (sustentada por la STS de 2013, y luego dulcificada por la de la "retroactividad limitada a la fecha de 9 de mayo de 2013", mediante STS núm. 139/2015 de 25 de marzo), fue rechazada de plano por el TJUE en favor de la "retroactividad total" de efectos hasta la fecha de celebración del contrato (STJUE, Gran Sala, de 21 diciembre 2016); y hubieron de reconocerlo así, tanto el Tribunal Supremo (en las Sentencias núms. 475, 478, 481 y 486, de 20 de julio de 2017), como el legislador español (R.D.L y 1/2017, de 20 de enero, "de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo", que trata de regular el régimen de las consiguientes restituciones). Estos acontecimientos se refieren a la aplicación en España de la Dva. del Consejo núm. 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y no a los abusos usurarios, por lo que no se consideran en el presenta trabajo.

"*mayor tolerancia* en operaciones presididas por la idea de lucro y, sobre todo por razón del riesgo de pérdida o recuperación del dinero prestado"[4]. Se trata de un pronunciamiento *ratio decidendi* en cuanto a la aplicabilidad de la Ley de Usura a los préstamos mercantiles, si bien con un elemento corrector significativo, consistente en la "mayor tolerancia" en los tipos de interés. Esta última declaración dista de ser baladí, pues ha influido decisivamente en la copiosa Jurisprudencia de los años posteriores dictada a propósito de los préstamos bancarios.

Casi un lustro después, el TS se cuestiona de nuevo el posible carácter usurario de una operación de descuento bancario que, según alegaba el prestatario, infringía la Ley de Usura por haberse supuesto como recibida cantidad inferior a la realmente entregada[5]. En tal ocasión, se declaró que "...aun siendo cierto que la doctrina de este Tribunal, por aclaración de la establecida entre otras, en las sentencias de 4 de enero de 1913, 12 de abril de 1925, 28 de abril de 1927, y 29 de febrero de 1928, ha subrayado en la de 13 de febrero de 1941, que 'no ha de entenderse en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales' ...", lo que *autoriza para aplicar las normas especiales cuando circunstancias muy calificadas* (*sic* por cualificadas) *revelen su existencia* (...) [6]. A su vez, la relevancia de esta sentencia consiste en confirmar la aplicabilidad de la Ley de usura a contratos bancarios, pero en una declaración que consideramos *obiter dicta*, pues finalmente el tribunal no la aplicó por faltar los presupuestos legales.

Tal postura partidaria de la aplicabilidad de la Ley de Usura a los contratos mercantiles y bancarios ha sido posteriormente aceptada, si bien con el importante elemento corrector de la "mayor tolerancia" en los tipos de interés que, *de facto*, eliminó prácticamente su efectiva aplicación por los tribunales. Así se refleja en la Jurisprudencia dictada posteriormente entre los años 1989 y 2002 en la que se declararon válidos y acordes con la norma especial, los préstamos y operaciones crediticias concertadas entre prestatarios particulares o empresarios y entidades bancarias o financieras, con tipos de interés que rozaban los topes permisibles para la época[7]. La STS núm. 316/1993, de 26 de marzo, fue una de las primeras

4 STS 13 febrero 1941, Cdo. 6º (la cva. es nuestra).

5 Supuesto de contrato usurario denominado a veces "falseado", o también "falsificado" (como recoge, entre muchas otras, la SAP Málaga, secc. 4ª, núm 294/2016 de 23 de mayo). En efecto, en otro lugar hemos afirmado que en estos contratos el TIN expresado en su texto no es verdadero, pues se establece en relación a una cifra de capital a su vez distinta de la que realmente ha recibido el prestatario, lo que da lugar a la ocultación del verdadero porcentaje del interés adeudado.

6 STS 31 mayo 1945, Cdo. 3º (la cva. es nuestra).

7 Así en los años 1987 (SSTS de 25 septiembre y 11 noviembre), 1989 (SSTS de 3 febrero, 17 abril, 25 abril, 4 julio, 27 septiembre, y 4 diciembre), 1990 (SSTS de 9 enero frente a una entidad financiera, 30 enero, 7 febrero, 12 julio, 7 noviembre, y 17 diciembre), 1991 (SSTS 18 febrero y 13 mayo), 1992 (STS 6 noviembre; y 2002 (STS núm. 80/2002, de 1 de febrero). *Vid.* referencias *infra* (Anexo de Jurisprudencia).

que aplicó la Ley de Usura a un préstamo bancario, al confirmar la sentencia de Apelación en ese sentido[8].

Del anterior repaso jurisprudencial se deduce en resumen que durante muchos años no se invalidaron contratos de préstamos mercantiles y bancarios a pesar de reconocerse su sujeción a la Ley de Usura (interpretación que en adelante ya no será discutida) al tenerse en cuenta por los tribunales la doctrina de la "mayor tolerancia" en los tipos de interés admisibles en este tipo de contratos. Sin embargo, este segundo criterio parece decaer en la actualidad, especialmente a la vista de la solución que prevén las leyes de protección de consumidores en relación con las cláusulas abusivas, que cambia radicalmente de signo. Así ha quedado reflejado, entre otras, en las SSTS núms. 677/2014, de 2 de diciembre [9] (que declaró usurario un préstamo otorgado por una empresa constructora por haberse pactado intereses moratorios al tipo del 30%) y 628/2015, de 25 noviembre[10] (en la que, su vez, se declaró usurario el interés retributivo del 24,6% TAE, en un crédito bancario *revolving* concedido por una entidad bancaria a un particular). Estos pronunciamientos han abierto nueva línea jurisprudencial sobre la materia, en la que la legislación represiva de la usura ha sido aplicada ya sin reserva a contratos en que actuaban como prestamistas empresas bancarias y otras sociedades mercantiles.

2. La concurrencia de la Ley de Usura con la normativa sobre condiciones generales y cláusulas abusivas, particularmente en la contratación con consumidores.

El segundo de los hitos a los que aludíamos es obra del legislador. Arranca de la implantación en España del principio constitucional de protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios consagrado en el art. 51 de la CE de 1978 y su abundante desarrollo posterior. Como se recordará, tal mandato del constitucional tuvo una primera manifestación en el art. 3 de la L.50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, relativo a las condiciones generales de estos contratos; y ya con carácter general, en el art. 10 de la LGDCU (L. 26/1984 de 19 de julio) y sus sucesivas versiones, hasta llegar al listado de cláusulas abusivas contenido en los arts. 82 a 91 de su Texto Refundido aprobado por RD Leg.1/2017 de 16 de noviembre. A su vez, la Ley de Crédito al Consumo 7/1995, de 23 de marzo, también modificada posteriormente, se incorporó de una forma más específica a la normativa favorable a los consumidores en la contratación de servicios financieros, aunque con un ámbito de aplicación restringido preferentemente a los llamados "préstamos personales" y con expresa exclusión de los garantizados con

8 Múrtula Lafuente, V.: *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos,* Madrid 2012, p. 283.

9 STS núm. 677/2014, de 2 diciembre (P. D. Fco. J. Orduña Moreno) (RJ 2014, 6872).

10 STS núm. 628/2015, de 25 noviembre (Pleno) (P. D. Rafael Saraza Jimena) (RJ 2015, 5001).

hipoteca (V. art. 3 de la norma en la versión actual dada por la Ley 16/2011 de 24 de junio). Se suman a dicho bloque normativo las disposiciones contenidas en la LCGC 7/1998 de 13 de abril y sus posteriores modificaciones, en favor de los adherentes a contratos con cláusulas no negociadas individualmente.

Ello generó un bloque normativo concurrente con la Ley de Usura, que resulta especialmente relevante respecto a los contratos de crédito con fines de consumo concertados por particulares con entidades bancarias; y, por otra parte, condujo a cuestionar su posible incompatibilidad respectiva, porque si bien coinciden en cuanto a la finalidad protectora de los intereses de la parte más vulnerable, difieren en sus ámbitos de aplicación y efectos propios.

3. Opiniones doctrinales (síntesis).

La compatibilidad entre ambos grupos normativos fue tempranamente detectada en nuestra doctrina por García Cantero, en un trabajo publicado cuatro años después de la primera versión de la LGDCU 26/1984[11], donde expuso que la vigencia de la Ley de Usura no quedaba mermada por la nueva normativa de protección de los consumidores, puesto que "en la represión de la usura concurren profundas razones éticas difícilmente eliminables de nuestro ordenamiento privado", máxime en un ordenamiento como el adoptado por los Códigos liberales en el que se ha restringido al máximo la posibilidad de rescindir los contratos por lesión en el precio. El autor señaló que el art. 10 de la LGDCU (de 1984) no solo no desplaza a la ley Azcárate, sino que más bien viene a "reforzar su componente ético", al introducir un nuevo factor de moralización en las relaciones económicas, tal como el concepto de las "condiciones abusivas del crédito" y en consecuencia, concluyó que la ley de Usura puede considerarse, en lo sustancial, "un precedente" de la LGDCU, con la que resulta plenamente compatible, si bien con diferente alcance y efectos. Una opinión innovadora que ha ido abriéndose camino en la Jurisprudencia mayoritaria hasta llegar a consagrarse en la actualidad.

En la misma línea cabe traer a colación la experiencia de Francia, cuya ley de usura de 1966 fue introducida en el art. L314-6 del *Code de la Consommation*, lo que puso fin a la cuestión de la compatibilidad o, por lo menos, ajustó la respectiva normativa. Este texto incorpora la tradicional definición de préstamo usurario a la regulación en materia de consumo, al disponer que consiste en todo contrato en que las partes hayan consentido una tasa efectiva global que exceda en más de una tercera parte la tasa efectiva media aplicada por los establecimientos de crédito en el trimestre precedente para operaciones que comportan riesgos análogos. Se establece así un sistema a la vez flexible pero tasado que, bajo nuestro punto de

11 García Cantero, G., "Préstamo, usura y protección de los consumidores", *AC* 3/1989, pp. 205 y ss.

vista, salvaría buen número de las disquisiciones a que nos ha llevado el del libre arbitrio judicial existente en España[12].

A este respecto, Múrtula Lafuente[13] puso de relieve, desde la perspectiva de su estudio sobre los límites a la cuantía pactada de intereses retributivos, el desdoblamiento normativo generado por la distinción legal entre los intereses "usurarios" y los intereses "abusivos"; mientras que el tratamiento de los intereses moratorios (cuya cuantía también puede ser pactada en proporción exorbitante) quedó reservado a otro apartado específico, en el que se prescinde de considerar la posibilidad de aplicarles la Ley de Usura. Por lo tanto, se distingue, por una parte, entre los intereses usurarios y los intereses abusivos; y, por otra, entre el abuso en el pacto de intereses remuneratorios y en los moratorios, si bien el estudio de la autora relativo a los posibles abusos se proyecta más bien sobre los remuneratorios, tal como ha sido tradicionalmente considerado. En otra obra posterior, sin embargo, manifiesta que cabe encontrarnos con pactos de intereses moratorios que en realidad encubren intereses retributivos por desbordar la naturaleza y finalidad de los intereses moratorios, y representan en realidad "una remuneración encubierta" por lo que considera que en tales casos "sí resultaría aplicable la Ley de Usura", solución que se encuentra acogida por el art. 1146 del CC portugués [14]. Retengamos de ello, provisionalmente, que se produce una aproximación entre uno y otro tipo de intereses a los efectos de considerar si son abusivos o usurarios.

Ello nos ha conducido a un sistema en el que, como ha resumido De Verda Beamonte[15], en principio los intereses remuneratorios no pueden ser declarados abusivos, mientras que los moratorios no pueden ser declarados usurarios; situación que a nuestro entender no tiene demasiado sentido pues ambos debieran incluirse en un mismo ámbito normativo cuando realmente fueran abusivos en relación con los precios medios del mercado crediticio.

12 Si bien el Tribunal Supremo con frecuencia acude al criterio de la comparación con los tipos medios publicados por el Banco de España para operaciones análogas de la banca privada y cajas de ahorro, de forma coincidente en este punto con el sistema francés.

13 Múrtula Lafuente, V.: *La prestación de intereses,* Madrid 1999, pp. 261 y 321.
La consideración de los intereses moratorios como posibles cláusulas abusivas, por imponer al consumidor indemnizaciones desproporcionadamente altas por incumplimiento, está contemplada en su posterior obra *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos,* Madrid 2012, pp. 244 y 256.

14 Múrtula Lafuente, V.: "La usura: un viejo problema", cit., p. 10. Pues, como ha puesto de relieve la doctrina española a propósito de los intereses contemplados en el art. 1108 del CC, el fundamento último de los intereses moratorios no difiere esencialmente del de los remuneratorios o retributivos, pues ambos obedecen a la finalidad de compensar al acreedor por la privación del capital prestado mientras no le es efectivamente restituido. V. Ruiz-Rico Ruiz, J.M., *et alt.*, "Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores", *Diario La Ley.* nº 8645, 2015, con anterioridad, ya había propugnado la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios, en "Artículo 1108" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Tomo XV, Vol. 1º (ap. VII.2), Madrid 2004.

15 De Verda Beamonte, J.R., "Nueva doctrina sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, Comentario a la STS de 3 de junio 2016", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE,* nº 5, agosto 2016.

La cuestión resultante consiste determinar si estos calificativos de los intereses pueden coincidir en un mismo supuesto (si pueden ser remuneratorios y al mismo tiempo moratorios), así como si su régimen jurídico respectivo prevé efectos distintos, tal como se ha planteado posteriormente, por ejemplo, en la STS de 3 de junio de 2016, del Pleno de la Sala Civil, sobre la que volveremos más adelante, que introduce novedades sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios.

En relación con los intereses retributivos, Múrtula sostiene que los pactos sobre su cuantía plantean un conflicto de leyes cuya resolución ha resultado controvertida, especialmente desde la perspectiva de su diferente alcance y efectos. Y se inclina por considerar, con la doctrina germanista relativa al parágrafo 138 del BGB, que la represión de la usura aborda un problema de *ilicitud de la causa* del contrato de préstamo, que afecta a un *elemento esencial* del mismo, por lo que su consecuencia lógica es la *nulidad radical o absoluta* de todo el contrato; mientras que la prohibición de cláusulas abusivas persigue el objetivo de eliminar la cláusula sin que necesariamente ello deba afectar al resto del contrato crediticio, que en principio podrá subsistir (lo que conduce a la aplicación de la técnica de la nulidad parcial); postura que ha recibido buena acogida en la Jurisprudencia posterior[16] y cuenta con objeciones doctrinales interesantes que sin embargo no parecen haber llegado a los tribunales por el momento[17].

La misma autora antes citada, insiste sobre tales cuestiones en otras obras posteriores publicadas en 2010[18] y 2012[19], principalmente dedicadas a la protección

16 STS 628/2015, (Pleno) de 25 de noviembre, cit., FD 4º: "1.- El carácter usurario del crédito (...) ha sido calificada por esta Sala como «radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva»
STS 539/2009, de 14 de julio (P. D. A. Salas Carceller) (RJ 2009, 4467), FD 4º: "La nulidad del préstamo usurario, claramente establecida por el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, comporta una ineficacia del negocio que es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insanable, ni es susceptible de prescripción extintiva. Dicha nulidad afecta a la totalidad del convenio con la única consecuencia, establecida en el artículo 3, de que ha de retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo, lo que determina que el prestatario haya de devolver la cantidad efectivamente recibida sin que para ello haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución, ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido, lo que lleva aparejada la consecuencia de que, aun en el caso hipotético planteado por la parte recurrente de que se inste la nulidad del préstamo antes del cumplimiento del plazo fijado, la devolución por el prestatario de la cantidad recibida ha de ser inmediata". Y "por ello carece igualmente de fundamento alguno aludir a las normas generales sobre las obligaciones y la demora en su cumplimiento (artículos 1090, 1100, 1101 y 1108 del Código Civil) en tanto no puede existir demora en el cumplimiento de una obligación cuya nulidad es de carácter radical y absoluto".

17 Delgado Echeverria, J./Parra Lucan, Mª A: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica.* Madrid 2005, p. 315, consideran que la nulidad por usura es un tipo específico de invalidez contractual que no precisa sujetarse a los moldes generales y que por la finalidad teleológica de la norma, debería comportar como consecuencia la nulidad parcial de los pactos usurarios; afirman los autores que "si se pone en relación el art. 1 con el art. 3 de la Ley de usura (...) cabe que entender (...) que el prestamista sólo está obligado a devolver la cantidad recibida, pero no antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato", lo que equivaldría a "calificar la regulación del art. 3 de la Ley de usura como un supuesto de nulidad parcial".

18 Múrtula Lafuente, V.: "La usura: un viejo problema", cit., pp. 20 ss.

19 Múrtula Lafuente, V.: *La protección frente a las cláusulas*, cit.

frente a la cláusulas abusivas en préstamos y créditos, donde aporta un detallado estudio sobre la división de opiniones entre los partidarios de considerar que la Ley de Usura será p*referentemente aplicable* en los casos más graves (teoría de la "preferencia normativa", que parece ser minoritaria) y los que afirman que el perjudicado *puede optar* por acogerse a una u otra regulación (teoría "de la opción" que, desde nuestro punto de vista, ha prevalecido, a la vista de las recientes sentencias). Una de sus aportaciones personales consiste en considerar que la cuestión debe superarse mediante otorgar preferencia a *la norma más favorable para el consumidor* (tal como dispone concretamente el art. 1.3 de la ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios), así como por la STJUE de 3 de junio 2010, en el litigio Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Madrid v. Ausbanc [20].

Las reflexiones de la autora citada se adecúan plenamente a la realidad de nuestros tribunales cuando se trata de contratos celebrados entre consumidores y entidades financieras, puesto que a los prestatarios no consumidores no les será posible invocar pertinentemente la existencia en su caso de cláusulas abusivas, aunque siempre les cabrá acudir al control previsto en la LCGC en su condición de "adherentes" a las condiciones generales, cuya consecuencia principal sería la "no incorporación" al contrato de aquéllas cláusulas contrarias a dicha ley; sólo quedarían fuera de dicho control cuando, por haberse negociado individualmente la cláusula discutida, no tuvieran la consideración legal de "adherentes", caso en que finalmente les quedaría abierta la posibilidad de acogerse a las disposiciones de la Ley de Usura siempre que, a su vez, se cumplieran los suficientes presupuestos de aplicación. De estas últimas apreciaciones deriva -como conclusión provisional en este complejo tema- que la aceptación de la concurrencia y compatibilidad normativa de la ley de usura con la de protección de los consumidores, en los contratos de crédito celebrados con las empresas financieras, no resuelve todos los abusos que pueden darse en la contratación actual a través de condiciones generales –que, por su concreción, dejaría fuera del ámbito de aplicación numerosos supuestos- aunque si en la legislación represiva de la usura; si bien en los casos de verdadera concurrencia, el afectado puede acogerse a una u otra normativa, e incluso se acepta actualmente por los tribunales la invocación conjunta y alternativa de ambas en un mismo proceso, por lo que, en suma, consideramos que la teoría de la preferencia normativa antes apuntada puede considerarse prácticamente desplazada.

20 STJUE, Sala Primera, 3 de junio 2010 (TJCE 2010, 262), Asunto C-484/08. En ella se discutió, entre otros extremos, el posible carácter abusivo de una cláusula de intereses variables incluida en los contratos-tipo redactados por la entidad bancaria demandada, si bien, como no podía ser de otro modo, desde la perspectiva de la adecuación de la LGDCU y LCGC a las disposiciones de la Dva. 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (pero no de la Ley española contra la usura).

A la vista de estas dificultades y con ánimo integrador, Jiménez Muñoz [21], ofreció en su monografía publicada en el año 2010 una visión reduccionista del problema que parte de la premisa siguiente: la colisión normativa (entre la Ley de Usura y las posteriores regulaciones sobre condiciones generales y cláusulas abusivas) solamente será posible en aquéllos contratos que reúnan los respectivos requisitos objetivos y subjetivos para su aplicación (la condición legal de consumidor, el tipo de contrato impugnado que según la ley de usura ha de ser de préstamo u operación equivalente, y no negociado individualmente, etc. ...), de manera que un gran número de ellos quedarán fuera del conflicto al no producirse concurrencia alguna.

Conforme expone el autor, respecto al problema de la compatibilidad normativa se han defendido en esencia los siguientes postulados: a) los contratos en que fuera aplicable la legislación sobre consumidores quedarían excluidos del ámbito de la ley de usura; b) la ley de usura debe considerarse de aplicación preferente por tratarse de una norma especialmente dedicada a los contratos de préstamo (doctrina sobre la que no hemos localizado sentencias en ese sentido); c) el afectado podrá optar por acogerse a uno u otro sistema de protección.

La tercera de las anteriores proposiciones sintetizadas por el autor parece haber merecido acogida por la jurisprudencia reciente, como queda reflejado en las SSTS, núms.406/2012, de 18 de junio[22], y núm. 628/2015 de 25 noviembre (cit.).

4. Doctrina jurisprudencial de la opción.

A) La STS núm. 406/2012, de 18 de junio.

La doctrina de la opción se confirma con ocasión de un préstamo hipotecario inicialmente destinado a adquisición de vivienda, sobre el que luego se realizó una ampliación.

Se discutía en el litigio la validez de varias cláusulas relativas a los intereses retributivos, los moratorios, y las distintas comisiones aplicadas en función de varios conceptos. La parte prestataria mostraba disconformidad respecto a las cantidades reclamadas por el banco, pero la Audiencia le había condenado a abonarlos, por lo que interpuso un recurso de casación a través de dos motivos, el primero de ellos por presunta infracción del art. 1.1 de la Ley de Usura, y el segundo por la de los arts.10.1.a) y 10.2 de la LGDCU en su redacción de 1984, lo que condujo al TS a resolver previamente la cuestión de la compatibilidad entre las normas invocadas, en el sentido de declarar su plena compatibilidad.

21 Jiménez Muñoz, F.: *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, cit., p. 128 ss., y notas bibliográficas correspondientes.

22 STS núm. 406/2012, de 18 junio (P. D. Fco. J. Orduña Moreno) (RJ 2012, 8857).

En cuanto a la concurrencia normativa, se observa en el FD segundo de la sentencia 406/2012 que la invocación de la usura y de la protección de los consumidores en un mismo recurso "suele ser una práctica habitual y reiterada en orden a valorar la posible validez del pacto de intereses en los préstamos bancarios" lo que "permite valorar ambos motivos en forma conjunta". En suma, se acepta en este caso la posibilidad del prestatario, no solo de optar por una u otra normativa (pero en exclusiva) sino incluso la de optar por invocarlas conjuntamente (lo que supone descartar implícitamente la teoría de la "preferencia normativa"). Tras esta advertencia, se declara que la concurrencia de la Ley de Usura con la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios (ya sea en su versión original por Ley de 1984 como por la vigente contenida en el RDLeg 1/2007 de 16 de noviembre) o incluso de la ley de condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998, "no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material", así como también, que todas esas normas respetan los principios de libertad de precios y libertad de pactos relativos a los tipos de intereses, una vez abandonado el "antiguo sistema" basado en la rescisión por lesión en el precio. Ahora bien, una vez constatada su "plena compatibilidad o concurrencia", se declara en la sentencia que ambos grupos normativos *difieren en cuanto a su respectiva aplicación*; y particularmente en cuanto a los siguientes puntos:

a) la ley de usura se proyecta sobre los límites del art. 1255 CC en consideración a la inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos que afecta al perjuicio económico injustificado, pero también a la "validez estructural del consentimiento prestado", a diferencia del control de las cláusulas abusivas, que supone tomar en consideración únicamente el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprobable

b) como corolario de ello, la ley de usura contempla como "única sanción posible" la de nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria; mientras que la declaración de abusividad de una cláusula –*ex* art. 10-bis de la LGDCU 26/1984- o, en su caso, de su no incorporación al contrato –por aplicación delos arts. 9 y 10 de la LCGC- no determina la nulidad o la ineficacia total del contrato, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo.

c) mientras que las sanciones de la ley de usura se dirigen a reprobar determinadas situaciones subjetivas en la contratación sin finalidad de abstracción o generalidad, la normativa relativa a la contratación bajo condiciones generales supone un nuevo "modo de contratar" con incidencia en el tráfico patrimonial.

d) debe entenderse, desde una interpretación teleológica del art. 4.2 de la Dva. 93/13/CEE y aun cuando ello resulte discutido que, si bien los elementos esenciales del contrato (el "precio") se encuentren excluidos del control de contenido,

pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y de transparencia (*ex* arts. 5.5 y 7 de la LCGC de 1998, y 10.a.a) de la LGDCU).

B) La STS núm. 628/2015 de 25 noviembre[23].

La doctrina sobre la opción del perjudicado entre una y otra normativa aparece reflejada también en la STS 628/2015 de 25 de noviembre. Este otro pronunciamiento, al que ya hemos hecho referencia anteriormente, del Pleno de la Sala Civil del TS, es el último de los dedicados a la aplicación de la Ley de Usura al cierre del presente trabajo. Versa sobre un producto financiero lanzado al mercado bajo la denominación comercial "Préstamo personal *revolving* Mediatis", que sustancialmente es una forma de crédito de carácter rotativo instrumentado en una tarjeta bancaria. Se trata de un crédito personal, de fácil tramitación y ágil operatividad, pero sin garantías que pudieran justificar un precio o tipo de interés más bajo. Una primera aportación que contiene la Sentencia consiste en catalogarlo como "operación encubridora" a los efectos de sujetarla a los arts. 9, 1 y 3 de la Ley de Usura, prescindiendo de la distinción, acuñada por la doctrina mercantilista, entre contratos de préstamo y de crédito como subtipos de operaciones activas de los bancos. Pero, además, se aborda una cuestión de mayor complejidad, tal como la de señalar que dicha operación crediticia "puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo" (FD 3, apartado 1), en cuyo caso conllevaría los efectos previstos en el art. 20.4 de la correspondiente ley sobre el tope máximo admitido para el caso de los descubiertos en cuenta corriente. La selección de la normativa aplicable –Ley de Crédito al Consumo o Ley de Usura- resulta trascendente habida cuenta de los efectos que conlleva la vulneración de sus respectivos preceptos.

En esta ocasión, en que el prestatario había restituido el capital del préstamo y solamente se discutía la deuda de intereses, el TS opta por aplicar al contrato la Ley de Usura en atención a que el interés remuneratorio pactado al tipo del 24,6% TAE (si bien apenas doblaba el tipo medio ordinario aplicado por la Banca) cumplía el doble requisito de ser notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (FD 3, ap.4 y 5, de la STS 628/2015).

El TS reitera en este caso la doctrina contenida en otros pronunciamientos anteriores; abunda en considerar que "la flexibilidad de la regulación contenida en la Ley de Represión de la Usura ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas", así como que "en el caso objeto del recurso, la citada normativa *ha de ser aplicada a una operación crediticia* que, por sus características, puede ser encuadrada en

23 STS (Pleno) núm. 628/2015 de 25 noviembre (cit.).

el ámbito del crédito al consumo". Anuncia por tanto implícitamente que, si bien el recurrente puede acogerse a la Ley de Usura o a la Ley de Crédito al Consumo también puede el Tribunal aplicarle consecuencias previstas en una u otra normativa; y estas consecuencias restitutorias distan de ser idénticas, tanto en cuanto a la deuda resultante como a los efectos posibles de la eliminación parcial de la cláusula, puesto que la normativa aplicable no permite determinar si deben eliminarse los intereses o bien reducirse a los límites señalados en el art. 19.4 (actual 20.4) de la LCr.C. El Tribunal Supremo decide finalmente aplicar el art. 3 de la Ley de Usura, y establecer, como consecuencia última de la declaración de nulidad del contrato, que el prestatario solo queda obligado a restituir el capital, sin intereses retributivos ni moratorios, efecto coherente con el criterio general acerca del carácter accesorio de la deuda de intereses respecto a la deuda de capital[24], y por otra parte, respetuoso con el derecho del prestamista a la retribución por el uso del dinero, porque el capital ya había sido devuelto, mientras que la única deuda resultante, la de los intereses, era accesoria de la de restituir el capital que tenía origen en un contrato nulo.

En suma, la compatibilidad y carácter alternativo de la ley de usura respecto a la normativa sobre protección de consumidores en la contratación bancaria con consumidores, parece haber quedado admitida tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia actuales; pero en el último supuesto citado, el TS ha preferido aplicar la Ley de Usura en lugar de la Ley de Crédito al Consumo o la normativa sobre cláusulas abusivas. Una consecuencia que podría haber perjudicado al prestatario sería la de tener que restituir de inmediato la cantidad pendiente, solución inconveniente que ha tratado de salvar una parte de la doctrina mediante el recurso a la figura de la nulidad parcial[25]. Pero este problema no se planteó en el supuesto concreto de la sentencia 628/2015 porque, como hemos indicado, el capital ya había sido totalmente devuelto por el prestatario, y la discusión se centraba únicamente en el pago de los intereses. Entendemos por ello que no se pronuncia sobre el momento de la restitución del capital prestado subsiguiente a la declaración de nulidad del contrato, materia sobre la que no faltan aportaciones doctrinales relevantes que no entraremos a considerar en esta ocasión.

24 No incurre este pronunciamiento, como pudiera parecer a simple vista, en el error de negar al prestamista el derecho a la justa retribución por el uso del dinero prestado, mientras no se le devuelva, porque en este caso concreto solo se discutía la deuda de intereses y el capital del préstamo ya había sido totalmente restituido.

25 V. Delgado Echeverría, J./Parra Lucan, Mª A.: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica,* cit., p. 315: "si se pone en relación el art. 1 con el art. 3 de la Ley de usura (...) cabe entender (...) que el prestamista sólo está obligado a devolver la cantidad recibida, *pero no antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato*" (cva. nuestra).

5. Los presupuestos subjetivos y objetivos de aplicación de la Ley de usura: doctrina de la "unidad de régimen".

La duplicidad normativa sobre los contratos abusivos, ha llevado a los Tribunales a declarar, no solamente que la invalidez por usura afecta a todo el contrato, sino también que *no hay distintos tipos de contratos usurarios* (STS núm. 406/2012, de 18 de junio[26]) doctrina que ha venido en denominarse de la "unidad de régimen" y que, por su oscuridad, ha necesitado ser "reinterpretada" por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo mediante su sentencia núm. 628/2015 de 25 de noviembre (ya cit).

El origen de dicha doctrina se encuentra en las dos sentencias indicadas. En el FD tercero de la STS 406/2012 se declaró que "el control que establece la ley se proyecta conceptualmente sobre la posible validez del contrato celebrado, sin que pueda diferenciarse el alcance de dicho control o la razón de la ineficacia que produce" y en consecuencia "la nulidad del contrato de préstamo o negocio a él asimilado, alcanza o comunica sus efectos ya a las garantías accesorias como a los negocios que traigan causa del mismo"[27]. Este control se proyecta "de modo objetivo u objetivable" en los conceptos de interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y se extiende en sentido subjetivo a la "valoración del consentimiento prestado", a su vez concretado en las circunstancias de situación angustiosa, inexperiencia o limitación de las facultades mentales del prestatario. Esta doctrina -en parte coincidente con las apreciaciones de Albaladejo[28]- fue reproducida íntegramente en la posterior STS núm. 677/2014 de 2 de diciembre (cit.), relativa a un supuesto similar al anterior, en el que el TS declaró usurario un préstamo hipotecario concedido en el año 2006 por una financiera a dos personas, por el plazo breve de 6 meses unido a un pacto de intereses moratorios elevado, al tipo del 30%. Y posteriormente suscitó la duda sobre si podía referirse a la concurrencia de todos los requisitos previstos en el art. 1 de la Ley de Usura como presupuesto necesario para su aplicación.

A este respecto el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo aclaró en su STS 628/2015 (FD 3º, ap. 3), que "cuando en las sentencias núm. 406/2012 de 18 de junio y 677/2014 de 2 diciembre exponíamos los criterios de 'unidad' y 'sistematización' que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del

26 STS núm. 406/2012, de 18 de junio (P. D. Fco, J. Orduña Moreno) (RJ 2012, 8857).

27 Se trata de un pronunciamiento apresurado que no tiene en cuenta las propias causas de extinción de las garantías, ni tampoco la doctrina favorable a considerar que la fianza subsiste o debiera subsistir hasta la completa restitución del capital, pues esta deuda es efecto propio de la declaración de invalidez del contrato nulo (en este sentido, entre otros, Abaladejo García, M.: "La nulidad de los préstamos usurarios", *ADC*, Vol. 48, nº 1, 1995, pp. 33 ss.).

28 Albaladejo García. M.: "La nulidad", cit.

préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. *Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la ley*". (cva. nuestra).

II. ABUSOS USURARIOS EN PRÉSTAMOS PERSONALES Y PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

En el actual análisis Jurisprudencial, la aplicación de la Ley de Usura se proyecta principalmente sobre contratos de préstamo bancarios concertados con los clientes independientemente de su condición de consumidores; pero, por otra parte, se somete a ciertas normas sectoriales de control de posibles abusos, que se encuentran contenidas en la normativa bancaria sobre transparencia y deberes de información, y se ven reforzados cuando se trata de protección de los consumidores. En este panorama se distingue, por una parte, entre préstamos personales y préstamos hipotecarios; por otra, entre los concedidos a particulares o a empresarios; también según se trate elevados intereses remuneratorios o moratorios; y, en fin, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, no coincidentes según se aplique la Ley de Crédito al Consumo, las normas sobre cláusulas abusivas, o las relativas a las cláusulas negociadas, etc. Sobre toda esta maraña de normas planea la Ley de Represión de la Usura, que no ha sido derogada ni tampoco "ajustada" a estos nuevos problemas, y que supone un remedio alternativo de los abusos en los contratos de crédito, al margen de la forma de contratación, negociada o por adhesión. Y con mayor contundencia, la consideración de los intereses remuneratorios como "precio" del servicio financiero, que no puede ser declarado abusivo por respeto al principio de libertad de mercado y de fijación de precios[29] .

En términos generales, se consideran como "préstamos personales" los contratos de financiación destinada al uso personal del prestatario, cuyas características principales son la brevedad de los plazos restitutorios, la ausencia de garantías, la facilitad en su tramitación, la agilidad en su disponibilidad y, como consecuencia de todo ello, la imposición de tipos de intereses más elevados.

Dentro de esta categoría cabe incluir a los préstamos asociados a tarjetas bancarias, generalmente destinados al consumo (supuesto de la relevante STS

29 Art. 4.2 de la Dva. del Consejo 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas: "2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

628/215). Pero también otra figura conocida desde la antigüedad y relacionada con las diversas formas de transmisión de la propiedad en garantía (como la retroventa o la fiducia de garantía, figuras menos frecuentemente aplicadas por los inconvenientes fiscales que plantean), que es la del préstamo destinado a usos personales distintas de la adquisición de vivienda, con hipoteca sobre un inmueble ya perteneciente al deudor, al ser la hipoteca un acto dispositivo y no de mera administración, que puede provocar la pérdida del derecho de propiedad sobre el bien hipotecado. Estos préstamos suelen contener como elementos característicos, la brevedad de los plazos, los intereses moratorios muy elevados en contraste con los tipos de intereses remuneratorios más bajos, la concurrencia de la situación angustiosa en la persona del prestatario, que con frecuencia acude a ellos para remediar su sobreendeudamiento, y el carácter sobredimensionado de la garantía por gravar bienes de valor muy superior al de la deuda principal. Tradicionalmente se consideran usurarios por comprometer la titularidad sobre bienes valiosos ante el posible incumplimiento de una deuda de valor acusadamente inferior, con el consiguiente lucro abusivo del prestamista en caso de ejecución hipotecaria.

Distintos son los préstamos hipotecarios destinados a financiar la compra de la vivienda del prestatario, en que el bien hipotecado es el propio inmueble adquirido, que se grava en garantía de la restitución del capital. Por tratarse de mecanismos para acceder a un bien de primera necesidad, estos préstamos han sido objeto de una protección especial a través de diversas medidas legislativas, una de las cuáles es la introducción de un tercer apartado al art. 114-3 LH en que se limita la cuantía de los intereses moratorios hasta el tope máximo del triple del interés legal del dinero. Sobre la aplicación de esta norma relativa a los intereses moratorios han recaído sentencias recientes, aunque no relacionadas con la Ley de Usura sino con la eficacia y aplicación de esta limitación legal[30].

1. Préstamos personales asociados a tarjeta bancaria: aplicación de la Ley de usura y no de la Ley de Crédito al Consumo.

La ya citada STS 628/2015, de 25 de noviembre relativa a estos productos financieros abre nueva línea de aplicación de la Ley de Usura a contratos bancarios, que muestra el abandono de la doctrina de la "mayor tolerancia" en los tipos de interés. El supuesto originario parte de un contrato de crédito celebrado en el año 2001 con pactos de intereses remuneratorios al tipo del 24,6% y moratorios al tipo resultante de incrementar el remuneratorio en 4,5 punto porcentuales. El cliente había devuelto ya todo el capital y parte de los intereses, pero se negaba

30 El TS ha declarado que a estos contratos les es aplicable el límite máximo de hasta 2,5 veces el tipo interés remuneratorio, por extensión del criterio jurisprudencialmente adoptado para los créditos personales a los préstamos hipotecarios. V. SSTS, Sala Civil, Pleno, núms. 265/2015, de 12 abril, (RJ 2015, 1360), 470/2015, de 7 septiembre (RJ 2015,3976), y 469/2015, de 8 septiembre (RJ 2015, 3977) (para préstamos personales); y SSTS núms. 705/2015, de 23 diciembre (RJ 2015, 5714), 79/2015, de 18 febrero (RJ 2016, 619), y 364/2016 (Pleno) de 3 junio (RJ 2016, 2300) (para préstamos hipotecarios).

a abonar la suma que le reclamaba el Banco en concepto de intereses impagados. La Audiencia Provincial entendió que esta cláusula era válida y conforme con las normas de protección de los consumidores. En los motivos del recurso de casación del prestatario se invocaba alternativamente la infracción de la Ley de Usura y de la LGDCU de 1984, lo que obligó al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre la normativa aplicable. El Tribunal Supremo declaró que el contrato era usurario.

En fundamentación de su postura favorable a la validez del contrato, la Audiencia de Barcelona dictada en apelación formuló, en los FD 3º y 4º de su sentencia[31], algunos pronunciamientos cuando menos sorprendentes a propósito de los pactos sobre los intereses. En relación con los moratorios, resolvió que, aunque el contrato se sometía en principio a la Ley de Crédito al Consumo 7/1995 (entonces vigente), la limitación legal prevista en su art. 19.4 (hoy art. 20.4 de la L.16/2011, de 24 de junio) que fijaba el tope máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero para los "descubiertos tácitos" no era aplicable al caso, ya que el porcentaje pactado "se había previsto contractualmente". Descartada así, con cierta ligereza, la anterior posibilidad, entró en el análisis de su posible ilicitud como cláusula abusiva, por si representase una "indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumple sus obligaciones". Para calificar la desproporción procedió a *comparar el tipo de interés legal del dinero con el tipo remuneratorio* pactado en el contrato (puesto que el tipo moratorio se había establecido, como si fuera un "recargo", por referencia al remuneratorio, y esta era la única forma de considerar la cuestión de la validez de los intereses moratorios desde la perspectiva de la prohibición de cláusulas abusivas). Finalmente, tras una declaración *obiter* acerca de la "triple función, resarcitoria, conminatoria y disuasoria" que cumplen los intereses moratorios, concluye la sentencia que "no cabe considerar abusivo por desproporcionado un tipo de interés moratorio inferior al resultado de incrementar 0'5 [32] veces el remuneratorio (22'20% TIN) teniendo en cuenta que este último, a su vez, es superior al triple del interés legal del dinero en la época (fijado en el 5'50%)".

Así enfocada y resuelta la cuestión, no es extraño que el prestatario recurriera en casación a través de dos motivos, en los que respectivamente invocó el art. 1 de la Ley de Usura y el art. 10-bis de la LGDCU relativo a las cláusulas abusivas. El Tribunal Supremo abordó el caso con un planteamiento radicalmente distinto al de la Audiencia, consistente en rechazar la reclamación de los intereses moratorios, que estaban referenciados al tipo remuneratorio, dado que resolvió que este último porcentaje era usurario.

31 SAP Barcelona, secc. 16ª, núm. 450/2013, de 6 septiembre (JUR 2017, 797745), referida.

32 *Sic* por "el doble"; en el relato de antecedentes que realiza la sentencia de casación 628/2015 (FD 1º ap.3), se interpreta que la Audiencia no consideró excesivo el interés moratorio respecto al remuneratorio pactado en el contrato.

Por tanto, y en síntesis, la doctrina de esta relevante Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo consiste en aplicar efectivamente la Ley de Usura a un contrato de préstamo bancario; rechazar la aplicación al caso de la Ley de Crédito al Consumo; declarar que los intereses moratorios no se debían dado que se habían pactado por referencia a los remuneratorios, y estos eran usurarios, por sobrepasar con creces el interés normal del dinero; acudir al tipo medio de intereses remuneratorio practicado por la Banca en la época del contrato, (en lugar del exceso sobre los intereses remuneratorios pactados en el contrato, como criterio comparativo adoptado por la sentencia de apelación), como elemento objetivo que, por comparación con la TAE y no con la TIN pactada (que la sentencia de apelación había tomado en consideración), permitía detectar que los intereses convenidos eran notablemente superiores al normal del dinero. Y finalmente, se formula una consideración de tipo sociológico especialmente relevante: el Derecho no ampara la concesión de crédito a personas carentes de medios de pagos que facilita situaciones de sobreendeudamiento y repercute negativamente en los demás clientes que cumplen sus obligaciones de restitución de los préstamos[33].

Se trata de unas declaraciones que rompen líneas anteriores y que por otra parte han influido poderosamente en la Jurisprudencia posterior de las Audiencias Provinciales, por lo que puede considerarse como referente. Citaremos a continuación algunos ejemplos de ello.

- La SAP Barcelona, secc. 4ª, núm-153/2017, de 14 de marzo[34] declaró usurario el interés remuneratorio al 24,90% TAE pactado en un crédito prestado por la entidad BANKINTER CONSUMER FINANCE, por comparación con los tipos medios aplicados en diciembre de 2007, que eran del 10,07%, con condena a la devolución del nominal sin estos intereses. En cuanto al pacto de intereses moratorios al tipo del 15% TAE, resuelve que tampoco son exigibles, si bien por aplicación del art. 19.4 de la L. Cr. al consumo vigente al tiempo del contrato, y tomando por tipo de referencia el legal del dinero, que en 2007 era del 5%.

- En otro caso parecido, la SAP Barcelona, secc. 13ª, núm 479/2017, de 15 septiembre[35], analiza un contrato celebrado en el año 2007 con el BANCO SANTANDER, con límite de disposición de 7.000'-€, interés remuneratorio del 24, 60% nominal anual, 22, 20% TAE y que desde septiembre de 2008 era del 26, 82% nominal anual, 24, 00 TAE, y plazo de devolución mediante cuotas

33 Como dice el TS en el FD Quinto *in fine* de la citada Sentencia 628/2015, "*la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico*" (cva. nuestra)

34 (JUR 2017, 156544).

35 (JUR 2017, 302471).

constantes de 250'-€ . Se discute en el proceso si las condiciones del contrato eran abusivas o si eran usurarias, y la Audiencia resolvió que superaban los controles de abusividad y transparencia, tanto formal como material, con aplicación en este punto de la doctrina del Pleno del TS contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, relativa a la validez de las cláusulas suelo, (que sentó en nuestro Derecho la doctrina del "doble", o incluso "triple", "control de transparencia"). La Audiencia declaró que el contrato era usurario, en aplicación de la STS 628/2015, que pasó a resumir en la forma siguiente: a) para oponerse a una reclamación formulada por el banco prestamista con invocación de la ley de usura basta oponerlo así como excepción en la contestación a la demanda, pero para reclamar la devolución de las cantidades ya abonadas que excedan el importe del principal es preciso haber formulado reconvención; b) el contrato de crédito *revolving* se considera una operación equivalente al préstamo de dinero *ex* art. 9 de la Ley de Usura; c) no se exige, para la declaración de nulidad por usura, que concurran las circunstancias de la situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales y basta con que el interés pactado sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; d) la nulidad por usura es una nulidad radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, es fatalmente insubsanable, y no susceptible de prescripción.

- La SAP Barcelona, secc. 13ª, núm. 8/2017 de 13 enero[36], contempló otro caso semejante. La prestamista COFIDIS había concedido a un cliente un crédito *revolving* en el año 2007, al tipo anual remuneratorio del 20,88%, cuando el tipo medio en ese año era de un 8,49%. En su recurso de apelación frente a la Sentencia del Juzgado (que había estimado en parte la impugnación formulada por el prestatario), la entidad financiera alegó que las condiciones no eran abusivas y que se había aplicado indebidamente al caso la Ley de Usura. La Audiencia recuerda al respecto que los pactos sobre intereses remuneratorios no se sujetan al control de abusividad por disponerlo el art. 4.2 de la Dva. 93/13/CEE, y así lo confirma la Jurisprudencia del TJUE en los asuntos C-280/13, C-143/13, C-96/14 y C-348/14 , y el TS en sus sentencias de 26 de octubre de 2011, 9 de mayo de 2013 y 25 de noviembre 2015, entre otras. Aunque señala también que cabe someter dichos pactos de intereses remuneratorios al llamado "control de abusividad por falta de transparencia", solo aplicable cuando adolezcan de falta de claridad y dificulten su comprensibilidad; así como también, acudir en su caso a la Ley de Usura, tal como había declarado la STS 628/2015.

36 (JUR 2017, 797745).

2. Préstamos personales no bancarios con "*sobre garantía*" hipotecaria: intereses moratorios usurarios.

La STS núm. 677/2014 de 2 de diciembre[37] contempla un supuesto que recuerda la clásica figura novelesca del usurero decimonónico, que prestaba dinero a personas en apuros económicos. El préstamo se formalizó actuando como prestamista una empresa constructora y como prestatarios unos particulares, por escritura de 20 de enero de 2006, en la que figuraba un capital de 80.000 euros, un plazo de 6 meses, e intereses remuneratorios al tipo del 4%. En la cláusula cuarta de dicho contrato, sobre la que se centra el conflicto, se pactaron intereses de demora del 30%. Para garantizar la restitución, además se constituyó garantía hipotecaria sobre un inmueble propiedad de la prestataria. El prestamista reclamó judicialmente una cantidad en parte correspondiente a los intereses de demora, que la prestataria consideraba no adeudados, por lo que opuso lo dispuesto en la Ley de Usura y solicitó la cancelación de la hipoteca.

El Juzgado reconoció que los intereses de demora eran excesivos, pero desestimó la demanda por considerar que la actora había invocado la Ley de Usura cuando la norma aplicable era la de protección de los consumidores (pues el art. 88.1 de la LGCDCU declara que es abusiva la cláusula que imponga al consumidor "garantías desproporcionadas al riesgo asumido"). Apelada dicha resolución, la secc. 5ª de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia parcialmente estimatoria en la que, con apreciación de la circunstancia de situación angustiosa de la prestataria, declaró que la cláusula cuarta relativa a los intereses de demora era abusiva en el año 2006, en el que vencía el préstamo. Pero, curiosamente, dedujo en consecuencia que los intereses moratorios debían rebajarse a la mitad (es decir, al 15%). Todo ello en aplicación de oficio del art. 10 de la LGDCU 26/1984, al entender que ello no alteraba la causa de pedir.

La prestataria interpuso recursos de infracción procesal y de casación, este último en solicitud de que se declarase la nulidad del contrato de préstamo y consiguiente invalidez de las prestaciones accesorias (intereses remuneratorios y moratorios, y garantía), con invocación del art. 1 de la Ley de Usura, así como del art. 82 del TRLGDCU aprobado por D. Leg. 1/2007 de 16 noviembre. Se cuestionó ante todo la aplicación, realizada de oficio por la Audiencia, de la normativa sobre cláusulas abusivas, sobre la base de una demanda inicialmente fundada en la Ley de Usura.

Llegados a este punto, surgió la duda relativa a la naturaleza de los intereses moratorios, pues tradicionalmente se había considerado que además de la función indemnizatoria por el uso del capital ajeno –punto coincidente con la propia de

37 STS núm. 677, 2014, de 2 diciembre (P. D. Fco. J. Orduña Moreno) (RJ 2014, 6872).

los remuneratorios- cumplen también funciones punitiva y disuasoria, razón por la que se concebían como cláusulas penales no susceptibles de moderación judicial salvo en el caso de cumplimiento parcial, conforme al art. 1154 CC[38].

El Tribunal Supremo resolvió aplicar el art. 3 de la Ley de Usura y en consecuencia declaró que la prestataria no debía intereses algunos, remuneratorios o moratorios, además de ordenar la cancelación de la hipoteca.

3. Intereses moratorios en préstamos hipotecarios destinados a financiar la adquisición de la vivienda del prestatario: Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero 2017[39].

La cuestión del tope máximo de los intereses moratorios ha sido objeto de diversas medidas y criterios, que diversifican extraordinariamente su regulación. Y van desde considerar que los intereses moratorios, por su función punitiva, son cláusulas penales que no se sujetan a topes legales (postura clásica que parece ir en declive), a proponer topes máximos diversos para supuestos concretos: el de 2,5 veces el interés legal (en los créditos al consumo); el del triple del interés legal del dinero (del nuevo párrf. 3 del art. 114 de la LH). Por otra parte, el art. 1108 CC establece el tipo del interés legal del interés del dinero en función del que anualmente se fije en la Ley de Presupuestos del Estado, en defecto de pacto, sin que el Ordenamiento proporcione criterio general que imponga topes máximos. Además, para los intereses moratorios en préstamos sin garantía real, la STS núm. 265/2015, de 22 de abril[40], seguida por las núms. 470/2015 de 7 septiembre y 469/2015 de 8 septiembre, fijó como doctrina jurisprudencial, inspirada en la Jurisprudencia del TJUE[41] que debe declararse el carácter abusivo de la cláusula no negociada que establezca *un interés de demora superior en dos puntos porcentuales al del interés remuneratorio pactado*.

38 Así STS núms. 869|2001, de 2 octubre (P. D. R. García Varela) (RJ 2001, 7141). Sin embargo, la STS núm. 578, 2010, de 23 septiembre (P. D. X O'Callaghan Muñoz) (RJ 2010, 7296), a propósito de un préstamo hipotecario, resolvió declarar que era abusivo el interés moratorio pactado del 29% anual, y resolvió rebajarlo al tipo de 2,5 veces el interés legal. Otros criterios de moderación posibles que han sido aplicados por los tribunales aparecen en el nuevo apartado 3 del art. 114 LH, aplicable solo a préstamos para la adquisición de vivienda, pero que las Juntas de Jueces abordaron en su día extender a todos los contratos de préstamo. En esta línea se había pronunciado el Acuerdo de la Junta de Unificación de Criterios del Orden Civil de la AP de Madrid de 27 de septiembre 2013; en sentido parecido, Acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 23 de abril 2013 (citado por De Verda Beamonte, J.R.: "Nueva doctrina sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los pc-602/13 préstamos hipotecarios", cit., p. 306).

39 ATS 22 febrero 2017 (P. D. R. Saraza Jimena) (RJ 2017, 569).

40 STS (Pleno) núm. 265/2015, de 22 de abril (P. D. R. Saraza Jimena) (RJ 2015, 1360).

41 Contenida en los asuntos C-618/10 (caso Banesto), C-415/11 (Caso Aziz), C-26/13 (cas8caso BBVA o Árpád Kásler), C-482/13 y otros acumulados (caso Káslerné Rába y Hajnalka Káslerné Rabai), C-602/13 (caso BBCA), C-90/14 (caso Cajatres) y C-613/15 (caso Ibercaja).

Como muestra de esta diversidad y confusión preexistente al Auto del TS de 22 de febrero de 2017, cabe citar el caso contemplado por la STS 364/2016[42]. Se trataba de un préstamo para adquisición de vivienda habitual con hipoteca sobre el inmueble, concertado el 18 de noviembre de 2004 entre un particular y el BBVA, por importe principal de 295.000 euros y pacto de intereses moratorios del 19%, que fue objeto de ejecución hipotecaria por impago de diversas cuotas, y originó la reclamación de la suma de 87.708,10 € en concepto de intereses. Se dio la circunstancia de que al año siguiente se realizó una ampliación de 8000 euros destinada a otros menesteres, lo que suscitó la cuestión acerca del carácter protegido del contrato conforme a los presupuestos de aplicación del art. 114.3 de la LH. El prestatario se opuso y solicitó se declarase la nulidad del tipo de interés de demora pactado, y se estableciera por el Juzgado "uno más ajustado a derecho", que a juicio de la parte actora debía ser el tipo nominal previsto en el contrato para el préstamo (Euribor más un punto, calculado a fecha de la liquidación de intereses, en enero de 2009) de donde resultaría un 3,62%; o alternativamente el interés legal de demora para 2009 (según la Ley 2/2008 de 31 de diciembre), o el interés de demora para 2008 (previsto por la Ley 51/2007 de 26 de diciembre).

El Juzgado declaró la nulidad de la cláusula de intereses moratorios sin haber lugar a otro tipo más ajustado, en aplicación de la doctrina del TJUE en sentido de reforzar el efecto disuasorio de la utilización de este tipo de cláusulas (Sentencia TJUE de 14 de junio 2012 dictada en el caso Banesto). La Audiencia Provincial revocó tal sentencia y declaró la validez de los pactos. El prestatario recurrió en casación, por infracción de jurisprudencia del TS y de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión de los intereses moratorios.

El Tribunal Supremo acogió el recurso y declaró que procedía mantener la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios dictaminada por la Audiencia, debido a su carácter abusivo, según el criterio sentado por la STS 265/2015, de 22 de abril, para los intereses moratorios pactados en préstamos personales, que consideró "más objetivo" que el fijado en el art. 114.3 LH, y por el que deben considerarse abusivos los intereses moratorios superiores en dos puntos porcentuales al tipo de los intereses remuneratorios pactado.

Ante la diversidad de alternativas establecidas para el control de los intereses moratorios abusivos en los préstamos a que se refiere el art. 114.3 LH, de la que el anterior procedimiento es solamente una muestra, el Tribunal Supremo ha dictado un Auto en que resuelve elevar al TJUE un recurso en solicitud de decisión prejudicial sobre la adecuación de la Jurisprudencia española que interpreta los efectos de la aplicación del art. 114.3 LH, a las disposiciones de la Directiva 93/13/

42 STS núm. 364/2016, de 3 de junio (P. D. I. Sancho Gargallo) (RJ 2016, 2300).

CEE del Consejo, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El Auto de 22 de febrero de 2017 suspende un procedimiento pendiente relativo al recurso de casación de un prestatario contra las sentencias de instancia que habían declarado la nulidad por abusiva, entre otras, de la cláusula de intereses de demora en un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de su vivienda, y ordenado la rebaja de la cuantía pactada al tipo del triple del interés legal del dinero establecido en el art. 114.3 LH. El prestatario sostenía en cambio que la consecuencia propia de la declaración de nulidad debía ser que el préstamo no devengara interés alguno desde la constitución el en mora y que la sentencia recurrida era contraria a lo dispuesto en los arts. 6.1 y 7.1 de la Dva. 93/13/CEE.

En la parte expositiva del Auto, muy especialmente en los 18 apartados de su Fundamento Quinto que se titula "Explicación de la Jurisprudencia cuestionada", el TS resume el estado de la cuestión en la jurisprudencia española. Y señala que durante el año 2015, se declaró en varias sentencias que lo dispuesto en el art. 114.3 LH sobre el tope máximo de los tipos de intereses moratorios no impedía que los pactos por debajo del triple del interés legal fueran declarados abusivos; así como también, que dicho tope máximo se había dispuesto a los meros efectos de impedir el acceso a inscripción registral de contratos de préstamo con cláusulas de intereses moratorios que lo sobrepasaran.

El TS destaca que en el Derecho español y a diferencia de otros ordenamientos, el art. 1108 CC dispone que para el caso de demora en la deuda pecuniaria la indemnización consistirá en el devengo del interés legal, pero no existe un tope máximo de general aplicación, aunque si para casos particulares como el contemplado por el art. 114.3 de la LH.

En consecuencia, se ha producido una gran diversidad de opiniones sobre los efectos que produce la declaración de nulidad de las cláusulas de intereses moratorios abusivos que compromete el principio de seguridad jurídica. Pues unos tribunales declaraban la reducción de los tipos pactados al interés legal del dinero establecido en el art. 1108 CC; otros, que no se debían intereses remuneratorios ni moratorios; algunos aplicaron analógicamente el tope máximo del 2,5 veces el interés legal, señalado para los descubiertos en cuenta corriente por el art. 20.4 de la Ley de crédito al Consumo; o bien, el triple del interés legal del dinero en aplicación del art. 114.3 LH. Y finalmente, era frecuente en la última jurisprudencia que se declarase la continuidad del devengo de intereses al tipo pactado como

remuneratorio, hasta el completo pago de la deuda pendiente, una vez eliminada por abusiva la cláusula de intereses moratorios[43].

Aunque en el Auto se reconoce que se precisa establecer "jurisprudencia uniforme en un plazo breve", el TS no deja de recordar que los intereses moratorios y los remuneratorios "responden a causas distintas", pues el remuneratorio se relaciona con la causa del contrato mientras que el moratorio supone una "sanción al incumplimiento del consumidor de sus obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos establecidos" por lo que su función es indemnizatoria de los daños y también disuasoria.

Ahora bien, ese "recargo" propio de los intereses moratorios puede ser excesivo si supera dos puntos porcentuales en cálculo anual respecto al interés remuneratorio, en cuyo caso es abusivo y no debe vincular al consumidor, por suponer "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta". Si bien -añade el TS en el Auto- en tales casos debe seguir devengándose el interés remuneratorio, "porque persiste la causa que lo justifica, como es la entrega del dinero al prestatario para que disponga de él hasta que lo devuelva, con sus intereses, al prestamista"; y ello "no supone, a nuestro juicio, una integración del contrato mediante la moderación del interés de demora hasta límites admisibles" prohibida por la Dva., pero tampoco justifica una eliminación del interés remuneratorio que representa el precio del servicio, como han resuelto algunas otras sentencias.

En este contexto dialéctico que desarrolla el Auto el Tribunal Supremo, se incluye un apartado especialmente atinente al presente trabajo, pues versa sobre el papel que puede cumplir la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios. Dice así textualmente, en alusión a la STS 628/2015 de 25 de noviembre, a la que nos hemos referido anteriormente:

"11.- El riesgo de que *el interés de demora sea excesivamente elevado cuando el interés remuneratorio también lo sea,* que es afirmado por uno de los tribunales que ha cuestionado la compatibilidad de nuestra jurisprudencia con el Derecho de la Unión Europea, *queda solucionado por la doctrina del Tribunal Supremo que, en aplicación de la Ley española de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios_,* ha declarado usurario el interés remuneratorio de un préstamo o crédito al consumo cuando es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y que corresponde al prestamista la carga de la prueba de la excepcionalidad de

43 Se pronunciaron en este sentido las SSTS de la secc. 1ª de la Sala Civil núms.469/2015, de 8 septiembre (RJ 2015, 3977), y 470/2015, de 7 septiembre (RJ 2015 3976); y del Pleno de la Sala Civil del TS núms. 364/2016 de 3 junio (RJ 2016 2300) y 265/2015 de 22 abril (RJ 2015, 1360).

las circunstancias que justifican un interés notablemente superior al normal del dinero'"[44].

El Auto abunda en la bondad de dicha solución consistente en someter los casos más confusos -como es el de determinar si los intereses moratorios y los remuneratorios han de sujetarse a los mismos criterios- al amplio ámbito de la Ley de Usura. Se considera que, de este modo: "se consigue la seguridad jurídica necesaria" pues se fijan criterios armonizadores; "se otorga la adecuada protección a los consumidores" frente a los pactos sobre garantía desproporcionadas; "se disuade a los prestamistas predisponentes" puesto que si persisten en el uso de estas cláusulas desproporcionadas podrían perder su derecho a cobrar cantidad algún del consumidor que se retrasara en el pago de las cuotas del préstamo; "se restablece el equilibrio real entre las partes" pues la eliminación de la cláusula de intereses de demora no impide que el prestamista continúe recibiendo la contraprestación o precio, en forma de intereses remuneratorios, por el servicio; y finalmente, "se evita que el prestatario que cumple regularmente su obligación de pagar sus cuotas reciba peor trato que quien no cumple".

Como reflexión final, señalar únicamente que no cabría un mejor homenaje a la vetusta Ley de Usura que el realizado ahora por el Tribunal Supremo en esta ocasión y en otras anteriores a las que hemos hecho referencia a lo largo del presente trabajo. A la postre, esta solución contenida en el Auto es acorde con la doctrina española sobre los intereses moratorios regulados en el art. 1108 CC[45]. Por otra parte, ello obliga al TJUE a pronunciarse sobre el complicado tema, que hemos abordado anteriormente, de la compatibilidad de la Ley de usura con las modernas normas de protección de los consumidores, porque lo cierto es que el sistema previsto en la Ley basado en el libre arbitrio judicial ha propiciado también gran diversidad de opiniones entre los tribunales.

44 La cva. es nuestra.

45 Así lo había propuesto, en efecto, Ruiz-Rico Ruiz, J.M., "Artículo 1108" (ap. VII.2 sobre aplicabilidad de la Ley de Usura), cit .

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García. M.: "La nulidad de los préstamos usurarios", *ADC* vol 48, nº 1, 1995 pp. 33 ss.

De Verda Beamonte, J.R.: "Nueva doctrina sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, Comentario a la STS de 3 de junio 2016," *Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE,* nº 5, agosto 2016.

Delgado Echeverria, J., /Parra Lucan, Mª A.: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la Práctica*, Dykinson, Madrid 2005.

García Cantero, G.: "Préstamo, usura y protección de los consumidores", *AC* 3/1989, pp. 205 y ss.

Jiménez Muñoz, F. J.: *La usura: evolución histórica y patología de los intereses,* Dykinson, Madrid 2010,

Múrtula Lafuente, V.: *La prestación de intereses,* Dykinson, Madrid 1999

Múrtula Lafuente, V.: "La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis", *RDP* Julio-Agosto, 2010.

Múrtula Lafuente, V.: *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos,* Reus, Madrid 2012

Ruiz-Rico Ruiz, J.M., "Artículo 1108" (ap. VII.2 sobre aplicabilidad de la Ley de Usura), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Tomo XV, Vol. 1º, "Artículos 1088 a 1124 del Código Civil", EDERSA, Madrid 2004.

Ruiz-Rico Ruiz, J.M., *et alt.*: "Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores", *Diario La Ley*, nº 8645, 2015.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

STJUE, Sala Primera, 3 de junio 2010 (TJCE 2010\262), Asunto C-484/08 (caso Caja Ahorros Madrid v Ausbanc)

STJUE de 14 de junio 2012, Sala Primera (TJCE 2012\143), Asunto C-618/10 (caso Banesto)

STS de 13 de febrero 1941

STS de 31 de mayo 1945

STS de 25 de septiembre 1987 (RJ 1987, 6272)

STS de 11 de noviembre 1987 (RJ 1987, 8370)

STS de 3 febrero 1989 (RJ 1989, 662)

STS de 17 abril 1989 (RJ 1989, 3063)

STS de 25 abril 1989 (RJ 1989, 3263)

STS de 4 julio 1989 (RJ 1989, 5295)

STS de 27 septiembre 1989 (RJ 1989, 6383)

STS de 4 diciembre 1989 (RJ 1989, 8795)

STS de 9 de enero 1990 (RJ 1990, 8)

STS de 30 de enero 1990 (RJ 1990, 103)

STS de 7 febrero 1990 (RJ 1990, 666)

STS de 12 julio 1990 (RJ 1990, 5857)

STS de 7 noviembre 1990 (RJ 1990, 8531)

STS de 17 diciembre 1990 (RJ 1990, 10281)

STS 18 febrero 1991 (RJ 1991, 1449)

STS 13 de mayo 1991 (RJ 1991, 3662)

STS de 6 noviembre 1992 (RJ 978, 1992).

STS núm. 80/2002, de 1 de febrero (P. D. J.R. Vázquez Sandes) (RJ 2002, 2879)

STS núm. 539/2009, de 14 de julio (P. D. A. Salas Carceller) (RJ 2009, 4467)

STS núm. 578/2010, de 23 septiembre (P. D. X. O'Callaghan Muñoz) (RJ 2010, 7296)

STS núm. 406/2012, de 18 junio (P. D. Fco. J. Orduña Moreno) (RJ 2012, 8857)

STS núm. 677/2014, de 2 diciembre (P. D. Fco. J. Orduña Moreno) (RJ 2014, 6872)

STS (Pleno) núm. 265/2015, de 22 de abril (P. D. R. Saraza Jimena) (RJ 2015, 1360)

STS 470/2015, de 7 septiembre (P. D. R. Saraza Jimena) (RJ 2015, 3976)

STS núm.469/2015, de 8 septiembre (RJ 2015, 3977)

STS núm. 628/2015, de 25 noviembre (Pleno) (P. D. Rafael Saraza Jimena) (RJ 2015, 5001)

STS núm. 364/2016, de 3 de junio (P. D. I. Sancho Gargallo) (RJ 2016, 2300)

Auto TS 22 febrero 2017 (P. D. R. Saraza Jimeno) (RJ 2017, 597)

SAP Barcelona, secc. 16ª, núm. 450/2013 de 6 septiembre (JUR 2017, 797745)

SAP Barcelona, secc. 13ª, núm. 8/2017 de 13 enero (JUR 2017, 797745)

SAP Barcelona, secc. 4ª, núm.153/2017, de 14 de marzo (JUR 2017, 156544)

SAP Barcelona, secc. 13ª, núm. 479/2017, de 15 septiembre (JUR 2017, 302471)

LAS OBRAS MUSICALES EN LAS RADIOS UNIVERSITARIAS

MUSICAL WORKS IN THE CAMPUS RADIO STATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 136-175

Dra. Cristina
LÓPEZ
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: En el Derecho español la Ley General de la Comunicación Audiovisual no hace referencia a las radios universitarias. Ante esa situación, las entidades de gestión colectiva no las contemplan en sus catálogos de tarifas generales, por lo que los titulares de estas radios se ven obligados a negociarlas. A pesar de que la Ley de Propiedad intelectual y la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, contienen unas obligaciones para las entidades de gestión, en este sector su cumplimiento está lejos de ser una realidad.

PALABRAS CLAVE: Obras musicales; radios universitarias; propiedad intelectual; licencias copyleft; tarifas, entidades de gestión colectiva.

ABSTRACT: *The Spanish General Audiovisual Communication Law does not relate to Campus Radio Stations. In this context, Copyright Collection Societies do not cover them in their catalogues of general fees. For this reason, the holders of these radios are forced to negotiate them. Althoug the Intellectual Property Law and the Order ECD/2574/2015, of 2 December, contain obligations for Copyright Collection Societies, on this matter its enforcement are far from being achieved.*

KEY WORDS: *Musical works; campus radio stations; copyright; copyleft licenses; fees; copyright collection societies.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LAS OBRAS MUSICALES.- III. LAS OBRAS MUSICALES EN LAS RADIOS UNIVERSITARIAS.- 1. Origen, funciones y objetivos de las radios universitarias.- 2. Los derechos de autor derivados de la emisión de obras musicales en las radios universitarias.- 3. Criterios para el establecimiento de tarifas generales y para la negociación de tarifas entre las radios universitarias y las entidades de gestión colectiva.- A) Precedentes jurisprudenciales.- B) El art. 157 TRLPI y la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.- IV. PROPUESTAS A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Derechos de autor, obras musicales y radios universitarias forman un trío interesante y en ocasiones controvertido. De ahí que el punto de partida de este trabajo lo constituya la propiedad intelectual en las radios universitarias[1], con particular referencia a este tipo de obras.

Por todos es conocida la distinción entre derechos morales y los derechos patrimoniales de autor. Mientras los primeros pertenecen al autor y son intransferibles –si bien tras su muerte pueden hacerse valer frente a terceros–, los

1 La Asociación de Radios Universitarias de España (ARU) es una asociación sin ánimo de lucro que integra a 26 estaciones radiofónicas universitarias que emiten desde 29 Universidades españolas, tanto públicas como privadas, y que han firmado el Convenio Interuniversitario de Radios Universitarias. Una vez suscrito dicho convenio de colaboración, que fue ratificado por los Rectores de las diferentes Universidades españolas a lo largo del curso académico 2010/2011, se creó una asociación nacional de radios universitarias. Algunos de los propósitos que se propone ARU son:
– Proyectar temas universitarios**,** culturales y científico-tecnológicos hacia la ciudadanía promoviendo la presencia de la Universidad en la sociedad.
– Intercambiar experiencias y productos comunicativos que sean de interés para la comunidad universitaria, en particular, y para la sociedad, en general.
– Contribuir al desarrollo de la educación, la cultura, la ciencia, la creación, la producción y la difusión de contenidos para radio, Internet y soportes de comunicación a través de la interacción y la cooperación entre sus asociados.
– Estudiar, diseñar, proponer e implementar metodologías de trabajo que permitan establecer mecanismos de cooperación entre las Universidades y las radios universitaria**s** del territorio español para la formación, capacitación y actualización de recursos humanos, así como para el diseño, creación, producción, evaluación e investigación de contenidos culturales y educativos.
– Apoyar la investigación y la experimentación de los asociados en el campo de la educación, la ciencia, la cultura, la formación, los medios audiovisuales y las tecnologías de la información y de la comunicación.
– Promover el desarrollo de nuevos formatos radiofónicos de contenidos culturales y educativos.
– Contribuir a la formación de recursos humanos de las radios universitarias, mediante la organización de talleres, seminarios, laboratorios y cursos.
https://www.asociacionderadiosuniversitarias.es/

• Dra. Cristina López Sánchez
Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández, cristina.lopezs@umh.es

segundos, los derechos patrimoniales,[2] normalmente son cedidos por el autor a un tercero obteniendo con esa cesión unos ingresos que normalmente constituyen su medio de vida.

Actualmente nos movemos en lo que podemos llamar una tensión constante entre el derecho de autor y el derecho a la cultura. No en vano el art. 44.1 CE señala que "Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho", y precisamente la piedra angular reside en buscar el equilibrio entre esas dos fuerzas motrices.

No hace falta ir muy lejos para advertir que la opinión pública, en su gran mayoría, se decanta del lado del libre acceso a la cultura, pero tampoco sería justo prescindir de la objetividad necesaria para poner de relieve los derechos de los autores, máxime cuando la creación se convierte en su *modus vivendi*. Todo trabajo ha de ser remunerado, sea del tipo que sea, pues se debe proteger a quien se dedica a crear cultura, fundamentalmente porque ello le permitirá que pueda seguir creando.

Con carácter general no se puede usar libremente una obra intelectual (canción, película, novela, obra de teatro, escultura, retrato…), sino que se necesita una autorización para llevar a cabo su utilización, si bien es cierto que cuando nos encontremos con alguna de las excepciones previstas en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no se precisa dicha autorización. Para solicitarla, o bien se puede contactar directamente con el autor, o bien se puede actuar con la entidad de gestión que lo represente. Cabe recordar que todo autor puede gestionar su propia creación, ya que la actuación necesaria a través de una entidad de gestión[3] sólo es exigida en los supuestos de los artículos 25 –compensación equitativa por copia privada– y 90 TRLPI –al autor de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales que haya cedido sus derechos al productor le corresponde una remuneración equitativa por el alquiler de fonogramas, un porcentaje de la taquilla por proyectar la obra en lugar público previo pago de entrada y lo que se disponga según las tarifas generales por la proyección o exhibición sin exigir precio–.

2 Dentro de la categoría de derechos patrimoniales, los derechos de simple remuneración, a diferencia de los derechos exclusivos, no permiten a su titular a autorizar o prohibir la explotación de su obra o prestación, pero sí que obligan a quien la lleve a cabo a pagar por los actos de explotación que realice. Nos referimos al derecho de participación en reventa de originales plásticos y al derecho de remuneración por copia privada.

3 Aunque en nuestro país se han reconocido ocho entidades de gestión, cada una actúa en función de su temática. En concreto, los autores pueden asociarse a SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), CEDRO (Centro español de derechos reprográficos), VEGAP (Visual entidad de gestión artistas plásticos), o DAMA (Derechos de autor de medios audiovisuales). Los artistas a AIE (Sociedad de artistas, intérpretes o ejecutantes), AISGE (Artistas intérpretes Sociedad de gestión). Y los productores a AGEDI (Asociación de gestión de derechos intelectuales) y EGEDA (Entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales).

Sin embargo, a pesar de ello y por lo que ahora nos compete, en la práctica los titulares de derechos de autor no gestionan directamente los derechos derivados de la comunicación pública de fonogramas por medios mecánicos y de transmisión pública mediante medios radiofónicos o mediante aparatos de televisión situados en establecimientos abiertos al público, más que nada por la imposibilidad de llevar a cabo un adecuado control de la ejecución de esos actos de comunicación. Es fácil imaginar lo complicado que sería, por no decir imposible, tener que obtener el permiso para emitir obras musicales teniendo que dirigirnos uno a uno a cada autor, mientras que a través de las licencias de uso se puede utilizar en cada emisión todo el repertorio musical que administre la entidad de gestión de que se trate, por ejemplo SGAE o AGEDI (que son las que actúan en el campo al que ahora nos estamos refiriendo), ya que la Ley de 11 de noviembre de 1987 puso término a la situación de monopolio legal de la SGAE derivada de la Ley de 24 de junio de 1941.

En realidad, el sistema de licencias globales no sólo no perjudica sino que favorece a las entidades de radiodifusión: además de ahorrarles costosas negociaciones con todos y cada uno de los compositores y demás autores cuya música desean utilizar, les exime de facilitar a las entidades de gestión los listados de las concretas composiciones musicales que son objeto de utilización por su parte, pudiendo en consecuencia variar la programación libremente con la garantía de que, sea cual sea el tema que elijan, su licencia les permitirá usarlo sin problema alguno[4].

De todos modos, no hay que olvidar que no siempre "hay que pasar por caja", es decir, no siempre hay que pedir permiso al autor y pagar por ello (normalmente, como hemos dicho, a través de alguna entidad de gestión colectiva), sino que hay algunos casos en los que no es necesario. En primer lugar, si la obra musical se encuentra en el dominio público. Los derechos patrimoniales de autor expiran 70 años después de la muerte del autor en el caso de la letra y la música, 50 años después de la primera interpretación o grabación en el caso de los intérpretes, del productor de fonogramas, del productor de grabaciones audiovisuales y de las entidades de radiodifusión[5].

En segundo lugar, tampoco sería necesario si el uso está previsto como un límite o excepción[6] en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

4 Sánchez Aristi, R.: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, p. 215.

5 Aunque no viene al caso, los derechos de autor de los autores de meras fotografías expiran a los 25 años de su fallecimiento.

6 Aunque el Libro I, Título III, Capítulo II (arts. 31 a 40 bis) del TRLPI lleva por título "Límites", en puridad no es lo mismo hablar de límites (que son inherentes al contenido mismo del derecho), de excepciones (cuando la obra se utiliza sin necesidad de previo consentimiento del autor y sin pagarle una remuneración), o de limitaciones (cuando no se necesita autorización del autor pero sí que se paga una remuneración por el uso de la obra ajena), *vid*., López Sánchez, C.: "La utilización de una obra intelectual en favor de personas

Por ejemplo, siempre que se cumplan los requisitos legalmente previstos, no se necesita pedir permiso del autor de la obra ni pagar por el uso cuando se realice una reproducción provisional de la misma; ni tampoco en el caso de que se utilice la obra con fines de seguridad o para adaptarla a personas con discapacidad; ni cuando se realice una cita docente o de investigación; tampoco en la ilustración con fines docentes y de investigación; ni en la utilización de obras con ocasión de información de actualidad y de las situadas en la vía pública; ni en las obras musicales en actos oficiales y ceremonias religiosas; tampoco cuando se trate de una parodia, ni en el caso de las obras huérfanas. Por otro lado, en la copia privada, en los trabajos sobre temas de actualidad, y para llevar a cabo la reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos, tampoco se necesita permiso del autor, aunque sí que se contempla una remuneración equitativa.

Y, en tercer lugar, tampoco sería necesario si la obra musical estuviera registrada bajo una licencia libre, una licencia *copyleft*, siendo la más extendida la licencia *creative commons*[7]. Con ello se contribuye a la difusión de la obra de autores no conocidos y además no se paga a ninguna entidad de gestión colectiva por la comunicación pública de las obras musicales, e incluso se podría hacer uso de canciones con *copyright* y canciones con copyleft, por ejemplo en distintas franjas horarias, atendiendo a los fines de semana, etc.[8]. Si durante muchos años lo habitual ha sido pensar que todos los artistas se acogían al paraguas de la SGAE, ahora no ocurre igual. Me consta que algunas radios universitarias han optado por no pagar derechos de autor y se refugian en alguna de estas vías, tal y como pude

con discapacidad", en AA. VV.: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: Incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, 2008, Madrid, 2008, pp. 240-241. Utilizando otra terminología algunos autores hablan de límites absolutos (que permiten el uso de contenidos protegidos sin autorización del titular de los derechos y sin tener que pagar una compensación, y de límites relativos (permiten el uso sin autorización, pero a cambio el beneficiario deberá pagar la correspondiente compensación), así López Maza, S.: "Comentario al art. 31 bis", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, p. 602.

7 En la actualidad disponemos de muchas bases desde donde poder descargar música libre de derechos: Vimeo, MusicaLibre, SoundCloud, Jamendo, RoyaltyFreePianos, Magnatune, Amazon, Soundclick, A-M Classical, Mutopia Project, Audionity, Free Music Archive, Dogmazic, Musopen, Opsound., OnClassical, Dig.ccmixter, Garageband, The Internet Archive, Free Kids Music, dPop, entre otras. Incluso GOOGLE ofrece la posibilidad de realizar una búsqueda avanzada de una obra bajo licencia libre de derechos, indicando que se busquen archivos MP3. De esta forma se evita tener que recurrir al catálogo musical de las grandes discográficas y no se incumple ninguna norma al utilizar música libre de derechos.

8 La Audiencia Provincial de Salamanca (sección 1ª) en su sentencia de 27 marzo de 2012, AC 2012\802 confirma la sentencia de instancia y condena al pago al demandado y propietario de un bar, porque ante la existencia de un aparato de TV en dicho bar no llega a acreditar que a través del mismo únicamente se emitiera música de autores no gestionados por la entidad de gestión demandante (SGAE). El demandado alega que en su bar promueve la música copyleft como así lo refleja su página de Facebook; que el televisor se usa para promocionar las tapas del bar; que el televisor está conectado a un ordenador; que el dueño del bar usa música copyleft desde la página web www.musicalibre.es; que el bar realizó una exposición del artista y testigo Jose Manuel; que los cuadros del artista se visualizan en la pantalla; que el propietario ameniza musicalmente el bar con su piano; que el bar dispone de una licencia que sólo le permite tener un televisor doméstico; y que, además, el bar tiene en su poder música libre facilitada por artistas. A pesar de todo ello, se aportan actas levantadas por un agente colaborador que revelan la audición de una emisora de radio con obras musicales incluidas dentro del repertorio gestionado por la actora.

constatar en el XV Encuentro de Radios Universitarias de España, que tuvo lugar el 16 de octubre de 2017 en la Universidad Miguel Hernández de Elche en el que tuve ocasión de participar.

II. ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LAS OBRAS MUSICALES

Según se recoge en el art. 10.1 TRLPI, "son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro", quedando comprendidas entre ellas (y sin que el artículo recoja una enumeración exhaustiva), las composiciones musicales, con o sin letra (aparatado b) así como las obras dramático-musicales (apartado c)[9]. Como vemos, las obras musicales no aparecen en la descripción genérica inicial de obras intelectuales, pero sí, como no podía ser de otro modo, entre sus categorías.

En palabras de Bercovitz, una obra susceptible de protección por la ley no es siempre una obra de arte, literaria o científica[10]. El sonido es el elemento que convierte la creación musical en un objeto protegible absolutamente diferenciado del resto de categorías generales de obras científicas, literarias y artísticas. La composición musical no atrae nuestra atención a través de conceptos, como en el caso de la literatura o la ciencia, o de formas visibles como en el caso de las artes plásticas sino, como decimos, a través de los sonidos[11].

Cualquier institución, sea una entidad radiofónica, una cafetería, un hotel, un establecimiento comercial, una peluquería, un restaurante (por el momento los taxis parece que están excluidos porque en las tarifas de las entidades de gestión sólo se hace referencia a los transportes colectivos) que lleve a cabo una comunicación pública de obras musicales protegidas por el derecho de autor, deberá pagar en concepto de derechos de autor. Y en el caso de que además de la comunicación pública de la obra se llevara a cabo su reproducción, es decir, "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias" (art. 17 TRLPI), también tendrá que pagar la entidad de radiodifusión o quien pretenda llevar a cabo la reproducción (copia) de una obra musical.

9 La mención en el art. 10 TRLPI de las obras dramático musicales es calificada por algunos como superflua, ya que tanto las obras musicales como las obras dramáticas están protegidas. Pero así las cosas quedan claras, *vid*., Galacho Abolafio, A. F.: *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014. p. 162.

10 Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Comentario al art. 10.1. apartados a), b), c), d), e), f), g), h)", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, p. 159.

11 Galacho Abolafio, A. F., *La obra*, cit., p. 163.

En concreto, el art. 20 TRLPI contempla el derecho de comunicación pública y en su apartado 2 se refiere, entre otras, a las entidades de radiodifusión, pero también por ejemplo a las empresas dedicadas a prestar servicios de ambientación musical. Lo mismo ocurre con el empleo de obras musicales en centralitas telefónicas con líneas de espera[12]. Así, en su apartado c) se refiere a "La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes (…)".

Una obra musical suele tener más derechos de autor de los que a primera vista podemos imaginar: el derecho de autor del compositor de la letra, el derecho de autor del compositor musical (creación de la partitura musical), el derecho de autor del intérprete de la canción (cantante), el derecho de autor del intérprete musical (director y músicos) o del arreglista musical y el derecho de autor del productor (grabación, edición, mezcla, y masterización[13]). Y es que la propia música con letra es una obra compleja. Además, a menudo nos encontramos con diferentes versiones de una misma canción, debiendo ser considerada cada una de esas versiones como una grabación de sonido única y diferente. Por lo tanto, si queremos usar una obra musical tenemos que averiguar a quién corresponden o quién administra los derechos sobre la letra, la música o la grabación para solicitar y pagar la preceptiva licencia.

A lo anterior hay que añadir que se da la circunstancia de que la emisión de una obra constituye, además de un acto de comunicación pública de dicha obra, el hecho generador de un derecho autónomo de propiedad intelectual a favor de la entidad de radiodifusión responsable de tal emisión. Ya sabemos que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables, entre otros, con los derechos conexos[14].

Con todo, es importante tener presente que una obra musical que no tenga el símbolo de *copyright* no significa que esté exenta de protección de derechos de autor. No es obligatorio para la protección de los derechos de autor anteponer al nombre de la obra el símbolo ©. Como decimos, cuando una obra no contenga ningún símbolo o indicación, no significa que no requiera la previa autorización del autor, es más, hay que presumir que estará protegida. Por un lado, tenemos el *copyright*, pero ¿qué es el *copyleft* al que también nos hemos referido con anterioridad? Se trata de un movimiento social y cultural alternativo que aboga por el uso de licencias libres para compartir y reutilizar las obras de creación.

12 Sánchez Aristi, R.: *La propiedad,* cit., p. 216.

13 Las acciones de "mezclar" y "masterizar" suelen confundirse ya que comparten técnicas y herramientas parecidas, pero son cosas distintas; mientras la "mezcla" se refiere a una grabación en la que confluyen varias canciones, la "masterización" es el pulido final que se le hace a una mezcla.

14 Sánchez Aristi, R.: "Comentario al art. 20", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, p. 417.

Hay diferentes tipos de licencias libres entre las que se puede elegir según el ámbito que se trate (*softwar*e, obra científica, música, arte …), siendo las más utilizadas las licencias *creative commons*. A pesar del juego de palabras, *copyleft* no es lo contrario de *copyright*, ya que, si optamos por el *copyleft* también se estará desplegando una protección ya que sólo el titular de los derechos de autor puede otorgar a su obra la licencia de uso que considere oportuna.

Por lo tanto, a la hora de utilizar una obra musical en la radio, lo primero que nos debemos preguntar es si tiene derechos de autor. La respuesta a esta pregunta es sencilla: prácticamente toda la música está bajo derechos de *copyright* (aunque algunos opinan que es absurdo pagar por poner música cuando debería ser al contrario: que los autores pagasen porque se escuche su música). Incluso las obras compuestas o derivadas, que son aquellas que dan lugar a una obra diferente por la unión de varias obras preexistentes[15] (como el popurrí), las versiones (*cover*), remix, *sample*s, están protegidas por derecho de autor. Y, en segundo lugar, hay que tener claro si necesitamos obtener la licencia de uso que nos permite utilizar esa obra musical (por ejemplo en una obra audiovisual o en la radio), o si lo que pretendemos es obtener los derechos de autor de la misma, en cuyo caso esa obra pasará a ser de nuestra propiedad (salvo los derechos morales, que ya sabemos que son intransferibles), así como todos los beneficios posteriores que se deriven de ella. Lo habitual es que optemos por lo primero.

III. LAS OBRAS MUSICALES EN LAS RADIOS UNIVERSITARIAS

1. Origen, funciones y objetivos de las radios universitarias

La radio universitaria comenzó su andadura en Estados Unidos cuando las Universidades de Detroit, Wisconsin y Pittsburg emitían en pruebas en el año 1917. En concreto, la emisora de la Universidad de Wisconsin, la denominada WHA, constituyó en 1919 la primera radio al servicio de la comunidad académica tras años de experimentación con el medio en el ámbito de la institución universitaria[16], pero fue la radio universitaria de los Últimos Santos de Salt Lake City la primera en obtener una licencia oficial en 1921.

15 Existe un parecido innegable entre la obra colectiva y la obra compuesta, si bien podemos señalar algunas diferencias: mientras en la obra compuesta se lleva a cabo una incorporación material de la obra preexistente, a la que se la añaden nuevos aditamentos intelectuales, en la obra derivada la incorporación que se hace de la obra preexistente en la obra nueva es de tipo intelectual, en el sentido de que se modifica. Con todo, desde el momento en que se constata que en ambos tipos de obra el régimen jurídico aplicable es el mismo, toda disquisición a este respecto carece de sentido, así, López Sánchez, C.: *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 18-19; Mariscal Garrido-Falla, P.: "Comentario al art. 11", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, p. 201.

16 Ponce López, M. C.: "Radio universitaria, estudiantes y calidad: el podcast como instrumento de enseñanza en Radio UMH", en AA.V.*: Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital, Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, p. 132; Piñeiro-Otero, T.: "De las ondas a los bytes. La

En España las primeras experiencias radiofónicas universitarias se sitúan en el año 1974, pero la gran eclosión del fenómeno se propicia en el nuevo siglo, gracias a la irrupción de la denominada era digital que ha propiciado un importante empuje para este tipo de estaciones[17].

En cualquier caso, lo que podríamos considerar el despegue de las radios universitarias en nuestro país se sitúa a finales de la década de los 80[18]. Efectivamente, en 1987 surge la primera emisora en la Universidad de La Laguna, de la mano de un grupo de alumnos del Colegio Mayor Universitario de San Fernando, conocida como Radio Campus[19]. Desde esa fecha han ido creciendo sobre todo en los últimos años debido a la evolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Las radios universitarias ofrecen una programación diferente en el complejo engranaje mediático de la sociedad española. Algunas de esas radios emiten con frecuencia (comunicación pública de fonogramas en emisión de radio de difusión por vía hertziana (con dial FM o AM) o mediante la radiodifusión inalámbrica), y otras son radios *on line*, es decir, que emiten a través de internet[20]. Se puede afirmar, sin ningún género de dudas, que el traspaso de la radiofonía hertziana a la web supuso un revulsivo para el desarrollo y expansión de las emisoras universitarias[21] .

nueva era de la radio universitaria ibérica", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital*, *Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, p. 55.

17 Ortiz Sobrino, M.A./Marta-Lazo, C./Martín-Pea, D.: "Construcción colaborativa en el seno de las radios universitarias. El caso de Info.Radio en la Universidad Complutense", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital, Cuadernos Artesanos de Comunicación*, 113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp. 15-16; Pinto-Zúñiga, R./Martín-Pena, D./Parejo Cuellar, M.: "Radios universitarias españolas como valedoras del servicio público y social", en AA.VV.: *Actas del I Congreso Internacional Comunicación y Pensamiento. Comunicracia y desarrollo social* (coord. por R. Mancinas Chávez), Egregius, Sevilla, 2016, p. 1278.

18 Piñeiro-Otero, T.: "De las ondas", cit., p. 56.

19 Algunos autores señalan Radio UNED como la primera experiencia radiofónica universitaria en España, puesto que "realiza las primeras transmisiones formativas radiofónicas procedentes de una institución educativa superior". No obstante, lo cierto es que se trata de un caso particular porque no es una estación universitaria que tenga su propia frecuencia, López Vidales, N./Gómez Rubio, L./Hernando Lera, M.: "Los jóvenes universitarios como productores de contenidos radiofónicos", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital*, C*uadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp. 43-44; Piñeiro-Otero, T.: "De las ondas", cit., p. 56; López Vidales, N./Gómez Rubio, L./Hernando Lera, M.: "Las radios universitarias, ¿escaparate de la radio del futuro? Los jóvenes como creadores de contenidos radiofónicos", en AA. VV.: *La pantalla insome*, C*uadernos Artesanos de Comunicación*/98 (coord. por C. Mateos Marín y F. J. Herrero Gutiérrez), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2015, p. 24; Marta-Lazo, C./Martín Pena, D.: "Investigación sobre radio universitaria: Presente, pasado y futuro", *edmetic*, 2014, núm. 3 (1), p. 11; Aguaded Gómez, J. L./Contreras Pulido, P.: Aguaded Gómez, J. L./Contreras Pulido, P.: "Las radios universitarias como medios de comunicación alternativos al servicio de la ciudadanía", en AA.VV.: *La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI* (coord. por J. C. Suárez Villegas), Eduforma, Sevilla, 2011, pp. 406-407; Martín-Pena, D./Aguaded, I.: "La radio universitaria en España: comunicación alternativa de servicio público para la formación", *Comunicación y Sociedad*, 2016, núm. 25, pp. 238-239.

20 Éstas últimas han proliferado en los últimos años, porque es muy barato y sencillo instalar una, tienen cobertura mundial y no hay que solicitar un permiso o concesión.

21 Piñeiro-Otero, T.: "De las ondas", cit., p. 57.

A Radio Campus le siguieron las experiencias de las Universidades de Salamanca, León, A Coruña, Navarra, Complutense y Autónoma de Madrid, entre otras. Se puede decir que es en el año 2000 cuando comienzan sus emisiones la mayor parte de las radios universitarias que existen hoy en día. La creciente presencia de estas experiencias radiofónicas propicia que en noviembre de 2011 se constituyera en la Universidad Complutense de Madrid la Asociación de Radios Universitarias de España (ARU)[22], cuya VIII Asamblea tuvo lugar en la Universidad Miguel Hernández de Elche, el 16 de octubre de 2017. Entre los fines previstos en sus Estatutos destacan el promover el desarrollo de nuevos formatos radiofónicos de contenidos culturales y educativos; contribuir al desarrollo de la educación, la cultura, la ciencia, la creación, la producción y la difusión de contenidos; y potenciar el desarrollo de la coproducción, de programas educativos y formativos, culturales, artísticos, científicos, tecnológicos, de salud, deporte, medio ambiente y bienestar social. La radio universitaria debe servir de cauce de comunicación a toda la comunidad universitaria para dar a conocer la información de las actividades docentes, investigadoras, estudiantiles, deportivas, recreativas y culturales, al mismo tiempo que debe potenciar la relación de la Universidad con la sociedad, siendo necesario que se respeten los derechos de los autores de obras intelectuales, por ejemplo promoviendo la firma de acuerdos con las entidades de gestión colectiva que corresponda, al objeto de legalizar la emisión de contenidos protegidos por derechos de autor.

Con el objetivo fundamental de llevar a cabo una actividad alternativa y transformadora de la realidad, estas emisoras cuentan con el empuje que genera la comunidad universitaria, especialmente los jóvenes, con notables ansias de comunicar y comunicarse. Como servicio público, las emisoras universitarias tienen el reto y la urgencia de aportar luz y creatividad a la sociedad, la ciencia y el saber, como motores de progreso y transformación social.

Efectivamente, las radios universitarias llevan años contribuyendo a enriquecer el panorama radiofónico. A pesar de su diversidad, tienen unos rasgos propios que son los que conforman su identidad y es importante que conserven sus valores esenciales, sobre todo la colaboración y la participación desinteresada de muchos estudiantes en aras de facilitar la divulgación de la cultura, el intercambio del conocimiento, la solidaridad y la creatividad. Si siguieran los esquemas de funcionamiento, estructura y formalismos de las emisoras generalistas, perderían su identidad y su razón de ser. No hay que olvidar que las radios universitarias emiten para un público concreto, con unos intereses específicos, y esta circunstancia también determina sus características y su finalidad[23].

22 López Vidales, N./Gómez Rubio, L./Hernando Lera, M.: "Los jóvenes", cit., pp. 43-44; Ponce López, M. C.: "Radio universitaria", cit., p. 132.

23 Soengas Pérez, X.: "Las emisoras universitarias, una forma de comunicación alternativa", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital*, *Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113

Por lo tanto, las emisoras universitarias suponen un modelo diferenciado de hacer radio, debido a sus propias características: el contexto específico de actuación, los agentes que participan en él, las temáticas especializadas que se programan, el perfil de oyentes a los que van dirigidas y la transferencia del conocimiento a la sociedad que permiten estos canales mediante la divulgación de la ciencia y los descubrimientos y hallazgos que se producen en las propias universidades, como cunas del saber y de la experimentación científica. A pesar de estos rasgos en común, cada radio cuenta con peculiaridades propias que atienden a las variables que ya hemos indicado: el contexto, los productores, la programación y contenidos, los oyentes, la apuesta por la divulgación científica, el modo de emisión, la promoción, la utilización de las redes sociales, la interacción con el público, los eventos programados, etc.[24].

Con todo, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), en lo que a servicios de comunicación audiovisual radiofónicos se refiere, sólo incluye las radios comerciales y a las radios comunitarias, sin que dentro de las mismas tengan cabida las radios universitarias. En concreto, según se recoge en su art. 32.1 "Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo. En todo caso, dichos contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial".

A pesar de que la Ley General de la Comunicación Audiovisual introdujo una regulación unificada del sector de los servicios públicos de radio y televisión, lo cierto es que pasó por alto la oportunidad de reconocer la existencia de una categoría diferenciada como son las emisoras universitarias tanto de radio como de televisión. A pesar de que las radios universitarias constituyen un fenómeno que lleva presente en España al menos un cuarto de siglo, la legislación estatal sólo reconoce la distinción entre servicio de comunicación con y sin ánimo de lucro.

En concreto, las radios universitarias se engloban dentro de aquellas emisoras no comerciales ni de titularidad pública. Se trata de un modelo que convive y comparte espacio en el espectro radioeléctrico y en la red con cadenas comerciales privadas y públicas, bien de carácter generalista o bien especializadas (temáticas), así como también con las radios comunitarias o culturales[25].

(coord. D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, p. 10.

24 Marta-Lazo, C.; Martín Pena, D.: "Investigación sobre", cit., p. 10.

25 López Vidales, N./Gómez Rubio, L./Hernando Lera, M.: "Las radios", cit., pp. 22-23.

Ante esa situación –que podríamos calificar de incertidumbre legal– en la que se sitúan las radios universitarias, en los últimos años nos encontramos con que emisoras que transmitían en FM han dejado de hacerlo, bien sea por haber recibido algún aviso de la administración competente en la concesión de frecuencias, o bien por querer evitar esa situación al margen de la ley en la que se encuentran. De ahí que uno de los objetivos fundamentales que persigue la Asociación de Radios universitarias (ARU) desde su fundación en el año 2011, sea conseguir un reconocimiento en el ordenamiento jurídico español que posibilite su emisión más allá del ámbito *online*[26].

No obstante, y a pesar de que el art. 149.1.27 CE establece que el "Estado tiene competencia exclusiva sobre las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social", concluye añadiendo que "sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas", lo cual ha dado pie a que algunas Comunidades Autónomas (tres por el momento) hayan reconocido las radios universitarias en su regulación autonómica sobre comunicación audiovisual. No es el caso de la Ley 10/2007, de 29 de marzo de 2007, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha se encuentra referencia alguna.

Sin embargo, sí que se reconocen en el art. 70.2 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, referido a la "Reserva de espacio público de comunicación" señala que "1. La prestación de servicios de comunicación audiovisual por parte de entidades privadas sin ánimo de lucro se beneficia de una reserva de espacio público de comunicación, atendiendo a su contribución a la realización de finalidades de interés general y de forma proporcionada a dicha contribución. 2. Los servicios de comunicación audiovisual desarrollados por las universidades que se ajusten a los criterios generales establecidos por el presente artículo quedan asimilados a la condición de servicios prestados sin ánimo de lucro. 3. Forman parte de las actividades sin ánimo de lucro los servicios de comunicación comunitaria que ofrecen contenidos destinados a dar respuesta a las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de las comunidades y los grupos sociales a que dan cobertura, basándose en criterios abiertos, claros y transparentes de acceso, tanto a la emisión como a la producción y a la gestión, y asegurando la participación y el pluralismo máximos"[27].

26 Martín-Pena, D./Aguaded, I.: "La radio", cit., pp. 248 y 260.

27 Pese a que el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 junio 2017 ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad que presentó el Gobierno contra varios artículos de la Ley de Comunicación Audiovisual de Catalunya declarando inconstitucional parte de la LCAC, ha desestimado el recurso en lo que se refiere a la prestación de servicios de comunicación audiovisual por entidades privadas sin ánimo de lucro y a su promoción por los poderes públicos (artículos 70 y 71 LCAC), por entender que son acordes con la normativa básica estatal.

Siguiendo la línea marcada por el legislador catalán, el Decreto 4/2017, de 20 de enero, del Consell, por el que se regulan los servicios y el Registro de Prestadores de Comunicación Audiovisual de la Comunitat Valenciana, también las contempla. Mientras el art. 24 se refiere a la prestación de servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro[28], el art. 35 se refiere al "Servicio público de comunicación audiovisual de las universidades públicas: 1. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, las universidades públicas podrán acordar la prestación de servicios de comunicación audiovisual. La prestación de este servicio supone que estas, con independencia del modo de gestión, asumen la responsabilidad en la definición de los programas y contenidos emitidos en el cumplimiento de la función de servicio público. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa universitaria, su régimen de funcionamiento, control, procedimiento de habilitación, obligaciones, vigencia, modificación y extinción será el previsto en este decreto".

Y, más recientemente, el Proyecto de Ley Audiovisual de Andalucía[29], que en su art. 46 hace referencia expresa a "Los servicios públicos de las Universidades y de centros docentes no universitarios", equipara a los prestadores con el resto de personas prestadoras del servicio público audiovisual: "1. Al amparo de lo establecido en el artículo 40.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, la Administración de la Junta de Andalucía podrá atribuir, previa solicitud de su órgano de gobierno, la prestación del servicio público de comunicación audiovisual para la emisión en abierto de canales temáticos educativos y de divulgación cultural a las Universidades Públicas andaluzas, así como a Centros docentes públicos no universitarios. 2. Estas personas prestadoras deberán regirse por los mismos principios inspiradores y estar sometidos a las mismas obligaciones que el resto de personas prestadoras del servicio público audiovisual, según lo estipulado en la presente Ley.

3. La prestación de este servicio público tiene prohibida la emisión de comunicaciones comerciales audiovisuales. No obstante, podrá recibir contribuciones de instituciones, empresas o fundaciones a la producción de obras audiovisuales, programas de radio, televisión o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, como expresión de su responsabilidad social corporativa".

28 Art. 24: "1. Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar, en la Comunitat Valenciana, servicios de comunicación audiovisual comunitarios de esta naturaleza, para atender las necesidades sociales, educativas, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo, en las condiciones establecidas este decreto y en la normativa vigente".

29 El Proyecto de Ley Audiovisual de Andalucía (10-17/PL-000004 fue publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (núm. 534) el 13 de septiembre de 2017, y actualmente tras haberse celebrado el debate de totalidad sin enmiendas en la Sesión del Pleno del Parlamento de 13 de diciembre de 2017, se ha abierto un plazo hasta el 1 de febrero de 2018 para que los diputados y grupos parlamentarios propongan a la Comisión la comparecencia de agentes sociales y organizaciones interesados en el citado proyecto de ley (BOPA Núm. 602, X Legislatura, 22 de diciembre de 2017, p. 37).

En tanto en cuanto ese Proyecto se convierta en Ley, en la comunidad autónoma andaluza existe una normativa que permite la emisión a través de la FM de forma legal, mediante el Decreto 174/2002, de 11 de junio, por el que se regula el régimen de concesión por la Comunidad Autónoma de Andalucía de Emisoras de Radiodifusión Sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia y la prestación del servicio por parte de los concesionarios. Ello permite que las estaciones universitarias que cumplan los requisitos legales previstos en los arts. 21 a 26 del mencionado Decreto, pueden tener un dial asignado por el que emitir legalmente, siempre que sean radios culturales o sin ánimo de lucro. Por lo que en esta Comunidad, antes del referido Proyecto ya se contemplan los medios audiovisuales universitarios, algo que sin embargo no se recogió en la actual Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, como ya hemos puesto de manifiesto.

En definitiva, y por lo que llevamos visto, las funciones de las radios universitarias son muy diversas a las que se llevan a cabo en otras tipologías de radios, pero todas tienen en común su carácter cultural y su fin no comercial. Actualmente, al menos un tercio de universidades españolas tienen emisora radio, lo cual no deja de sorprendernos que el legislador nacional obviara esta realidad en la Ley de Comunicación Audiovisual. En consecuencia, la no habilitación de un marco normativo para la obtención de licencias de emisión y el imposible encaje en los que ya están configurados, impone la necesidad de revisar las normas. Algunos legisladores autonómicos así lo han hecho.

Mientras tanto, las radios universitarias preferirán cada vez emitir a través de la red. Vinculados a las radios *online* se sitúa uno de los fenómenos de mayor auge en la radio universitaria española: el *podcasting*. Un sistema que pone a disposición de los usuarios una serie de contenidos a la carta, mediante diferentes tecnologías de *streaming* que le permiten configurar su propia parrilla de programación y etiquetar (*tagging*) los contenidos de su preferencia[30]. El *podcast* permite trabajar de forma más cómoda al no existir la presión del directo y permite a los responsables garantizar que lo emitido a través de frecuencia modulada (FM tiene unos mínimos de calidad. Aunque el *podcast* puede llegar a todas partes a través de internet, hoy en día, todavía son muchos los que sintonizan su receptor de radio para escucharla[31]. Algunas emisoras se amparan en que ya pagan derechos de autor por la transmisión en FM pero, al ser la radio en línea otro medio de difusión diferente, también se debe pagar por dicho uso.

30 Ortiz Sobrino, M.A./Marta-Lazo, C./Martín-Pea, D.: "Construcción colaborativa", cit., p. 19.

31 Ponce López, M. C.: "Radio universitaria", cit., p. 142.

2. Los derechos de autor derivados de la emisión de obras musicales en las radios universitarias

Al contrario de cuanto acontece en los medios generalistas, en las radios universitarias interviene la comunidad universitaria ejerciendo una labor de servicio público. El género que predomina en las parrillas de las radios universitarias es el musical, con un porcentaje que se sitúa alrededor del 80%. Tras este tipo de contenido, cada emisora, según sus características intrínsecas, se decanta por una temática distinta: cultura, actualidad informativa o actualidad universitaria[32].

La mayoría de las radios universitarias no retransmiten música libre de derechos sino canciones protegidas por el derecho de autor. Con todo, y aunque al contrario de cuanto ocurre con las radios comerciales sea destacable que las radios universitarias no tengan ánimo de lucro, tal circunstancia poco importa a las entidades de gestión colectiva, como por ejemplo a la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) que es la entidad de gestión colectiva más antigua en nuestro país, tiene unos 110.000 socios (autores)[33] y el repertorio que administra es superior a los diez millones de obras musicales, dramáticas, coreográficas y audiovisuales.

Como decimos, el solo hecho de que la radio sea educativa y no tenga fines comerciales no es tenido en cuenta por las entidades de gestión a la hora de calcular las tarifas. Si se comunica música protegida por el derecho de autor habrá que pagar por ese uso. En las tarifas publicadas por las entidades que gestionan los derechos de autor se fija un porcentaje tomando como referencia los ingresos derivados de la publicidad; en caso de no existir dichos ingresos se contempla el cobro de un mínimo mensual. Comprobamos que en las tarifas publicadas por la SGAE se contemplan las universidades (dentro de otros mercados) y la radio (dentro de radiodifusión), pero no se hace referencia a la radio universitaria ni tampoco a la radio comunitaria[34].

32 Martín-Pena, D./Contreras-Púlido, P./Aguaded-Gómez, J. I.: "Programación, publicidad y responsabilidad social en las radios universitarias españolas", *Observatorio (OBS*) Journal,* 2015, vol. 9, núm. 4, pp. 144-145.

33 La SGAE tiene encomendada la defensa de los derechos de las obras de sus socios, autores y editores, el reparto de la remuneración entre los asociados por la utilización comercial de sus obras (comunicación pública, reproducción, distribución, transformación y copia privada), así como la gestión de licencias entre los clientes para su uso. Entre los autores asociados, 90.921 son músicos de todos los géneros y estilos, 10.701 son autores de obras audiovisuales –argumentistas, guionistas y directores–, y 8.825 son dramaturgos y coreógrafos. Datos extraídos de http://www.sgae.es (consulta de 23-10-2017).

34 En relación con las emisoras de radio, la licencia incluye la utilización de todo el repertorio musical, pudiendo reproducir música y hacer propias grabaciones para su emisión. Además, se contemplan deducciones y bonificaciones: 3% por autoliquidaciones en formato informatizado y por domiciliación bancaria de los recibos; 2% por entrega de información de usos del repertorio utilizado Datos extraídos de http://www.sgae.es (consulta de 23-10-2017).
En la web de la SGAE se establece que se necesita una licencia específica para ofrecer un servicio de radio a través de internet (webcasting), ya sea bien a través de una web o de una App. Como tarifa ejemplo: Web/App comerciales pagarán el 6% de los ingresos totales del servicio y se establecen unas tarifas mínimas en función del número de visitas (con coeficientes correctores, atendiendo al porcentaje de música en el total de la emisión):

No obstante, la experiencia nos permite afirmar que las obras musicales están sobrevaloradas ya que se paga más por la utilización de la banda sonora de una obra audiovisual que por el guion o el trabajo del director y los actores. En este sentido, como afirma Rodrigo Bercovitz, de todas las obras que están protegidas por el derecho de autor, "la obra musical es la que ha alcanzado un mayor nivel de explotación gracias a la facilidad actual de su comunicación, sin duda propiciada por su universalidad, al ser en principio accesible para cualquier público, prescindiendo en mayor o menor grado de lenguas y de culturas. En esa explotación participan muy diversos sujetos, algunos de ellos titulares también de otros derechos de propiedad intelectual, como son los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y las entidades de radiodifusión"[35].

Esas tarifas surgen por la previsión que se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Concretamente, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reformó entre otros, el art. 157.1 TRLPI, que se refiere al establecimiento de tarifas generales por las entidades de gestión, con el objeto de acercar posturas, si bien es cierto que el descontento parece ir en aumento al haberse constatado un notable incremento en las tarifas existentes, a pesar de que con esta una reforma se establece un sistema objetivo para determinar las tarifas con criterios claros[36].

Es un hecho que por la comunicación pública de obras musicales las entidades de gestión colectiva cobran una tarifa general (un porcentaje de los ingresos de las radios comerciales) independientemente del uso o la relevancia que tenga en la parrilla. Y se da la paradoja de que algunas emisoras generalistas pagan más que radio fórmulas donde la música es el principal ingrediente. Tradicionalmente las tarifas no han tenido en cuenta la intensidad del uso, dando igual que utilicemos un fonograma o un centenar, pero esta situación está cambiando, primero de la mano de la jurisprudencia y después con expresas previsiones legales. Como consecuencia, si por ejemplo sólo se va a emitir música como parte secundaria en algunos programas, será necesaria una licencia, pero en la web de la SGAE existen

Web/App comerciales hasta 50.000 visitas mensuales: ……122,24 €/mes
Web/App comerciales entre 50.001 y 100.000 visitas mensuales: …305,59 €/mes
Web/App comerciales más de 100.000 visitas mensuales: ……488,95 €/mes
Web/App no comerciales hasta 50.000 visitas mensuales: ……91,68 €/mes
Web/App no comerciales entre 50.001 y 100.000 visitas mensuales: 229,19 €/mes
Web/App no comerciales más de 100.000 visitas mensuales: ……366,71 €/mes

35 Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Prólogo", en Sánchez Aristi, R.: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, p. XV.

36 Recientemente (febrero de 2018), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha publicado un informe en el que considera que las tarifas generales aprobadas para la radio por las entidades de gestión Agedi/AIE en 2016 "incumplen los criterios exigidos por la normativa de propiedad intelectual". El documento se encuentra disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/06/companias/1517948696_134820.html

unos coeficientes correctores de la tarifa, en función del peso de la música en la programación[37].

Otra cuestión controvertida que surge en este ámbito es la de si está permitido utilizar sólo un fragmento de una determinada obra musical sin tener que pagar por ello. A este respecto, y pese a los infundados rumores que corren al respecto, salvo que la obra esté en dominio público, el uso caiga dentro de alguna de las excepciones legalmente previstas, o esté protegida por una licencia *creative commons*, rotundamente afirmamos que no se puede utilizar ningún fragmento de la misma, por breve que sea. Al retransmitir música, al editar un corto y añadir música con *copyright*, al pretender introducir una parte de una obra musical ajena en nuestra propia composición, no se puede utilizar ni siquiera una parte de otra obra protegida por la legislación de propiedad intelectual. Como advertimos, existe la creencia de que se pueden utilizar unos segundos, incluso se llega a hablar del 10% de apropiación de contenido, pero esa creencia es falsa. Lo que ocurre es que el titular de los derechos de autor (normalmente discográfica) o la entidad que gestiona sus derechos, si se trata del uso de una parte mínima y además se lleva a cabo sin finalidad comercial a menudo lo pasará por alto –aunque dependerá de diversos criterios, como la entidad del uso, la fama que alcance la nueva obra, etc.–. Sólo se puede usar lo que es propio, no podemos utilizar legalmente un fragmento de otra persona (con independencia de la duración) salvo que contemos con los permisos necesarios Si bien es cierto que el *fair use* del ordenamiento jurídico americano o el *fair dealing* del Derecho inglés pueden llegar a permitir usar fragmentos muy cortos, lo cierto es que *a priori* nada garantiza que vaya a ser así en nuestro Derecho, en el que, al contrario de cuanto ocurre en el Derecho inglés y en el norteamericano, que contemplan sistemas abiertos de límites (en los que se puede llevar a cabo el uso no autorizado de una obra ajena siempre y cuando se respeten las finalidades previstas normativamente), los límites se recogen de forma tasada y cerrada, en los arts. 31 y siguientes TRLPI, ya que en otro caso podríamos infringir la regla de los tres pasos recogida en el art. 40 bis TLPI: "Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran".

Otro error frecuente entre las radios universitarias es el de pensar que si has pagado por una canción porque la has adquirido en formato físico o has pagado lo que corresponda para bajártela en tu dispositivo electrónico, puedes emitirla

37 Por ejemplo, en el caso de la radio a través de internet o *webcasting* se aplican los siguientes coeficientes correctores, atendiendo al porcentaje de música en el total de la emisión:
- Categoría A – menos del 10%: ……Coeficiente corrector 0,25
- Categoría B – entre 10% y 70%: …Coeficiente corrector 0,60
- Categoría C – más de 70%:…… Coeficiente corrector 1,00
http://www.sgae.es (consulta de 23-10-2017).

en la radio o reproducirla en un *podcast*. Nada más lejos de la realidad, porque una cosa es que se adquiera el soporte o la canción en sí y pueda ser reproducida para uso privado, y otra bien distinta es que se pretenda hacer una comunicación pública de la misma.

Por último, para concluir este punto creemos conveniente recordar que la previsión de unos límites legales en los arts. 31 a 40 bis del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual debe aportarnos la suficiente seguridad para llevar a cabo la emisión de obras musicales de ciertas obras en ciertos momentos y lugares, sin tener que solicitar licencia alguna ni pagar por el uso. Por ejemplo, si desde la radio se emite la noticia del estreno de una película mientras suena de fondo su banda sonora, o si mientras se está emitiendo por radio el desfile de las fiestas patronales de un pueblo suena una banda de música, esos usos estarían amparados por la excepción o límite del art. 35.1 TRLPI referido a la utilización de una obra con ocasión de informaciones de actualidad: "Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa". Téngase en cuenta que únicamente podrá efectuarse ese uso en su justa medida.

3. Criterios para el establecimiento de tarifas generales y la para la negociación de tarifas entre las radios universitarias y las entidades de gestión

A) Precedentes jurisprudenciales

Poco antes de que se produjera la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual con ocasión de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, resulta interesante traer a colación algunas sentencias que auguraron el camino que debía seguir el legislador. Por ejemplo, en relación con la comunicación pública de fonogramas a través de una emisora de radio municipal destaca la sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de julio de 2014, referida al empleo de tarifas no equitativas[38], señalando que aunque en el caso concreto resultaba prácticamente imposible saber el uso efectivo de los fonogramas protegidos, ello no autorizaba a la demandante a acudir a unas tarifas basadas en los ingresos brutos, cuando al interponer la demanda pudo y debió acudir a otros criterios

38 En primera instancia se estimó parcialmente la demanda interpuesta por AGEDI y AIE, contra el Excmo. Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols (Girona), en la que se solicitaba que se declarase que dicha entidad había infringido los derechos de propiedad intelectual gestionados por dichas entidades, al proceder a la comunicación pública de fonogramas a través de la emisora municipal "Radio Sant Feliu", mediante la radiodifusión inalámbrica, sin satisfacer cantidad alguna por la remuneración equitativa y única establecida en los artículos 108.4 y 116.2 TRLPI; así como, por proceder a la reproducción instrumental de fonogramas para su posterior comunicación pública en la misma emisora, pretensiones que fueron estimadas. Por otro lado, se desestimó la pretensión indemnizatoria, en síntesis, por considerar que la reclamación carece de equidad, dado que las tarifas aplicadas no son equitativas (AC 2014, 1471).

más equitativos y basados en el uso efectivo de los fonogramas, aunque fuera aproximado, en atención a las características y naturaleza de la radio emisora. En este sentido, sólo procede la aplicación de las tarifas generales aprobadas por las entidades de gestión, si las mismas son equitativas, pero no lo son en el supuesto de que simplemente se basen en los ingresos brutos de la explotación de que se trate y menos aún si pudo haberse aportado otros elementos de juicio.

Ciertamente, el criterio del porcentaje sobre los ingresos de explotación es un criterio objetivo, pero no es equitativo, pues los ingresos no tienen por qué tener una relación directa o indirecta con la reproducción al público de los fonogramas protegidos: la afirmación de que el porcentaje utilizado es un valor razonable es simplemente una alegación subjetiva y que no puede vincularse al hecho de que con ello las emisoras de radio pueden emitir la música que quieran, pues puede ocurrir que estas emisoras no quieran esta condición, sino que quieran emitir música en determinados momentos concretos y pagar simplemente por ello.

A ello contribuyó la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-245/2000, de 6 de febrero 2003, al señalar que la Directiva 92/100/CE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual "no se opone a un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables y fijos, tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales, puesto que dicho método permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables y no es contrario a ningún principio del Derecho comunitario"[39].

39 Este asunto tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) y Nederlandse Omroep Stichting (NOS), una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. *Vid*. apartado núm. 46 (TJCE 2003, 32).
En sentido parecido, STJUE 30 junio 2011 en el asunto C271/10 (TJCE 2011, 207).

En el caso de la Audiencia Provincial de Girona ambas partes reconocieron que las tarifas generales estaban fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Como decimos, este criterio no puede ser aceptado, siendo evidente que resulta más equitativo el criterio de la efectividad del uso del repertorio –en la medida que sea posible su aplicación– que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Por lo tanto, se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa, que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión que corresponda.

Por otra parte, otro de los criterios que indudablemente deben ser tenidos en cuenta y que alega expresamente la parte recurrente en la mencionada sentencia, es el de la comparación con otros acuerdos a los que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas[40]. Nada se decía al respecto ni en el art. 142 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ni en el art. 152 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 que después se convertiría en el art. 157.

Pues bien, la parte demandante podía haber dejado constancia de las características de la radio, la cantidad de horas aproximadas que se difundían los fonogramas objeto de protección, el tipo de programas que se emitían, etc., así como de los acuerdos alcanzados con otras entidades similares, y en todo aquello que no pudiera acreditar, podía haber requerido a la demandada para su aportación a través de las diligencias preliminares, como los ingresos, el índice de audiencia, etc. De tal forma que, si la parte demandante hubiera aportado todas aquellas pruebas, entonces era carga de la parte demandada demostrar la irrealidad de los elementos probatorios aportados por la demandante.

En definitiva, en el caso concreto es cierto que en este momento resultaba prácticamente imposible conocer el uso efectivo de los fonogramas protegidos, pero ello no autorizaba a la demandante a pretender aplicar unas tarifas basadas

40 Según doctrina del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 7 de abril de 2008, es nulo un convenio con una productora en cuanto supone una desproporción injustificada en relación con las tarifas posteriormente aprobadas en el convenio con otra asociación. La parte recurrente parece justificar la imposición de unas tarifas mucho más gravosas a la parte demandada respecto de otras productoras en el hecho de que ésta no ha aceptado en la negociación las tarifas que se le han ofrecido; pero resulta evidente que el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que responden objetivamente a criterios de equidad ponderados en función de las tarifas aplicadas a otros organismos en los correspondientes convenios, pues lo contrario supondría colocar a una de las partes negociadoras en una posición de superioridad sobre la otra y en condiciones de hacer prevalecer sobre ella su voluntad dejando a su arbitrio el contenido del acuerdo (RJ 2009, 3289).

en los ingresos brutos, cuando pudo y debió, al interponer la demanda, acudir a otros criterios más equitativos y que estuvieran basados en el uso efectivo de los fonogramas, aunque fuera aproximado, en atención a las característica y naturaleza de la radio emisora.

Ni en primera instancia ni en apelación se ha establecido que a falta de acuerdo entre las entidades de gestión y el usuario no se puedan aplicar las tarifas generales aprobadas por las gestoras, y desde luego no pueden hacerlo porque viene impuesto en el art. 157 TRLPI. Pero ello no constituye el objeto litigioso, sino el hecho de saber si las tarifas son equitativas. Es decir, las entidades de gestión tienen la obligación de elaborar unas tarifas generales, pero, en el supuesto de que no sean equitativas, no pueden ser aplicadas, y no lo son si simplemente se basan en los ingresos brutos de la explotación de que se trate y menos todavía si pudo haberse aportado otros elementos de juicio.

Como decimos, el criterio del porcentaje sobre los ingresos de explotación es un criterio objetivo, pero no es equitativo, pues los ingresos no tienen por qué tener relación directa o indirecta con la reproducción al público de los fonogramas protegidos. En una emisora de radio que emite las veinticuatro horas o una mayor parte de su programación emite productos protegidos podría decirse que los ingresos derivan de ello, pero en una emisora de radio que no es así, los ingresos por publicidad o por subvenciones no tienen por qué derivar de la reproducción de obras protegidas, por lo tanto, una emisora que fundamentalmente emite música puede interesarle el sistema tarifario basado en sus ingresos, pero para las emisoras que no emiten música o ésta es mínima o instrumental de otros programas, no tiene por qué interesarle tal sistema. Por ello la afirmación de que el porcentaje utilizado es un valor razonable es simplemente una alegación subjetiva que no puede vincularse al hecho de que con ello las emisoras de radio pueden emitir la música que quieran, pues puede ocurrir que estas emisoras no quieran esta condición, sino emitir música en determinados momentos concretos y pagar simplemente por ello.

Cierto es que para que un remuneración pueda considerarse en principio equitativa las tarifas aprobadas deben basarse en criterios de utilización efectiva, lo cual no quiere decir necesariamente que se establezcan tarifas para cada una de las múltiples emisoras de radio, pero ello no impide establecer diversos criterios objetivos y a partir de los mismos, establecer factores correctores en atención a las diversas emisoras (el tiempo de emisión de obras protegidas, la disponibilidad o no de las mismas en otros momentos de emisión, si se trata de emisoras públicas o privadas; si hay ánimo de lucro o no; cuál es el alcance de la emisión; el grado de audiencia, etc., e incluso en atención a los ingresos obtenidos, pero sin olvidar que puede ocurrir que dichos ingresos no deriven directa o indirectamente del uso de obras protegidas).

En definitiva, el sistema de tarifas basado simplemente en los ingresos es objetivo y eficiente para la entidad de gestión ya que no tendrá que hacer nada más que obtener los ingresos de cada emisora y aplicarles el porcentaje correspondiente, pero, sin lugar a dudas, no es el más igualitario y puede llegar a ser más gravoso para los usuarios. Y ello porque no puede darse el mismo trato a una emisora cuya su actividad se basa fundamentalmente en la reproducción de la música, que a aquella emisora en la que sus emisiones se basan en otros programas en los que no se reproducen obras protegidas, durante los cuales se emite publicidad y que generan ingresos que no tienen relación directa o indirecta con la emisión de obras protegidas.

B) El art. 157 TRLPI y la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual

El Título IV del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en su última revisión, vigente desde el 1 de agosto de 2017 se refiere a las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley. En concreto, en su art. 147 establece que aquellas entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio español y pretendan dedicarse a la gestión de derechos en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la autorización del Ministerio de Cultura. Además, estas entidades, no podrán tener ánimo de lucro.

Más adelante, el art. 153 (modificado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[41]) señala que la gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad de gestión a través de un contrato, con dos limitaciones: 1) la duración de ese contrato no podrá ser superior a tres años renovables por períodos de un año,

41 La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, ha permitido incluir en el ordenamiento jurídico español algunas de las disposiciones previstas en la Directiva 2014/26 UE. Pero la trasposición de dicha Directiva se culminará con la aprobación del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Con ello se pretende instaurar un marco regulatorio que mejore la eficiencia de estas entidades en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, así como su rendición de cuentas mediante la instauración de más medidas de control y transparencia. Asimismo, con la introducción de las licencias multiterritoriales se mejorará la situación actual del mercado de servicios de música en línea en la UE. Mediante estas licencias, los interesados en ofrecer una obra musical o un repertorio en sus plataformas de música en línea (de descarga o de escucha en *streaming*) en el territorio de varios Estados miembros (incluso en toda la UE) podrán hacerlo mediante la solicitud de una única licencia que les autorice a tales efectos.

2) no se podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura. Ello sin perjuicio de los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión deba ejercerse exclusivamente a través de las entidades de gestión.

Y entrando más en materia, en el art. 157.1 TRLPI se hace referencia a otras obligaciones de las entidades de gestión colectiva. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico los antecedentes legislativos más inmediatos de este artículo los constituyen el art. 142 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987[42] y el art. 152 de la versión originaria del TRLPI[43], lo cierto es que la formulación actual del art. 157 de la ley española tiene su antecedente directo en la Ley alemana de Derechos de autor y de los derechos afines de 1965 (UrhG), en concreto en los §§ 11.1.b), 11.2, 12.c), y 13.1[44].

Hay que destacar que en la redacción del actual art. 157 TRLPI se han introducido ocho nuevos apartados; es decir, si en su referente legislativo inmediatamente anterior se recogían tres obligaciones, ahora tenemos once, lo que obedece a un

42 Según dispone el art. 142 de la Ley 22/1987, de 11 de Noviembre, de Propiedad intelectual.
"1. Las Entidades de gestión están obligadas:
a. A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
b. A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las Entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.
c. A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.
2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la Entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.
3.Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular".

43 Según el art. 152 de la versión originaria del TRLPI de 1996, referido a "Otras obligaciones":
"1. Las entidades de gestión están obligadas: a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.
c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquellas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.
2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.
3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias dramáticas, dramático musicales, coreográficas, o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.
4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable".
Y en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 1 de abril, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, se convertiría en el art. 164.

44 Así, Marín López, J. J.: "Comentario al art. 157", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1962-1963.

doble fundamento: evitar que las entidades de gestión abusen de su posición de dominio, así como aumentar la transparencia y eficiencia del sistema de gestión colectiva. A la consecución de una mayor transparencia se dirigen las obligaciones recogidas en los apartados d), f), g), h), i, f), k), mientras que para conseguir una mayor eficiencia, debemos acudir a lo dispuesto en la letra e)[45].

En primer lugar, estas entidades tienen la obligación de negociar y contratar con quien lo solicite, bajo remuneración y en condiciones equitativas y no discriminatorias –salvo que exista algún motivo justificado–, autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, lo cual ha de llevarse a cabo actuando bajo los principios de buena fe y transparencia. Como decimos, se trata de evitar que las entidades de gestión abusen de su posición de dominio. Esta norma está relacionada tanto con el art. 152 como con el art. 157.1.c) TRLPI. En el primero se establece que las entidades de gestión colectiva están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que le sean encomendados de acuerdo con su objeto y fines, y en el art. 157.1.c) se dispone que están obligadas a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de consumidores y usuarios en relación con su repertorio siempre que éstas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente. La novedad con respecto a la redacción anterior es que ahora no sólo están obligadas a contratar, sino también a negociar[46], así como a actuar con arreglo a los principios de buena fe y transparencia.

En segundo lugar, las entidades de gestión están obligadas a que las tarifas generales que establezcan sean simples y claras, y a determinar la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. Las tarifas generales son el precio que los autores y editores establecen por el uso público de sus creaciones y se depositan en el Ministerio de Cultura. Se pueden consultar tanto en la página web de las entidades de gestión colectiva en cuestión como en la del Ministerio de Cultura, y suponen una doble garantía para el usuario: igualdad de trato con el resto de usuarios y seguridad jurídica porque pueden saber con antelación cuá0l será el coste del uso de obras del repertorio gestionado por cada entidad.

También se ha previsto que esas tarifas deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. Además, el art. 157.1.b TRLPI prevé que el importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables,

45 Moralejo Imbernón, N.: "Comentario al art. 157", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, p. 2045.

46 Se debe puntualizar que la obligación de negociar no lo es con todo aquel que lo solicite (como si lo sería en relación con la acción de contratar), sino sólo con asociaciones de usuarios, una entidad de radiodifusión o un usuario especialmente significativo. El Reglamento regulador de la sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ha señalado que para entender que un usuario es especialmente significativo se atenderá, entre otros criterios, al "porcentaje de ingresos brutos del usuario en el total del sector económico en el que sean de aplicación las tarifas a determinar", Moralejo Imbernón, N.: "Comentario al art. 157", cit., pp. 2046-2047.

atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y se buscará el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. El legislador ha recogido la doctrina del Tribunal de Justicia, de nuestro Tribunal Supremo y de los órganos de defensa de la competencia, que en varias ocasiones habían señalado que las tarifas de las entidades de gestión debían guardar relación con el criterio de la efectividad del uso más que con el de la disponibilidad[47].

2.º La intensidad y la relevancia del uso del repertorio atendiendo al conjunto de la actividad del usuario.

3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión, entendiéndose por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión colectiva.

4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

5.º El valor económico del servicio que haya prestado la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización. También aquí el legislador se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal de Justicia, de nuestro Tribunal Supremo y de los órganos de defensa de la competencia, que en varias ocasiones habían señalado que las tarifas de las entidades de gestión no debían ser discriminatorias en el sentido de establecer diferentes cuantías para los distintos usuarios. El establecimiento de distintos precios por la misma utilización constituye una posición abusiva de la entidad de gestión (*vid*. art. 2.d. de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia). Tal y como se deduce de la doctrina del Tribunal Supremo, que ha matizado este artículo, podría haber diferencias entre las tarifas aplicables a distintos usuarios siempre dichas diferencias se encuentren legítimamente justificadas[48].

47 STJCE 6 febrero 2003 (TJCE 2003, 32) y STJUE 30 junio 2011 (TJCE 2011, 207). Estos criterios en cierto modo ya habían sido anticipados con la reforma del art. 158 por la Ley de Economía Sostenible de 2011, Moralejo Imbernón, N.: "Comentario al art. 157", cit., p. 2057.

48 STS 22 diciembre 2008 (RJ 2009,163).

7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

Como vemos, todo ello constituye un fiel reflejo legal de la postura seguida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[49]. A lo que debemos añadir que el apartado b) del art. 157.1 TRLPI concluye señalando que la metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, sobre lo que volveremos más adelante.

El tercer cometido a que hace referencia el art. 157 TRLPI señala que las entidades de gestión colectiva están obligadas a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente, tal y como se especifica en la letra c del art. 157.1 TRLPI. También aquí la novedad reside en "negociar". Las tarifas que las asociaciones de usuarios acuerdan con las entidades de gestión no son tarifas generales, sino tarifas negociadas a las que en teoría –según entienden algunos– no habría que aplicar los criterios del art. 157.1.b) pues se entiende que estas asociaciones habrán acordado lo que más les convenga sin que haya necesidad de velar por su carácter razonable, equitativo, equilibrado y no discriminatorio como en caso general de su determinación unilateral por las entidades de gestión[50].

En cuarto lugar, otra de las obligaciones recogidas en el art. 157 TRLPI señala que las entidades de gestión colectiva están obligadas a difundir en su sitio Web de forma que sea fácilmente accesible, a) las tarifas generales vigentes para cada una de las modalidades de uso de su repertorio, incluidos los descuentos y las circunstancias en que deben aplicarse; b) el repertorio que gestiona la entidad, debiendo incluir también las obras y prestaciones que gestionan en virtud de los acuerdos suscritos con organizaciones de gestión colectiva extranjeras, c) los contratos generales suscritos con asociaciones de usuarios y los modelos de contrato que habitualmente utilicen; d) los sistemas, normas y procedimientos de reparto, con los descuentos aplicables, y las obras y prestaciones protegidas que administran cuyos titulares están parcial o totalmente no identificados o localizados;.

49 *Vid. supra* notas 38 y 39.

50 De forma contundente se expresa N. Moralejo Imbernón, "Comentario al art. 157", cit., p. 2072. Pero, a mi entender no serían aceptables negociaciones que no fueran simples y claras y que no se prestasen en condiciones razonables ni buscasen el justo equilibrio entre ambas partes. Cuestión aparte es que prevean o no reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

Por último, las letras e), f), g), h), i), j), y k) del art. 157 TRLPI, que ahora no vienen al caso, muy resumidamente se refieren a la obligación de participar en la creación, gestión, financiación y mantenimiento de una ventanilla única de facturación y pago, la obligación de informar a los usuarios del repertorio que representen y a la Administración competente, o la obligación de elaborar un presupuesto anual de recaudación y reparto de derechos.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular (art. 157.3 TRLPI).

A todo ello hay que añadir que la disposición final única del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, autoriza al Gobierno a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de dicha ley así como que, además, ya lo hemos indicado con anterioridad, el art. 157.1.b) TRLPI concluye señalando que la metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Nos referimos a la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual[51], que tiene por objeto desarrollar la metodología para la determinación de las tarifas generales que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual deben establecer, por la utilización del repertorio que gestionan.

Recapitulando, el artículo 157.1.b) TRLPI obliga a las entidades de gestión a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización del repertorio gestionado por aquéllas, siendo necesario que el importe de dichas tarifas sea establecido en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los criterios enumerados en el citado artículo.

51 Hallándose el trabajo en prensa, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por haber infringido en su tramitación, y más en concreto en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre de Protección a las Familias Numerosas (disposición añadida por la de Ley 26/2015, de 28 de julio), que establece que "las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la familia" , así STS 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1633). A pesar del vacío normativo que esa nulidad conlleva, dado que se declara por un motivo técnico (infracción de una norma imperativa de rango legal, los criterios que hemos manejado podrían perdurar en la regulación que sustituya a la citada Orden.

Llegados a este punto, conviene completar los postulados del art. 157 con las previsiones de la Orden ECD/2574/2015. En concreto, según se recoge en la mencionada Orden, podemos afirmar que las tarifas son simples y claras cuando resultan comprensibles para el usuario, de forma que éste puede identificar en cada caso el derecho respecto de las obras y prestaciones del repertorio de la entidad de gestión, la modalidad de explotación a que se aplican y los componentes en los que se desglosa la tarifa.

Además, se considerará que el importe de las tarifas generales se ha establecido en condiciones razonables cuando la entidad de gestión de derechos atienda en su establecimiento al valor económico de la utilización en la actividad del usuario de los derechos sobre la obra o prestación protegida, teniendo en cuenta, al menos, los criterios legalmente previstos en el artículo 157.1.b) TRLPI.

Asimismo, en la Orden se especifica que se busca el justo equilibrio en la determinación del importe de las tarifas generales cuando se tengan en cuenta por las entidades de gestión como parámetros de comparación, las tarifas generales preexistentes y las tarifas aceptadas por los usuarios por la utilización del repertorio hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Para la determinación del importe de las tarifas generales se aplicarán, al menos, los siete criterios que enumera el artículo 157.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en los términos que se desarrollan ahora en la Orden ECD/2574/2015[52] y que, en líneas generales vienen a completarlo:

a) El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario. Su a determinación se realizará a través de la identificación individualizada de la utilización de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio, atendiendo a criterios mesurables y objetivos.

b) La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario, que se identifica con el mayor o menor grado de uso cuantitativo de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio representado por la entidad de gestión, de modo que una mayor utilización de las obras o prestaciones protegidas en la actividad del usuario indica un uso más intensivo del repertorio. A efectos de la aplicación de este criterio, cada utilización

52 En el art. 4 de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre se enumeran los siete criterios que posteriormente se desarrollan en los arts. 5 a 9.

repetida de una obra o prestación equivaldrá a la utilización adicional de una obra o prestación por primera vez.

Y la relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario se identificará con la mayor o menor importancia del uso del repertorio de las entidades de gestión en su actividad. En la propia Orden se diferencia entre los siguientes niveles de relevancia del uso del repertorio:

En primer lugar, el uso del repertorio tendrá carácter principal y por tanto máxima relevancia, cuando la utilización del mismo sea imprescindible para el desarrollo de la actividad del usuario. En segundo lugar, el uso del repertorio tendrá carácter significativo y por tanto una relevancia importante, cuando la utilización del mismo altere el desarrollo de la actividad del usuario. Y, por último, el uso del repertorio tendrá carácter secundario y por tanto una relevancia menor, cuando la utilización del mismo no altere el desarrollo de la actividad del usuario.

c) La amplitud del repertorio de la entidad de gestión se refiere al número de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos son gestionados por una entidad de gestión. Este criterio viene a decir lo mismo que su homólogo, el art. 157 TRLPI, sin añadir nada nuevo.

d) Los ingresos económicos que hubiera obtenido el usuario por la explotación comercial del repertorio, que se identificarán con el valor que dentro del conjunto total de ingresos de explotación del propio usuario tengan aquellos ingresos que se encuentren vinculados a la explotación del repertorio. El mayor o menor porcentaje de los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio respecto de su total de ingresos de explotación deberá responder a la relevancia del uso de dicho repertorio en la actividad, según lo señalado en el apartado 4 del artículo anterior.

e) El valor económico del servicio que haya prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas, que se corresponde con el ahorro de los costes que le supone al usuario la utilización de dicho servicio. Para su cálculo, el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión podrá incluir los costes de licencia[53], los costes de establecimiento de la tarifa[54] y los costes

53 Incluyen el coste derivado de la obtención del repertorio y agregación del mismo a través de la concertación de acuerdos de representación con entidades de gestión colectiva de otros países, de igual o similar categoría o mediante los correspondientes contratos de gestión con titulares de derechos de propiedad intelectual, para la posterior concesión de autorización de su utilización o para el cobro de los derechos de remuneración, así como el coste inherente a la propia concesión de autorización para la utilización del repertorio.

54 Se identifican con los costes derivados de la determinación y cálculo de los componentes en los que se desglosan los precios reflejados en las modalidades tarifarias contempladas en el artículo 13.

de control[55] de la utilización efectiva de los derechos respecto de las obras y prestaciones de su repertorio por el usuario, debiendo ser éstos, en todo caso, razonables y documentados, y establecerse de acuerdo con criterios objetivos. En la determinación del valor económico del servicio prestado se atenderá, en todo caso, a los principios de eficiencia y buena gestión.

f) Las tarifas que haya establecido la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de explotación, han de ser equitativas y no discriminatorias, y en ningún caso puedan derivarse diferencias entre usuarios para prestaciones y usos equivalentes. La utilización de diferentes tecnologías para la explotación de los derechos sobre obras y prestaciones protegidas no podrá dar lugar, por sí sola, a diferencias en las tarifas generales, salvo que éstas introduzcan un valor añadido a la explotación de la obra o de la prestación.

Un dato importante a tener en cuenta es que en el caso de que tras llevar a cabo una comparación prevista el resultado sea que se aplican tarifas diferentes a distintas categorías de usuarios para el mismo derecho y modalidad de explotación, que utilicen el repertorio de un modo equivalente, se deberá fijar para ambas categorías de usuarios la tarifa más baja.

g) Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. Cuando existan esas bases homogéneas o estudios que evidencien la inexistencia de diferencias objetivas entre la gestión de los derechos de propiedad intelectual que desarrolla la entidad de gestión nacional y la que se lleva a cabo en otros Estados miembros por entidades de igual o similar categoría, las diferencias tarifarias que deriven en mayores tarifas en España deberán justificarse atendiendo a motivos objetivos.

Aunque resulte obvio, la Orden establece en su art. 4.2 que el importe de la tarifa será mayor cuanto mayor sea el grado, la intensidad y relevancia del uso del repertorio, y la amplitud del mismo, así como cuanto mayores sean los ingresos económicos obtenidos por la explotación comercial y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión.

Asimismo, en la propia Orden se establece que el catálogo de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión se ordenará atendiendo a) al derecho y modalidad de explotación prevista, y b) a las categorías de usuarios según su actividad económica. Las tarifas establecidas por las entidades de gestión en relación con cada categoría de usuario deberán contener el objeto de las

55 Son aquellos costes en los que incurre la entidad de gestión para la verificación de la utilización efectiva de los derechos respecto las obras y prestaciones de su repertorio.

mismas, especificándose los derechos respecto de las obras y prestaciones de su repertorio y las modalidades de explotación a las que se aplican dichas tarifas. Es más, deberá especificarse si se está ante una tarifa de uso efectivo, de uso por disponibilidad promediada o de uso puntual, si se refiere al pago de un derecho de remuneración, a un derecho exclusivo, o a ambos.

Efectivamente, para cada categoría de usuarios, se pondrán a disposición tres tipos de tarifas generales, en los términos previstos en los arts. 13 a 16 de la Orden. Los usuarios podrán elegir la tarifa general de uso efectivo, donde el precio por la utilización de las obras recogidas en el repertorio se establecerá atendiendo al grado real de uso efectivo, a la intensidad real del uso y a los ingresos económicos reales vinculados por la explotación comercial del repertorio. De forma excepcional las entidades de gestión no tendrán que fijar tarifas de uso efectivo en los casos en los que de manera acumulativa no sea posible reflejar en el precio el uso efectivo, la intensidad de uso y los ingresos económicos obtenidos por el usuario, debido a la dificultad y coste que supondría de delimitarlos, lo cual deberá justificarse por la propia entidad en su memoria económica.

La tarifa general de uso por disponibilidad promediada se caracteriza porque en ella el precio por la utilización de las obras (y prestaciones) incluidas en el repertorio de la entidad se establecerá con independencia de cuál sea el grado real de uso efectivo, la intensidad real del uso y los ingresos económicos reales vinculados a la explotación comercial del repertorio.

Y la tarifa de uso puntual, como su propio nombre indica, es aquella en la que el grado de uso del repertorio será puntual. En los casos en los que no sea posible determinar los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio, el grado de uso efectivo o la intensidad de uso, por la dificultad y coste de delimitarlos, las entidades de gestión podrán utilizar las medias de dichos criterios para llevar a cabo la determinación del precio.

Para más información, en el art. 17 de la Orden se hace referencia a la memoria económica que se debe hacer pública junto con las tarifas generales y que debe incluir una explicación detallada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario, que al menos comprenda lo siguiente: 1) Desglose del precio por el uso de los derechos y del precio por el valor económico del servicio prestado, y justificación de la aplicación de los criterios empleados para establecer la tarifa; 2) Comparativa de las tarifas fijadas con las que se hubiera establecido para el resto de categorías de usuarios teniendo en cuenta el mismo derecho y la misma modalidad de explotación; 3) Comparativa con las tarifas que hubieran establecido entidades de gestión similares en otros Estados miembros de la Unión Europea, aplicadas a la misma categoría de usuario y para el mismo derecho y modalidad de explotación, siempre que existan bases homogéneas que permitan

la comparación; 4) Justificación basada en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios de los descuentos o bonificaciones que fueran aplicables.

En relación con esto último, es importante que descuentos y bonificaciones se hagan siempre que se cumplan esos tres requisitos. Por ejemplo, tanto SGAE como AGEDI / AIE identifican dos tipos de criterios económicos sobre los que definir una serie de descuentos o bonificaciones para los usuarios, en concreto, criterios que suponen un ahorro en costes para la actividad de estas entidades de gestión, y criterios que suponen una mejora de las ratios de liquidez basada en la reducción del periodo medio de cobro. En relación con lo primero, se tiene en cuenta la suscripción voluntaria de los contratos en un periodo de tiempo razonable, desde el inicio de actividad, lo cual permite la reducción de los costes asociados a la captación, tales como visitas, envío de comunicaciones, recordatorio de las obligaciones, etc., así como también la reducción de los costes ligados a la negociación, y la presentación de las autoliquidaciones con todas las variables necesarias para la determinación de la tarifa dentro del plazo fijado. Por otro lado, en cuanto a las ratios de liquidez se toma en consideración el pago anticipado y la domiciliación bancaria, que permiten mejorar el coeficiente de caja disponible al reducir el periodo medio de cobro así como reducir también el riesgo de impago y optimizar los procesos y períodos de facturación, gestión y cobro.

Por imperativo legal, las entidades de gestión deberán aprobar nuevas tarifas generales adecuadas a los criterios establecidos en el artículo 157.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta orden (5 diciembre 2015) o sea plazo hasta 5 junio 2016 (disposición transitoria única de la Orden). Algunas ya lo han hecho, si bien los resultados no han sido los deseables.

Con todo, no debemos olvidar que la metodología de esta Orden se entiende sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre las entidades de gestión y los usuarios para la aplicación de tarifas distintas de las generales en el marco de las negociaciones a las que hace referencia el artículo 157.1.a) y c) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, si bien es cierto que en todo caso constituyen un referente a seguir y proporciona valiosas herramientas para la parte más débil en la negociación, que es la que normalmente se ha visto en peor situación.

IV. PROPUESTAS A MODO DE CONCLUSIÓN

Dos han sido los problemas fundamentales con los que nos hemos enfrentado en la realización de este trabajo. El primero se refiere al no reconocimiento de las radios universitarias en la Ley General de la Comunicación Audiovisual, con los

inconvenientes que ello genera en relación con las licencias de emisión. Y una vez que esas radios se encuentran emitiendo bien por vía hertziana o bien a través de internet, surge un segundo problema relativo al pago de los derechos derivados de la utilización de obras musicales en sus parrillas de programación. En todo caso ambas cuestiones se encuentras relacionadas dado que el no reconocimiento legal de dichas entidades de radiodifusión lleva ínsito su desconocimiento como entes con naturaleza propia por parte de las entidades de gestión colectiva, que no las contemplan como tales en sus catálogos de tarifas.

En concreto, en lo que a los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos se refiere, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, sólo comprende las radios comerciales y las radios comunitarias, sin que dentro de dichas categorías puedan subsumirse las radios universitarias. Esa Ley pasó por alto la oportunidad de reconocer la existencia de esta categoría diferenciada de entidades radiofónicas, a pesar de que constituyen un fenómeno que lleva presente en España al menos un cuarto de siglo.

Como decimos, la legislación estatal sólo reconoce la distinción entre servicio de comunicación con y sin ánimo de lucro, que se refieren a las radios comerciales y a las radios comunitarias, respectivamente. En consecuencia, la incertidumbre legal que genera la no habilitación de un marco normativo para la obtención de licencias de emisión y el imposible encaje en los que ya están configurados, impone la necesidad de revisar las normas, si bien es cierto que algunos legisladores autonómicos así lo han hecho y sería aconsejable que esta tendencia fuera al alza.

En lo concerniente al segundo problema apuntado, dado que ninguno de los catálogos de tarifas generales que las entidades de gestión colectiva que se encargan de gestionar los derechos de autor de obras musicales prevén (o que deberían prever) se refiere a las radios universitarias, el objeto fundamental de este estudio reside en proporcionar las herramientas de negociación de tarifas que más convengan a las radios universitarias. Como ya hemos visto, las entidades de gestión colectiva están obligadas a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente, como lo sería, sin duda alguna, la Asociación de Radios Universitarias (ARU).

Con todo, en la práctica la negociación de tarifas particulares está siendo prácticamente imposible, ante la falta de predisposición por parte de las entidades de gestión implicadas. Nos encontramos con una realidad muy dispar en la que las diferentes radios universitarias viven rodeadas de un halo de inseguridad que ha provocado mucha emisión vía on line, que cada radio abone a la entidad de gestión que corresponda unas tarifas diferentes, o incluso unas pocas han optado por emitir música libre de derechos para evitar este inconveniente. El panorama

es desolador, máxime si tenemos en cuenta que estas entidades no tienen ánimo de lucro y persiguen, entre otros objetivos, la proyección social de temas universitarios, culturales y científico-tecnológicos, promoviendo así la presencia de la Universidad en la sociedad.

A pesar de las previsiones del art. 157 TRLP y de la Orden ECD/2574/2015, no es fácil llevar a cabo la negociación de esas tarifas. Y aunque las entidades de gestión colectiva "están obligadas" a negociar y celebrar esos contratos, la realidad dista mucho de ese presupuesto legal, desde el mismo momento es que constatamos que la Asociación de Radios Universitarias (ARU) lleva varios años intentando llegar a un acuerdo con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). ¿Dónde están los principios de buena fe y transparencia que deben presidir toda negociación en este ámbito?[56].

En relación con lo anterior y dado que ni en el art. 157 TRLPI ni en la Orden se recoge plazo alguno, podríamos aplicar analógicamente la previsión contenida en el considerando 31 *in fine* de la Directiva 2014/26, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. En lo que a la concesión de esas licencias se refiere, en el mencionado considerando se establece que las entidades de gestión colectiva deben responder "sin dilaciones indebidas" a las solicitudes de licencias presentadas por los usuarios[57], y en el tema que nos ocupa sin lugar a dudas esas dilaciones o retrasos en la negociación están siendo indebidas e injustificadas.

Es por ello que hacemos hincapié en la obligación que tienen las entidades de gestión colectiva con repertorios musicales de negociar con la Asociación de Radios Universitarias, en su condición de asociación de usuarios que han solicitado esa negociación y representa el sector correspondiente y, además, sin retrasos injustificados, lo cual por el momento –y ya van varios años de intentos infructuosos de llegar a un acuerdo con la SGAE– no se ha cumplido. Esas tarifas, aun no siendo tarifas generales sino tarifas negociadas, han de ser aceptadas por ambas partes, sin que ello sea óbice para no respetar que las mismas sean simples, claras, equitativas y no discriminatorias, tal y como se recoge en los textos legales para el establecimiento de tarifas generales, ya que a mi juicio son extrapolables. La propia Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la

56 Sólo se hace mención expresa a estos dos principios en el art. 157.1.a) TRLPI pero, dado su carácter, son igualmente aplicables al apartado c) de dicho artículo.

57 Ello vendría a ser el art. 183 del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 1 de abril, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, señala en su art. 3 que lo previsto en ella se entiende "sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre las entidades de gestión y los usuarios para la aplicación de tarifas distintas de las generales en el marco de las negociaciones a las que se refiere el art. 157.1.a) y c)".

Concluimos señalando que como herramientas para llevar a cabo la negociación con éxito, sería recomendable para ambas partes buscar el equilibrio adecuado y atender a criterios objetivos como el del uso efectivo, la intensidad y relevancia, los ingresos económicos, y además comparar las tarifas que les ofrecieran con las que ofrecen las entidades de gestión de otros países europeos, en cuyo caso, en el supuesto de que de la comparativa se deduzca que se aplican tarifas diferentes a distintas categorías de usuarios para el mismo derecho y modalidad de explotación, que utilicen el repertorio de un modo equivalente, se podría exigir la tarifa más baja.

Es cierto que, aquí y ahora, nos estamos refiriendo a la negociación de tarifas con las entidades de gestión, más que al establecimiento por parte de éstas de tarifas fruto del pacto o de la negociación. En cualquier caso, aunque sólo se contemplen legalmente unos criterios para las tarifas generales, ya hemos apuntado que sin duda también resultan útiles para llevar a cabo la negociación. No en vano, es necesario proteger a la otra parte de esas negociaciones, en nuestro caso a las radios universitarias a través de la Asociación de Radios Universitarias, y más aún si tenemos en cuenta que las propias entidades de gestión han sido avisadas –incluso en algún caso de forma reiterada– por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al considerar que sus tarifas para la radio eran contrarias a Derecho por incumplir los criterios previstos en la legislación de propiedad intelectual[58]. Es el caso de AGEDI / AIE, que también en 2015 fueron sancionadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por abuso de posición de dominio. Más recientemente, en concreto el 18 de enero de 2018, la CNMC ha publicado un informe, INF/DC/235/17 sobre procedimiento de determinación de tarifas sustanciado ante la sección primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/001 AGEDI / AIE-AERC, en el que considera que las tarifas generales aprobadas para la radio por las entidades de gestión señaladas, en el año 2016 "incumplen los criterios exigidos por la normativa de propiedad intelectual"[59].

58 Según la CNMC suponen un incremento injustificado. Además, la propia Comisión censura que las tarifas no establezcan una diferencia entre la radio musical, donde los fonogramas tienen un peso muy significativo, de la radio generalista, informativa o deportiva, donde el repertorio que gestionan las entidades "no es imprescindible para el desarrollo de la actividad", por lo que "pueden ser inequitativas y no cumplen con el criterio de justo equilibrio", disponible en https://www.cnmc.es/node/365321 (consulta de 11-02-2018).

59 Ello es debido a que no contemplan un tratamiento distinto para las radios musicales –en donde la relevancia de la música es principal para su actividad– y los restantes tipos de radio (generalistas, informativas, deportivas, etc.) en los que la emisión de música no es imprescindible. Además, no modulan las tarifas, según si el repertorio se emite en primer o segundo plano e incluso suponen un "incremento tarifario no justificado", https://www.cnmc.es/sites/default/files/1902571_1.pdf (consulta de 10-2-1018). Igualmente, el

Por último, si tomamos en consideración los fines que persiguen las radios universitarias, parece excesivo asimilar sus tarifas a las tarifas de las radios comerciales. Se deberían tratar de forma especial siempre y cuando no se limiten a emitir programas meramente musicales, que no es el caso. Las entidades de gestión implicadas tendrían que replantearse esta cuestión para evitar que un excesivo afán recaudatorio acabe por desnaturalizar sus funciones, debiendo recordar, en todo caso, que, al tratarse de entidades culturales sin finalidad lucrativa, toda negociación, además de estar presidida por los principios de buena fe y transparencia, merece a este respecto una especial consideración en relación con la reducción de tarifas.

Únicamente resta apuntar que si se solucionase el primer problema se solucionaría, al menos en parte, el segundo. Es decir, en el momento en que a nivel general se reconozcan las radios universitarias, las entidades de gestión colectiva tendrán la obligación de incluir en sus catálogos de tarifas generales las propias para este sector.

25 de octubre de 2017 la CNMC inicia un expediente sancionador contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) en el que investiga posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual al estar fijando tarifas discriminatorias que afectarían, entre otros, a hoteles y restaurantes, disponible en https://www.cnmc.es/node/365321 (consulta de 11-02-2018).

BIBLIOGRAFÍA

Aguaded Gómez, J. L./Contreras Pulido, P.: "Las radios universitarias como medios de comunicación alternativos al servicio de la ciudadanía", en AA.VV.: *La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI* (coord. por J. C. Suárez Villegas), Eduforma, Sevilla, 2011, pp. 404-416.

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Prólogo", en Sánchez Aristi, R.: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2005, pp. XV-XVI.

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: "Comentario al art. 10.1. apartados a), b), c), d), e), f), g), h)", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 159-193.

Galacho Abolafio, A. F.: *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

López Maza, S.: "Comentario al art. 31 bis", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 601-620.

López Sánchez, C.: *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.

López Sánchez, C.: "La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad", en AA.VV.: *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: Incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 237-283.

López Vidales, N./Gómez Rubio, L./Hernando Lera, M.: "Los jóvenes universitarios como productores de contenidos radiofónicos", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital*, *Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp. 41-53.

López Vidales, N./Gómez Rubio, L./Hernando Lera, M.: "Las radios universitarias, ¿escaparate de la radio del futuro? Los jóvenes como creadores de contenidos radiofónicos", en AA.VV.: *La pantalla insome*, *Cuadernos Artesanos de Comunicación*/98 (coord. por C. Mateos Marín y F. J. Herrero Gutiérrez), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2015, pp. 31-56.

Marín López, J. J.: "Comentario al art. 157", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1961-2005.

Mariscal Garrido-Falla, P.: "Comentario al art. 11", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 197-212.

Marta-Lazo, C./Martín Pena, D.: "Investigación sobre radio universitaria: Presente, pasado y futuro", *edmetic*, 2014, núm. 3 (1), pp. 8-25.

Martín-Pena, D./Contreras-Pulido, P./Aguaded-Gómez, J. I.: "Programación, publicidad y responsabilidad social en las radios universitarias españolas", *Observatorio (OBS*) Journal*, 2015, vol. 9, núm. 4, pp. 141-157.

Martín-Pena, D./Aguaded, I.: "La radio universitaria en España: comunicación alternativa de servicio público para la formación", *Comunicación y Sociedad*, 2016, núm. 25, pp. 237-265.

Moralejo Imbernón, N.: "Comentario al art. 157", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 2042-2081.

Ortiz Sobrino, M. A./Marta-Lazo, C./Martín-Pea, D.: "Construcción colaborativa en el seno de las radios universitarias. El caso de Info.Radio en la Universidad Complutense", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital*, *Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp. 13-25.

Pinto-Zúñiga, R./Martín-Pena, D./Parejo Cuellar, M.: "Radios universitarias españolas como valedoras del servicio público y social", en AA.VV.: *Actas del I Congreso Internacional Comunicación y Pensamiento. Comunicracia y desarrollo social* (coord. por R. Mancinas Chávez), Egregius, Sevilla, 2016, pp. 1273-1285.

Piñeiro-Otero, T.: "De las ondas a los bytes. La nueva era de la radio universitaria ibérica", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital, Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp. 55-68.

Ponce López, M. C.: "Radio universitaria, estudiantes y calidad: el podcast como instrumento de enseñanza en Radio UMH", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas*

de la radio universitaria en la era digital, *Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M. A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp.131-143.

Sánchez Aristi, R.: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales,* Comares, Granada, 2005.

Sánchez Aristi, R.: "Comentario al art. 20", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, pp. 376-443.

Soengas Pérez, X.: "Las emisoras universitarias, una forma de comunicación alternativa", en AA.VV.: *Perspectivas y prospectivas de la radio universitaria en la era digital, Cuadernos Artesanos de Comunicación*/113 (coord. por D. Martín-Pena, C. Marta-Lazo y M.A. Ortiz Sobrino), Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2016, pp. 9-11.

GARANTÍAS LEGALES DEL CONCEPTO DE PRIVACIDAD: ENTRE EL DERECHO AL OLVIDO Y EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

LEGAL GUARANTEES OF THE CONCEPT OF PRIVACY: BETWEEN THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE NEW GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 176-201

Marina
SANCHO
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El funcionamiento de las nuevas tecnologías y el suministro de bienes digitales, comporta para los usuarios revelar sus datos personales, la compraventa de los cuales es ya una realidad, con el peligro que ello supone para la privacidad de los ciudadanos. El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos ha creado un nuevo marco jurídico que pretende dar un giro radical al modelo actual, dotando a los usuarios de mayores potestades para el control de sus datos. Muestra de ello es la formulación, expresa y por primera vez, del derecho al olvido, que permite a los ciudadanos el borrado digital de sus datos cuando se pongan en peligro otros derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Derecho y nuevas tecnologías; privacidad; Big data; derecho al olvido; Internet.

ABSTRACT: *The operation of new technologies and the supply of digital goods involves for users to disclose their personal data. The market data is already a reality with the danger that this entails for the privacy of citizens. The new General Data Protection Regulation has created a new legal framework that aims to radically change the current model, giving users greater powers to control their data. A good example of this is the express statement, and for the first time, of the right to be forgotten, which allows citizens to digitally erase their data when other fundamental rights are endangered.*

KEY WORDS: *Law & new technologies; privacy; Big data; right to be forgotten; internet.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS NUEVOS TIEMPOS PARA LA PRIVACIDAD.- III. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS.- 1. Principales novedades.- 2. Consideraciones críticas.- IV. EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL.- 1. Escenario previo. - 2. La gestación del derecho al olvido por el TJUE.- 3. El derecho de supresión en el GDPR.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Aunque el término Sociedad de la Información ha caído en desuso, no hay mejor definición para entender el actual fenómeno de nuestro entorno socio digital en relación a las nuevas tecnologías de Internet, que han revolucionado nuestra forma de comunicarnos en sociedad, así como ciertos patrones económicos, culturales, de consumo y hasta nuestras pautas de comportamiento.

En nuestro día a día compartimos constantemente cantidades ingentes de información, y del mismo modo, podemos acceder inmediatamente a grandes bases de datos en cualquier momento y prácticamente desde cualquier dispositivo electrónico conectado a Internet. Una vez los datos son incorporados a la Red, circulan libremente por el ciberespacio pasando de unas bases de datos a otras y de un servidor de Internet a otro por lo que, si además tenemos en cuenta las copias periódicas que se hacen de las páginas web, incluso consiguiendo borrar la información de su fuente original, resultaría prácticamente imposible hacerla desaparecer de todos los rincones del ciberespacio. Esto ha sido bautizado por el Prof. Troncoso como el "efecto Hotel California": *you may enter, but you may never leave*[1].

Entre todos esos datos que circulan por la Red, existe una cantidad ingente de datos de carácter personal, cuya naturaleza los hace especialmente sensibles, precisamente por su capacidad de identificarnos. Así, este tipo de datos, por el volumen de información que son capaces de aportar, se han revelado como un negocio en auge, revolucionando la mercadotecnia y las estrategias del marketing

1 Troncoso Reigada, A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, València, 2008, p. 320.

• Marina Sancho López
Investigadora Contratada de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, marina.sancho@uv.es

personalizado eso sí, con consecuencias negativas para algunos derechos fundamentales.

Resulta curioso que el valor de los bienes, tradicionalmente basado en su escasez y en su demanda, haya cambiado radicalmente su lógica en Internet y pase a considerarse ahora valioso por el gran volumen de información que circula por ella, algo expresado hace años por la Ley de Metcalfe[2] cuando se trataba de explicar el valor potencial de la tecnología de Ethernet.

Recientemente, Tim Berners-Lee, inventor de la World Wide Web, con motivo del 28 aniversario de su hazaña, reflexionaba[3] sobre el papel actual de Internet y reclamaba una mayor ética en su uso, reivindicando el papel de la Web como un servicio que debe beneficiar a toda la humanidad. En su carta abierta se muestra principalmente preocupado por la pérdida de nuestra información personal en Internet y por la utilización de ésta junto con algoritmos matemáticos para, por ejemplo, incentivar el consumo de sus usuarios o para hacer campañas políticas capaces de, persuadir a potenciales votantes mediante su redirección hacia sitios de "fake news" (noticias falsas), ahora de gran actualidad.

II. LOS NUEVOS TIEMPOS PARA LA PRIVACIDAD.

La tecnología e Internet han revolucionado por completo nuestra forma de concebir la vida. Vivimos en un momento de cambio constante, donde la técnica no se detiene y dónde un solo pestañeo puede alejarte de la vanguardia; usando la terminología de Bauman[4], vivimos en una época de "modernidad líquida".

En esta nueva etapa se produce un cambio radical en la cohabitación humana, en el condicionamiento social de las políticas de vida. Conceptos como la velocidad del movimiento o el espacio han dado un giro radical hasta diluir sus fronteras llegando incluso a desaparecer. Así, por ejemplo, los avances tecnológicos han logrado una instantaneidad en la comunicación que ha supuesto la eliminación de la concepción del espacio como límite de las relaciones sociales, pues nuestros actos ya no se circunscriben al entorno más inmediato, sino que van más allá del espacio físico. Se produce aquí una confusión entre el entorno "offline" y el

2 La Ley de Metcalfe, creada por Robert Metcalfe, cuyo enunciado consiste en "El valor de una red de comunicaciones aumenta proporcionalmente al cuadrado del número de usuarios del sistema (n2)", trata de ilustrar cómo el crecimiento exponencial de los usuarios de una red puede aumentar considerablemente su valor, cosa que ejemplifica el valor económico de una tecnología aplicada a las telecomunicaciones.

3 http://webfoundation.org/2017/03/web-turns-28-letter/.

4 Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

"online" que, como consecuencia de la interconexión actual, hace muy difícil una separación radical entre ambas realidades que a menudo se yuxtaponen[5].

Desde hace un tiempo, venimos asistiendo a un vertiginoso cambio tecnológico-social hasta el punto de que impera la sensación de transición constante que, sin embargo, no se ha traducido significativamente al Derecho, incapaz de adaptarse al nuevo paradigma ni de anticiparse a realidades futuras. Un ejemplo claro sería la noción de "Estado" o "frontera", totalmente superado por la realidad de Internet, de jurisdicción mundial si cabe, cuyo poder territorial carece de sentido hoy día, por ejemplo, ante casos de vulneraciones de derechos en las transferencias internacionales de datos personales.

La modernidad líquida y la mutabilidad que conlleva originan en la sociedad la sensación permanente de volatilidad, lo que ciertamente supone incertidumbre y claro está, inseguridad jurídica. Esta nueva realidad incita a repensar y reconfigurar conceptos que indudablemente han adquirido un nuevo significado, como "intimidad", "vida privada" o de "lo público" y "lo privado".

Ni las nuevas tecnologías ni Internet han creado nuevos bienes jurídicos protegidos, ni sustanciales cambios en los principios y valores del ordenamiento jurídico, pero, sin embargo, sí que han aumentado exponencialmente las vulneraciones de derechos así como creado nuevas formas de lesión. Frente a este nuevo escenario, se exige una reacción proporcionada por parte del Derecho, que dote de mecanismos jurídicos adecuados para sufragar nuevas realidades, reconociendo nuevos derechos capaces de reflejar nuevas necesidades, si fuera necesario.

En la relación entre la tecnología y el Derecho, se parte de presupuestos contrapuestos, si bien este último se caracteriza –desgraciadamente- por su lentitud a la hora de reaccionar ante nuevos fenómenos sociales y jurídicos, una vez lo hace, pronto queda superado por el devenir de los acontecimientos ya que la informática y la tecnología están en continua evolución, condenando los procedimientos de tutela jurídica al anacronismo.

Internet ha supuesto un nuevo paradigma para la privacidad de las personas y sus derechos derivados en tanto que tiene un efecto multiplicador de los atentados que contra éstos puedan tener lugar. La exposición masiva de información, accesible desde cualquier punto del planeta, ha creado un ambiente propicio para

5 Hoy en día, muchas de las acciones que tienen lugar en Internet tienen consecuencias evidentes en el entorno "físico" y viceversa. Un ejemplo de relevante actualidad es la persecución de aquellas conductas de enaltecimiento del terrorismo perpetradas mediante el uso de redes sociales que están derivando en auténticas condenas penales.

perpetrar vulneraciones de derechos fundamentales como la igualdad, la intimidad, la dignidad, la libertad, la propia imagen o el honor.

Esto se debe principalmente a la injerencia del Big data -llamamos Big data al almacenamiento, tratamiento y transferencia de datos a gran escala a través de las tecnologías de Internet- en las nuevas relaciones sociales y comerciales, pues las nuevas tecnologías inteligentes funcionan a partir de datos y metadatos -datos sobre los propios datos- que se consiguen, generalmente, bien a través de las aplicaciones descargadas en los dispositivos o bien directamente proporcionados por los usuarios.

El uso o la instalación de la mayoría de servicios y aplicaciones informáticas aparentemente gratuitas suponen auténticos contratos de adhesión – con un alto número de cláusulas abusivas, por cierto- dónde los usuarios ceden sus datos personales – en ocasiones sin autorización expresa o incluso sin su conocimiento[6]- en contraprestación por los servicios recibidos, que más tarde se monetizan por dichas empresas dedicadas, en el fondo, al almacenaje, tratamiento, exportación y venta de datos personales.

El hecho de que Internet no suponga un coste económico o que ciertas aplicaciones sean "gratis" no es razón suficiente para no exigir un respeto íntegro de los derechos fundamentales en este ámbito[7], cuando además se está partiendo de una premisa incorrecta pues, ni esos servicios son gratuitos (tienen un coste: la privacidad de sus usuarios, la cesión de los datos integran dicha contraprestación) ni muchas veces son voluntarios, pues no existen alternativas a la utilización de dichos servicios (son muchos los trámites que requieren el uso de plataformas online como por ejemplo, la Agencia Tributaria o la Seguridad Social[8]).

Internet no cuenta con un competidor directo pues los medios tradicionales quedan integrados en su funcionamiento, ampliando su difusión exponencialmente. Además, y por definición, Internet tiene un alcance ilimitado y transnacional lo que dificulta enormemente la persecución aquellas conductas vulneradoras

6 Mientras que la legislación tradicional sobre protección de datos está principalmente basada en aquellos datos qué los usuarios comparten o ceden de manera voluntaria, lo cierto es que, en la práctica, éstos son los menos en comparación con el gran volumen de datos y metadatos que se extraen diariamente sin que los usuarios tengan conocimiento y, claro está, dichas acciones no cuentan con su consentimiento.

7 Debe superarse de una vez por todas el argumento de que, como son los particulares quienes deciden voluntariamente ceder parte de su privacidad a cambio de poder utilizar ciertos servicios, éstos renuncian a una serie de derechos que, en otras circunstancias les serían aplicables. Habría que plantearse aquí, hasta qué punto los individuos pueden transigir con la intimidad y la propia imagen, pues recordemos que son derechos de la personalidad inherentes a la dignidad personal y fundamentalmente y por definición, intransmisibles e irrenunciables.

8 También cabría preguntarse hasta qué punto puede prescindirse de ciertos servicios cuyo uso es voluntario, como por ejemplo WhatsApp, pues hoy en día para estar conectado en sociedad es prácticamente una herramienta imprescindible y tal y como concebimos la comunicación en el presente, los usuarios de su servicio de mensajería nos vemos incapaces de prescindir de sus servicios por lo que, aceptamos sus términos de uso incluso sabiendo cuáles son las consecuencias para nuestros datos personales.

de derechos, si tenemos en cuenta además la disparidad de operadores que intervienen en su gestión: los proveedores de red, de acceso o de servicio, los creadores de un contenido que ha dado lugar a dicha vulneración, quienes han permitido su acceso y difusión, o los usuarios que reproduzcan de nuevo su contenido… Muchos de los cuales pueden estar radicados en lugares distintos y sometidos a legislaciones dispares, lo que se conoce como "deslocalización".

Es curioso cómo se tiene la creencia generalizada de que Internet incrementa la libertad de las personas mientras que, ante un supuesto de vulneración de derechos, esas "virtudes" se convierten en impedimentos para lograr la restitución de la situación y, aún más, para exigir responsabilidades ante dicho incumplimiento. Esa es la gran paradoja de Internet, la contraposición entre la facilidad con la que la información fluye por la Red de forma ilimitada -paradigma de la libertad de expresión e información- y la dificultad de eliminar aquél contenido que produce una lesión de derechos fundamentales, por la propia lógica de funcionamiento del sistema.

Y es en este entorno online, ajeno a los límites territoriales que protegen los datos personales dentro de sus jurisdicciones, y gracias a la técnica, donde se ha posibilitado que las empresas que operan online abusen de los datos personales de los usuarios, convirtiendo las normativas nacionales y europeas en papel mojado.

Además de una evidente pérdida de privacidad, otra de las consecuencias inmediatas que tiene lugar con la cesión y el almacenamiento masivo de datos, es la monitorización de los individuos. El control al que estamos sometidos los ciudadanos no tiene precedentes históricos pues, con la informatización de las Administraciones públicas y la digitalización de nuestros datos personales nos encontramos en un escenario, inimaginable veinte años atrás.

Desde la tarjeta sanitaria con la que ahora podemos pedir cita y acudir a la farmacia para que nos den los medicamentos hasta la posibilidad de hacer la renta por Internet, pasando por el registro de las transacciones comerciales que realizamos con las tarjetas de crédito o vía Internet. Todo ello, que indudablemente facilita el día a día y agiliza las transacciones cuotidianas, conlleva un control social del que es muy difícil escapar y que asumimos como inevitable, pese a que desconocemos todas las implicaciones negativas que pueda conllevar.

Lo que se denominó por Frosini[9] "juicio universal permanente" hace más de treinta años, y que algunos tildaron de conspiracionista, hoy en día y teniendo en cuenta todos los aparatos electrónicos que monitorizan nuestra vida cuotidiana, este concepto vuelve a estar de plena actualidad, pues los ciudadanos nos

9 Frosini, V.: *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 178.

encontramos sometidos a una vigilancia permanente e inadvertida que, con ayuda de las últimas invenciones, va ampliando su ámbito de permeabilidad en nuestra privacidad, en la práctica, casi inexistente.

Cuanto más extensa es la innovación tecnológica y cuanto mayor sea su generalización, menor es el ámbito de privacidad reservado a los individuos, lo que consecuentemente se traduce en un potencial riesgo para la libertad y la igualdad en lo que Pérez Luño[10] ha denominado "asalto tecnológico de los derechos y libertades", donde resulta difícilmente negable la injerencia de la informática de control individual y colectivo que comprometen gravemente valores como la identidad, dignidad e igualdad.

Los abusos acometidos por la informática y la telemática, a veces indetectables, penetran en el devenir social y cultural hasta el punto de no cuestionarnos esta realidad que asumimos como propia[11], mientras que en la esfera jurídica se empiezan a manifestar las consecuencias negativas de este modelo actual. Un modelo en el que la tecnología, que no es neutral, se ha inclinado por la comercialización de los datos personales, preconfigurando los dispositivos electrónicos inteligentes para monitorizar la actividad de los usuarios: sus contraseñas, sus rutinas de conexión, su localización, sus hábitos de consumo… convirtiendo información tradicionalmente privada en no tan privada y al servicio de la mercadotecnia.

De este modo, cuando hablamos de las corporaciones del Big data nos referimos a las industrias, incluidas la banca, las aseguradoras, las empresas de telecomunicación o de marketing, que emplean datos personales para el funcionamiento de sus servicios, así como para customizar los productos o minimizar el fraude lo que, consecuentemente, comporta un verdadero peligro de discriminación.

Si bien es cierto que la legislación española en materia de datos personales es bastante garantista y exige el consentimiento inequívoco del titular de la información personal -que a su vez deberá de conocer expresamente la finalidad del tratamiento de sus datos- así como la autorización para la cesión de éstos a terceros, en el ámbito de Internet y las empresas que operan en él, es prácticamente imposible saber cuándo estamos siendo monitorizados y qué usos posteriores se le va a dar a nuestra información más personal.

10 Pérez Luño, A. E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 23.

11 Este fenómeno ha sido descrito por Solove como "the norm police" para ilustrar como las normas sociales, entendidas como pautas de comportamiento, son el principal mecanismo en que una sociedad ejerce el control social. Un ejemplo de ello lo encontramos en las redes sociales que permiten a golpe de click, por un lado, decidir quién y cómo se adapta al patrón social, y por otro lado, permiten una exposición pública no deseada así como eventuales escarnios o humillaciones públicas. Solove, D. J.: *The future of reputation*, Yale University Press, New Haven and London, 2007, p. 6.

Esto tiene lugar principalmente porque, como se ha dicho ya, la jurisdicción de Internet es universal y no entiende de fronteras, y las grandes corporaciones del Big data han situado sus empresas en jurisdicciones menos proteccionistas con la privacidad de los usuarios, como la estadounidense. Pero ocurre, además, que la exposición en la red tiene un valor añadido y es la permanencia de la historia. En Internet, parece no existir la desmemoria, pues hechos pasados siguen al alcance de todos para quien los desee consultar y se une permanentemente a una persona con hechos pretéritos por lo que difícilmente podrá escapar de su pasado ni lograr el anonimato.

En definitiva, la regulación de la información personal, afecta a los patrones de intercambio de información: cómo las personas individuales expresan su identidad, como las empresas diferencian mercados, y como los gobiernos manejan el riesgo. La interdependencia internacional, principalmente por la expansión de la comunicación, el comercio más allá de las fronteras, y los mercados financieros globales, han transformado las antiguas barreras domésticas en un debate de escala internacional[12] donde las políticas de privacidad tienen grandes implicaciones en la libertad individual, los poderes del estado y la economía global.

Si añadimos a estos factores al desarrollo de las nuevas tecnologías, el funcionamiento de Internet y la enorme autorregulación del sector, es indiscutible la necesidad de medidas políticas, jurídicas y empresariales capaces de lograr un entorno satisfactorio para los derechos en juego, atendiendo a que el flujo de información personal deviene imprescindible.

Asumiendo pues, por un lado, la nueva realidad digital y la expropiación de la privacidad que ha supuesto para los ciudadanos la connivencia del Big data y las nuevas tecnologías, el Reglamento Europeo de Protección de Datos introduce un nuevo marco jurídico con la intención de configurar la protección de los datos personales desde un nuevo punto de vista, dotando a las personas físicas de un mayor control sobre su información personal. Así, la nueva normativa europea ha previsto la creación del derecho de supresión, comúnmente conocido como derecho al olvido, que permite obtener a todo interesado el borrado digital de sus datos personales cuando concurran ciertas circunstancias, cristalizando al fin un derecho de creación jurisprudencial, así como las exigencias doctrinales.

III. EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS.

Teniendo en cuenta las circunstancias anteriores mencionadas y con la pretensión de dotar de una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos frente

12 Newman, A. L.: *Data privacy and the global economy*, Cornell University Press, New York, 2008, p. 40.

a este nuevo escenario, se publicó el 4 de mayo de 2016, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGDP en adelante), de aplicación efectiva a partir del 25 de mayo de este mismo año.

1. Principales novedades.

Por primera vez en la historia, todos los países de la Unión Europea quedan sometidos a una misma regulación en materia de protección de datos personales, sin que sea necesaria su intervención legislativa para la aplicabilidad de los derechos que conlleva.

La nueva normativa asume como regla básica el hecho de que nuestra información personal debe estar sometida a nuestro propio criterio, la publicación de esta normativa ha supuesto un cambio radical en materia de protección de datos que ahora dota al titular de los datos de todo tipo de derechos para facilitar la gestión de su información personal en base a sus preferencias, y somete a empresas privadas y administraciones públicas al interés del ciudadano, obligándoles a adoptar políticas activas de protección de datos y cambiando las reglas de juego existentes.

La nueva normativa moderniza y unifica el derecho a la protección de los datos teniendo en cuenta el nuevo escenario tecnológico y tratando de acabar con las existentes discrepancias entre los Estados miembros a consecuencia, principalmente de la gran cantidad de cláusulas abiertas que contenía (*open-ended-principles*), que dieron como resultado una trasposición divergente en las distintas normas europeas. Con una voluntad claramente integradora, se trata así de poner solución a los problemas existentes de regulación que en nada favorecía a la protección de los derechos fundamentales, dotando a las empresas operadoras de Internet de nuevas obligaciones, así como reduciendo el margen de actuación de los Estados miembros.

Otra de las grandes novedades del RGDP es que trata de poner fin al problema de falta de territorialidad a través de la extensión de la aplicabilidad de su articulado hacia aquellos responsables que no estén establecidos en la UE cuando las actividades de tratamiento de datos personales estén relacionados con la oferta de bienes o servicios a interesados que residan en suelo europeo o que ejerzan su actividad en éste (artículo 3), acabando de una vez por todas con la disparidad de criterios entre los distintos órganos jurisdiccionales respecto de cuestiones tan importantes como la legitimidad pasiva de los intervinientes.

Con la extensión de su aplicación territorial se pretende subsanar las trabas existentes a la actuación de los poderes legislativo y judicial, y poner fin a la práctica consolidada entre las corporaciones de Internet de establecer sus sedes en países cuyas legislaciones permiten sin demasiados problemas la mercantilización de la información personal, ignorando reiteradamente la legislación doméstica y europea en la materia e impidiendo el ejercicio eficaz de los derechos de los ciudadanos a quienes dejaba en una situación jurídica de indefensión.

Así pues, el artículo 29 obliga a estas empresas a someterse al Derecho de la Unión y a los tribunales nacionales de los Estados miembros cuando ofrezcan sus servicios en suelo europeo, constriñendo la actuación de las mismas en el intento de cumplir con sus obligaciones.

Esta nueva normativa pretende hacer realidad el "habeas data" de los ciudadanos, permitiéndoles un mejor control de su información personal, así como dotándolos de instrumentos efectivos para el cumplimiento de sus derechos.

Un ejemplo claro lo encontramos en la extensión de las obligaciones de su articulado tanto a los responsables como a los encargados del tratamiento de datos, estén o no radicados en la Unión (artículo 3). Mediante la introducción del concepto de "responsabilidad activa", se obliga a unos y a otros a que adopten todas las medidas necesarias para cumplir con los principios, derechos y garantías que se recogen en el RGPD, responsabilizando a ambos de la gestión de la información personal (artículo 24), todo ello junto a numerosas obligaciones encaminadas hacia la protección de los derechos de los usuarios, entre otras, estableciendo códigos de buenas prácticas, realizando evaluaciones de impacto, introduciendo políticas de protección de datos por defecto o nombrando un Delegado de Protección de Datos.

Se recogen, asimismo, los tradicionales derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) con significantes modificaciones. Así, por ejemplo, se simplifican las fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos de rectificación (artículo 13), se dispone el derecho de todo interesado a obtener una copia de los datos personales objeto del tratamiento (artículo 15), se introduce el derecho de bloqueo de datos como como variante o alternativa al derecho de cancelación (artículo 19), se prevé la posibilidad de limitar el tratamiento de los datos (artículo 18) y se refuerza el derecho de oposición introduciendo nuevos motivos como la elaboración de perfiles (artículo 21).

Para dotar de mayor virtualidad al control de los ciudadanos de su propia información personal se reconoce expresamente el derecho a la portabilidad de datos (artículo 20), permitiendo a todo usuario solicitar en cualquier momento la retirada de Internet de aquéllos datos personales que ya no sean necesarios para

las finalidades iniciales por las que fueron recogidos, del mismo modo que si se trata de informaciones obsoletas o irrelevantes.

Entre los derechos de nueva incorporación destaca preeminentemente el derecho de supresión, popularmente conocido como el derecho al olvido (artículo 17), permitiendo a todo interesado obtener "sin dilación indebida" el borrado de sus datos personales cuando concurran ciertas circunstancias, codificando así un derecho hasta entonces de creación jurisprudencial.

Para facilitar el ejercicio de estas potestades se dispone que los responsables posibiliten la presentación de solicitudes por medios electrónicos, especialmente cuando el tratamiento se lleve a cabo por estos canales (artículo 15). De igual forma, el ejercicio de dichos derechos será preeminentemente gratuito (artículo 12).

Asimismo, el RGPD incorpora nuevas herramientas de control como el cifrado o la anonimización de los datos personales (artículo 32), evitando de forma irreversible la identificación de los sujetos; la seudonimización, consistente en reemplazar un atributo en un registro por otro de manera que la persona sólo puede ser identificada mediante otro mecanismo indirecto (artículo 25); la obligación de realizar una evaluación de impacto (*Privacy Impact Assessment*) cuando se lleve a cabo un tratamiento de datos que pueda conllevar un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (artículo 35) o mediante la aplicación de otras medidas de seguridad (artículo 32)[13].

Por último, se contemplan actuaciones preventivas encaminadas a cumplir con las disposiciones de su articulado, como se extrae de la inclusión de la protección de datos desde el diseño y por defecto como orientación de las políticas y decisiones empresariales que deben llevar a cabo los encargados de cualquier tratamiento de datos personales (artículo 25) como regla general y desde el origen. Junto a este extremo, se introduce el concepto de responsabilidad proactiva (*accountability*) que exige a los encargados la adopción de medidas suficientes para garantizar un tratamiento lícito (artículo 5.2) y exige transparencia en los procedimientos para salvaguardar el ejercicio de los derechos del interesado (artículo 12).

2. Consideraciones críticas.

En cuanto a los aspectos formales, la normativa plantea algunas preguntas acerca de su engranaje con las legislaciones domésticas en materia de protección de datos, en nuestro caso concreto, cómo se articularán los derechos de

13 El RGPD ya no distingue entre ficheros de nivel básico, medio o alto, sino que impone medidas de seguridad en base al estado de la técnica, los costes de aplicación, la naturaleza, el alcance, el contexto y las libertades concretas de las personas físicas.

Transparencia, Información, Acceso, Rectificación, Supresión, Limitación del tratamiento, Portabilidad de datos y Oposición del Reglamento con los tradicionales derechos ARCO (Acceso, rectificación, cancelación y oposición) de la doctrina española, qué ocurrirá a partir de ahora con el registro de ficheros, qué papel jugará la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) así como el valor de sus circulares, y cómo se articulará el Reglamento con la LOPJ, mucho menos garantista en comparación con la nueva normativa.

De momento, sólo podemos contestar a esta última pregunta y no del todo, pues si bien el legislador español decidió dictar una nueva normativa española de protección de datos, a la vista de las incompatibilidades de la LOPJ con el Reglamento, ya parece inevitable que la nueva legislación no llegue a tiempo para el 25 de mayo –recordemos, fecha de entrada en vigor del RGPD-, pues el Anteproyecto de Ley todavía está en fase de tramitación parlamentaria. Para lo demás habrá que esperar.

En cuanto a los aspectos sustantivos, resulta llamativo como, pese a establecer ciertos principios programáticos en la norma que sugieren un cambio de modelo –proponiendo políticas de privacidad desde el diseño o facilitando el control por parte del ciudadano de sus propios datos- la normativa adolece de cierto continuismo, introduciendo medidas fragmentarias y dejando nuevamente mucho margen para la interpretación, debido al abuso de conceptos ambiguos y jurídicamente indeterminados.

Esta complejidad terminológica lleva aparejada la introducción de la figura del Delegado de Protección de Datos, presentada como medida estrella de seguridad, pero que en la práctica supondrá cierta arbitrariedad en las decisiones que éstos tomen, y que dependerá de los términos en que se lleve a cabo la interpretación de unos o de otros. Sin embargo, parece una obviedad que el alcance de un derecho fundamental deba delimitarse en términos objetivos y de un modo global y no en base a la opinión de ciertos expertos, dejando un peligroso margen para la autonomía privada.

En relación a lo anterior, el nuevo Reglamento asume como regla básica que la información personal debe estar sometida al control del interesado, a quien dota de un mayor dominio para que gestione sus datos conforme a su propio criterio. Sin embargo, estas medidas de autogobierno presuponen la existencia de una concienciación y responsabilidad ciudadana que, desgraciadamente, dista mucho de la realidad -sólo hay que ver cuántos usuarios leen las políticas de privacidad de las aplicaciones o servicios que usan a diario-, y a quién no se le puede exigir conocimientos jurídico-técnicos para ello.

Entendemos que, para que se trate de una medida ciertamente proteccionista, de ningún modo puede transferírsele a aquella persona que se vea expuesta en sus datos personales la responsabilidad de gestionar dicha situación, haciéndole dirigirse a una suerte de operadores y empresas de Internet. Todo lo contrario, deberían establecerse mecanismos que efectivamente impongan medidas respetuosas con la privacidad desde el origen, cuyo tratamiento de datos se minimice y se constriña a fines específicos, y no recaiga en la responsabilidad individual ni del interesado ni del Delegado de Protección de Datos.

Así, por ejemplo, el derecho al olvido se debería de establecer automáticamente y como regla general cumplidos unos requisitos previos, y no limitar su operatividad bajo petición, dejando en manos y a instancia del interesado su ejecución.

Todo ello, junto con el relego del establecimiento de la mayoría de los procedimientos para el cumplimiento del articulado en manos de los legisladores domésticos, difiere notablemente de la voluntad homogeneizadora del legislador europeo.

En cuanto a su operatividad, el cumplimiento del Reglamento exige unos medios, así como una preparación, dedicación y control constante por parte de las organizaciones que traten con datos personales, cuya aplicación efectiva parece en ocasiones imposible, pues incrementa exponencialmente sus esfuerzos burocráticos, lo que resultará especialmente gravoso para las PIMES y los autónomos.

Así, por ejemplo, el tenor literal de alguna de sus disposiciones exige contar con el consentimiento expreso del interesado para cada uno de los supuestos imaginables de tratamiento de sus datos personales.

Parece dudoso que este esfuerzo burocrático se traduzca efectivamente en un cambio sustancial para la privacidad de los ciudadanos pues, junto a las muchas cuestiones abiertas que no encuentran solución en la nueva normativa, ésta no parece contar con la connivencia de las grandes corporaciones del Big data. Así, por ejemplo, se plantean interrogantes acerca de cómo se aplicará el GDPR en "la nube", muchas veces lejos del control de las empresas y objeto de duplicados. En teoría, a partir de ahora, deberá de tenerse pleno dominio sobre los datos vertidos en dicha plataforma para, por ejemplo, poder ejecutar derechos como el de supresión, con independencia de que se subcontrate a un tercero la responsabilidad del cumplimiento del GDPR.

En otro orden de cosas, resultaría ingenuo pensar que la finalidad última de esta nueva normativa es proteger a los ciudadanos y a sus datos personales frente a las amenazas del Big data pues resulta bastante obvio que el propósito del

GDPR es sentar las bases para lograr un mercado digital único y evitar que se continúen produciendo obstáculos para el mercado interior de la Unión Europea -que, en la práctica, está dificultando el ejercicio de actividades económicas a escala comunitaria- y acabar con el falseamiento de la competencia.

En cualquier caso y a pesar de las buenas intenciones del GDPR, no parece del todo realista un cambio drástico en estas cuestiones pues, si bien es cierto que la nueva normativa introduce más obligaciones a los encargados y responsables del tratamiento de datos -bajo pena de sanción- así como reconoce más derechos para los interesados, no parece que cuente con el respaldo de las empresas tecnológicas y las corporaciones del Big data, nada dispuestas a renunciar al filón de negocio que supone hoy en día la privacidad. Una auténtica transformación del modelo, necesitaría forzosamente contar con la complicidad de aquellos que diseñan productos y ofrecen servicios relacionados para que tomen consciencia de los retos actuales y actúen en consonancia para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, a quienes se les ofrezca productos y servicios respetuosos con su privacidad y por defecto.

IV. EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL.

1. Escenario previo.

La innovación tecnológica, junto con Internet, constituye ya una realidad imparable que en poco tiempo ha modificado nuestra forma de entender y vivir la vida y de relacionarnos con los demás. Este nuevo escenario ha supuesto enormes ventajas y facilidades para el día a día, pero, ciertamente, ha venido aparejado de nuevas vulneraciones para los derechos fundamentales.

La proliferación de datos personales que ocasionan las tecnologías del Big Data, así como la memoria virtual y permanente que conforman los motores de búsqueda online, suponen un almacenamiento, procesamiento y transferencia de información personal que, en ocasiones, vulnera derechos como la intimidad o el honor.

La digitalización masiva de la información y su almacenamiento son ahora la regla general y por defecto y ello, junto con la jurisdiccional mundial que se desprende del mismo concepto de Internet, han hecho costoso y en ocasiones hasta imposible, un ejercicio óptimo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

La llamada era "post-privacy" obliga al Derecho a renovar sus mecanismos de protección y deviene necesario reformular conceptos jurídicos como "intimidad"

o "vida privada" cuyo significado se ha visto alterado, así como los mecanismos tradicionales de protección, que ahora resultan ineficaces.

Ante este nuevo panorama, se deben configurar nuevas construcciones jurídicas que refuercen el control sobre nuestros datos personales y consigan dotar de eficacia real los derechos de los ciudadanos. En ningún caso la innovación tecnológica puede usarse como pretexto para la vulneración de derechos y libertades fundamentales del mismo modo en que no puede asumirse sin más el mercadeo de información tan sensible como la que representa aspectos específicos del individuo.

Asimismo, los prestadores de contenidos online y de servicios de Internet deben cumplir con la normativa en materia de protección de datos, facilitar a los interesados el ejercicio de sus derechos y asumir responsabilidades por sus actuaciones corporativas que ocasionen perjuicios para los derechos humanos.

El derecho al olvido nace pues para combatir toda esta problemática, posibilitando no sólo los derechos de cancelación y oposición en Internet sino que, además, permite a los interesados el cifrado y borrado online de sus datos personales cuando éstos sean perjudiciales para los derechos fundamentales como la dignidad o la intimidad.

A grandes rasgos, podemos decir que el derecho al olvido tiene como finalidad proteger la privacidad de las personas frente a los retos que han propiciado la aparición de las nuevas tecnologías en connivencia con Internet. Es la respuesta que se ofrece desde el Derecho a los usuarios de Internet para que éstos puedan suprimir cualquier información personal por el que se vea afectada su privacidad, logrando una protección efectiva del derecho a la protección de datos lo que, a su vez, evita prácticas discriminatorias en torno a éstos.

2. La gestación del derecho al olvido por el TJUE.

El derecho al olvido, hasta hace poco de mera creación jurisprudencial, surge como respuesta a las reiteradas vulneraciones a la privacidad que los ciudadanos venían sufriendo en el entorno de Internet, manifestadas a consecuencia de la invasión que las novedades tecnológicas y el Big data han provocado en los derechos fundamentales.

A raíz de este nuevo escenario surgió el derecho al olvido, como respuesta lógica del Derecho frente a las vulneraciones de los derechos de los ciudadanos y gracias a pronunciamientos jurisprudenciales valientes y modernos, coherentes con los nuevos tiempos.

Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que hicieron emerger este nuevo derecho, giraron en torno al derecho a la protección de datos, noción consolidada en nuestra tradición jurídica cuyo reconocimiento se extiende por la inmensa mayoría de legislaciones nacionales de nuestro entorno, así como en el marco europeo, de igual modo que el derecho a la intimidad, al honor y a la dignidad.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció, en su famosa sentencia de 13 de mayo de 2014 (Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos[14]), más conocida como "caso Google" –cuyo contenido no se reproduce aquí por ser de sobra conocido-, la existencia de un derecho al borrado de nuestra información en Internet. Y con ello, se articulaba lo que se venía defendiendo desde hacía mucho tiempo por la doctrina: la protección de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a las restricciones tecnológicas.

Analizando el supuesto de hecho, el TJUE afirmó rotundamente que el tratamiento de datos personales por los buscadores en Internet puede afectar a los derechos fundamentales de las personas relativos al respeto de la vida familiar y de protección de los datos personales de forma significativa, cuando la búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, pues ello permite al internauta hacerse una configuración apriorística de una persona en base a la lista de resultados ofrecidos.

Como en el caso en concreto la información ofrecida por el buscador era lícita y veraz, el Tribunal estimó que, incluso en estos casos, ésta puede resultar desproporcionada y, en consecuencia, provocar una intromisión ilegítima en los derechos del afectado. Así, dispuso que un tratamiento de datos puede devenir incompatible con el Derecho, no sólo cuando los datos sean inexactos sino también cuando éstos sean "inadecuados, no pertinentes o excesivos" en relación con los fines del tratamiento, o cuando no estén actualizados o se conserven por un tiempo superior al necesario.

Es decir, incluso tratándose de datos o informaciones exactas, verídicas o lícitas, podría considerarse su uso como inadecuado lo que obligaría al motor de búsqueda a eliminar de los resultados tal información puesto que el tratamiento de datos debe ser legítimo durante todo el periodo en que se lleve a cabo.

En cuanto a la responsabilidad en el tratamiento de este tipo de datos, el pronunciamiento del TJUE entraña también novedades y es que extendió a los

14 Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja*.

gestores de los buscadores de Internet dicha responsabilidad, incluso cuando no estén domiciliados en España pero realicen su actividad por medio de un establecimiento permanente sito en ella -como lo es una filial que se dedica a llevar a cabo actividades comerciales y publicitarias para con la primera- por lo que, se permitirá a los particulares dirigirse directamente ante los buscadores en Internet para ejercer los derechos de rectificación y oposición de sus datos.

De esta forma, el Tribunal por una parte, se avanza a lo dispuesto después por el RGPD en cuanto a la aplicación territorial de la normativa europea, sometiendo a la legislación no sólo a los actores europeos sino también a todos aquellos que desempeñen su actividad en su territorio y, por otra parte, extiende la aplicación de la normativa de protección de datos a los motores de búsqueda en tanto que almacenan, indexan y ponen a disposición del público información publicada por terceras personas.

La relevancia jurisprudencial de esta resolución debe entenderse desde una óptica garantista y la necesidad de hacer evolucionar el Derecho al mismo compás que la sociedad. En un momento en que la desconexión tecnológica parece ya imposible, deben darse respuestas jurídicas a los problemas que ocasionan las nuevas herramientas tecnológicas respecto de los derechos y las libertades de sobra consolidados.

3. El derecho de supresión en el GDPR.

Como ya se ha hecho mención, una de las principales novedades introducidas por el Reglamento europeo de protección de datos es la incorporación, por vez primera y expresamente, del derecho al olvido o, en su denominación definitiva, el derecho de supresión.

Así, el artículo 17 del GDPR configura el derecho al olvido tal y como había reparado el TJUE en el ya famoso caso Google v. España, configurándolo como una suerte de derivación del derecho a la intimidad y propia imagen, y como extensión del derecho al honor.

Podría definirse el derecho al olvido como el derecho al borrado digital de hechos pasados que tiene toda persona que se haya sentido vulnerada en un derecho fundamental, debido a causas justificadas o porque con el paso del tiempo sus datos han perdido su virtualidad. El artículo 17, por su parte, lo define como el "derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales" cuando concurran ciertas circunstancias.

No debe confundirse el derecho al olvido como el derecho a configurar un pasado a medida, obligando a los editores de páginas web o a los motores de búsqueda a suprimir aquellos resultados o contenidos digitales que no quieran verse asociados a una persona –nombres y apellidos-, pero sí que supone un límite a la memoria eterna de Internet, dónde el tiempo es lineal y no se distingue entre pasado y presente lo que provoca en muchos casos, bien por el transcurso del tiempo, bien por la descontextualización, una vulneración de los derechos fundamentales del afectado, pudiendo perjudicar seriamente el libre desarrollo de su personalidad y hasta su dignidad personal.

Para evitar malinterpretaciones, debe examinarse el derecho al olvido junto con el "habeas data", el derecho a la protección de datos desde la perspectiva de la potestad del interesado a tener un control sobre sus datos, a la autodeterminación informativa. En definitiva, como extensión de los derechos ARCO, especialmente relacionado con el derecho de cancelación y oposición de los datos personales en el ámbito de Internet, conceptos aceptados comúnmente por la legislación, doctrina y jurisprudencia y que ahora ostentan una nueva virtualidad gracias a las nuevas herramientas tecnológicas que han permitido nuevas formas de atentar contra bienes jurídicos protegidos de sobra ya consolidados, como son el derecho al honor o a la intimidad.

Este punto de vista parece compartirse por el legislador europeo que en el RGPD no parece considerar el derecho al olvido como un derecho autónomo o diferenciado de los derechos ARCO, sino como una consecuencia de los mismos. De esta forma, puede definirse el derecho de supresión como la potestad otorgada a los ciudadanos para reclamar que sus datos desaparezcan de Internet cuando puedan afectar al libre desarrollo de ciertos derechos fundamentales.

Se incorpora así, a las potestades existentes de solicitar y obtener de los responsables de los ficheros, que determinados datos sean suprimidos cuando, entre otros casos, se hayan obtenido de manera ilícita, cuando se haya retirado el consentimiento prestado, cuando estos ya no sean necesarios para la finalidad para la que fueron recogidos o cuando el interesado se oponga al tratamiento, todo ello en el entorno digital.

Es de aplicación pues la doctrina existente en esta materia, que ha habido de adaptarse a los nuevos marcos sociales y tiempos de la técnica. Decía ya Díez Picazo[15] en el año 1979, cuando aún ni se atisbaba la revolución digital de lo que sería Internet, que la publicación de la biografía de una persona todavía viva exige su consentimiento y por ello, debe exigirlo también cualquier investigación sobre

15 Díez-Picazo, L.: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Civitas, Madrid, 1979, p. 114.

su vida anterior, el apoderamiento de sus datos y el archivo de los mismos. Del mismo modo, es posible encontrar referencias al derecho al olvido hace ya 30 años de la mano de Salvador Coderch[16] que reflexionaba acerca de los límites de la memoria pública colectiva sobre la intromisión a la intimidad, a propósito del comentario de la famosa sentencia *Sidis v. F. R. Publishing Corp*[17].

El GDPR pues, de algún modo moderniza los derechos tradicionales para lidiar con el nuevo marco social, cultural y tecnológico en el que se insertan. Esto queda patente, por ejemplo, cuando prevé que el derecho de rectificación se pueda ejercitar a posteriori especialmente cuando el interesado prestó su consentimiento siendo un niño y se quiere suprimir datos de Internet (considerando 65), cuestión plenamente contextualizada con el comportamiento de los adolescentes de hoy en día.

En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien es cierto que el derecho al olvido tiene su origen en el derecho a la intimidad y a la protección de datos, éste tiene sus raíces indudablemente en la dignidad del ser humano y el desarrollo de su personalidad. El RGPD, en consecuencia, vincula el derecho al olvido con el derecho al control del interesado sobre sus propios datos cuando obliga a los responsables a indicar a los sujetos objeto de tratamiento la situación del mismo, así como los cambios que se produzcan para que éstos puedan tomar la decisión más acertada en cuanto a sus datos personales; queda patente así el cambio de modelo del que antes hablábamos que considera el "habeas data" como un principio inspirador de toda la legislación.

A fin de reforzar tal extremo, el derecho de supresión obliga al responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos o las copias o réplicas de tales datos. Y al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las posibilidades técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales (párrafo segundo del artículo 17).

Ahora bien, el derecho al olvido no es absoluto, exige una ponderación con los derechos con los que entra en conflicto lo que obliga a un examen pormenorizado del caso concreto para lograr el equilibrio entre derechos que se superponen. La normativa europea también es consciente acerca de los límites de este derecho y establece como tales el derecho a la libertad de expresión e información, razones

16 Salvador Coderch, P.: ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo, Civitas, Madrid, 1987, p. 98.

17 U.S. Court of Appeal for the Second Circuit - 113 F. 2d 806 (2d Cir. 1940), 22 de julio de 1940.

de interés público, fines de investigación o estadístico, el cumplimiento de una obligación legal o el derecho de reclamación (párrafo tercero del artículo 17).

Así pues, el derecho de supresión puede ser limitado por otros derechos con los que puede entrar en conflicto lo que exige, una vez constatado la existencia de una colisión entre ellos, examinar la intensidad y trascendencia con la que cada uno de éstos resultará afectado, conforme al contexto concreto y teniendo en cuenta que las reglas jurisdiccionales clásicas no pueden servir como fundamento único en esta ponderación pues Internet tiene unas pautas de funcionamiento que alteran las reglas de juego preexistentes y que obligan a examinar los casos nuevamente. Así, por ejemplo, frente a una colisión frente a la libertad de información y el derecho al olvido, no es conveniente aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia pues, puede tratarse de una información lícita, veraz y de tratamiento neutro y aun así atentar contra los derechos fundamentales de una persona[18].

Por último, y planteándose retos de futuro cabría reflexionar sobre el ejercicio del derecho al olvido en el entorno digital donde son las personas físicas que deben ejercitarlo frente a personas jurídicas que se encuentra muchas veces en distintas jurisdicciones, con trabas procesales, lo que requiere de una dedicación personal y unos conocimientos jurídicos que no son exigibles a todo ciudadano, y aún menos cuando de ello depende la vulneración de sus derechos fundamentales. Por ello, un paso más allá y sin duda deseable sería lograr el borrado automático de ciertos datos personales en la Red, sin necesidad de que el propio interesado tenga que dar ningún paso para obtener dicho resultado, sino que bastase con establecer plazos automáticos de caducidad.

Esta propuesta encajaría dentro de lo que se ha venido llamando *"privacy by design"*, es decir, la introducción, mediante políticas públicas y prácticas empresariales, de un estándar de privacidad desde el diseño y por defecto, de forma que los usuarios o interesados no tengan que actuar proactivamente para exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales, sino que tanto la tecnología como las prácticas corporativas sean respetuosos ab initio con la privacidad de los ciudadanos[19].

18 Ocurrió así en el mencionado caso Google donde, mediante la introducción en el motor de búsqueda de un nombre y apellidos, se facilitaba como primeros resultados una serie de información verídica y legal acerca del embargo de ciertos bienes de la persona en cuestión, ocurrido años atrás. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que debía reconocérsele al afectado un derecho al olvido digital puesto que tal resultado en el buscador, dada la descontextualización y el transcurso del tiempo, producían un daño en la credibilidad profesional del demandante y en su honor.

19 Por ejemplo, en relación a los cookies, el Prof. Ureña propone adoptar una normativa que obligue por defecto a que los software de navegación estén configurados para el rechazo de los cookies, de manera que quién quisiera admitirlos debería reconfigurar su navegador en sentido contrario, justo lo contrario de lo que ocurre ahora, "de este modo, la Administración verificaría que todos los software de navegación que se fabrican, comercializan o importan, cumplen con el requisito que con carácter obligatorio aquélla ha impuesto".

El GDPR ha abierto la puerta a esta posibilidad, expresamente su artículo 25 cuando contempla la introducción de medidas de privacidad desde el diseño, y a lo largo de su articulado lo presenta como un principio inspirador de toda la normativa de protección de datos siempre que sea posible "teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas públicas". Todo ello aparejado a otras medidas de minimización de tratamiento de datos u otras garantías para la preservación de la privacidad como las técnicas de pseudonimización.

Así pues, se trataría de instaurar el derecho al olvido como una regla general, actuando de forma automática, por defecto y no sólo bajo petición[20], sin perjuicio de su examen pormenorizado en aquellos casos en los que resulte evidente una colisión de derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES.

Todos los sistemas jurídicos están condicionados por un determinado nivel de conocimientos científicos y de técnicas interpretativas que se ponen a prueba cuando, por ejemplo, algún avance científico-técnico requiere de una adecuada respuesta del ordenamiento jurídico, momento en el que se evidencia su flexibilidad para adaptarse a un nuevo contexto.

El entorno cuotidiano actual ha puesto en jaque los parámetros a los que la privacidad venía acostumbrada, ocasionando nuevas formas de lesión para los derechos de la personalidad. Las nuevas herramientas tecnológicas junto con el proceder de Internet, las corporaciones del Big data y las nuevas pautas de comportamiento, comunicación y consumo, han hecho patente un cambio necesario de legislación capaz de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Inevitablemente las transformaciones técnicas y científicas tienen el correspondiente influjo en el ordenamiento jurídico que debe adaptarse mediante interpretaciones extensivas o bien dictando nuevas regulaciones, debiendo existir en todo caso una correlación entre el avance científico-técnico y el cambio jurídico que éste exige, pues la proyección social de ambos es ciertamente indiscutible.

Ureña Salcedo, J. A.: "Internet y la protección de datos personales" en AA. VV.: *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* (coord. Por A. Cayón Galiardo), Diputación General de Aragón, vol. IV, Zaragoza, 2001, p.134.

20 De Terewagne, C.: "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido", *Revista d'Internet, Dret i Política (IDP)*, 2012, núm. 13°, pp. 53-65.

En este escenario de evidente pérdida de privacidad, los Estados han tratado de orientar sus legislaciones hacia una mayor cobertura de las garantías personales, pero, ya sea por los tiempos del legislador o bien por la constante renovación de las tecnologías y expansión de Internet, los mecanismos previstos hasta ahora no se han revelado como enteramente eficaces.

Así, han sido los tribunales nacionales e internacionales quienes han jugado un papel imprescindible para la protección de la privacidad y en el amparo de las garantías ciudadanas, aunque con notables dificultades procesales, derivadas principalmente de problemas de jurisdicción así como de impedimentos tecnológicos.

La actuación de la jurisprudencia del TJUE ha sido definitiva, capaz de dar una respuesta adecuada ante los riesgos existentes para la protección de ciertos derechos fundamentales en la era de Internet. La creación jurisprudencial del derecho al olvido, a través de derechos como la privacidad y la personalidad, es una buena muestra de ello, evitando las vulneraciones que de manera reiterada venían sucediéndose por grandes corporaciones acostumbradas a tratar a los datos personales como un producto comercializable. Esta coyuntura tiene una repercusión mayor en el ámbito digital, donde la memoria electrónica eterna y las acciones de compilación que llevan a cabo los buscadores de Internet hacen de estas vulneraciones un auténtico calvario.

Sin embargo, las circunstancias actuales exigen un cambio sustancial del modelo capaz de poner límite a las nuevas herramientas tecnológicas resultando a la vez efectivo para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Con el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos, se pretende dar un giro en esta materia, otorgando a los ciudadanos un mayor control sobre su información personal e introduciendo medidas desde el diseño para la protección de los derechos fundamentales por defecto.

La nueva normativa, trata de poner fin al principio de territorialidad que tanto dificultaba la garantía de los derechos en materia de privacidad, disponiendo su aplicación no sólo a los responsables o encargados del tratamiento de datos establecidos en la Unión Europea sino también a aquéllos que, sin estar domiciliados en ella, lleven a cabo acciones de tratamiento de datos en suelo europeo. Del mismo modo, con su formulación expresa del derecho al olvido, faculta a los ciudadanos la posibilidad de borrar digitalmente aquella información que vulnere derechos fundamentales como la intimidad o el honor.

En definitiva, se trata de establecer las bases para que el avance tecnológico no suponga un retroceso en la protección jurídica de los ciudadanos, sino que sea un presupuesto para configurar nuevos mecanismos jurídicos capaces de mantener

intacto el núcleo duro de protección de tales derechos, pues la función social que caracteriza al Derecho le obliga a dar solución a los nuevos conflictos que en ella se suscitan y así dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos.

Así lo ha afirmado el TJUE disponiendo que las limitaciones de las nuevas tecnologías no pueden ser una excusa para las intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de los ciudadanos en Internet, que deben protegerse por encima de cualquier circunstancia.

Si bien es cierto que con el GDPR se han materializado grandes esfuerzos para acabar con la desprotección actual, habrá que esperar un tiempo para ver los efectos de su entrada en vigor así como la armonización definitiva de las legislaciones nacionales en este sentido, pues puede pensarse a priori, que se necesitarán muchos más esfuerzos legislativos así como el compromiso por parte de Estados y corporaciones del Big data para llevar a cabo un verdadero cambio del modelo y frenar de manera efectiva la expropiación de la privacidad a la que estamos actualmente sometidos.

Es necesaria una actitud reflexiva, crítica y consciente de la nueva coyuntura social, tecnológica, económica y jurídica a escala global, lo que se ha llamado por algunos "responsabilidad tecnológica"[21]. Las necesidades humanas están en continua evolución y no resultan impermeables a las innovaciones tecnológicas, por ende, la teoría y la práctica de la democracia no puede resultar insensible a este nuevo escenario pues los principios sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico permanecen inmutables y deben respetarse con independencia del medio en el cual se apliquen. *Ubi societas ubi ius*.

21 Pérez Luño, A. E.; *Los derechos humanos*, Universitas, cit., p. 42.

BIBLIOGRAFÍA

Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Berrocal Lanzarot, A. I.: *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, Madrid, 2017.

De Terewagne, C.: "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido", *Revista d'Internet, Dret i Política (IDP)*, 2012, núm. 13º.

Díez-Picazo, *L.: Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos),* Civitas, Madrid, 1979.

Frosini, V.: *Cibernética, derecho y sociedad,* Tecnos, Madrid, 1982.

Gudín Rodríguez-Magariños, F.: *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus Big Data,* Tirant lo Blanch, València, 2018.

Newman, A. L.: *Data privacy and the global economy,* Cornell University Press, New York, 2008.

Pérez Luño, A. E.: *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica, Universitas, Madrid, 2012.*

Salvador Coderch, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo,* Civitas, Madrid, 1987.

Solove, D. J.; *The future of reputation*, Yale University Press, New Haven and London, 2007.

Troncoso Reigada, A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, València, 2008.

Ureña Salcedo, J. A.: "Internet y la protección de datos personales" en AA. VV.: *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* (coord. Por A. Cayón Galiardo), Diputación General de Aragón, vol. IV, Zaragoza, 2001.

MODULAÇÃO GÊNICA EM EMBRIÕES HUMANOS

GENE MODULATION IN HUMAN EMBRYOS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 202-223

Dra. Graziella
TRINDADE
CLEMENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: O recente implemento de moderna tecnologia -CRISPR/Cas9- possibilitou o avanço inquestionável da edição gênica em linhagem germinativa humana, seja por meio da manipulação de células precursoras de gametas, células tronco pluripotentes, gametas ou, até mesmo, de embriões.

Mesmo levando em conta os benefícios terapêuticos preventivos demonstrados nas pesquisas básicas e pré-clínicas em embriões humanos, tais investigações encontram barreiras de aceitação em todo o mundo. Tal situação exige mudança de atitude no sentido de incrementar o debate em torno da aplicabilidade dessas novas tecnologias. Assim, a adequação das atuais regulamentações faz-se necessária e deve incluir a superação dos desafios técnicos, as considerações éticas e o consenso social.

Nesse contexto, torna-se relevante discutir os limites e potencialidades dessa tecnologia; riscos e benefícios para as futuras gerações; regulamentações e recomendações relativas às indicações e contraindicações da técnica, bem como seu reflexo na autonomia reprodutiva e impacto social.

PALABRAS CLAVE: Edição gênica; linhagem germinativa humana; CRISPR/Cas9; pesquisas clínicas; embriões humanos.

ABSTRACT: *Recent modern technology systems –CRISPR/Cas9– have made unquestionable advances in genome editing possible in human germline, whether by means of precursor gamete cell manipulation, pluripotent stem cells or even embryos.*

Even taking into account the preventative therapeutic benefits demonstrated in basic and preclinical research on human embryos, such investigations encounter barriers to their acceptance all over the world. This situation requires a change in attitude in the sense of incrementing the debate on the applicability of these new technologies. Thus, adaptation of existing regulations is needed and should include overcoming technical challenges, ethical considerations and social consensus.

In this context, it becomes relevant to discuss the limits and potential of this technology, the risks and benefits for future generations, regulation and recommendations in regard to the indications and contraindications of the technique, as well as its repercussions on reproductive autonomy and social impact.

KEY WORDS: *Gene editing; human germline; CRISPR/Cas9; clinical research; human embryos.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. REGULAMENTAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.- III. APLICABILIDADE DA TÉCNICA CRISPR/CAS9.- IV. RISCOS E BENEFÍCIOS.- V. AUTONOMIA REPRODUTIVA.- VI. IMPACTOS SOCIAIS.- VII. CONCLUSÃO.

I. INTRODUCÇÃO.

Considerada como um dos maiores avanços da ciência nos últimos anos, a técnica de edição gênica, conhecida pela sigla CRISPR/Cas9 (clustered regularly interspaced short palindromic repeats), garantiu, de forma simples, acessível, rápida e eficiente a manipulação do DNA humano, possibilitando assim maior conhecimento das doenças genéticas no que diz respeito ao diagnóstico, prevenção e proposta de novas alternativas terapêuticas. Dessa forma, ela constitui ferramenta revolucionária no mapeamento de doenças graves, de caráter hereditário e, na maioria das vezes, incurável.

Inicialmente, a aplicabilidade da edição gênica restringiu-se à linhagem de células somáticas, o que significa dizer que ela se aplica à maioria das células de nosso organismo, ou seja, aquelas responsáveis pela formação dos diferentes tecidos e órgãos. Diferentemente da linhagem germinativa, a linhagem somática não tem o potencial de gerar gametas. Assim sendo, as modificações promovidas em seu material genético não se perpetuam nas futuras gerações. Ao contrário, afetarão apenas o indivíduo em si, jamais sua progênie.

Somente a partir de 2015, os debates se acirraram em torno da possibilidade de edição gênica de células da linhagem germinativa humana - ovócitos, espermatogônias- e embriões. Assim, de forma inédita, possibilitou-se a manipulação de sequências do DNA de embriões humanos[1].

Considerando-se que a modificação gênica de células germinativas é capaz de impactar o organismo do indivíduo como um todo, bem como de seus

1 Liang, P., Xu, Y., Zhang, X., Ding, C., Huang, et al.: "CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes", *Protein Cell*, vol. 6, núm. 5, 2015, pp. 363-372.

• Dra. Graziella Trindade Clemente
Professora Titular no Centro Universitário Newton Paiva, Advogada.

descendentes, essa técnica ainda é muito criticada seja por razões biomédicas, seja por razões bioéticas ou legais. Apesar dos benefícios terapêuticos que podem advir do seu uso, a possibilidade de promover mudanças permanentes no DNA de células com capacidade de transmitir essas informações para as futuras gerações, tem justificado os intensos debates sobre o tema.

Assim, enquanto no passado considerava-se esse debate distante da realidade devido às limitações técnicas relativas à edição gênica, hoje, com os avanços técnico-científicos, a questão torna-se iminente.

II. REGULAMENTAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.

É fato que ainda existe consenso global no sentido de não se permitir a modificação gênica de células germinativas humanas. Mesmo levando-se em consideração a variação dos diferentes sistemas regulatórios atualmente em vigor no mundo, sua proibição, na maioria dos países é evidente, seja por basear-se nos regulamentos que regem a técnica de reprodução assistida, seja por confrontar-se com princípios da bioética, ou, até mesmo, pela ausência de regulamentação específica (casos em que se utilizam as regras convencionais de engenharia genética), tal prática permanece coibida.

Os regulamentos variam não só entre os diferentes países, mas, também dependem do modelo de estudo utilizado. Assim, temos regulamentações distintas se considerarmos edição de células somáticas ou embriões/linhagem germinativa[2].

Na Europa, a Convenção de Oviedo deixa explícitas as restrições à criação de embriões humanos para pesquisa – 29 países ratificaram cabendo, a cada um, respeitando-se a convenção, criar as próprias leis para regulamentar o tema. Nesses termos, a modificação do genoma humano está limitada às condições de diagnóstico, prevenção ou tratamento, desde que não promova modificação no genoma dos descendentes, e que se respeite a proibição quanto à aplicação clínica restrita à reprodução[3].

Com relação à regulamentação das modificações promovidas na linhagem reprodutiva humana, as restrições são ainda mais contundentes. Dependendo da distinção entre a aplicação das pesquisas (básicas ou clínicas) define-se quanto à sua proibição ou não. Entretanto, a ambiguidade torna-se ainda mais evidente

2 Ishii, T.: "Germ line genome editing in clinics: the approaches, objectives and global society", *Briefings in Functional Genomics*, 2015, pp. 1-11.

3 Oviedo Convention – Interventions on the human genome – Art. 13: "An intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants".

pois, nos países em que se permite pesquisas básicas, condiciona-se essa prática à destruição dos embriões modificados.

Um dos argumentos que sustentam tais proibições seria o receio do uso indevido de tais técnicas, ou seja, sem qualquer indicação médica, o que poderia ser configurado como prática eugênica[4].

Como já foi comprovado, a edição gênica de embriões humanos deve ocorrer nos primeiros estágios do desenvolvimento de embriões normais, para que se possa garantir acurácia da técnica. Além disso, é evidente que, nessas situações, promove-se a modificação no genoma dos descendentes. Nesses termos, as pesquisas tornam-se impossíveis em número significativo de países europeus.

Contudo, ocorre maior aceitabilidade se a edição gênica de embriões humanos processa-se no contexto de pesquisas básicas sem finalidade clínica como, por exemplo, na reprodução desde que comprovada a destruição dos embriões modificados.

Assim, enquanto numa minoria de países signatários da Convenção de Oviedo não existe proibição categórica para tais pesquisas (apenas coíbe-se práticas eugênicas), na maioria, a aplicação clínica da edição de células germinativas é proibida.

Existem ainda alguns países em que se permite utilizar a técnica de transferência de mitocôndrias, aceitando a possibilidade de produção de embriões com a finalidade de pesquisa. Em vários países signatários da Convenção de Oviedo, entretanto, quando tais práticas são permitidas, elas só podem ocorrer em embriões excedentários do processo de fertilização in vitro.

Esses exemplos comprovam a necessidade de se adaptar a legislação vigente ao dinamismo técnico científico, pois novas demandas vão surgindo e necessitam ser devidamente regulamentadas. Além disso, é preciso solucionar a diversidade e, até mesmo, a ambiguidade legislativa a fim de possibilitar avanços seguros, responsáveis e promissores. Assim sendo, tais procedimentos exigem regulamentação específica, precisa e atualizada.

Nesse sentido, diante da possibilidade de se prevenir desordens genéticas graves e de difícil, ou até mesmo, impossível tratamento, não seria necessário

4 Práticas eugênicas são tentativas de se obter máximo aprimoramento genético humano, sem qualquer indicação médico-terapêutica. Essas técnicas podem ser classificadas como negativas, quando têm o objetivo de promover o melhoramento genético humano por meio da redução da possibilidade procriativa de indivíduos com características "socialmente indesejadas". Já, quando classificadas como positivas, objetivam estimular a procriação de indivíduos com características "socialmente desejáveis" – Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al.: "Human Germline Genome Editing", *The American Journal of Human Genetics*, núm. 101, 2017, pp. 167-176.

questionar alguns posicionamentos? Considerando-se que, no momento em que essas legislações e regulamentos foram criados, a tecnologia da edição gênica era ainda incipiente, não seria apropriado reconsiderar alguns pontos de vista? Os fundamentos antes utilizados para fundamentar as proibições relativas à aplicabilidade de tais técnicas seriam ainda justificáveis?[5]

III. APLICABILIDADE DA TÉCNICA CRISPR/CAS 9.

A técnica CRISPR/Cas9, que funciona como um "editor de texto genético", promove a correção ou exclusão de genes portadores de mutações relacionadas a doenças possibilitando, assim, desfazer ou silenciar os efeitos deletérios das mesmas6.

É possível distinguir diferentes vias de edição quando se utiliza a técnica CRISPR/Cas9 na linhagem germinativa humana. Assim sendo, a edição implementada em zigotos, ocorrerá nos pró-núcleos, enquanto a implementada em embriões, acontecerá momentos antes da implantação. Esses embriões serão então selecionados por meio de biópsia de trofoblasto (diagnóstico pré-implantação ou pelas técnicas de biópsia de vilosidade/amniocentese) com objetivo de verificar possível ocorrência do mosaicismo ou modificações gênicas fora do alvo ("off-target")7 8 9 10.

5 Berian, I.: "Legal issues regarding gene editing at the beginning of life: an EU perspective", *Regenerative Medicine*, 2017.

6 CRISPR/Cas9 - Trata-se de complexo formado por enzima do tipo endonuclease (Cas9) guiada até a região específica da molécula de DNA (gene marcado) que se pretende editar, por meio de uma molécula de gRNA, programada para reconhecer a sequência específica do DNA. Assim, procede-se a substituição do fragmento de DNA, que possui a mutação, por sequência normal possibilitando a correção da desordem. A molécula de gRNA pode ser personalizada para reconhecer sequências específicas do DNA por meio de alteração de apenas 20 nucleotídeos. Dessa forma, genes específicos podem ser alvo do gRNA e, consequentemente, da Cas 9, o que propicia modificações precisas dos mesmos. Reyes, A. and Lanner, F.: "Towards a CRISPR view of early human development: applications, limitations and ethical concerns of genome editing human embryos", *The Company of Biologists*, núm. 144, 2017, pp. 3-7.

7 O mosaicismo se manifesta quando há corte ou reparação indevidos do DNA nos estágios precoces do desenvolvimento. Para se evitar o mosaicismo é ideal que a edição se processe nos momentos iniciais da segmentação. Ocorre que, em razão da proibição quase absoluta (legal/ética) de se produzir embriões humanos para pesquisa, a utilização dos embriões excedentários da fertilização "in vitro" torna-se uma das únicas opções. Entretanto, esses já se apresentam em estágios mais avançados de clivagem o que aumenta a chance de ocorrência do mosaicismo (Araki, M., Ishii, T.: "International regulatory landscape and integration of corretive genome editing into in vitro fertilization", *Reprod Biol Endocrinol*, núm. 12, 2014, pp. 108).

8 Yoshimi, K., Kaneko, T., Voigt, B. et al.: "Allele-specific genome editing and correction of disease-associated phenotypes in rats using the CRISPR-Cas plataforma", *Nat Commun*, núm. 5, 2014, pp. 4240.

9 Kang, Y., Zheng, B., Shen, B. et al: "CRISPR/Cas9-mediated Dax 1 knockout in the monkey recapitulates AHC-HH", *Hum Mol Genet.*, 2015, núm. 24, pp. 7255-7264.

10 Alternativas para utilizar embriões humanos nos estágios iniciais de clivagem incluem a utilização de ovócitos descartados da técnica fertilização "in vitro", ou zigotos com anomalias de fertilização (3PN). Entretanto, nesses casos, o mosaicismo também tem ocorrido, muito provavelmente devido às anormalidades associadas - Kang, X., He, W., Huang, Y. et al.: "Introducing precise genetic modifications into 3PN embryos by CRISPR/Cas-mediated genome editing", *J Assist Reprod Genet.*, núm. 33, 2016, pp. 581-588.

Outra preocupação relevante inclui as modificações gênicas "off-target" que podem ocorrer de forma inesperada em decorrência da técnica. Nesse caso, tanto a técnica -CRISPR/Cas9- quanto a origem dos embriões, poderiam justificar a ocorrência do efeito indesejado. Nesse sentido, têm sido desenvolvidas técnicas que permitem analisar a eficiência da edição e o cálculo do efeito mutagênico correspondente a fim de se aumentar a segurança e acurácia das mesmas[11].

Sabe-se, no entanto, que mesmo quando são ultrapassadas as barreiras éticas e legais em relação às pesquisas em embriões humanos, muitos desafios técnicos ainda persistem. Estudos realizados em animais de laboratório, em que foi utilizado método alternativo de edição gênica (CRISPR/Cas9/sgRNA) comprovaram aumento significativo na efetividade da técnica principalmente pela não ocorrência do mosaicismo[12].

Deve-se destacar, também, resultados obtidos em embriões humanos em que a ferramenta de edição -CRISPR/Cas9– foi utilizada no momento da fertilização. Nesses casos, tanto o mosaicismo, quanto a ocorrência de modificações gênicas fora do alvo puderam ser efetivamente prevenidas[13].

Por outro lado, na situação em que se editam células germinativas humanas, ovócitos e espematogônias, o processo deverá ocorrer ainda durante a gametogênese garantindo-se, assim, a produção de gametas sem alteração, para então serem utilizados na reprodução assistida.

Com relação aos ovócitos, apesar de sua manipulação ser tecnicamente mais fácil, existe a desvantagem da disponibilidade reduzida da amostra.

Tem sido sugerido que, para garantir a eficácia da edição, a mesma deve ocorrer em estágio celular específico (ovócitoII) sendo, portanto, necessário cultivar "in vitro"[14].

Os gametas masculinos, por sua vez, devem ser editados enquanto espermatogônias (precurssoras do espermatozoide) para garantir a eficácia da

11 Mutações *off-target* seriam aquelas não intencionais, que podem ocorrer no genoma em decorrência da ação não específica da enzima Cas9. Dessa forma, além do efeito pretendido, pode-se provocar também a mutação de algum outro gene de forma não esperada ou indesejada – Boel, A., Steyaert, W., De Rocker, N. et al.: "BATCH-GE: batch analysis of next generation sequencing data for genoma editing assessment", *Sci Rep*., núm 6, 2016, pp. 30330.

12 Hashimoto, M., Yamashita, Y., Takemoto, T.: "Eletroporation of Cas9 protein/sgRNA into early pronuclear zygotes generates non-mosaic mutants in the mouse", *Dev Biol*., núm. 418, 2016, pp. 1-9.

13 Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., et al.: "Correction of a pathogenic gene mutation in human embryos", *Nature*, 2017, pp. 1-7.

14 Woods, D. C., Tilly, J. L.: "Isolation, characterization and propagation of mitotically active germ cells from adult mouse and human varies", *Nat Protoc*., núm. 6, 2013, pp. 30330.

técnica. Em seguida, procede-se a diferenciação dessas células "in vitro" e segue-se a fertilização[15].

A edição gênica quando aplicada em pesquisas básicas oferece grande vantagem, uma vez que gera conhecimento científico amplo que poderá contribuir para a saúde e bem estar humanos. Avanços nos estudos relativos ao papel da genética no desenvolvimento humano precoce, incluindo esclarecimento dos mecanismos que justificam a diferenciação celular em modelos humanos, investigação do papel de alguns genes específicos nos momentos iniciais do desenvolvimento embrionário humano, compreensão da gênese de doenças genéticas propiciando o desenvolvimento de medicamentos específicos para essas doenças (utilizando modelo de células tronco embrionárias, que apresentam vantagens significativas sobre o modelo de células pluripotentes – mais diferenciadas), desenvolvimento de terapias gênicas importantes no tratamento de diferentes tipos de câncer (utilizando-se células tronco embrionárias para obtenção de resultados mais confiáveis), entre outros, são exemplos das possíveis indicações das pesquisas básicas nesse âmbito. Assim, mesmo considerando a possibilidade dos objetivos clínicos da edição gênica não serem alcançados, a relevância das pesquisas básicas, nessa área, é indiscutível.

A principal justificativa à objeção a essas pesquisas fundamenta-se na questão da "instrumentalização" dos embriões humanos, questão superada em relação aos embriões nos primeiros estágios de desenvolvimento, já que esses exibiriam um status próprio, diferenciado daquele conferido ao feto e ao recém-nascido. Exatamente por isso, alguns países permitem, com restrições, o uso de embriões excedentários para pesquisas. Nessa mesma linha de raciocínio, justifica-se a alternativa da utilização de embriões triploides para pesquisas, já que esses não apresentam potencial para desenvolvimento[16].

A maior polêmica, entretanto, refere-se à criação de embriões para pesquisa. É evidente que a utilização dos embriões excedentários seria a primeira opção, porém, pesquisas pré-clínicas só são possíveis em embriões no estágio inicial de segmentação, o que inviabiliza a utilização de embriões excedentários. De acordo com ESHRE (European Society of Human Reprodution and Embryology) e ESHG (European Society of Human Genetics), não existiria diferença entre o status desses dois tipos de embriões (excedentários ou produzidos com a

15 Goossens, E., Van Saen, D., Thournaye, H.: "Spermatogonial stem cell preservation and transplantation: from research to clinic", *Hum Reprod*., núm. 28, 2013, pp. 897-907.

16 Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics of germline gene editing", *J Appl Philos*., núm. 34 (4), 2017, pp. 498-513.

finalidade de pesquisa), já que ambos teriam o mesmo destino: nunca poderiam ser implantados[17] [18].

Nota-se, portanto, que a edição gênica da linhagem germinativa em pesquisas básicas pode garantir inúmeros benefícios: em curto prazo, por constituírem importante ferramenta no tratamento de doenças monogenéticas e, em longo prazo, por representarem ferramenta eficiente no combate de doenças poligênicas, multifatoriais e infecciosas[19] [20].

Com relação às pesquisas de aplicação clínica, é irrefutável a importância da edição gênica em embriões humanos na prevenção de doenças genéticas (6% das crianças recém nascidas apresentam problemas genéticos importantes). Utilizando-se dessa técnica, é possível identificar os genes responsáveis por essas condições, o que implicaria na esperança de tratamento preventivo para essas doenças.

Muitos defendem ser desnecessário lançar mão de tal tecnologia, já que tanto a fertilização "in vitro", quanto a técnica de diagnóstico pré-implantação são eficientes em selecionar embriões não afetados por grande variedade dessas doenças evitando-se, dessa forma, nascimento de crianças portadoras de tais mutações. Entretanto, há uma série de situações em que a possibilidade de seleção de embriões viáveis é muito reduzida ou próxima de zero. Assim sendo, a indicação clínica da edição seria evidente nos casos em que a seleção não é capaz de garantir embrião saudável. Nesse contexto, algumas situações destacam-se como exemplos de indicação para pesquisa clínica a saber: casos em que há produção de apenas um embrião viável na fertilização "in vitro", no qual se que o mesmo é portador de mutação monogênica; nas situações em que os pacientes são portadores de doenças genéticas autossômicas dominantes,

17 De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G., et al.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

18 De Wert, G., Pennings, G., Clarke, A., et al: "Human germline gene editing: Recommendations of ESHG and ESHRE", *European Journal of Human Genetics*, 2018.

19 "Um distúrbio monogênico é aquele determinado principalmente pelos alelos de um único locus. Uma lista clássica de doenças monogênicas conhecidas, a Mendelian Inheritance in man, foi elaborada pelo falecido Victor A. McKusick e se tornou indispensável aos médicos geneticistas durante décadas (...). Um único gen ou par de genes frequentemente produz múltiplos efeitos fenotípicos diferentes em vários sistemas, com uma diversidade de sinais e sintomas acontecendo em diferentes momentos da vida (...) embora todas as manifestações da doença sejam originárias da mesma mutação". Thompson & Thompson: *Genética Médica*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2016, p. 546.

20 "A herança complexa dos distúrbios multifatoriais comuns (...) tais doenças raramente resultam simplesmente da herança de um ou dois alelos de efeito maior em um único locus, como ocorre nos distúrbios mendelianos dominantes recessivos. Em vez disso, acredita-se que resultam de interações complexas entre diversas variantes genéticas que alteram a susceptibilidade à doença, combinadas com determinadas exposições ambientais e possíveis eventos causais, todos atuando em conjunto para desencadear, acelerar, ou proteger contra o processo da doença. Por essa razão, estes distúrbios são considerados de origem multifatorial, e a agregação familiar caracteriza um padrão que é referido como complexo". Thompson & Thompson: "A herança complexa dos distúrbios multifatoriais comuns", *Genética Médica*, cit., pp. 133-170.

apresentando duas cópias do gene com mutação; casos de doenças autossômicas recessivas, quando mesmo procedendo-se a seleção de embriões pela técnica de fertilização "in vitro" seguida de diagnóstico pré-implantação, não há como evitar a possível transmissão do gene com mutação para os descendentes do portador sadio; situações em que ambos os pais são portadores do gene com mutação. Na maioria desses casos, mesmo utilizando-se as técnicas de fertilização "in vitro" e diagnóstico pré-implantação seria necessário produzir quantidade significativa de embriões para garantir possível seleção de embrião saudável o que, na maioria dos casos, é inviável. Ademais, isso não garantiria que tal embrião ficasse livre de ser portador da mutação, podendo assim, transmiti-la a seus descendentes[21].

Em contrapartida, por meio da edição gênica em que se pretende corrigir ou eliminar genes causadores dessas doenças nos embriões, pode-se alcançar total ou parcialmente esses objetivos o que poderia, inclusive, provocar redução da incidência dessas doenças nas futuras gerações.

Comparativamente, na técnica em que se seleciona o embrião saudável, ocorreria um benefício impessoal. Aquele afetado seria eliminado, e não beneficiado com a cura. Por outro lado, o embrião que apresentava o gene com mutação e passou pelo processo de edição, obteria o benefício pessoal da cura da doença.

A indicação clínica da edição seria também uma possibilidade em casos de doenças poligênicas, ou seja, em que vários genes apresentam mutações simultâneas.

Especialmente nos casos de doenças poligênicas em que há interferência de diferentes fatores ambientais, é muito difícil a seleção de um embrião viável. Nessas situações, inúmeras mutações gênicas se associam para caracterizar uma só doença, como, por exemplo, os que ocorrem em diferentes tipos de câncer nos quais mais de duzentos diferentes genes estão envolvidos. Nesse sentido, a edição gênica nas pesquisas, em longo prazo, pode tornar-se importante ferramenta, já que a técnica tem o potencial de promover múltiplas alterações gênicas simultâneas. É fato, entretanto, que isso dependerá do avanço dos estudos, para deixar de ser apenas uma expectativa. A gênese dessas doenças ainda não foi totalmente delineada, por isso há necessidade de se progredir com as investigações a fim de comprovar o possível potencial da técnica em reduzir sua incidência.

No que se refere às doenças infecciosas, a indicação clínica da edição gênica já é uma realidade. Alguns genes podem garantir aumento da resistência do indivíduo

21 Cavalieri, G.: "Genome editing and assisted reproduction: curing embryos, society or prospective parents?", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2017, pp. 1-11.

à infecção por diferentes patógenos. Nesse sentido, identificar tais genes para tentar amplificar seu efeito e aumentar a resistência a tais agentes, configuraria imunização efetiva[22].

Apesar de serem ainda consideradas especulações, tais resultados serão impossíveis de serem alcançados se as pesquisas clínicas em células germinativas forem proibidas. Os estudos "in vivo", em animais, indicam viabilidade das pesquisas clínicas de edição gênica em embriões humanos e, tendo em vista os grandes desafios em prevenir e tratar tais doenças, deve-se considerar os benefícios potenciais de tal técnica ainda mais significativos.

IV. RISCOS E BENEFÍCIOS.

Nos embriões em estágio de pré-implantação submetidos à edição gênica pode ocorrer, com alguma frequência, o mosaicismo. O embrião mosaico resulta de um corte ineficiente do DNA pela nuclease e/ou por reparação inapropriada do mesmo. Assim, mesmo após edição, irão coexistir diferentes tipos de células, as originais sem mutação (normais); as originais com mutação e as devidamente editadas (sem mutação). Logo, indivíduos mosaicos apresentam diferentes genomas.

No caso da linhagem germinativa, o mosaicismo, apesar de não determinar que o indivíduo seja afetado, não impede a transmissão dos genes com mutação para os descendentes[23].

Devido às limitações éticas e legais, o uso de embriões humanos nas pesquisas é restrito. Não só a disponibilidade, mas também a viabilidade dos mesmos, configuram obstáculos importantes a serem superados.

Existem diferentes categorias de embriões humanos que podem ser utilizados em pesquisas. Elas incluem embriões que não são viáveis ou não são adequados para tratamento de fertilidade, embriões viáveis supranumerários ou excedentários após tais tratamentos e embriões criados especificamente para pesquisa, resultantes de doações de ovócitos e esperma.

22 Xu, L., Yang, H., Gao Y., et al: "CRISPR/Cas9 – mediated CCR5 ablation in human hematopoietic steam/progenitor cells confers HIV-1 resistence in vivo", *American Society of Gene & Cell Therapy*, vol. 25, núm. 8, 2017.

23 "O mosaicismo é a presença em um indivíduo ou em um tecido de ao menos duas linhagens celulares geneticamente diferentes, porém derivadas de um único zigoto. As mutações que acontecem em uma única célula após a concepção, como na vida pós-natal, podem originar clones celulares geneticamente diferentes do zigoto original porque, devido à natureza da replicação do DNA, a mutação irá permanecer em todos os descendentes clonais dessa célula". Thompson & Thompson: "Padrões de herança monogênica", *Genética Médica*, cit., pp. 107-132.

Os embriões inviáveis não constituem primeira escolha, pois sendo de baixa qualidade podem exibir genomas anormais, o que comprometeria a análise dos resultados. Embriões excedentários, por já terem iniciado o processo de clivagem (estágio de uma célula), tornam a edição gênica mais desafiadora devido ao aumento de chance de ocorrerem mutações, visto que já foi comprovado que o momento da edição gênica influencia diretamente na ocorrência do mosaicismo[24].

Os embriões criados exclusivamente para fins de pesquisa, por sua vez, seriam os ideais do ponto de vista da técnica, já que encontram-se no estágio de zigoto ou mesmo antes da fertilização, fase em que o espermatozoide ainda se mantém com apenas uma cópia de DNA mutante, o que seguramente evita o mosaicismo[25].

Entretanto, a maioria dos países proíbe essa prática. As limitações se estendem também ao tempo disponível para proceder as investigações desses embriões "in vitro", já que não se permite cultivá-los além da segunda semana do desenvolvimento (limite de 14 dias). Essa tem sido discussão atual e relevante: a possível extensão desse prazo[26].

Assim, diante de tais limitações, não se pode afirmar, ao certo, até que ponto os resultados comprovando índices relevantes de mosaicismo são devidos ao uso de embriões de qualidade duvidosa, utilização de técnicas mais antigas de edição gênica, ou ambos os fatores.

Com relação aos riscos associados às mutações não intencionais (mutações "off-target" ou fora do alvo) que podem ocorrer no genoma em decorrência da ação inespecífica e não pretendida da enzima Cas9, é importante estimar o dano para, assim, avaliar a real possibilidade de contraindicação da técnica[27] [28].

É inegável que toda pesquisa médica impõe riscos de danos previsíveis e imprevisíveis aos participantes, sendo esses rotineiramente considerados sob o ponto de vista ético. Nesse contexto, supor tolerância zero ao risco seria equivalente a impedir qualquer inovação clínica.

Sendo, no caso, o destinatário do risco de dano o embrião, faz-se necessário considerar as questões já intensamente discutidas em relação ao seu status.

24 Reyes, A. and Lanner, F.: "Towards a CRISPR", cit., pp. 3-7.

25 Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., Wu, J., Lee, Y. et al: "Correction of a pathogenic", cit., pp. 1-7.

26 Pera, M., De Wert, G., Dondrop, W. et al.: "What if stem cells turn into embryos in a dish?", *Nat Methods*, núm. 12, 2015, pp. 917-919.

27 Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., Wu, J., Lee, Y. et al: "Correction of a pathogenic", cit., pp. 1-7.

28 Em condições fisiológicas, erros ou falhas podem ser introduzidos durante a replicação ou reparação do DNA. Essas alterações podem também ocorrer em virtude da ação de agentes físicos ou químicos – denominados agentes mutagênicos. Thompson & Thompson: "Diversidade genética humana: mutação e polimorfismo", *Genética Médica*, cit., pp. 43-56.

Mesmo considerando-se eventuais danos ao embrião, há de se questionar se tais danos têm significância moral, ética e legal suficiente para justificar a proibição de pesquisas tão valiosas.

Fato é que, atualmente, são amplamente aceitas pesquisas que envolvem descartes de embriões humanos relacionados às técnicas de reprodução assistida. Assim, as justificativas tanto para a seleção de embriões, nas técnicas de diagnóstico pré-implantação, quanto a criação de embriões excedentários na técnica de fertilização "in vitro", fundamentam-se no status do embrião. Assim sendo, se tais práticas são permitidas, com base nesse argumento, como se pode sustentar que a eventual mutação "off-target" , decorrente da edição gênica, seria inaceitável a ponto de se justificar a proibição das pesquisas?[29]

Vale ressaltar, que se a técnica for aprimorada a ponto de ser considerada como opção terapêutica, poderá ser, inclusive, utilizada em substituição à técnica de diagnóstico pré-implantação evitando-se, assim, o descarte dos inúmeros embriões excedentários resultantes desse processo. Por outro lado, deve-se considerar que a técnica de diagnóstico pré-implantação pode ter sua aplicação para análise da viabilidade do embrião quanto à ocorrência de mutação "off-target". Assim, após edição gênica, seleciona-se o embrião com correto padrão de genoma, para então realizar a implantação. Dessa forma, não se estaria negando o risco de dano, mas evitando que esse dano torne-se moralmente significativo (Ex: nascimento de embrião com altas taxas de mutação). Ao contrário, estudos realizados em embriões triploides negam tal risco pois, nesses casos, a edição gênica foi realizada em embriões que não tinham nenhum potencial para nascer (sofrem aborto espontâneo)[30] [31].

É preciso destacar, entretanto, que pouco se conhece sobre o risco real dessas mutações, provocadas pela edição gênica, gerarem doenças. Sabidamente, o genoma pode tolerar quantidade significativa de mutações sem necessariamente representar risco de doença. No mesmo sentido, ressalta-se que, existindo o risco, esse parece inexpressivo, na maioria dos casos, diante da certeza das consequências devastadoras das doenças que se pretende tratar pela técnica da edição gênica. Deve-se considerar, também, que mutações estão constantemente sendo introduzidas na linha germinativa humana. Fatores ambientais, tratamentos medicamentosos, alimentos, idade reprodutiva, entre outros, geram mutação do genoma humano, não necessariamente suficientes para provocar risco às futuras gerações[32].

29 Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics", cit., pp. 498-513.

30 Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics", cit., pp. 498-513.

31 Liang, P., Xu, Y., Zhang, X., et al.: "CRISPR/Cas9-mediated," cit., pp. 363-372.

32 Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al: "Human Germline", cit., pp. 167-176.

Para reduzir tais riscos, os pesquisadores têm-se dedicado ao aprimoramento tecnológico produzindo guias de RNA e endonucleases Cas9 mais específicas e com maior fidelidade. Atualmente, é possível proceder, de forma prática e eficiente, a análise das possíveis mutações "off-target" geradas após utilização da técnica CRISPR/Cas9, bem como calcular seu efeito mutagênico correspondente - ferramenta de bioinformática. Esse avanço tecnológico, com certeza, contribui para maior segurança e acurácia da técnica de edição[33] [34] [35].

Ademais, estudos em gametas e zigoto humanos, em que foi utilizada proteína Cas9 recombinante, foi possível aumentar a especificidade da enzima e reduzir seu tempo de exposição o que provocou redução significativa na ocorrência do efeito "off-target"[36].

Conclui-se, pois, que o desenvolvimento de métodos que monitoram de forma mais eficiente a ocorrência das mutações "off-target" e que definem a frequência de ocorrência das mesmas no modelo humano já são uma realidade[37].

Assim, se as medidas de segurança em relação às mutações "off-target" continuarem a ser adotadas, não tem como supor que tais riscos se intensifiquem em longo prazo, a ponto de justificar a proibição da técnica de edição em embriões humanos. Com os avanços tecnológicos, os riscos serão certamente superados pelos benefícios potenciais da edição gênica para as gerações futuras.

Outra questão, também muito polêmica concernente à edição da linhagem germinativa humana, é o impacto que tais modificações irão gerar nas futuras gerações, sem que esses indivíduos tenham manifestado seu consentimento. Eticamente é aceito que, em relação às decisões médicas, os pais são geralmente os mais apropriados para decidir em nome dos filhos até que os mesmos adquiram capacidade. Além das decisões serem tomadas de acordo com os valores e crenças que irão certamente influenciar seus filhos futuramente, os pais são os maiores interessados em uma decisão acertada[38].

Argumenta-se, também, que muitas decisões tomadas pelos pais podem ser consideradas ameaça à autonomia dos filhos na medida em que restringem as

33 Kleinstiver, B., Pattanayak, M., Tsai, S., et al.: "High fidelity CRISPR-Cas9 (nucleases with no detectable genome-wide off-target effects", *Nature*, núm. 529, 2016, pp. 490-495.

34 Slaymaker, I., Gao, L., Scott, D., et al.: "Rationally engeneered Cas9 nucleases with improved specificity," Science, núm. 351, 2015, pp. 84-88.

35 Boel, A., Steyaert, W., De Rocker, N.: "BATCH-GE: batch analysis", cit., pp. 30330.

36 Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., et al: "Correction of a pathogenic", cit., pp. 1-7.

37 De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

38 Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al: "Human Germline", cit., pp. 167-176.

futuras escolhas dos filhos. Nesse contexto é importante destacar que, no caso, ocorre exatamente o oposto, ou seja, os pais agem expandindo as escolhas dos futuros filhos, já que ao eliminar a predisposição à futura doença, por meio da edição gênica, afasta-se uma série de restrições a que os mesmos estariam sujeitos ao longo de toda a vida.

Muitos questionam a autoridade dos "indivíduos atuais" para tomar decisões em nome das gerações futuras. Observa-se, entretanto, que em muitas outras situações, que certamente irão causar importantes efeitos em longo prazo, esse consentimento é sequer cogitado (Ex: impacto das poderosas tecnologias de comunicação). Portanto, questão importante em todas as situações em que se expõe indivíduos que não puderam consentir a riscos, é saber se os benefícios usufruídos por eles superariam os riscos. No caso da edição gênica, dependendo da doença genética que se pretende evitar, o benefício para o indivíduo é existencial, pois as limitações são tão graves que podem comprometer a vida[39].

Ainda nesse sentido, outra questão que se impõe é que apesar da ênfase dada à necessidade do consentimento, os defensores dessa tese não indicam uma solução para a questão de como proceder para obter, no caso da edição gênica de embriões, o consentimento. E ainda, se todas as decisões relativas à procriação afetam a geração futura, seria também necessário obter tal consentimento, nessa situação? Como fazer? Logo, como é impossível conseguir o consentimento de pessoas que ainda não existem, não se deve proceder essa análise sob a ótica das gerações futuras[40] [41].

Argumento também extensamente utilizado ao se questionar a modificação do genoma humano, "pool" genético humano, pela técnica de edição gênica é o desrespeito à dignidade humana. Assim, atribui-se tal desrespeito à ideia de que a espécie humana, como tal, não estaria sendo respeitada na medida em que o patrimônio genético -herança comum- ou seja, de toda a humanidade - estaria sendo modificado. Nesse sentido, algumas ponderações são necessárias.

Seria equivocado definir o "pool" genético humano como um catálogo fixo de todos os genes humanos, e nem tampouco determinar que esse "catálogo atual" deva receber um status especial. Além disso, para o bem da humanidade, o "pool" genético deve continuar a evoluir, já que reflete adaptação evolutiva da espécie ao meio em que está inserida. A objeção a tais modificações significa considerar que toda mutação reflete um problema negando-se, portanto, a importância das modificações adaptativas. É sabido que a maioria das variantes no genoma,

39 Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics", cit., pp. 498-513.

40 Harris, J.: *Enhancing evolution. The ethical case for making better people*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

41 Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics", cit., pp. 498-513.

comuns ou raras, refletem diferenças na sequência de DNA que não têm nenhum significado clínico[42].

Assim, sendo a técnica utilizada para corrigir defeitos e restaurar a saúde em futuras crianças, é difícil visualizar como isso refletiria negativamente na dignidade humana[43] [44].

V. AUTONOMIA REPRODUTIVA.

Considerando-se a realidade reprodutiva de futuros pais com alto risco de terem filhos afetados por sérias doenças genéticas, pode-se dizer que com a técnica de edição gênica cria-se mais uma alternativa reprodutiva estendendo as opções e, assim, garantindo maior autonomia reprodutiva aos mesmos[45].

Na realidade, o que ocorre é bem mais do que oferecer uma ferramenta tecnológica adicional para reprodução assistida, pois o que se oferece é opção, nos casos em que todas as outras técnicas falharam, de garantir filhos biológicos saudáveis, bem como seus descendentes[46].

VI. IMPACTOS SOCIAIS.

Outro aspecto, pertinente ao tema, seria a discussão em torno das questões éticas de repercussão social, relativas à técnica de edição gênica em embriões humanos. Assim, faz-se necessário analisar as práticas eugênicas, o aprimoramento e a questão da acessibilidade a tais tecnologias.

Uma preocupação comum, no que diz respeito à edição gênica de embriões humanos, relaciona-se ao seu uso como ferramenta para aprimoramento humano, e não apenas para prevenir e tratar doenças. Nesse sentido, o aprimoramento torna-se preocupação na medida em que pode ser utilizado para reforçar o preconceito ou restringir a diversidade gênica nas futuras gerações, bem como estreitar o conceito de normalidade[47] [48].

42 Thompson & Thompson: "Diversidade genética humana: mutação e polimorfismo", *Genética Médica*, cit., pp. 43-56.

43 Cavalieri, G.: "Genome editing", cit., pp. 1-11.

44 De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

45 De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

46 Cavalieri, G.: "Genome editing", cit., pp. 1-1.

47 Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., Bombard, Y., Brody, L., Faucett, W. et al: "Human Germline", cit., pp. 167-176.

Existem muitas expectativas em relação a utilização da técnica de edição com objetivo de se obter o aprimoramento genético "máximo" da espécie humana – "designer babies". Entretanto, estudos recentes comprovam que trata-se, ainda, de uma ficção científica na medida em que exigiria uma série de modificações complexas e simultâneas do DNA. Além disso, as características potencialmente desejáveis -alvo da edição- teriam que ser determinadas predominantemente pelo DNA, o que já ficou comprovado que nem sempre ocorre[48].

Merece destacar que, essas situações são consideradas como uso indevido da edição gênica em embriões humanos, não se tratando de indicação médica. Portanto, não deveriam ser utilizadas como argumento para justificar a proibição do uso da técnica quando essa apresenta finalidade preventiva-terapêutica[49].

Sabe-se que muitas tecnologias utilizadas na medicina tem a finalidade de aprimoramento, embora isso não seja razão suficiente para proibir ou restringir seu uso (Ex: cirurgias plásticas, diagnóstico pré-implantação). Portanto, não existe motivo para supor que com a técnica da edição gênica seria diferente.

De toda forma, o risco dessas práticas é inegável, o que enfatiza a necessidade da pesquisa continuada e da cuidadosa regulamentação de quaisquer de suas aplicações[50].

Outro aspecto importante a ser analisado é a acessibilidade à técnica. É notório que quando implementadas clinicamente, essas técnicas, certamente irão representar custo elevado o que pode, inclusive, dificultar sua oferta via planos de saúde. Mesmo que a edição gênica, por si, não seja técnica dispendiosa, para sua implementação clínica é necessário associá-la às técnicas de reprodução assistida, fertilização "in vitro" e diagnóstico pré-implantação que, sabidamente, são onerosas. Assim, inevitavelmente, esse fato poderá limitar o acesso de alguns grupos sociais a essa tecnologia criando-se, desta forma, desigualdade de oportunidades[51] [52].

Não só as diferenças socioeconômicas mas, também, as culturais e intelectuais podem influenciar na acessibilidade à essas terapias, pois são aspectos que

48 Janssens, A.C.J.W.: "Designing babies through gene editing: science or science fiction?", *Genet Med*., núm. 18, 2016, pp. 1186-1187.

49 De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

50 Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics", cit., pp. 498-513.

51 Vassena, R., Heindryckx, B., Peco, R. et al.: "Genome engineering trough CRISPR/Cas9 technology in the human germline and pluripotent stem cells", *Human Reprodution - update advanced acess,* 2016.

52 De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G. et al.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

interferem na questão do entendimento e aceitação da indicação clínica da edição gênica[53].

Entretanto, essas questões de acessibilidade podem ser atenuadas, em grande parte, pelos programas de saúde pública – investimento de recursos públicos; o patenteamento e comercialização da técnica. Certamente, a inequidade social deve ser algo a ser combatido, mas jamais uma justificativa para impedir o avanço dessa tecnologia.

VII. CONCLUSÃO.

A técnica de edição gênica (CRISPR/Cas9) é considerada um dos maiores avanços da ciência na era moderna. Por meio desta técnica é possível manipular o DNA humano, o que constitui ferramenta revolucionária no mapeamento de doenças graves, de caráter hereditário, frequentemente incuráveis. O assunto, embora polêmico em relação aos aspectos éticos, traz consigo uma gama imensa de possibilidades que vão desde indicações preventivas até terapêuticas em diferentes afecções monogênicas hereditárias e distúrbios poligênicos.

Seu papel não se limita às doenças hereditárias, mas é muito mais abrangente uma vez que a edição gênica pode interferir na resistência do sistema imunológico favorecendo o combate aos agentes etiológicos de diferentes doenças infecciosas graves.

Inicialmente restrita à linhagem de células somáticas (sem potencial para gerar gametas), a edição gênica, a partir de 2015, tem também sido considerada na linhagem germinativa possibilitando manipulação de sequências do DNA de embriões humanos. Esse processo impacta não só o indivíduo como seus descendentes o que faz avultar, ainda mais, as implicações de caráter biomédico, bioético e legais.

Sua contribuição para a compreensão da gênese das doenças genéticas e do desenvolvimento embrionário humano é inquestionável. Com os avanços tecnológicos ela tende a ser conduzida de maneira cada vez mais segura, gerando riscos aceitáveis e gerenciáveis, garantindo benefícios que superam os danos. Desse modo, alterações indesejáveis como o mosaicismo e as mutações "off - target", deverão ser abolidas ou cada vez menos frequentes.

Embora ainda exista consenso global no sentido de não se permitir a modificação gênica de células germinativas humanas, o progresso inquestionável da ciência

53 Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., et al.: "Human Germline", cit., pp. 167-176.

nessa área tem potencial para superar as inúmeras adversidades impostas pelas limitações e restrições que o tema impõe.

Sua proibição representa um retrocesso inquestionável. Argumentos teóricos devem ser considerados, respeitados e avaliados dentro de valores éticos bem fundamentados mas não devem constituir empecilhos incontornáveis. Diálogos interdisciplinares serão sempre necessários e desejáveis no sentido de ponderar as regras já existentes, delineando e estabelecendo novos paradigmas objetivando promover as adequações pertinentes.

"Não existem atalhos para a sabedoria". A Ciência não caminha para trás. O processo científico é exigente, e deve ser construído de forma gradual e contínua.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araki, M., Ishii, T.: "International regulatory landscape and integration of corretive genome editing into in vitro fertilization", *Reprod Biol Endocrinol*, núm. 12, 2014.

Berian, I.: "Legal issues regarding gene editing at the beginning of life: an EU perspective", *Regenerative Medicine*, 2017.

Boel, A., Steyaert, W., De Rocker, N.: "BATCH-GE: batch analysis of next generation sequencing data for genoma editing assessment", *Sci Rep.*, núm 6, 2016.

Cavalieri, G.: "Genome editing and assisted reproduction: curing embryos, society or prospective parentes?", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2017.

De Wert, G., Heindryckx, B., Pennings, G., Clarke, A., Eichenlaub-Ritter, U., Van El, C., Forzano, F., Goddijn, M., Howard, H., Radojkovic, D., Rial-Sebbag, E., Dondorp, W., Tarlatzis, B., Cornel, M.: "Responsible innovation in human germline gene editing: Background document to the recommendations of ESHG and ESHRE", *European Society of Human Genetics*, 2018.

De Wert, G., Pennings, G., Clarke, A., Eichenlaub-Ritter, U., Van El, C., Forzano, F., Goddijn, M., Heindryckx, B., Howard, H., Radojkovic, D., Rial-Sebbag, E., Tarlatzis, B., Cornel, M.: "Human germline gene editing: Recommendations of ESHG and ESHRE", *European Journal of Human Genetics*, 2018.

Goossens, E., Van Saen, D., Thournaye, H.: "Spermatogonial steam cell preservation and transplantation: from research to clinic", *Hum Reprod.*, núm. 28, 2013.

Gyngell, C., Fellow, M., Douglas, T., Savulescu, J.: "The ethics of germline gene editing", *J Appl Philos.*, núm. 34 (4), 2017.

Harris, J.: *Enhancing evolution. The ethical case for making better people*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

Hashimoto, M., Yamashita, Y., Takemoto, T.: "Eletroporation of Cas9 protein/sgRNA into early pronuclear zygotes generates non-mosaic mutants in the mouse", *Dev Biol.*, núm. 418, 2016.

Ishii, T.: "Germ line genome editing in clinics: the approaches, objectives and global society", *Briefings in Functional Genomics*, 2015.

Janssens, A.C.J.W.: "Designing babies through gene editing: science or science fiction?", *Genet Med*., núm. 18, 2016.

Kang, X., He, W., Huang, Y.: "Introducing precise genetic modifications into 3PN embryos by CRISPR/Cas-mediated genome editing", *J Assist Reprod Genet*., núm. 33, 2016.

Kang, Y., Zheng, B., Shen, B.: "CRISPR/Cas9-mediated Dax 1 knockout in the monkey recapitulates AHC-HH", *Hum Mol Genet.,* núm. 24, 2015.

Kleinstiver, B., Pattanayak, M., Tsai, S., Nguyen, N., Zheng, Z., Jound, J.: "High fidelity CRISPR-Cas9 (nucleases with no detectable genome-wide off-target effects", *Nature*, núm. 529, 2016.

Liang, P., Xu, Y., Zhang, X., Ding, C., Huang, R., Zhang, Z., Lv, J., Xie, X., Chen, Y., Li, Y., Sun, Y., Bai, Y., Songyang, Z., Ma, W., Zhou, C., Huang, J.: "CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes", *Protein Cell*, vol. 6, núm. 5, 2015.

Ma, H., Marti-Gutierrez, N., Park, SW., Wu, J., Lee, Y.: "Correction of a pathogenic gene mutation in human embryos", *Nature*, 2017.

Ormond, K., Mortlock, D., Scholes, D., Bombard, Y., Brody, L., Faucett, W., Garrison, N., Hercher, L., Isasi, R., Middleton, A., Musunuru, K., Shriner, D., Virani, A., Young, C.: "Human Germline Genome Editing", *The American Journal of Human Genetics*, núm. 101, 2017.

Pera, M., De Wert, G., Dondrop, W.: "What if stem cells turn into embryos in a dish?", *Nat Methods*, núm. 12, 2015.

Reyes, A. and Lanner, F.: "Towards a CRISPR view of early human development: applications, limitations and ethical concerns of genome editing in human embryos", *The Company of Biologists*, núm. 144, 2017.

Slaymaker, I., Gao, L., Scott, D., Yan, W., Zhang, F.: "Rationally engeneered Cas9 nucleases with improved specificity," *Science*, núm. 351, 2015.

Thompson & Thompson: "A herança complexa dos distúrbios multifatoriais comuns", *Genética Médica*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2016.

Thompson & Thompson: "Diversidade genética humana: mutação e polimorfismo", *Genética Médica*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2016.

Thompson & Thompson: *Genética Médica,* Elsevier, Rio de Janeiro, 2016.

Thompson & Thompson: "Padrões de herança monogênica", *Genética Médica,* Elsevier, Rio de Janeiro, 2016.

Vassena, R., Heindryckx, B., Peco, R. et al.: "Genome engineering trough CRISPR/Cas9 technology in the human germline and pluripotent stem cells", *Human Reprodution - update advanced acess,* 2016.

Woods, DC. and Tilly, J. L.: "Isolation, characterization and propagation of mitotically active germ cells from adult mouse and human varies", *Nat Protoc.,* núm. 6, 2013.

Xu, L., Yang, H., Gao, Y., Chen, Z., Xie, L., Liu, Y., Liu, Y., Wang, X., Li, H.: "CRISPR/Cas9 – mediated CCR5 ablation in human hematopoietic steam/progenitor cells confers HIV-1 resistence in vivo", *American society of gene & cell therapy,* 2017.

Yoshimi K, Kaneko, T., Voigt, B.: "Allele-specific genome editing and correction of disease-associated phenotypes in rats using the CRISPR-Cas plataforma", *Nat Commun,* núm. 5, 2014.

DERECHO Y CONCIENCIA EN ANTÍGONA: UNA RESPUESTA ATEMPORAL A LOS CONFLICTOS DE FAMILIA

LAW AND CONSCIENCE IN ANTIGONE: A TIMELESS RESPONSE TO FAMILY CONFLICTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 224-251

* El presente artículo se encuadra dentro del Proyecto I+D - Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia. Subprograma estatal de generación de conocimiento: "La mujer en la Literatura y Jurisprudencia clásicas" (DER2016-78378-P).

Dra. Sandra
ADAMS
y Dr. Juan Alfredo
OBARRIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El presente artículo aborda la importancia de la familia en Antígona, de Sófocles. Ante el Decreto de Creonte, por el que se prohibía, bajo pena de muerte, enterrar y llorar a Polinices, su hermana –Antígona – no duda en afirmar que por encima de las leyes del Estado está la ley de los dioses y la ley que dicta su conciencia, la que le exige anteponer los lazos familiares al orden público. Un acto de desobediencia civil que le conducirá a muerte.

PALABRAS CLAVE: Familia; literatura; ley positiva; ley natural; desobediencia civil.

ABSTRACT: *This article addresses the importance of family in Sophocles' Antigone. Against the Decree of Creon, which prohibited, by death penalty, to bury and mourn Polyneices, his sister -Antigone- does not hesitate to assure that above the State laws is the law of the gods and the law that dictates her conscience, which requires her to put family ties before public order. An act of civil disobedience that will lead her to death.*

KEY WORDS: *Family; literature; Positive Law; Natural Law; civil disobedience.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FAMILIA Y CONCIENCIA.- III. LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

I. INTRODUCCIÓN

De forma recurrente leemos que *Antígona* es una de las grandes tragedias clásicas[1]. Y ciertamente lo es. Lo es porque es una obra en la que no importa el período transcurrido desde su escritura: su temática y sus personajes trascienden en el tiempo. Lo es porque enseña una forma de mirar lo que acontece hasta sus últimas profundidades; y al hacerlo, los hilos del drama se anudan, tejiendo una densa retícula que sigue viva en el ambiente que respiramos, y en la sociedad en la que vivimos. Por esta razón, ni sus personajes ni sus diálogos envejecen; muy al contrario, los sentimos como viejos compañeros de viaje. Pero, sobre todo, lo es porque forma parte, como diría Stefan Zweig, de "la desproporción entre un ser humano y su destino". Un destino en el que "sólo en la desgracia se sabe en verdad quién se es"[2]. Y Antígona forma parte, la mejor parte, de esos personajes dramáticos que no dudaron en entrar en conflicto con un ambiente que distaba de la tarea ética para la que habían nacido. Y no lo hizo, aun sabiendo que la batalla del presente estaba perdida, pero no así la de la memoria de sus actos.

Etimológicamente, la palabra clásico deviene del latín *classicus*, término con el que se designaba tanto al clarín que convoca, como al ciudadano de primera clase, no por su eventual poder económico, sino por su ejemplaridad, lo que le llevaba a convertirse en un modelo. En este sentido, *Antígona* es un clásico[3]. Y lo es porque es una obra cuya visión no se halla fuera de la realidad. Sus páginas, su lenguaje y sus personajes nos llevan a una reflexión crítica, a un análisis, a una indagación sobre los

1 Maurice Bowra, C.: *Historia de la literatura griega*, Fondo de Cultura, México-Buenos Aires, 1948, pp. 75-76: "En Antígona (442 a. C.) todos los elementos en conflicto han sido dominados del todo […]. La Antígona está construida con un arte consumado".

2 Zweig, S.: *María Antonieta*, Acantilado, Barcelona, 2012, pp. 8 y 12.

3 López Quintás, A.: *Cómo formarse en la ética a través de la Literatura. Análisis estéticos de obras literarias*, Rialp, Madrid, 2008, p. 83: "Ello confiere a Antígona su neta convicción de obra 'clásica', superadora de los límites de la espacio-temporalidad objetivista y fundadora de modos evidentes de espacio y tiempo".

• Dra. Sandra Adams
Escuela de Doctorado de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, sandramaria.adams@mail.ucv.es

• Dr. Juan Alfredo Obarrio Moreno
Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valencia, juan.obarrio@uv.es

fundamentos de la realidad que nos circunda, del cuerpo social, político y jurídico que nos sostiene, de tal forma que va formado nuestras ideas, hasta hacernos ver por qué pensamos lo que pensamos, por qué somos lo que somos. Y cuando lo hacemos, cuando en el silencio de la escritura descubrimos –en cada página de *Antígona*– ese maravilloso lenguaje que nos enseña a oír, a leer y a interpretar los conceptos que fundan la cultura, descubrimos una ejemplaridad que nos deja esquivar, con firmeza y continuidad, las paredes del tiempo, hasta convertirse en "Un latido que es efímero, que es tiempo, pero un tiempo que, desde la aparente frialdad de las páginas que superaron los siglos o los años, adquirieron, por ello, una cierta forma de pervivencia, que se encarna, de nuevo, en el cuerpo y en el aire que respira el lector"[4]. Porque la historia de *Antígona*, parafraseando a Ortega, "hable de lo que hable, está siempre hablando de nosotros mismos, los hombres actuales, porque nosotros estamos hechos del pasado, el cual seguimos siendo"[5].

Estas reflexiones deben servirnos para que no transitemos por el camino de la mera descripción de los hechos narrados en *Antígona*, sino para analizarlos, comprenderlos y exponerlos, como así nos sugiere esa obra de debate metodológico e intelectual que se titula *Apología para la Historia o el oficio del historiador*; un estudio inacabado en el que Marc Bloc se interrogaba sobre el valor y la importancia de la Historia, y en el que concluía que ésta no era una ciencia transformadora, sino comprensiva de los hechos, de ahí que la famosa frase "Papá, explícame para qué sirve la Historia"[6] nos haga ver que la función del historiador, del historiador del Derecho, debe consistir en interrogar a la Historia y a sus textos, inquirirla para que podamos elaborar conceptos y estructuras con las que dar las oportunas respuestas a las sugerencias y planteamientos que éstos nos ofrecen[7], porque, como dirá el propio Bloch, "[…] ni en la historia, ni en ninguna otra ciencia las causas se presuponen, se buscan". Y las debemos buscar aun a sabiendas que todo historiador –como diría Benedetto Croce en su *Teoría e historia de la historiografía*– es un historiador contemporáneo, un historiador que elabora desde su tiempo y desde su mundo, con coordenadas que marcan indefectiblemente su labor hasta condicionarla en su más mínimo aspecto y expresión[8].

No obstante los argumentos expuestos, entendemos que éstos no nos pueden llevar a afirmar que la comprensión de los textos históricos y literarios están sujetos, de manera inexorable, a las coordenadas de tiempo y lugar del historiador, circunstancias que determinan que, al interpretarlos, el historiador

4 Lledó, E.: "Necesidad de la literatura", *El País*, 21, 12, 2002.

5 Ortega y Gasset, J.: "Una interpretación de la Historia Universal. En torno a Toynbee", *Obras Completas*, IX, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 70.

6 Bloch, M.: *Introducción a la Historia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1982, p. 9.

7 Koselleck, R.: *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*, Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 19-38.

8 Croce, B.: *Teoría e Historia de la Historiografía*, Escuela, Buenos Aires, 1965, pp. 11 y ss.

no puede comprender ni la estructura, ni los conceptos, ni los hechos, ni la narración, tal y como la planteó su creador, lo que le lleva a una exégesis diferente y más limitada, cuando no, más creativa de la que pudo hacer su autor. En efecto, podemos conceder al historiador el que su punto de vista pueda diferir del de Sófocles, y que, incluso, las preguntas que nos formulamos y que trasladamos al sufrido lector puedan variar de las que el autor planteaba a su auditorio; pero esta verdad inicial puede –y debe– reformularse, porque el deber del historiador es el de interrumpir su planteamiento inicial y reemplazarlo por el del autor, cuando así lo advierte[9].

Este conjunto de razones nos hace ver que toda comprensión lectora requiere de múltiples lecturas espaciadas en el tiempo. Así lo hemos hecho nosotros. Hemos prolongado su lectura durante estos años, porque, como indica Borges sobre "La *Odisea*/ que cambia como el mar/. Algo hay distinto cada vez que la abrimos"[10]. Y después de un tiempo que nos ha parecido oportuno, nos planteamos realizar algunas acotaciones desde el punto de vista literario y jurídico. No con la vana pretensión de aportar una visión novedosa, sino esclarecedora de una realidad jurídica y moral que puede suscitar en nuestros jóvenes alumnos algunos interrogantes que hoy, por desgracia, no se formulan en nuestras aulas universitarias con la asiduidad que estas cuestiones se merecen. Porque respetar la ley de la *polis* o dejarse guiar por nuestra conciencia no es un dilema menor, ni intrascendente. Ni siquiera es maniqueo. No se decanta entre el bien y el mal, sino, "¡entre dos bienes!": "entre lo viejo que no muere y lo nuevo que no acaba de nacer […]"[11]. Entre la ley de los dioses o la ley de la *polis*, de la que tan orgullosos se sentían los habitantes de Atenas: "Una ciudad que ejercita lo justo y que no hace nada sin ley" (*Edipo en Colono*, v. 964)[12].

II. FAMILIA Y CONCIENCIA

Cuando abrimos las páginas de *Antígona* uno siente la necesidad de preguntarse: ¿qué es el hombre: un ser que claudica o que tiene principios?[13], ¿un ser para la conciencia o para la ley?, ¿un ser para la ciudad o para sus familiares?, ¿un ser libre

9 Strauss, L.: *La ciudad y el hombre*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 21-22.

10 Borges, J. L.: "Nubes I", *Los conjurados*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 55.

11 Mate, R.: "La actualidad de la tragedia", *La piedra desechada*, Madrid, 2013, p. 105.

12 Tovar, A.: "Antígona o el tirano, o la inteligencia de la política", *Ensayos y peregrinaciones*, Guadarrama, Madrid, 1960, p. 19: "Muchas razones había para que fuera en Atenas donde la cuestión se plantea. Atenas era lo bastante religiosa, matriarcal, supersticiosa, tradicional, mítica, hereditaria, oscura, como para sentir la fuerza formidable de la reacción. Y, por otra parte, le tocaba demasiado de cerca el espíritu racionalista, revolucionario, impío, claro, superficial, innovador, de Jonia. El choque de lo uno y lo otro se resolvía no sólo en el más agitado de los dramas políticos, sino en el conflicto íntimo, en la angustiosa duda de cada hora".

13 En torno a esta cuestión, Wilde, O.: *Retrato de Dorian Gray*, Salvat, Barcelona, 1970, p. 20: "Prefiero las personas a sus principios, y prefiero antes que a nada en el mundo a las personas sin principios".

o un súbdito sometido al poder del Estado?[14], porque como recuerda Giorgio Agamben, en ese libro de impostergable lectura que es *Homo sacer*, todos los súbditos son, potencialmente, una muchedumbre desnuda y errante –*nuda vita*–, una muchedumbre, una masa informe que puede ser erradicada por el Estado. Ese es el verdadero secreto de su dominio[15]. Creonte lo sabía, y a ese poder se aferró. Como lo supo Nietzsche, quien no dudó en afirmar que "es en las leyes donde de forma original se ha dado el primer contraste entre verdad y mentira. […] Por eso los hombres no huyen tanto de ser engañados como de ser perjudicados mediante el engaño"[16].

Por lo general, podemos conocer lo que un hombre es a través de sus actos, de sus palabras o de sus escritos[17]. De Antígona conocemos sus actos. Unos actos que nos desvelan la naturaleza de la vida humana y de la política en su cruel esplendor. Unos actos que trascienden a su persona para convertirla en un arquetipo, en una heroína capaz de desafiar al poder y a la arbitrariedad de sus normas. Por esta razón, sus diálogos constituyen un instrumento de reflexión privilegiado para el conocimiento de la vida pública, del poder del Estado y el del individuo[18]. Para este conocimiento, la tragedia, al ser *mimesis* de la vida y de las acciones[19], es decir, al estar profundamente integrada en la vida –"al filo de la vida diaria"[20]–, hasta el punto de no sólo reflejarla, sino de cuestionarla[21], se convierte en el medio idóneo para escudriñar las tensiones internas de la sociedad, o, si se

14 Nussbaum, M. C.: *La fragilidad del bien: Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Visor, Madrid, 1995, pp. 106-109.

15 Agamben, G.: *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1999, p. 19. Un pensamiento que le lleva a reflexionar sobre la naturaleza del poder soberano, aquél que puede disponer de lo que este autor denomina la nuda vida, la vida que es, a un tiempo, sagrada e insacrificable.

16 Nietzsche, F.: *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Teorema, Valencia, 1980, p. 6.

17 Nussbaum, M. C.: *La fragilidad*, cit., pp. 89-92.

18 Bañuls Oller, J. V.: "Tragedia griega y compromiso político", *El teatre, eina política*, Levante Editori-Bari, Valencia, 1998, p. 38: "La tragedia, perfectamente integrada en el marco de un proceso de transformación y consolidación de estructuras político□sociales nuevas, es un punto de referencia obligada para la reflexión de problemas profundos, estructurales, que preocupan directamente a los ciudadanos o bien, indirectamente, en la medida que sufren sus efectos, a la vez que contribuye por sí misma a reafirmar la identidad propia y diferenciada de esa comunidad político religiosa que es la *polis*".

19 Aristóteles: *Poética*, Gredos, Madrid, 1992, 1460b 5-15, deja entrever el carácter político e ideológico de la tragedia griega cuando advierte que el poeta trágico puede imitar de tres formas diferentes: cómo son o eran las cosas, cómo dicen o parecen que son y cómo deberían ser. Las tres perspectivas diferentes con las que puede expresarse el autor dramático le permiten transmitir una visión determinada de la realidad. En este sentido, Rodríguez Adrados, F.: *La democracia ateniense*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 129: "La tragedia es un espejo de la vida humana en sus crisis decisivas, siempre en conexión con fuerzas divinas". Vid. Farrar, Ch.: "La teoría política de la antigua Grecia como respuesta a la democracia", *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C.–1993 d.C.)*, Tusquets, Barcelona, 1995, p. 38 y ss., sostiene que la tragedia manifestaba un compromiso con la escena política de la *polis*, lo que nos permite acercarnos a la visión que los atenienses tenían del mundo de la política y de las creencias. Asimismo, en Bowra, C. M.: *La Atenas de Pericles*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 124, quien subraya que el teatro y la poesía griega raras veces escaparon de la realidad en la que se hallaban inmersos.

20 Finley, M. I.: *Los griegos de la Antigüedad*, Labor, Barcelona, 1975, p. 156; Gadamer, H.-G.: *Estética y hermenéutica*, Madrid, 1998, pp. 123 y ss., analiza el concepto, en el sentido de que se copia el modelo que se considera digno de tal hecho, y se reelaboran e incorporan nuevos elementos.

21 Vernant, J. P. y Vidal Naquet, P.: *Mito y tragedia en la Grecia Antigua*, II, Paidós, Barcelona, 2002, p. 27: "no refleja la realidad, la cuestiona".

prefiere, de la integración del pueblo en la *polis*[22], tensiones que vemos reflejadas en la pluralidad de voces que se asoman en las distintas escenas de la obra[23], una obra en que cada escena se convierte en un lugar fronterizo entre lo doméstico y lo público, entre la ciudad y la casa, entre la ley y la moral[24]. Unas tensiones que Martha C. Nussbaum sintetiza con el término *deinón*: un concepto forjado por las múltiples facetas de la complejidad del ser humano[25].

Estas tensiones quedan recogidas en la tragedia de una manera nítida, ya que en ella lo trágico aparece cuando el héroe no rehúye el combate, aun sabiendo que su derrota es inevitable[26]. Es un combate contra toda esperanza, un combate perdido de antemano, pero, al perderlo, al renunciar a un mundo en que no podrá vivir, lo renueva y lo dignifica para que otros lo puedan disfrutar.

En efecto, Antígona es consciente de que no puede salir invicta de su confrontación con Creonte, pero el hecho de que no lo rehúya la convierte en la conciencia viva de una época que no tiene tiempo ni lugar, porque su lugar está aquí y ahora, como lo estuvo en la época de Sófocles, y lo estará en los tiempos venideros. Porque ella es la voz que supera la ignorancia y la injusticia, es la voz de un pensamiento "que se deja decir"[27], que escucha a su conciencia, y al hacerlo, la hace palabra y vida, una vida que convierte lo transitorio en perdurable, y a la inocente en condenada. Porque Antígona, como señala Steiner, no habla como Creonte, desde "la temporalidad"[28], sino que "habla, o mejor dicho, intenta hablar desde la eternidad, tal vez como sólo podía intentarlo el hablante del Cuarto Evangelio"[29]. Y lo hace para manifestar la vigencia de la ley suprema, esa ley siempre nueva, siempre reveladora. Una ley que Creonte quiere sepultar, dejándola atrás, caída en el olvido para siempre. Pero sólo ella, sólo Antígona se atreve a afirmar

22 En este sentido, Rodríguez Adrados, F.: *La Democracia*, cit, p. 240, destaca la finalidad educativa de la tragedia como género poético dirigido a la educación de toda la ciudad, y a la integración del pueblo dentro de la *polis*. En análogo sentido, Vernant, J.-P.: *Entre Mito y Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 33: "Según mi mirada, la razón griega aparece asociada a toda una serie de transformaciones sociales y mentales ligadas al acontecimiento de la *polis* […]. Tanto en sus límites como en sus innovaciones, la razón griega es una perfecta hija de la ciudad".

23 En este sentido, Vidal Naquet, P.: *El espejo roto. Tragedia y política en Atenas en la Grecia Antigua*, Adaba, Madrid, 2004, ha señalado, con notable agudeza, que la tragedia es como "un espejo roto", cuyos fragmentos reflejan la compleja realidad social de la Antigüedad, p. 19: "Y cada fragmento remite a la vez a una realidad social y a todas las restantes, mezclando estrechamente los distintos códigos […]".

24 Orsi, R.: *El saber del error. Filosofía y tragedia en Sófocles*, Plaza y Valdés, Madrid-México, 2007, pp. 55-56. En p. 25 señala que la tragedia es "uno de los mecanismos que inventa la sociedad ateniense para dotarse de un espacio donde expresar el disenso de forma legítima".

25 Nussbaum, M. C.: *La fragilidad*, cit., pp. 92-93.

26 Por esta razón, Jaspers, K.: *Lo trágico en el lenguaje*, Ágora, Málaga, 1995, p. 46, dirá que: "La tragedia griega es parte de un acto de culto. Se trata de la consumación de una lucha por los dioses, el sentido de las cosas y la justicia"; p. 51: "El material de la tragedia griega es el mundo mítico. La novedad reside en que en el saber trágico ya no reina la paz, en que se estimula la interrogación".

27 Heidegger, M.: *Del camino al habla*, El Serbal, Barcelona, 2002, p. 226: "[…] el pensamiento es, ante todo, una escucha, o sea, un dejarse-decir y no una interrogación".

28 Sófocles: Áyax, Gredos, Madrid, 2015: Agamenón. "No es fácil que un tirano sea piadoso" (v. 1350).

29 Steiner, G.: *Antígonas. Una poética y una filosofía de la lectura*, Gedisa, Barcelona, 1987, p. 190.

que esa ley es su norte, su *speculum justitiae*, la ley verdadera que está por encima de la ciudad y del poder que la representa. Por esta razón no duda en sacrificarse, en ser devorada por los ínferos de la ciudad, antes de perder su alma, su integridad y su amor por su familia.

En este sentido, nos parecen reveladoras las palabras de Antígona en la obra de María Zambrano:

"Antígona, en verdad, no se suicidó en su tumba, según Sófocles, incurriendo en un inevitable error. Más ¿podía Antígona darse la muerte, ella que no había dispuesto nunca de su vida? […] Despertada de su sueño de niña por el error de su padre y el suicidio de su madre, por la anomalía de su origen, por el exilio obligada a servir de guía al padre ciego, rey mendigo, inocente culpable, hubo de entrar en la plenitud de la conciencia. El conflicto trágico la encontró virgen y la tomó enteramente para sí […]. Sin ella, el proceso trágico de la familia y de la ciudad no hubiera podido proseguir ni, menos aún, arrojar su sentido."

No en vano, las primeras palabras de Antígona, aun sin decirlo expresamente, vienen a recordarnos el *leitmotiv* del universo socrático: ¿cómo hay que vivir?, ¿cómo hemos de vivir en un tiempo que nace de cenizas tan amargas como las que heredamos de nuestros padres y hermanos?, ¿cómo hemos de afrontar esa lucha constante entre la autoridad y la razón?[30] La respuesta está en las palabras y actos de Antígona, quien, sin atender a los consejos prudentes, ni a las insidiosas amenazas, asume el compromiso irrenunciable de defender una forma de vida cimentada sobre la virtud[31], el respeto a las leyes de los dioses, a su familia y a su conciencia[32]. Una decisión que será la fuente de su grandeza y la fuente de su destrucción. Grandeza y destrucción van ligadas a su vida porque no se encamina a la búsqueda de un reconocimiento, del honor o de la fama –como Áyax–, sino que pretende salvaguardar los valores de la *aretè*[33], y no lo hace por orgullo u obstinación, sino por piedad, por reconocer y respetar como propia una norma superior a su voluntad, una ley que va más allá de uno mismo, porque para Antígona la fe –la religión– no es una institución, ni una precaria forma de entender la vida: es la vida, la vida en familia y para la familia, el respeto y el honor,

30 Bagnell Bury, J.: *Historia de la libertad de pensamiento*, Ediciones Populares Argentinas, Buenos Aires, 1957, pp. 23, 172 y 176.

31 A Antígona bien se le podría aplicar los versos de la Eneida: "Hijo, aprende de mí, valor y verdadera firmeza; de otros, el éxito"); Cfr. Borges, J. L.: "El pudor de la Historia", *Otras inquisiciones*, *Obras completas*, I, RBA, Barcelona, 2009, p. 755.

32 Nussbaum, M. C.: *La fragilidad*, cit., Cap. III, en especial en pp. 90-109: "La Antígona de Sófocles: conflicto, visión y simplificación", sostiene que: "*Antígona* versa sobre la razón práctica y la manera en que ésta ve el mundo y lo organiza. A diferencia de la mayoría de las obras de su tipo, se halla repleta de expresiones referidas a la deliberación, el razonamiento, al conocimiento y a la visión de las cosas […]. Los deberes para con los familiares muertos constituyen la ley suprema y la máxima pasión. Antígona organiza su vida entera y su concepción del mundo en función de este sistema deóntico simple y autosuficiente".

33 Rodríguez Adrados, F.: *Democracia y literatura en la Atenas clásica*, Madrid, 1997, p. 17.

la conciencia y la virtud[34], valores que se anteponen a cualquier autoridad, decreto o poder terrenal[35]. Y si estas dos realidades se enfrentan, la oposición se traduce en un conflicto insuperable, en un juego de dicotomías sin solución posible. Y quien lo asume, sabe de antemano que está destinado a una muerte oscura y solitaria, a una muerte sin reconocimiento ni amparo[36]. Es la nobleza del héroe trágico: su coherencia se manifiesta en que sus decisiones no se toman por mera estulticia, sino que obedecen a una motivación[37], a un principio que le hace impermeable a cualquier circunstancia del mundo externo[38]. De ahí que nuestra protagonista no dude en rechazar las consideraciones de su hermana Ismene[39], quien le exhorta a que abandone su destino, el de una muerte anunciada, porque el suyo, el de Antígona, está ligado al de su familia y al de su conciencia; una conciencia que no nace de la irreflexión o de un carácter impulsivo y desordenado, sino a un plan deliberado en el que su vida se debe someter a los dictados de su conciencia[40]. De esta forma, como indica Jaeger, "el hombre trágico de Sófocles se levanta a verdadera grandeza humana mediante la plena destrucción de su felicidad terrestre o de su existencia física y social"[41]. Una raigambre épica que nace de aceptar un conjunto articulado de normas no escritas que configuran un universo de valores que Antígona asume y respeta[42], antiguas reglas del Derecho público relacionadas con lo divino y mantenidas por la tradición[43], valores y principios que, como nos dirá Hegel, no son otros que "los interiores del sentimiento, del amor, de la sangre,

34 Alsina, J.: *Tragedia, religión y mito entre los griegos*, Labor, Barcelona, 1971, p. 56: "La heroína va a la muerte por haber tomado sobre sí la defensa de la religión, el partido de los dioses, que, sordos y ciegos, la han abandonado". Una afirmación con la que no estamos de acuerdo, porque entendemos que no es abandonada por los dioses, sino por los hombres.

35 Gilson, E.: *El espíritu de la filosofía medieval*, Rialp, Madrid, 2004, p. 301: "la razón humana no llega a ser moralmente legisladora sino en cuentas es 'informada' por la ley divina en todos sus grados".

36 A este respecto, Lacan, J.: "La esencia de la tragedia. Un comentario sobre Antígona de Sófocles", *La ética del psicoanálisis*, Paidós, Buenos Aires, 1988, p. 288, afirma que Antígona encarna el deseo puro, el deseo de la muerte. Por esta razón su imagen nos fascina, "con su brillo insoportable, con lo que tiene, que nos retiene y que a la vez nos veda en el sentido de que nos intimida; en lo que tiene de desconcertante esta victima terriblemente voluntaria".

37 La oscura y trágica convicción de que el hombre siempre es artífice de su propia desdicha, como el Ulises del canto XXVI del "Infierno" de Dante, transcrito en la *Divina Comedia*, cit. pp. 136-139.

38 Cantarella, E.: *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la Antigüedad clásica*, Akal, Madrid, 1996, p. 52, señala que lo héroes trágicos eran "Hombres de valor proverbial, hombres que, aunque amaban la vida no se detenían ante la muerte, hombre para los cuales morir por la patria, en la batalla, era el honor supremo y el ideal de vida".

39 Shakespeare, W.: *Hamlet*, Espasa-Calpe, Madrid, 1979, Act. III, Esc. I: "Así, la conciencia nos hace cobardes a todos"; a todos los que, como Ismene, vacilan ante la crueldad de la política. Por esta razón, Reinhardt, K.: *Sófocles*, Gredos, Madrid, 2010, p. 28 sostiene que "es la diferencia entre la totalidad de los dos modos de existencia: la de quien depende fielmente de lo cotidiano y la de quien se entrega a lo extremo y definitivo. Lo que una denomina locura, la otra la califica de razón".

40 La idea de que las acciones humanas y divinas corren paralelas puede verse en Herreras Maldonado, E.: *La aportación de la tragedia griega a la educación democrática*, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, p. 256.

41 Jaeger, W.: *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económico, México, 1962, p. 260.

42 Tucídides: "Discurso Fúnebre de Pericles", *La guerra del Peloponeso*, Cátedra, Madrid, 2004, 2.37.3: "[…] y acatamos las leyes, en particular las dictadas en favor de los que son víctimas de una injusticia, y las que, aunque no estén escritas, todos consideran vergonzoso infringir".

43 Touchard, J.: "Grecia y el mundo helenístico", *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 25-39. En análogo sentido, Rodríguez Adrados, F.: *La Democracia*, cit., pp. 235-237, sostiene su vigencia debido a que las leyes de la *polis*, al estar escritas por hombres, carecían de estabilidad.

no los dioses diurnos del pueblo libre, consciente de sí, y de la vida del Estado'[44]. Lo recuerda Miguel de Unamuno en su prólogo a *La tía Tula*:

"Sororidad fue la de la admirable Antígona, esta santa del paganismo helénico, la hija de Edipo, que sufrió martirio por amor a su hermano Polinices, y por confesar su fe de que las leyes eternas de la conciencia, las que rigen en el eterno mundo de los muertos, en el mundo de la inmortalidad, no son las que forman los déspotas y tiranos de la tierra, como era Creonte'[45].

En su actuar encontramos reflejado una problemática existencial, en la que ni su esencia, ni sus actos se perfilan como realidades estables que se podrían delimitar, definir y juzgar, sino como problemas, como preguntas sin respuesta[46], como enigmas cuyo doble sentido está siempre por descifrar, y que le llevan a desentrañar los problemas del hombre en la sociedad en la que vive, en la que se puede ver una clara relación en la tragedia y la democracia, y entre la democracia y la tiranía[47]. Así, en el héroe clásico se puede ver una mirada reflexiva y de irreductible complejidad sobre el poder familiar, el político o el judicial, en cuyos escenarios quedaba dibujada tanto la vida pública –las leyes, los tribunales, las asambleas, el ágora, etc.– como la privada –la vida doméstica, las tradiciones familiares, el ámbito sacral, etc.–. En este mismo sentido se manifiesta George Steiner cuando afirma que "En *Antígona*, la dialéctica de la intimidad y de lo público, de lo doméstico y de lo más cívico se expone explícitamente. La obra versa sobre las medidas políticas impuestas al espíritu privado, sobre la necesaria violencia que el cambio político y social acarrea a la indecible interioridad del ser'[48]. Un enfrentamiento entre el Estado y la familia que conducirá a sus personajes a un conflicto irreversible y a un destino trágico, porque el héroe trágico, a diferencia del Estado, no busca la utilidad, sino la eticidad. En este sentido nos siguen pareciendo reveladoras las palabras de Unamuno: "Como que sólo vivimos de

44 Hegel, G. W. F.: *Estética*, Península, Barcelona, 1991, p. 43: "[Antígona es] una de las más sublimes obras de todos los tiempos, primorosa bajo todos los aspectos. En esta tragedia todo es consecuente: están en pugna la ley pública del Estado y el amor interno de la familia y el deber para con el hermano. El pathos de Antígona, la mujer, es el interés de la familia; y el de Creonte, el hombre, es el bienestar de la comunidad. Polinices, luchando contra la propia ciudad patria, había caído ante las puertas de Tebas; y Creonte, el soberano, a través de una ley proclamada públicamente, amenaza con la muerte a todo el que conceda a dicho enemigo de la ciudad el honor de los funerales. Pero Antígona no se deja afectar por este mandato, que se refiere solamente al bien público de la ciudad; como hermana cumple el deber sagrado del sepelio, según la piedad que le dicta el amor a su hermano. A este respecto apela a la ley de los dioses; pero los dioses que ella venera son los dioses inferiores del Hades, los interiores del sentimiento, del amor, de la sangre, no los dioses diurnos del pueblo libre, consciente de sí, y de la vida del Estado".

45 Unamuno, M. de: *La tía Tula*, Salvat, Navarra, 1982, p. 20.

46 Jaspers, K.: *Lo trágico,* cit., p. 51.

47 Orsí, R.: *El saber,* cit., p. 34.

48 Steiner, G.: *Antígonas*, cit., p. 27. Así mismo, en p. 95, leemos: "En Antígona son innegables las analogías con la concepción hegeliana del conflicto entre Estado e individuo, entre legalismo coercitivo y humanismo instintivo".

contradicciones, y por ellas; como que vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción''[49].

Una eticidad que le lleva a enfrentarse no sólo a un decreto que la condena, sino a su propia condición de mujer, para así salvaguardar a su familia, porque ésta es, como señala Hegel, el *pathos* de la mujer: ''Antígona es la obra de arte más sublime y más acertada de todos los tiempos. Todo es consecuente en esta tragedia. La ley pública del Estado, de un lado, y el íntimo amor familiar, así como el deber para con el hermano, de otro, se enfrentan entre sí conflictivamente: el interés de familia es el *pathos* de la mujer, Antígona. El bienestar de la comunidad es el *pathos* de Creonte, el hombre''[50].

En este sentido, como advierte Juan Cruz, Hegel entiende que ''en la familia, el hombre tiene forma de mediación, de brote; la mujer, forma de inmediatez, de fondo. El hombre se eleva a la ley humana, positiva, y edifica la Ciudad. La mujer es la dueña de la Casa, la mantenedora de la ley divina, no escrita, inmediata''. Así, para Hegel, ''El *varón* tiene su efectiva vida sustancial en el Estado, en la Ciencia, etc., y en general en la lucha y el trabajo con el mundo exterior y consigo mismo; y sólo a partir de su división puede conquistar su autónoma unidad consigo; pues en la familia tiene su intuición sosegada y su eticidad subjetiva y sentida. La mujer posee en la familia su determinación sustancial y en esta *piedad* tiene su íntima disposición ética. Por eso en una de sus exposiciones más sublimes –la *Antígona* de Sófocles– la *piedad* ha sido expuesta fundamentalmente como la ley de la mujer, como la ley de la sustancialidad subjetiva sensible, de la interioridad que aún no ha alcanzado su perfecta realización, como la ley de los antiguos dioses, de los dioses subterráneos, como ley eterna de la que nadie sabe cuándo apareció, y en ese sentido se opone a la ley manifiesta, a la ley del Estado. Esta oposición es la oposición ética suprema y por ello la más trágica, y en ella se individualizan la feminidad y la virilidad''[51].

Esta concepción del varón y de la mujer, sus visiones y sus formas de comportarse ante la vida y ante la familia hacen que ambos tengan su propia perspectiva del mundo ético, de la ley divina y la ley humana[52]. Así, en Hegel, si

49 Unamuno, M. de: *El sentimiento trágico de la vida*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, p. 36.

50 Cruz Cruz, J.: "Antígona. La tragedia de la familia en Hegel", *Razón y libertad. Homenaje a Antonio Millán-Puelles*, Rialp, Madrid, 1990, p. 339.

51 Cruz Cruz, J.: "Antígona", cit., p. 331.

52 Hegel, G. W. F.: "El espíritu", *La fenomenología del Espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid, 1986, p. 270: "De este modo, ambos sexos se sobreponen a su esencia natural y se presentan en su significación ética, como diversidades que dividen entre ambos las diferencias que la sustancia ética se da. Estas dos esencias universales del mundo ético tienen, por ello, su individualidad determinada en autoconciencias naturalmente diferentes, porque el espíritu ético es la unidad inmediata de la sustancia con la autoconciencia; una inmediatez que se manifiesta, por tanto, por el lado de la realidad y de la diferencia al mismo tiempo, como el ser allí de una diferencia natural. Es aquel lado que en la figura de la individualidad real ante sí misma se mostraba en el concepto de la esencia espiritual como naturaleza originariamente determinada. Este momento pierde la indeterminabilidad que todavía tiene allí y la

lo ético es universal, la relación ética entre los miembros de la familia no es la del sentimiento ni la del contrato: se basa en un fin espiritual. De esta forma, la visión hegeliana de la familia le hace ver que ésta no puede ser una asociación natural, sino espiritual, de índole religiosa, basada en la piedad, en una piedad que obliga a sus miembros a rendir culto a sus difuntos; una circunstancia que desvela el sentido espiritual que la muerte tiene, y que obliga a honrar el cadáver con las ofrendas prescritas por la ley. Por esta razón, Creonte, al dejar insepulto a Polinices le niega toda espiritualidad, porque ésta es sólo un paso para alcanzar la vida ultraterrena, y al hacerlo, le niega el retorno a su familia como un *daimon*, lo que le impide convertirse en un ser universal, en una individualidad que está fuera de los accidentes de la vida, en la individualidad de un muerto que ha culminado su paso por la tierra y que ahora desea ser recogido -espiritualizado- en el seno de su familia, para convertirse –individualizado– en un dios lar.

Antígona sabe de su deber[53]. Sabe que la función ética de la familia le obliga a asumir la obligación de honrar, llorar y enterrar a su hermano. Sabe que la vida está regida por una ley divina que enseña –con Hegel– que la función ética de la familia conlleva asistir a quienes han fallecido[54]: "Por eso estas leyes valen para la Antígona de Sófocles como el derecho no escrito e infalible de los dioses"[55], que llevan a proteger a sus muertos, y a hacer que éstos se alcen contra quienes no guardan su derecho a la universalidad:

"El muerto cuyo derecho ha sido atropellado sabe, por ello, encontrar instrumentos para su venganza, que tienen la misma realidad y la misma fuerza que la potencia que lo ha atropellado. Estas potencias son otras comunidades, cuyos altares han manchado los perros y los pájaros con el cadáver que no ha sido

diversidad contingente de dotes y capacidades. Ahora, es la oposición determinada entre los dos sexos, cuya naturalidad cobra al mismo tiempo la significación de su destino ético. La diferencia entre los sexos y su contenido ético permanece, sin embargo, en la unidad de la sustancia, y su movimiento es cabalmente el devenir permanente de ésta. El marido es destacado a la comunidad por el espíritu familiar y encuentra en ella su esencia autoconsciente; así como la familia encuentra, así, en él su sustancia universal y su subsistencia, así la comunidad encuentra en la familia, a la inversa, el elemento formal de su realidad y en la ley divina su fuerza y su convalidación. Ninguna de las dos es por sí sola en y para sí; la ley humana parte en su movimiento vivo de la divina, la ley vigente sobre la tierra de la ley subterránea, lo consciente de lo inconsciente, la mediación de la inmediatez, y retorna, asimismo, al lugar de donde partió. La potencia subterránea, por el contrario, tiene su realidad sobre la tierra; deviene por medio de la conciencia ser allí y actividad".

53 Un deber que le aleja de otros personajes femeninos. Eurípides: *Fenicias*, *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2015: Pedagogo [a Antígona]. "La naturaleza de las mujeres es muy propensa a criticar y, a nada que encuentren el más mínimo pretexto para ponerse a charlar, de un tema pasan a otro sin dejar de aumentarlo. Para las mujeres es un placer el no decir nada bueno las unas de las otras" (vv. 191-202); Esquilo: *Las coéforas*, *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2015: Clitemestra. "No me lo eches. Y si no, cuenta también los devaneos de tu padre. Orestes. No censures al que se afana, mientras tú permaneces ociosa. Clitemestra. Hijo mío, es muy duro, para una esposa estar sin el marido. Orestes. Sí. Pero el esfuerzo del marido las mantiene ociosas en casa" (vv. 918-921).

54 Lo leemos en la novela de Ferrero, J.: *Las trece rosas*, Siruela, Madrid, 2003, p. 43: "Los muertos se quedan solos en la mente de los pocos que los recuerdan, inmensamente solos, hasta que desaparecen como polvo en una polvareda. Y eso es la eternidad".

55 Hegel, G. W. F.: *La fenomenología*, cit., p. 280.

elevado por la restitución que le es debida al individuo elemental a la universalidad carente de conciencia, sino que ha permanecido sobre la tierra en el reino de la realidad y que alcanza ahora una universalidad real autoconsciente como la fuerza de la ley divina. Estas fuerzas se convierten ahora en fuerzas hostiles y destruyen la comunidad que ha deshonrado y quebrantado su fuerza, la piedad familiar"[56].

Por esta razón, entendemos que en Antígona, como leemos en Hegel, "Su ser consiste en pertenecer a esta ley, a su ley ética, como a su sustancia"[57]. Y cuando así se vive y se actúa, no cabe culpa alguna, salvo la legal[58]: "Pero la conciencia ética es una conciencia más completa y su culpa más pura si conoce previamente la ley y la potencia a las que se enfrenta, si las toma como violencia y desafuero, como una contingencia ética y comete el delito a sabiendas, como Antígona"[59]. Una conciencia que nace de un *arjé*, de un principio interno que la hace exclamar "Soy pura"[60]. Una pureza que la conducirá a una muerte inexorable, y a quienes la contemplan a rememorar las conmovedoras palabras de Horacio ante el cadáver del príncipe Hamlet:

"Esto rompe un corazón noble. ¡Buenas noches, mi príncipe!

¡Ejércitos de ángeles te canten en el descanso"[61].

En este sentido se puede afirmar que Antígona se convierte en el arquetipo de mujer en la que la duda no tiene cabida: decide desde la eticidad, desde el respeto a la familia y a los preceptos religiosos, divinos e intemporales, y no por unas leyes profanas, humanas y transitorias que la alejan de su deber para con su hermano, del lecho nupcial, de la maternidad y de la vida[62]. Ella sabe, con Magris, que desde los orígenes de nuestra civilización "[...] al derecho codificado –a la ley– se contrapone la universalidad de valores humanos que ninguna norma positiva puede negar". Por esta razón, "A la inicua ley de un Estado promulgada por Creonte, que niega sentimientos universales y valores humanos, Antígona contrapone las 'leyes no escritas de los dioses', los mandamientos y los principios absolutos que ninguna autoridad puede violar. La obra maestra de Sófocles es, sin duda, una expresión trágica del conflicto entre lo humano y la ley, que es también el conflicto entre el

56 Hegel, G. W. F.: *La fenomenología*, cit., p. 254.

57 Hegel, G. W. F.: *La fenomenología*, cit., p. 278.

58 En este sentido, Kierkegaard, S.: *Antígona*, Renacimiento, Sevilla, 2003, p. 23: "Si el individuo no tiene ninguna culpabilidad, no presenta interés trágico, porque la colisión trágica carece de tensión; si, por el contrario, tiene una culpabilidad absoluta, no nos logra interesar tampoco en el sentido trágico".

59 Hegel, G. W. F.: *La fenomenología,* cit., p. 277.

60 Anouilh, J.: *Antígona*, Losada, Buenos Aires, 2009, p. 133.

61 Shakespeare, W.: *Hamlet,* cit., Acto V, Esc. 2.

62 Por esta razón, para Else, G. F.: *The Madness of Antigone*, Heidelberg, 1976, p. 100: "La muerte de Antígona comienza a parecer no una derrota, sino como una victoria. Es lo que ella había deseado desde el principio, con un intenso deseo, porque le llevará al abrazo de su 'philoi', donde ella mentará para siempre".

derecho y la ley". Una línea argumental que le lleva a observar que el Derecho no puede quedar reducido a meras leyes promulgadas por un rey, por un tirano o por un parlamento. El Derecho es algo más, porque en el Derecho se da cabida a "Esas leyes no escritas de los dioses a las que apela Antígona, [que] no son consuetudinarias, de larga duración –aunque sigan siendo históricas y, por lo tanto relativas–, sino imperativos categóricos". Las "leyes no escritas de los dioses son valores absolutos, expresión suprema del derecho natural que, no casualmente, fascinó y ocupó durante siglos a la literatura, más que cualquier otra concepción jurídica, como también lo demuestra –pero, sin duda alguna, no solamente– el florecimiento de obras de todo tipo dedicadas en todas las épocas a la figura de Antígona"[63].

Frente a ella se alza Creonte, el hombre que es Estado, que lo asume y lo representa. En efecto, Creonte, consciente de que va a informarles de un asunto de extrema gravedad, que afectará por igual a todos los habitantes de Tebas, y que puede ser controvertido, va a fundamentar su decisión como una acción propia de quien no mira el interés personal o familiar, sino el bien común, al que está obligado todo gobernante. Es la aparente lógica del gobernante, la lógica de quien intenta gobernar para el conjunto de la sociedad sin tener en cuenta su interés personal o familiar. Por esta razón reconoce que, como miembro de la *polis*, la ciudad es parte de él, porque en ella habita la cultura, el diálogo, la razón y la ley[64]. Como buen ciudadano, la *polis* conforma su mundo: todo lo que a ella le concierne, a él le vincula. Esta idea del buen ciudadano[65], del ciudadano que se siente comprometido con la comunidad, es la que se observa en el ideario político de Creonte, quien se presenta como un gobernante que desea el bien de la patria por encima de la amistad y de la familia[66]. Un ompromiso que le lleva a dictar un decreto[67], una ley escrita que es común para todos los ciudadanos de Tebas, con la que "el débil y el rico gozan de igual derecho"[68].

63 Magris, C.: *Literatura y derecho, ante la Ley*, Sexto Piso, Madrid, 2008, pp. 37 y ss.

64 Sófocles: *Edipo en Colono*, Gredos, Madrid, 2015, v. 914: "Entrando en una ciudad que observa la justicia y que nada realiza fuera de la ley"; Romilly, J. de: *La ley en la Grecia clásica*, Buenos Aires, 2004, p. 93: "La patria no sólo da la vida a los ciudadanos, también los educa".

65 Esta concepción del buen hacer del gobernante la vemos reflejada en la obra de Anouilh, J.: *Antígona*, cit., p. 136, cuando Ismene afirma: "Él es el rey, tiene que dar ejemplo".

66 En Anouilh, J.: *Antígona*, cit., p. 174: "Creón: […] Tiene que haber quienes gobiernen la barca […]. Uno toma el timón, se yergue frente a la montaña de agua, grita una orden y dispara"; p. 174: "Para decir que sí hay que sudar y arremangarse, tomar la vida con todas las manos y meterse en ella hasta los codos. Lo fácil es decir que no".

67 Aunque su rango sea inferior a la ley, su vigencia y aplicabilidad no puede cuestionarse. Así, Romilly, J. de: *La ley,* cit., pp. 146-149, recoge, entre otros textos literarios, un versículo de la Ética a Nicómaco, v. 1137b en el que se reconoce su necesidad para los supuestos especiales no contemplados por la ley: "De hecho, la razón por la que todo no puede ser definido por la ley, es que hay casos de especie para los cuales es imposible dictar una ley, de tal modo que un decreto es indispensable".

68 La ausencia de esta característica es lo que censura Eurípides en las *Suplicantes*, *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2015, cuando Teseo afirma: "Nada para el Estado es más peligroso que un tirano. Primeramente, con él, las leyes no son comunes para todos, gobierna un solo hombre que detenta la ley en sus propias manos, y ya no hay igualdad. Por el contrario, cuando las leyes están escritas, el débil y el rico gozan de igual derecho" (vv. 229-460).

Esta concepción que reivindica una legislación de orden práctico, donde las leyes de la ciudad y el interés común priman sobre cualquier otro principio o criterio, incluida la familia, es recogida por Anouilh en toda su plenitud, cuando hace decir a Creón que los tiempos de la vieja moral "se han acabado para Tebas":

"La ley ha sido hecha antes que nada para ti, Antígona; la ley ha sido hecha antes que nada para las hijas de los reyes" (p. 164).

En abstracto, y aun no compartiendo la literalidad de todas sus afirmaciones, cabe preguntar: ¿quién podría indicar que detrás de este alegato está la figura de un tirano?, ¿quién, *a priori*, no condenaría a quienes desafiaran las órdenes de un rey legítimo? Sin embargo, tanto su sobrina Antígona como su hijo Hemón no dudan en calificarlo de tirano. Ambos ven en su carácter inflexible una desmesura que engendra *hybris*, una cólera que impide conocer el alcance de la justicia y el castigo divino[69]. Y cuando así se actúa, "se corre el riesgo de adquirir rasgos tiránicos, invadiendo aquellos territorios que son propios del individuo, la familia y la religión"[70]. Sin duda, éste es el mal que corroe a Creonte: su intento por defender a toda costa al Estado le hace asemejarse con éste, hasta identificarse con la ley, porque él es la ley, y sobre ésta no rigen otros principios, valores o leyes divinas. Y cuando se da esta extralimitación del poder, ineludiblemente se llega a la tiranía. Y "esto es, evidentemente, tiranía"[71]. Porque la tiranía surge cuando el hombre entiende que puede ir más allá de los límites establecidos por el orden social y divino, por la moral y la ley, por las costumbres y los usos. Y cuando esta situación surge, se provoca un momento conflictivo entre quienes quieren preservar un orden ético-moral, basado en las tradiciones, los valores familiares y las leyes divinas, y quienes quieren defender su ámbito de eticidad: la ley de la ciudad, una ley que está por encima de toda ley, de toda norma, de todo principio –*Non sequitur*–. Y la razón de que no sea secundado por sus ciudadanos es porque cuando Creonte traspasa ciertos límites morales y materiales, ya no busca el bien común, entendido en el sentido que indica John Finnis, como son la salvaguardia de la vida, la familia, el trabajo, la libertad, el conocimiento o las creencias religiosas[72], sino que busca imponer su autoridad al precio que sea, de la forma que estime oportuno, sin atender a consejos ni razones. Él es la razón. Él es la ley. Él es el Estado. Él es el tirano[73]. Y al hacerlo desoye la norma de Terencio: *Ne quid nimis*, "nunca en exceso".

69 Tovar, A.: "Antígona", cit., p. 25: "Creonte se caracteriza por la violencia, el exceso, la desconsideración, la audacia: la *hybris*".

70 Rodríguez Adrados, F.: "Sófocles y el panorama ideológico de su época", *Estudios sobre la tragedia griega*, Madrid, 1966, p. 99.

71 Rodríguez Adrados, F.: *La democracia*, cit., pp. 297 y 302-303.

72 Finnis, J.: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, 2000, p. 184.

73 Tovar, A.: "Antígona", cit., pp. 23-26.

Pero su exceso, el exceso en el que se ha instalado libremente, arbitrariamente, le lleva a que su razón, la razón de la ley, desoiga la sinrazón de su pensamiento, de su decreto, y al hacerlo cae en la desgracia que aplasta a Tebas desde el engendramiento culpable de Layo. Lo leemos en *El Principito* cuando el rey le dice al Principito: "La autoridad reposa, en primer término, sobre la razón […]. Tengo derecho de exigir obediencia porque mis órdenes son razonables"[74]. Pero una racionalidad formal, si carece de Justicia, y si desobedece a las leyes antiguas de los dioses, en conciencia, no obliga. Y no obliga porque es una norma positiva injusta, un Derecho sin fundamento que permite su desobediencia. En efecto, nadie duda que una norma injusta se puede imponer por la fuerza, pero no en nuestras conciencias, porque, como se pregunta Finnis[75]: "¿me impone una ley injusta determinada obligación moral de conformarme a ella?". La respuesta nos la proporcionó Antígona, como siglos más tarde González Vicén, cuando sostuvo que "mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia"[76].

A partir de ese momento no podrá dar la espalda a la tragedia que asola a su familia, y a la que ha renunciado por haber tomado partido por una idea de *polis* que defiende como la única posible. Una *polis* en la que no caben los viejos valores, ni las viejas creencias, lo que le acarreará que la maldición de los Labdácidas recaiga sobre su familia. No en vano, como acertadamente afirma Bollack: "También se convertirá en uno de ellos, precipitado por su falsa decisión en el desastre. Su mujer se convertirá en Yocasta; Hemón se unirá voluntariamente a los hijos de Edipo, privando al padre de descendencia […]. El hijo arrastra al padre hacia una desgracia familiar que, por política, el rey se había negado a reconocer"[77].

Dentro de este diálogo fluido entre Derecho y Literatura, tanto la obra de *Antígona* como el drama de Miller nos llevan a reflexionar sobre una cuestión candente en el ámbito del Derecho como es la coexistencia pacífica del Derecho natural con el Derecho positivo[78], que en el fondo se reduce a la idea o a la pregunta sobre qué es la ley, su significado y su alcance[79]. No hacerlo, no reconocer la existencia del Derecho natural, como indica Leo Strauss, nos llevaría "a decir que todo es derecho positivo y esto significa que sólo los legisladores y las cortes

74 Saint-Exupéry, A. de: *El Principito*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1975, Cap. X, p. 53.

75 Finnis, J.: *Ley*, cit., pp. 385, 455.

76 González Vicén, F.: "La obediencia al Derecho", *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Universidad de la Laguna, Laguna, 1979, p. 388. Asimismo, en Mugurza, J.: "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)", *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, Madrid, 2007, p. 284; Claudio Acinas, J.: "Sobre la obediencia al Derecho, de nuevo", *Revista Laguna*, núm. 22, abril 2008, p. 80.

77 Bollack, J.: *La muerte de Antígona, La tragedia de Creonte*, Madrid, 2004, p. 46.

78 Kelsen, H.: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Ediciones Coyoacán, México, 1979, p. 15: "Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la 'Sociedad' como tal se ha hecho problema […], no ha cesado de preocupar la cuestión de un ordenamiento justo de las relaciones humanas".

79 Fuller, L. L.: *The Morality of Law*, New Haven, 1964, p. 91: "As ideas of what law is for are so largely implicit in ideas of what law is, a brief survey of ideas of the nature of law will be useful".

de los varios países determinan qué es lo correcto", una praxis que, a su juicio, "conduce al nihilismo", al "oscurantismo fanático", donde vivir en sociedad se entiende como un vivir bajo normas que han dejado de ser la prolongación de la naturaleza humana para convertirse en su limitación[80]. Un nihilismo que, de ser aceptado, negaría "la existencia de cosas propias del hombre, derechos o *iura*, que le corresponden por título de naturaleza", derechos que "se deducen de modo inmediato del hecho mismo de que el hombre es persona"; y lo haría porque al margen de la ley el hombre no sería dueño de su persona, ni de sus derechos, lo que "significaría que la persona tendría tales derechos solo por concesión de la sociedad mediante ley positiva; no los tendría por sí misma. O sea que la razón de la injusticia (recuérdese que antes se dijo que la justicia y la injusticia siguen a la existencia del derecho: el derecho precede a la justicia) nacería sólo y exclusivamente de la ley positiva. Antes de ella o en su ausencia no sería injusto el asesinato, ni lo serían las lesiones, ni sería injusta la difamación"[81].

Una necesaria coexistencia de la que habla Zagrebelsky al inicio de su obra *El derecho dúctil*, cuando nos introduce en un problema crucial, como es el de la relación del Derecho con el complejo y completo entramado que ha de regular la vida. Y en este entramado, las normas jurídicas, por sí solas, no pueden ser expresión ni de intereses particulares, ni de una mera enumeración de principios universales e inmutables, lo que convierte al Derecho positivo en "un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición"[82]:

"Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del 'derecho positivo' con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no parece expreso"[83].

80 Strauss, L.: *Derecho natural e historia*, Buenos Aires, 2014, pp. 62 y 64-65. Sin renunciar a la separación conceptual entre moral y Derecho, ni a la relación contingente entre sus normas, Hart considera que, si un Ordenamiento jurídico quiere subsistir, debe cumplir con ciertas exigencias materiales mínimas, a las que denomina "contenido mínimo de Derecho Natural": la prohibición de la violencia que mata por causa de la vulnerabilidad recíproca, la igualdad aproximada y el altruismo limitado que obliga a un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, etc. Cfr. Hart, H. L. A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 239.

81 Hervada, J.: *Introducción crítica al Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 83-85.

82 Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 33.

83 Zagrebelsky, G.: *El derecho*, cit., p. 9.

III. LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Coro. "Ser piadoso es una cierta forma de respeto, pero de ninguna manera se puede transgredir la autoridad de quien regenta el poder. Y, en tu caso, una pasión impulsiva te ha perdido" (*Antígona*, vv. 872-875).

"Por esta desobediencia, Antígona incurre en pena de muerte", nos dirá Bowra[84]. Y no le falta razón: Antígona es el paradigma de la desobediencia civil. Y lo es porque, en nuestra particular lectura de *Antígona*, Creonte no concibió la política como un medio para ordenar la sociedad, y para que todos los ciudadanos participaran de ella, sino como la organización de la vida a través de sus leyes, de tal forma que la política del Estado se convierte en el único orden posible, en la única forma de convivencia posible. De esta forma, el 'Estado Minotauro' se afirma coactivamente, desplazando toda oposición y toda moral con base religiosa hasta convertirla en un *flatus vocis*, en palabras vacías de contenido[85]. Y al hacerlo, la fuerza ejecutiva del Derecho deja de ser el medio idóneo para el cumplimiento de las normas, para convertirse en su propio contenido[86]; o, como nos indica Bobbio en "una ideología", en la que "no se incluye el requisito de la justicia, sino el de la validez. En otros términos: el positivismo considera justa una ley por el simple hecho de ser válida, al contrario de lo que ocurre con el iusnaturalismo, que sostiene la validez de una ley tan solo si es justa"[87].

Frente a esta intromisión del Estado en la vida común y particular de los ciudadanos se alza una joven Antígona, quien movida por un código ético se resiste a las injerencias de un poder que no se reconoce como mero instrumento de una sociedad que se fundamenta en una invariante moral que trasciende a lo político. A este respecto, en su obra *La democracia en América*, Tocqueville sostenía que "Existe una ley general promulgada o al menos adoptada no solamente por la mayoría de tal pueblo o de tal otro, sino por la mayoría de todos los hombres. Esta ley es la justicia. La justicia constituye el límite del derecho de cada pueblo [...]. Por tanto, cuando rechazo obedecer una ley injusta, no niego en absoluto a la mayoría el derecho de ordenar; apelo solamente a la soberanía del pueblo, a la soberanía

84 Bowra, C. M.: *Historia,* cit., pp. 75-76.

85 Como señala Ballesteros, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 30-31, fue Maquiavelo el primero en plantear la política como un instrumento para mantener y acrecentar el poder, y no como un medio para alcanzar el bien común. Cfr. Cap. XVII de su obra *El Príncipe*.

86 Ballesteros, J.: *Sobre el sentido*, cit., pp. 43-48.

87 Bobbio, N.: *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, pp. 141 y 299. Quizá nadie como Kelsen haya sido tan claro sobre la crisis del término Justicia. A su juicio: "ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas". Cfr. Kelsen, H.: *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 75.

del género humano"[88]. Ciertamente Tocqueville no niega el poder legislativo del Estado, lo que niega es que la ley del Estado pueda suplantar la conciencia moral de las personas, sus tradiciones y su código ético, cercenarlo hasta destruirlo por completo. Y cuando este hecho se da, cuando lo que prima es la mera voluntad sobre la conciencia, la sociedad enmudece ante la semilla del totalitarismo. Nos lo recuerda Vasili Grossman en su obra *Vida y destino*, en ese pasaje en el que el comandante de las SS llama a su despacho a un viejo bolchevique, y le dice: "Cuando nos miramos el uno al otro, no sólo vemos un rostro que odiamos, contemplamos un espejo. Ésa es la tragedia de nuestra época. ¿Acaso no se reconocen a ustedes mismos, su voluntad, en nosotros?"[89]. Es la religión de la fuerza, contraria siempre al arte de la política, ese arte que consiste en convencer al que obedece por "la fuerza" de la razón y de la inteligencia reflexiva, pero no por la coacción ni por la obediencia acrítica.

En este sentido, la deriva autoritaria de Creonte se muestra, en toda su crudeza, cuando intenta reducir el problema de la justicia del Derecho a una cuestión de mera legitimidad del ejercicio del poder, lo que le lleva a utilizar el Derecho como un mero instrumento para que sus órdenes sean cumplidas con la mayor diligencia posible. Pero al hacer del Derecho el espejo de una represión implacable, al convertir la ley en una burda manifestación de fuerza, de amenaza y de coacción directa, que no de poder, no se asegura lo que él creía dado: la sumisión y la adhesión de su pueblo. Menos aún la de Antígona, para quien la ley ha de tener una conexión con el deber ser, es decir, con la moral, y no con la voluntad política, arbitraria y variable de un gobernante que exige el acatamiento de la ley bajo la amenaza de la fuerza. Lo leemos en *El hombre rebelde*, de Albert Camus:

"Quien mata o tortura no conoce sino una sombra en su victoria: no puede sentirse inocente. Por lo tanto, tiene que crear la culpabilidad en la víctima misma, para que en un mundo sin dirección la culpabilidad general no legitime sino el ejercicio de la fuerza no consagre sino el éxito"[90].

Sin embargo, como apunta Ferrajoli, "el antiguo y recurrente contraste entre razón y voluntad, entre ley de la razón y ley de la voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la 'ley de la razón' –aun cuando históricamente determinada y contingente–, bajo la forma de los principios y de

88 Tocqueville, A.: *La democracia en América*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 32-35.

89 Grossman, V.: *Vida y destino*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2007, pp. 501-502.

90 Camus, A.: *El hombre rebelde*, Alianza Editorial, Madrid, 2013, p. 171.

los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la 'ley de la voluntad', que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría"[91]. Una positivización del Derecho que reniega del Derecho natural, por entender que éste no puede contener normas inderogables y obligatorias, normas que no dependen de la voluntad del legislador, ni del consenso de los Estados. Y no pueden porque son normas anteriores a cualquier ley, por lo que no admiten la posibilidad de ser derogadas. Una realidad que desconoce Creonte, para quien su idea del bienestar de la ciudad se ha de convertir en la suprema ley a la que deben sujetarse todas las leyes divinas y humanas. Y la desconoce porque Creonte posee una ética autónoma, desligada de los dioses y de todo orden moral objetivo, lo que le lleva a su perdición, y a la pérdida de su familia.

Frente a esta realidad, frente a la disyuntiva de decir sí a una ley que constriñe un deber moral basilar ligado a la integridad de la conciencia, o acogerse a la verdad que ella siente y vive, Antígona se convierte en una disidente de la ley, del decreto promulgado por Creonte, pero no del Derecho, de un Ordenamiento entendido como el ámbito donde se manifiesta la justicia y la ley no escrita de los dioses. Valores que el legislador debe conocer y recoger, porque verdad y justicia no pueden ser productos de la mera voluntad arbitraria del legislador. De ahí que Antígona sostenga, aun sin decirlo, *veritas, non auctoritas facit ius*[92]; razón por la que decide obedecer a su conciencia y a la Justicia, que son los fundamentos últimos del Derecho y de la propia dignidad de la persona, y no a una ley que, al separarse de la necesaria dimensión ético-racional, se sitúa fuera del bien particular y del bien común, lo que la convierte en una proposición de escaso alcance, incapaz de generar las condiciones mínimas para que la sociedad se desarrolle sobre las coordenadas de la convivencia y el respeto a las creencias y valores.

Este conjunto de reflexiones nos lleva a entender, con Talavera, que Antígona es un claro ejemplo de desobediencia civil[93]. ¿Y por qué decimos que de desobediencia civil y no de objeción de conciencia? La razón la hallamos en la definición que proporciona John Rawls a la desobediencia civil:

"Comenzaré definiendo la desobediencia civil como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Actuando de este modo apelamos al sentido de justicia de la mayoría de la

91 Ferrajoli, L.: "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, p. 25.

92 En torno a esta cuestión, Macioce, F.: "La objeción de conciencia", *Estado, Ley y Conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 177-186.

93 Talavera, P.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006, pp. 125-129. A quien seguimos en este subapartado.

comunidad, y declaramos que, según nuestra opinión considerada, los principios de la cooperación social entre personas libres e iguales no están siendo respetados"[94].

Siguiendo el desglose que Talavera realiza de los elementos de la definición aportada por Rawls, podemos ir contrastando si ésta se acomoda al comportamiento seguido por Antígona. Veamos cada uno de ellos:

[1] Es un acto público. Antígona no esconde su intención de no acatar el decreto de su tío. En concreto, exhorta a su hermana a que proclame el acto que va a realizar, porque no tiene por qué avergonzarse de su comportamiento, muy al contrario, ella sabe que está cumpliendo con su conciencia y con una ley más antigua que el decreto de su tío, con una ley que impide dejar insepulto al cadáver de Polinices. Es la única justicia que conoce, la única que respeta:

ISMENE. "Pero no delates este propósito a nadie; mantenlo a escondidas, que yo también lo haré.

ANTÍGONA. ¡Ah, grítalo! Mucho más odiosa me serás si callas, si no lo pregonas ante todos" (vv. 83-85).

[2] Es un acto no violento. Antígona no opone resistencia alguna a los guardias que la descubren y la apresan, como tampoco niega los hechos que ha realizado, ni un desconocimiento del decreto real, circunstancias que le podrían servir de eximente. Ha cumplido con su deber y su conciencia. Lo ha hecho sola, sola con sus manos, y sola ha aceptado su destino, sin alzar a nadie contra una ley injusta, o contra un gobernante injusto. Sólo ha levantado la conciencia dormida de quienes la rodeaban, incluido al propio Creonte, que en su desgracia se hace consciente de la verdad insumisa de Antígona.

[3] Es un acto consciente. Antígona conoce antes que nadie "ese rumor" que se esparce en la bruma de la mañana. Se lo hace saber a su hermana. Le comunica el contenido del decreto y su terrible resolución, y aun así, no declina en su heroica resolución: sabe que su destino es morir sin haber alcanzado el lecho nupcial; pero también sabe que su muerte no carecerá de honor y de verdad (v. 96).

[4] Es un acto político, contrario a la ley. La desobediencia civil es una transgresión de una norma de Derecho positivo. Desde la primera conversación que tiene con su hermana Ismene, Antígona no duda en proclamar que no está dispuesta a cumplir el decreto de Creonte. No sólo no está dispuesta a cumplirlo, sino que pide a su hermana que se sume a su acto de desobediencia. No en vano, una vez le ha dicho a Ismene: "Piensa si quieres colaborar y trabajar conmigo" (v. 41), ésta

94 Rawls, J.: *Teoría de la Justicia,* Fondo de Cultura Económico, México, 2006, p. 333.

le recuerda en la soledad en que se hallarían "si forzando la ley, transgredimos el decreto o el poder del tirano" (vv. 57-60).

[5] Es un acto cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Antígona no cuestiona ni la legitimidad del monarca, ni el régimen político de la ciudad, ni las leyes en su conjunto. Únicamente pone en entredicho la legalidad de un decreto concreto, de un decreto que afecta a su familia y a sus sentimientos, de un decreto que viola unas leyes antiguas y un concepto de Justicia que atañen a todos los ciudadanos de la *polis*. Y su propósito lo consigue. De alguna forma, su trágica muerte no es baldía, porque Creonte, después de ser recriminado por todos, incluido por su hijo Hemón, recapacita y claudica. En efecto, al final de la tragedia Creonte es consciente de que ha de respetar las leyes divinas, que el Derecho, su Derecho, no puede contravenir la Justicia ni las normas superiores. Su desobediencia civil ha tenido su fruto, aunque a un coste no querido por nadie, ni siquiera por el propio Creonte[95].

[6] Es un acto por el que se apela al sentido de justicia de la comunidad. Y así lo hace Antígona al recurrir, no al *nomos*, sino a la *diké*, a la Justicia inveterada, a la Justicia no escrita, pero inscrita en la memoria y en los corazones de los ciudadanos de Tebas. A esos principios superiores es a los que recurre e invoca; a ese Derecho natural que no atiende a normas injustas, porque éstas no pueden gobernar la conciencia recta de los ciudadanos.

[7] Es un acto no violento, y al no serlo se aceptan sus consecuencias legales. Como señala el propio Rawls: "Se viola la ley, pero la fidelidad a la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta"[96]. Ésta es la diferencia sustancial con la objeción de conciencia, porque el objetor intenta eludir a toda costa la sanción que el legislador le impone por incumplir la ley. La grandeza de Antígona consiste en aceptar cualquier castigo que la ley pueda imponerle, y lo hará porque asume que la fuerza de una ley sin justicia no puede imperar sobre sus principios, y al hacerlo, desafía al poder, lo cuestiona y lo pone contra un muro de ladrillos, que poco a poco se irá desmoronando.

En definitiva, la desobediencia civil no busca el interés propio o de un grupo determinado. Es el resultado de una convicción sincera en los principios que regulan la vida y la sociedad; de una convicción que pone de relieve la contradicción existente entre el Derecho, la política y la moral. Por esta razón, no es contraria

95 Nos lo recuerda Arendt, H.: *De la historia a la acción*, Paidos Ibérica, Barcelona, 1995, p. 30: "La comprensión de los asunto políticos e históricos, en tanto que son profunda y fundamentalmente humanos, tiene algo en común con la comprensión de los individuos; sólo conoceremos quién es esencialmente alguien después de la muerte […]. Para los mortales, lo eterno y definitivo comienza sólo después de la muerte".

96 Rawls, J.: *Teoría,* cit., p. 334.

a la democracia, ni se manifiesta al margen de los procedimientos legales; de ahí que quien se acoja a ella, acepta y espera sin resistencia alguna el castigo por las acciones emprendidas.

Así lo hizo Antígona, y su ejemplo perseveró. Nos lo recuerda el autor del ensayo *Del deber de la desobediencia civil* (1849), Henry David Thoreau, quien fue encarcelado por negarse a costear con sus impuestos la guerra que Estados Unidos libró con Méjico, y que se saldó con la anexión de California, Nuevo Méjico y Tejas al territorio de Estados Unidos.

Como la *Antígona* de Sófocles, su justificación la dejó por escrito:

"Todos los hombres reconocen el derecho a la revolución, es decir, el privilegio de rehusar adhesión al Gobierno y de resistírsele cuando su tiranía o su incapacidad son visibles e intolerables".

"¿Debe rendir el ciudadano su conciencia, siquiera por un momento, o en el grado más mínimo, al legislador? ¿Por qué posee pues, cada hombre, una conciencia? Estimo que debiéramos ser hombres primero y súbditos luego. No es deseable cultivar por la ley un respeto igual al que se acuerda a lo justo. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en todo momento lo que considero propio"[97].

Una conciencia que, como ha resaltado la filósofa Adela Cortina, llena las vidas de quienes se dejan impregnar por ella: "La vida plena, la que corre por las venas de los seres humanos, es una inmensa objeción de conciencia frente a la cuantificación, una enmienda a los porcentajes, una continua desobediencia a los pronósticos, una apuesta en último término por aquello que tiene valor y es insensato fijarle precio"[98]. Es la objeción de quienes se resisten a ese *Leviatán* que devora a los que no se acogen a sus leyes y decretos; es la objeción de aquellos hombres que se resisten a creer que las leyes son, sin excepción posible, la salvaguarda de la ciudad y del bien común –Creonte–, por lo que, quien atenta o disiente contra ellas es por mera locura o vileza –Antígona–; es la objeción de quienes son capaces de alegar que con la misma formalidad con que fueron promulgadas, son derogadas por nuevos y cercanos legisladores, lo que parece demostrar el carácter dudoso de la sabiduría con que fueron redactadas[99].

97 Thoreau, H. D.: *Walden o la vida en los bosques y del deber de la desobediencia civil*, Los libros de la frontera, Barcelona, 2004, pp. 311-312.

98 Cortina, A.: *Alianza y Contrato. Política, ética y religión*, Trotta, Madrid, 2005, p. 21.

99 Strauss, L.: *Derecho*, cit., pp. 150-152.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G.: *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 1999

ALSINA, J.: *Tragedia, religión y mito entre los griegos*, Labor, Barcelona, 1971

ANOUILH, J.: *Antígona*, Losada, Buenos Aires, 2009

ARENDT, H.: *De la historia a la acción*, Paidos Ibérica, Barcelona, 1995

ARISTÓTELES: *Poética*, Gredos, Madrid, 1992

BAGNELL BURY, J.: *Historia de la libertad de pensamiento*, Ediciones Populares Argentinas, Buenos Aires, 1957

BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007

BAÑULS OLLER, J. V.: "Tragedia griega y compromiso político", *El teatre, eina política*, Levante Editori-Bari, Valencia, 1998

BLOCH, M.: *Introducción a la Historia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1982

BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993

BOLLACK, J.: *La muerte de Antígona, La tragedia de Creonte*, Madrid, 2004

BORGES, J. L.: "Nubes I", *Los conjurados*, Alianza Editorial, Madrid, 1985

BORGES, J. L.: "El pudor de la Historia", *Otras inquisiciones*, *Obras completas*, I, RBA, Barcelona, 2009

BOWRA, C. M.: *Historia de la literatura griega*, Fondo de Cultura, México-Buenos Aires, 1948

BOWRA, C. M.: *La Atenas de Pericles*, Alianza Editorial, Madrid, 1983

CAMUS, A.: *El hombre rebelde*, Alianza Editorial, Madrid, 2013

CANTARELLA, E.: *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la Antigüedad clásica*, Akal, Madrid, 1996

Claudio Acinas, J.: "Sobre la obediencia al Derecho, de nuevo", *Revista Laguna*, núm. 22, abril 2008

Cortina, A.: *Alianza y Contrato. Política, ética y religión*, Trotta, Madrid, 2005

Croce, B.: *Teoría e Historia de la Historiografía*, Escuela, Buenos Aires, 1965

Cruz Cruz, J.: "Antígona. La tragedia de la familia en Hegel", *Razón y libertad. Homenaje a Antonio Millán-Puelles*, Rialp, Madrid, 1990

Else, G. F.: *The Madness of Antigone*, Heidelberg, 1976

Esquilo: *Las coéforas*, *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2015

Eurípides: *Suplicantes*, *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2015

Eurípides: *Fenicias*, *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2015

Farrar, Ch.: "La teoría política de la antigua Grecia como respuesta a la democracia", *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C.–1993 d.C.)*, Tusquets, Barcelona, 1995

Ferrajoli, L.: "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011

Ferrero, J.: *Las trece rosas*, Siruela, Madrid, 2003

Finley, M. I.: *Los griegos de la Antigüedad*, Labor, Barcelona, 1975

Finnis, J.: *Ley natural*, Buenos Aires, 2000

Fuller, L. L.: *The Morality of Law*, New Haven, 1964

Gadamer, H.-G.: *Estética y hermenéutica*, Madrid, 1998

Gilson, E.: *El espíritu de la filosofía medieval*, Rialp, Madrid, 2004

González Vicén, F.: "La obediencia al Derecho", *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Universidad de la Laguna, Laguna, 1979

Grossman, V.: *Vida y destino*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2007

Hart, H. L. A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998

HEGEL, G. W. F.: *La fenomenología del Espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid, 1986

HEGEL, G. W. F.: *Estética*, Península, Barcelona, 1991

HEIDEGGER, M.: *Del camino al habla*, El Serbal, Barcelona, 2002

HERRERAS MALDONADO, E.: *La aportación de la tragedia griega a la educación democrática,* Universidad de Valencia, Valencia, 2008

HERVADA, J.: *Introducción crítica al Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 1996

JAEGER, W.: *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económico, México, 1962

JASPERS, K.: *Lo trágico en el lenguaje*, Ágora, Málaga, 1995

KELSEN, H.: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Ediciones Coyoacán, México, 1979

KELSEN, H.: *¿Qué es justicia?,* Ariel, Barcelona, 1982

KIERKEGAARD, S.: *Antígona*, Renacimiento, Sevilla, 2003

KOSELLECK, R.: *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*, Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, Madrid, 2011

LACAN, J.: "La esencia de la tragedia. Un comentario sobre Antígona de Sófocles", *La ética del psicoanálisis*, Paidós, Buenos Aires, 1988

LLEDÓ, E.: "Necesidad de la literatura", *El País*, 21, 12, 2002

LÓPEZ QUINTÁS, A.: *Cómo formarse en la ética a través de la Literatura. Análisis estéticos de obras literarias*, Rialp, Madrid, 2008

MACIOCE, F.: "La objeción de conciencia", *Estado, Ley y Conciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2010

MAGRIS, C.: *Literatura y derecho, ante la Ley*, Sexto Piso, Madrid, 2008

MATE, R.: "La actualidad de la tragedia", *La piedra desechada*, Madrid, 2013

MUGUERZA, J.: "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)", *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, Madrid, 2007

NUSSBAUM, M. C.: *La fragilidad del bien: Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Visor, Madrid, 1995

NIETZSCHE, F.: *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Teorema, Valencia, 1980

ORSÍ, R.: *El saber del error. Filosofía y tragedia en Sófocles*, Plaza y Valdés, Madrid-México, 2007

ORTEGA Y GASSET, J.: "Una interpretación de la Historia Universal. En torno a Toynbee", *Obras Completas*, IX, Alianza Editorial, Madrid, 1983

RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia,* Fondo de Cultura Económico, México, 2006

REINHARDT, K.: *Sófocles,* Gredos, Madrid, 2010

RODRÍGUEZ ADRADOS, F.: *La democracia ateniense*, Alianza Editorial, Madrid, 1985

RODRÍGUEZ ADRADOS, F.: *Democracia y literatura en la Atenas clásica*, Madrid, 1997

ROMILLY, J. DE: *La ley en la Grecia clásica*, Buenos Aires, 2004

SAINT-EXUPÉRY, A. DE: *El Principito*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1975

SHAKESPEARE, W.: *Hamlet,* Espasa-Calpe, Madrid, 1979

SÓFOCLES: *Edipo en Colono*, Gredos, Madrid, 2015

SÓFOCLES: Áyax, Gredos, Madrid, 2015

STEINER, G.: *Antígonas. Una poética y una filosofía de la lectura*, Gedisa, Barcelona, 1987

STRAUSS, L.: *La ciudad y el hombre*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006

STRAUSS, L.: *Derecho natural e historia*, Buenos Aires, 2014

TALAVERA, P.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006

THOREAU, H. D.: *Walden o la vida en los bosques y del deber de la desobediencia civil*, Los libros de la frontera, Barcelona, 2004

TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América*, Trotta, Madrid, 2010

TOUCHARD, J.: "Grecia y el mundo helenístico", *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1993

TOVAR, A.: "Antígona o el tirano, o la inteligencia de la política", *Ensayos y peregrinaciones*, Guadarrama, Madrid, 1960

TUCÍDIDES: "Discurso Fúnebre de Pericles", *La guerra del Peloponeso*, Cátedra, Madrid, 2004

UNAMUNO, M. DE: *El sentimiento trágico de la vida*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980

UNAMUNO, M. DE: *La tía Tula*, Salvat, Navarra, 1982

VERNANT, J.-P.: *Entre Mito y Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002

VERNANT, J. P. Y VIDAL NAQUET, P.: *Mito y tragedia en la Grecia Antigua*, II, Paidós, Barcelona, 2002

VIDAL NAQUET, P.: *El espejo roto. Tragedia y política en Atenas en la Grecia Antigua*, Adaba, Madrid, 2004

WILDE, O.: *Retrato de Dorian Gray*, Salvat, Barcelona, 1970

ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995

ZWEIG, S.: *María Antonieta*, Acantilado, Barcelona, 2012

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN ESPAÑA

BIOMEDICAL RESEARCH LAWS AND CODES DEVELOPMENT IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 254-275

Dra. Mar
ARANDA
JURADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La ratificación por el Estado español del "Convenio de Oviedo" en 1999, supone su compromiso de adaptar la legislación relativa a la bomedicina, y a aprobar instrumentos normativos que respeten su finalidad: garantizar los derechos y libertades fundamentales de todos y, asegurar la dignidad e identidad de los seres humanos. Constituye el objeto de este trabajo, el análisis de la vigente normativa española en materia de investigación en humanos.

PALABRAS CLAVE: Genética; biología humana; legislación.

ABSTRACT: *The ratification by the Spanish State of the "Oviedo Convention" in 1999 implies a commitment to adapt to the legislation on biomedicine, since the normative instruments that respect it: guarantee the rights and fundamental freedoms of all and ensure dignity and identity of human beings. The object of this paper is the analysis of the Spanish normative norm in the field of research in human beings.*

KEY WORDS: *Genetics; human biology; laws.*

SUMARIO.- I. EL NUEVO MARCO DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN ESPAÑA: LA LEY 14/2007.- II. LA REGULACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS QUE IMPLICAN PROCEDIMIENTOS INVASIVOS EN SERES HUMANOS.- III. REGULACIÓN DE LA DONACIÓN, USO DE EMBRIONES Y FETOS HUMANOS, SUS CÉLULAS, TEJIDOS U ÓRGANOS.- IV. REGULACIÓN SOBRE LA OBTENCIÓN Y USO DE CÉLULAS Y TEJIDOS DE ORIGEN EMBRIONARIO HUMANO Y DE CÉLULAS SEMEJANTES.- V. REGULACIÓN DE ANÁLISIS GENÉTICOS, MUESTRAS BIOLÓGICAS Y BIOBANCOS.- 1. En relación a los análisis genéticos.- 2. En relación a la utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación y biobancos.- VI. CONCLUSIONES. ALGUNAS REFLEXIONES ÉTICAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.

I. EL NUEVO MARCO DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN ESPAÑA: LA LEY 14/2007.

El 3 de julio de 2007, se aprueba en España la Ley 14/2007, de Investigación biomédica (en adelante, LIB), que trata de dar respuesta al agigantado avance de la investigación y a los nuevos métodos y técnicas aplicados en la evolución de la biomedicina, que reivindicaban un necesario avance también en el ámbito legislativo.

Entiende la investigación biomédica la LIB, constituyendo su ámbito, la investigación básica y la clínica, excluyendo el implante de órganos, tejidos y células, así como los ensayos clínicos con medicamentos que re regirán por su legislación específica.

Así, bajo el paraguas de la normativa supranacional -compromiso obligado para el Estado español- como: el Código de Nüremberg de 1947; la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial de 1964; el Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1977 -Convenio de Oviedo, ratificado por España el 23 de julio de 1999-; el Informe Belmont de 1978; la Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos de 1997 o el Código de ética y deontología médica de la Organización Médica Colegial de 1999, la Ley 14/2007 tiene como objetivo regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica (art. 1).

• Dra. Mar Aranda Jurado
Profesora Contratada Doctora, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, mar.aranda@ucv.es

El marco constitucional ampara esta iniciativa legislativa, sin ningún género de duda. Así el artículo 149.1.15 CE reconoce la competencia del Estado para fomentar y coordinar, de manera general, la investigación científica y técnica. Por su parte, las Comunidades Autónomas, que así lo tengan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, comparten el encargo de fomento de la investigación, apoyándose en sus propias estructuras de investigación biomédica como las Universidades y otros centros destinados a investigar (arts. 44.2 CE y 148.1.17 CE).

El reto de la LIB era -o mejor dicho, sigue siendo-, ofrecer el marco normativo necesario para abordar nuevas situaciones *de facto* que no estaban contempladas en ninguna norma española y que eran producto del importante desarrollo en materia de biomedicina, como por ejemplo la investigación con muestras biológicas humanas o los análisis genéticos. Y todo ello, garantizando la protección de los derechos de las personas que pudieran resultar afectadas por la investigación.

En este sentido, la Constitución española y el Convenio de Oviedo, se erigen como garantes del respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de la persona, sin tratar de limitar el desarrollo científico en el ámbito biomédico. Así, el propio preámbulo de la LIB, afirma que "la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia", reconociendo fielmente el artículo 2 del Convenio de Oviedo, relativo a la primacía del ser humano.

Y es que, consciente de que los rápidos avances en la medicina y en la biología puede suponer un riesgo para los derechos y libertades del ser humano, pero convencido de que el avance en estas ciencias supone un indiscutible beneficio para la sociedad presente y futura , el Consejo de Europa, estableció en el citado Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, los límites a la evolución de la biomedicina, que los Estados firmantes deberían trasponer a sus legislaciones internas, para proteger al ser humano en su dignidad y su identidad, garantizando el respeto a los derechos y libertades fundamentales, especialmente al de su integridad en relación a la aplicación de la biología y la medicina (art. 1).

Teniendo en cuenta, además, la legislación española en materia de protección de datos -Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal- y lo regulado en relación al consentimiento informado y la documentación clínica, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, la LIB se fundamenta en los siguientes principios (art. 2):

- Principios de integridad de las personas y protección de la dignidad e identidad del ser humano, en relación a cualquier intervención en biomedicina que implique intervenciones sobre seres humanos.

- El sometimiento de la ciencia o del interés general, al derecho a la salud, el interés y el bienestar del ser humano participante en una investigación biomédica.

- El requerimiento de informe favorable previo del Comité de Ética de la Investigación, para la práctica de cualquier proyecto de investigación sobre personas o su material biológico.

- El principio de precaución -para evitar y prevenir riesgos para la vida y la salud- regirá la investigación.

- La necesidad de evaluar la investigación, tras su finalización.

Estos principios se concretan en el reconocimiento de derechos como la libre autonomía del paciente, que se concreta en la necesidad de otorgar el consentimiento informado una vez recibida con carácter previo la información relativa a la actuación a realizar (art. 4). También, el derecho a no ser discriminado por motivos genéticos o por renuncia a la práctica de un análisis genético o a la participación en una investigación (art. 6), el derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de garantías de confidencialidad (art. 5), la gratuidad de las donaciones de material biológico (art. 7), la garantía de trazabilidad y seguridad de las células o cualquier material biológico de origen humano (art. 8) y los límites de los análisis genéticos, que serán llevados a cabo bajo los principios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad (art. 9).

Por su parte, y para el desarrollo y protección del derecho fundamental a la producción científica reconocido expresamente en el artículo 20 CE, como derecho fundamental, la LIB, establece que la promoción a la investigación biomédica atenderá a los criterios de calidad científica, eficacia e igualdad de oportunidades, debiendo estar científicamente justificada (art. 10).

Otro aspecto novedoso de esta Ley fue, la creación tres órganos colegiados con funciones específicas en el ámbito de gestión y seguimiento de la investigación biomédica.

Así, en primer lugar, crea los Comités de Ética de la Investigación en los centros que realicen investigación biomédica, cuya actuación se someterá a los principios de independencia e imparcialidad y tendrá una composición interdisciplinar. Deberán estar acreditados por la Administración autonómica o central –en función de la dependencia del centro de investigación-.

Sus funciones, que están establecidas en el artículo 12 de la LIB, tienen relación con la evaluación de las competencias de los investigadores, así como con la factibilidad del proyecto que se pretende desarrollar. Deberán emitir informe

preceptivo favorable en aquellas investigaciones biomédicas que impliquen una intervención en seres humanos o que se lleven a cabo utilizando muestras biológicas, también de origen humano. Es también función de este Comité, entre otras, la de ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del proyecto de investigación, así como el balance riesgos-beneficios que puedan dimanar del estudio.

En segundo lugar, la LIB crea la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos (en adelante, la Comisión de Garantías). Dedica a esta Comisión el Capítulo III del Título III de la Ley, dedicado a la donación y el uso de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos. Constituida en el año 2012, la Comisión es un órgano permanente y consultivo, adscrito al Instituto de Salud Carlos III (en adelante, ISCIII), dirigido a asesorar y orientar sobre la investigación y la experimentación con células madre y a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia –investigaciones específicamente recogidas en el art. 35 de la Ley 14/2007-. La Comisión de Garantías sustituyó a la anterior Comisión de Seguimiento y Control que, también adscrita al ISCIII, venía funcionando desde el año 2004.

Fundamenta la Ley de 2007 la necesidad de crear este órgano colegiado por las evidentes implicaciones éticas que tienen este tipo de investigaciones y la importancia de asegurar las garantías científicas, éticas y legales que sean exigibles. Además de su función de asegurar las garantías científicas, éticas y legales de las investigaciones recogidas en la LIB (art. 35), destaca la de emitir informe preceptivo sobre proyectos de investigación que requieran la entrada y/o salida de material embrionario.

Esta Comisión fue objeto de desarrollo normativo para su correcto funcionamiento por el Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre[1], en virtud de la facultad que la disposición final tercera de la Ley 14/2007, le da al Gobierno.

Por último, la LIB crea el Comité de Bioética de España. A él dedica su Título VII y lo configura como "órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, que desarrollará sus funciones, con plena transparencia, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud". El Comité quedó constituido el 22 de octubre de 2008 y está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

1 Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre, por el que se regulan la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación.

Tiene la misión de emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. Asimismo, se le asignan las funciones de establecer los principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica y la de representar a España en los foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la bioética.

Son novedad importante en la LIB, la especificidad sobre los principios que deben regir la práctica de la investigación. Así, dispone los principios que deben inspirar la práctica de la investigación, haciendo referencia expresa a la necesidad de que el paciente preste el consentimiento y defiendo el contenido de la información previa que debe facilitársele así como, requisitos específicos para el caso de investigación en la mujer embarazada o en periodo de lactancia, o para menores e personas incapaces de prestar su consentimiento.

Debido a la amplitud de materias que regula la LIB, a continuación, trataremos cada una de las materias que regula, de manera separada, en aras a una mayor claridad expositiva.

II. LA REGULACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES BIOMÉDICAS QUE IMPLICAN PROCEDIMIENTOS INVASIVOS EN SERES HUMANOS.

La regulación de las investigaciones biomédicas que implican procedimiento invasivos en seres humanos que hace la LIB en su Título II, constituyen una complementación a la regulación específica de los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios[2].

En el capítulo primero del Título II, la LIB establece los principios generales y los requisitos de información previa y consentimiento informado de la persona que vaya a someterse al procedimiento. Así, se exige consentimiento expreso, específico y por escrito del sujeto o de sus representantes legales, en su caso, en relación a los principios y garantías generales del artículo 4 de la LIB.

2 En este sentido, la regulación vigente en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los ensayos clínicos, la constituye el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. Este Real Decreto deroga la anterior normativa, esto es, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero. Pretende el Real Decreto 1090/2015, adaptar la legislación española al Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, y desarrollar aquellos aspectos que el reglamento deja a la legislación nacional. Dicho Reglamento deroga la Directiva 2001/20/CE. Con la entrada en vigor del Real Decreto 1090/2015, el 13 de enero de 2016, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) publica un documento de instrucciones, en formato de preguntas y respuestas, para difundir información sobre los aspectos prácticos que conlleva la aplicación del nuevo Real Decreto que se va actualizando en función de las necesidades. Estas instrucciones son complementarias al "memorando de colaboración" entre AEMPS y Comités de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm). Cfr. http://www.se-fc.org/

En cuanto al régimen que rigen la investigación en seres humanos con procedimientos invasivos, destaca que sólo se podrá realizar en ausencia de una alternativa que tenga una eficacia comparable y no deberá implicar riesgos y molestias desproporcionados en relación a los beneficios que se puedan obtener, salvo que, a criterio del Comité de Ética de la Investigación competente en la evaluación de la investigación, se entienda que la misma representa un riesgo y carga mínima para el sujeto.

En relación a la información previa que debe recibir la persona que se someta a un proyecto de investigación, su contenido está detallado en el artículo 15 de la LIB y estará debidamente documentada y de forma comprensible y adecuada a las circunstancias personales, en el caso de que la persona padezca alguna discapacidad.

Formará parte de la información previa que se facilitará a la persona, lo relativo a los derechos y garantías establecidas en la LIB, especialmente, su derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento, sin que se vea mermado por ello, su derecho a la asistencia sanitaria (art. 15.4).

Por su parte, la LIB exige una evaluación de cualquier investigación biomédica que comporte algún procedimiento invasivo en el ser humano, por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente y autorización por el órgano autonómico competente. Esta valoración deberá ser previa a la autorización, favorable y motivada y deberá tener en cuenta: a) la idoneidad científica del proyecto; b) la pertinencia del mismo; c) su factibilidad; y d) la adecuación tanto del investigador principal como del resto del equipo de investigación.

Si, a la vista de resultados parciales, se considerar conveniente realizar cualquier tipo de modificación del proyecto, ésta requerirá igualmente un informe favorable del Comité de Ética de la Investigación, aunque bastará con la comunicación a la autoridad autonómica competente.

Se establece también, la unidad de criterio y el informe único, para el caso de que el proyecto de investigación se realice en varios centros (art. 16 *in fine*).

Además, se establecen una serie de garantías de control y seguimiento de estos proyectos de investigación, las autoridades sanitarias, por tener competencia en materia de inspección sobre la investigación, pudiendo acceder a las historias clínicas de los sujetos participantes en la investigación, sometiendo, en todo caso su actuación, al deber de confidencialidad (art. 17.2). Esta facultad de control y seguimiento de los proyectos de investigación, de las autoridades sanitarias, permite la capacidad de suspender de manera cautelar -bien a instancia propia bien

a instancia del Comité de Ética de la Investigación- la investigación ya autorizada, si no se observan lo dispuesto en la LIB (art. 17.3).

Por último, se dispone un régimen de compensación por daños sufridos, y su aseguramiento (art. 18).

III. REGULACIÓN DE LA DONACIÓN, USO DE EMBRIONES Y FETOS HUMANOS, SUS CÉLULAS, TEJIDOS U ÓRGANOS.

En relación a la regulación de la donación, el uso de embriones y fetos humanos, sus células, tejidos u órganos, la aprobación de la Ley 14/2007, tuvo dos consecuencias:

a) La derogación de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre[3], actualizando el régimen legal que existía hasta su aprobación.

b) Tratar de eliminar la dispersión normativa en este ámbito relacionado con la investigación biomédica.

Siguiendo el esquema de la LIB, analizamos las novedades legislativas más importantes que se introduce en el ámbito de la donación y uso de embriones y fetos humanos, así como de sus células, tejidos u órganos, en dos apartados:

En cuanto a la donación de embriones y fetos humanos.

1º) Se permite la donación de embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo bilógico, o de embriones o fetos muertos, con fines de investigación, diagnóstico, farmacológico, clínico o quirúrgico (art. 28.1)

2º) Se prohíbe la interrupción del embarazo como finalidad para la donación y utilización ulterior de embriones, fetos o sus estructuras biológicas (art. 28.2, párrafo 1º).

3º) Con el fin de garantizar la no existencia de conflicto de intereses, los profesionales del equipo médico que realicen la interrupción del embarazo no podrán intervenir en la utilización de los embriones o fetos abortados, así como de sus estructuras biológicas (art. 28.2, párrafo 2).

4º) Establece como requisito indispensable para la intervención sobre embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo, así como los

3 La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humano o de sus células, tejidos u órganos, fue considerada en su momento, una de las normas más progresistas y novedosas en el Derecho comparado.

embriones o fetos muertos, que el equipo facultativo deje constancia de que se han producido tales circunstancias.

5º) Dispone los requisitos relativos a la donación de embriones, fetos o sus estructuras biológicas:

- Consentimiento previo, por escrito y de forma expresa de los donantes o sus representantes legales en el caso de menores no emancipados o incapaces.

- Información por escrito y previa a la donación, a los donantes o, en su caso, a sus representantes legales, de las siguientes circunstancias: los fines para los que puede servir la donación, las consecuencias de la misma, de las intervenciones que se vayan a realizar para llevar a cabo la donación, así como sus posibles consecuencias.

- Que tras la expulsión del embrión o del feto no haya sido posible mantener la autonomía vital del mismo en los términos de esta misma Ley.

- La prohibición del carácter lucrativo o comercial de la donación y ulterior utilización del embrión o feto, así como de sus estructuras biológicas.

- En el caso de fallecimiento de las personas de las que provienen los embriones o fetos, es necesario que no conste su oposición expresa a la donación y posterior utilización, así como la de sus representantes legales, en el caso de menores no emancipados o incapaces.

En cuanto a las condiciones para la investigación biomédica con embriones y fetos humanos:

Se establecen limitaciones a la investigación, pudiéndose sólo intervenir sobre el embrión o feto vivo en el útero cuando su fin sea de diagnóstico o terapéutico en su propio interés (art. 30).

1º) En cuanto a los requisitos para su utilización:

- Deben ser embriones o fetos que hayan perdido su capacidad de desarrollo, así como aquellos que estén muertos.

- Deben cumplirse los requisitos relativos a la donación establecidos en el artículo 29 -al que hemos hecho referencia *supra*-.

- Es necesaria la elaboración de un proyecto que explique cómo va a ser utilizado y que cuente con el informe favorable de la Comisión de Garantías.

- Que exista previa autorización de la autoridad competente -estatal o autonómica-.

- Obligación del responsable del proyecto de comunicar el resultado del mismo al mismo órgano que lo autorizó, así como a la Comisión de Garantías.

IV. REGULACIÓN SOBRE LA OBTENCIÓN Y USO DE CÉLULAS Y TEJIDOS DE ORIGEN EMBRIONARIO HUMANO Y DE CÉLULAS SEMEJANTES.

El Título IV, se sujeta a lo establecido, en esta materia, en la legislación vigente. En este sentido, recoge lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida[4]. Esta Ley, que ya supuso una adecuación de la legislación sobre técnicas de reproducción asistida a los avances científicos, introdujo importantes novedades, derogando la legislación anterior[5].

Se remite, por tanto, a la Ley 14/2006, en cuanto a lo concerniente a la donación de ovocitos y preembriones in vitro sobrantes (art. 32.2) y a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, así como los requisitos de la utilización de dichos preembriones o de sus estructuras biológicas con fines de investigación o experimentación.

Impone, no obstante, la LBI el carácter preceptivo del informe favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos (art. 38.1).

Por otro lado, se prohíbe explícitamente, la creación de preembriones y embriones humanos con el único fin de la experimentación (art. 33.1), atendiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la protección de la vida humana[6], pero permite, sin embargo, utilizar cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación -incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear-, siempre que no suponga la constitución de un preembrión o embrión exclusivamente para este fin (art. 33.2).

4 Como antecedentes a la Ley 14/2006, se publicó el Real Decreto 176/2004, de 30 de enero, por el que se aprobaba el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina regenerativa. Con el cambio de Gobierno, se publicaba el Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecían las fisiopatologías que permitían la fecundación de más de tres ovocitos en las técnicas de reproducción asistida. Más tarde, el Real Decreto 176/2004, quedaba modificado por el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, que regulaba, entre otros asuntos, el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hubieses sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003.

5 La regulación de las técnicas de reproducción asistida, antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana, estaba contemplada en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que fue posteriormente modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

6 SSTC 53/985, 212/1996 y 116/1999.

Respecto a la utilización de embriones supernumerarios de las técnicas de reproducción humana asistida, el punto de partida lo constituye el régimen legal que dispone la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que prohíbe expresamente la llamada clonación humana reproductiva.

En cuanto a las condiciones y garantías que deben darse en la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria, existe, de nuevo, una remisión a lo dispuesto en la Ley 14/2006, debiendo cumplirse además los siguientes requisitos (art. 34.1):

Respeto a los principios éticos y al régimen legal aplicable.

Respeto a los principios de pertinencia, factibilidad e idoneidad tanto de los equipos de investigación como de las instalaciones de los centros de investigación.

Que el proyecto de investigación que contemple la investigación con ovocitos o preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o de sus estructuras biológicas -sin necesidad de que su fin esté relacionado con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias- deberá contar con la autorización de la autoridad competente -autonómica o estatal-. Deberá contar carácter previo, con el informe favorable de la Comisión de garantías, si el proyecto de investigación tiene como objeto alguna de las materias establecidas en el artículo 35.1 de la LIB[7].

Además, dedica la LIB el capítulo tercero del Título IV a establecer la composición y funciones de la Comisión de Garantías y el capítulo cuarto a regular el Banco Nacional de Líneas Celulares (en adelante, BNCL).

El BNCL se configura como una estructura en red con varios nodos coordinados[8] por uno central, que tendrá como objetivo garantizar en todo

7 "1. Requerirán el informe previo favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, los proyectos de investigación que versen en todo o en parte sobre las siguientes materias:
a) La investigación con preembriones humanos para la derivación de líneas celulares, para la investigación embriológica y para otros usos de investigación, excepto aquellos relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
b) La investigación con células troncales embrionarias humanas.
c) La activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación.
d) Cualquier otra técnica que, utilizando en todo o en parte muestras biológicas de origen humano, pueda dar lugar a la obtención de células troncales.
e) La investigación con células o tejidos embrionarios obtenidos por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 33.2.
f) Cualquier otra línea de investigación que incluya material celular de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante.
g) La investigación con líneas de células troncales embrionarias que provengan de otro país, intracomunitario o extracomunitario. Dicho origen vendrá especificado en el proyecto presentado a informe".

8 Actualmente los nodos que existen están en Barcelona y en Valencia y el nodo central que está situado en Granada.

el territorio nacional la disponibilidad de líneas de células troncales humanas embrionarias para la investigación biomédica.

V. REGULACIÓN DE ANÁLISIS GENÉTICOS, MUESTRAS BIOLÓGICAS Y BIOBANCOS.

El Título V de la LIB contempla la regulación de materias que son consecuencia de la proliferación de la investigación biomédica, como la realización y utilización de los resultados de análisis genéticos o la obtención y utilización con fines de investigación biomédica de muestras biológicas de origen humano. Encontramos, por tanto, en este extenso Título, un amplio desarrollo del régimen jurídico de estas materias, así como del estatuto jurídico de los biobancos, por su estrecha vinculación con la utilización de muestras de origen humano.

Establece, en su Capítulo primero, los principios rectores específicos[9] de accesibilidad, equidad y calidad en el tratamiento de los datos, así como la gratuidad de todo el proceso relacionado con la donación, cesión, almacenaje y utilización de muestras biológicas y el consentimiento informado específico.

1. En relación a los análisis genéticos.

El extraordinario desarrollo de la medicina genética genera expectativas importantes en el conocimiento y prevención de muchas enfermedades. En este sentido, los análisis genéticos pueden realizarse con fines diagnósticos, o para la detección de mutaciones genéticas que pueden ser hereditarias o puedan incrementar la probabilidad de desarrollar determinadas enfermedades, como algunos tipos de cáncer hereditario.

Si bien, es objeto de la LIB el análisis genético de las personas nacidas, -aunque como veremos, hace referencia también a preembriones y embriones (art. 48.4)[10]-, el análisis genético de preembriones antes de su transferencia al útero de

9 Sin perjuicio de los principios y garantías generales en el ámbito de la investigación biomédica dispuestos en el Título I de la LIB.

10 La LIB reconoce a la Ley específica reguladora de las técnicas de reproducción asistida, la competencia para regular el régimen jurídico de los análisis genéticos sobre preembriones in vitro no transferidos, limitándose tan sólo a remarcar la necesidad del consentimiento informado de la madre gestante, para la realización de análisis genéticos sobre preembriones in vivo y sobre embriones y fetos que estén en el útero materno así como el sometimiento a los principios de protección de datos y confidencialidad de los resultados de los análisis genéticos realizados a preembriones, embriones y fetos (art. 53).
Será, por tanto, objeto de regulación de la Ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida, las prácticas habituales de cribado genético preimplantacional con embriones y el cribado genético preimplantacional con óvulos. El primero consiste en el estudio del material genético del embrión, antes una vez realizada la fecundación in vitro y antes de que sea transferido al útero, para estudiar su material genético, con el fin de detectar si la carga genética es la correcta. El segundo, de menor conflicto ético, -el cribado genético preimplantacional con óvulos-, consiste en el diagnóstico genético con óvulos con el fin de detectar patológicas genéticas o cromosómicas en el óvulo, antes de que se forme el embrión.

la madres -propios de procedimientos de técnicas de reproducción asistida, serán objeto de regulación en su normativa específica[11].

Por su evidente intromisión en la intimidad personal, y al necesario manejo de los datos genéticos por terceras personas, la LIB dispone un régimen específico para la salvaguarda del derecho a la protección de los datos personales de aquellas personas que se sometan a este tipo de análisis, más allá del ámbito general de protección establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

Así, la LIB detalla en su artículo 47 qué información previa y por escrito debe tener la persona que vaya a realizar un análisis genético, previa a la prestación de su consentimiento:

- Finalidad del análisis genético.

- Lugar donde se realizará el análisis.

- Destino de la muestra biológica tras la realización de la prueba, pudiendo ser: la disociación de los datos identificativos de la muestra, la destrucción de la misma o cualquier otro destino.

- Advertir de las consecuencias que los hallazgos inesperados en los análisis puedan tener para el sujeto y también para su familia; en este sentido, podrá ejercer el derecho a no ser informado, con los límites establecidos para los casos en los que, dicha información, pueda evitar un grave riesgo para la salud de sus familiares biológicos (art. 49 LIB)

- Garantía de que la persona que se someta a este tipo de análisis recibirá un asesoramiento genético adecuado -es lo que la LIB denomina, consejo genético-.

Respecto al consentimiento, que deberá expresarse por escrito, la LIB hace expresa mención a un "consentimiento expreso y específico" del sujeto fuente o de sus representantes legales, en su caso, para la realización de un análisis genético.

Regula también, la posibilidad de obtener muestras biológicas de personas fallecidas para su análisis, siempre que sus resultados puedan resultar de interés para la protección a la salud. Es requisito indispensable para esta práctica, la consulta a documentos de instrucciones previas al fallecimiento y a los familiares más próximos del fallecido, para la comprobación de la no existencia de prohibición expresa a esta práctica por parte del finado.

11 Abellán-García Sánchez, F.: "Los análisis genéticos dentro de la ley de investigación biomédica", *Revista de la Escuela de Medicina Legal,* núm. 11, 2009, p. 25.

Asimismo, limita el acceso de los familiares biológicos a los resultados del análisis genético realizado a la persona fallecida, tan sólo a los datos genéticos que sean necesario para garantizar y proteger el derecho a la salud de aquéllos.

Por último, en cuanto al consentimiento informado, la LIB establece la necesidad de prestar consentimiento explícito y por escrito, para la realización de un cribado genético[12] en los casos en los que el cribado incluya enfermedades no tratables o que se considere que los beneficios serán escasos o inciertos (art. 48.3), permitiéndose la prestación del consentimiento de forma verbal, si así lo establece el Comité de Ética de la Investigación.

Por su parte, la LIB contempla el derecho a la información del sujeto fuente que se configura como consecuencia de su manifestación de voluntad libremente otorgada, y que es complementario al derecho de acceso reconocido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

Parte de este derecho a la información, la LIB reconoce el ejercicio del derecho a no ser informado de los resultados del análisis realizado del sujeto fuente. En este caso, la información que se le facilitará al sujeto será la necesaria únicamente, para realizar un adecuado seguimiento del tratamiento que esté recibiendo, sin perjuicio del derecho de los familiares biológicos a recibir información, cuando se trate de evitar un grave perjuicio para la salud de éstos, con la misma limitación en cuanto al contenido (art. 49.2).

Como no podría ser de otra manera, y en la línea de garantizar y proteger la intimidad de los sujetos, la LIB regula escrupulosamente el acceso a los datos genéticos por parte del personal sanitario del centro responsable de la custodia de la historia clínica. Además de las obligaciones establecidas en la legislación específica -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-, la LIB establece limitaciones al acceso a los datos genéticos de los pacientes, así como el deber de confidencialidad, en relación a la protección de los datos genéticos del sujeto, por parte del personal sanitario:

- Sólo tendrán acceso a los datos que se contengan en la historia clínica del paciente, cuando sea necesario para la prestación asistencial.

12 El cribado genético es un control genético rutinario que se hace a nivel de poblaciones humanas con una triple finalidad: a) descubrir a las personas con enfermedades genéticas para tratar de prevenir o curar su enfermedad; b) detectar personas portadoras de taras genéticas con objeto de aplicar un asesoramiento genético; c) conocer el grado de dispersión y frecuencia con que se manifiestan las enfermedades genéticas a nivel de población, tratando de colegir sus causas. Información obtenida del web site de GreenFacts -Facts on Health and the Environment-.

- Se requiere consentimiento expreso del sujeto interesado, para la utilización de sus datos genéticos de carácter personal con fines distintos a los meramente asistenciales (fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia), salvo que los datos hayan sido previamente anonimizados.

- Se permite con carácter excepcional y por razones de interés sanitario general, previo informe favorable del organismo competente en materia de protección de datos, la utilización de los datos genéticos codificados, siempre que se garantice que no puedan asociarse con el sujeto fuente.

- Se dispone el deber de secreto de manera permanente al personal sanitario que tenga acceso a los datos genéticos en el ejercicio de sus funciones, salvo que se obtenga el consentimiento expreso del sujeto a que puedan revelarse estos datos genéticos de carácter personal a terceros. Asimismo, no se permite la publicación de los resultados de una investigación, si ello conlleva necesariamente la identificación de los sujetos fuente, salvo consentimiento de los interesados.

- Se garantiza, también, la protección de la intimidad personal, en relación a los miembros de una familia que se haya sometido a análisis genéticos, obligando la LIB a que los resultados se archiven y se comuniquen de manera individualizada.

En cuanto a la conservación de este tipo de datos, la LIB establece un período mínimo de cinco años desde la fecha en que fueron obtenidos los resultados, tras el cual, el interesado podrá pedir su cancelación. En el caso de que el interesado no ejerciese su derecho a cancelar sus datos, la LIB, de forma imprecisa, dispone que éstos podrán ser conservados hasta que sea necesario para preservar la salud del sujeto fuente o de terceras personas relacionadas con él.

Por último, dispone una salvedad en la conservación de los datos para fines de investigación, autorizando su conservación -sin establecimiento de plazo alguno-, siempre que se haga de forma anonimizada, eliminando la posibilidad de identificar al sujete fuente.

En relación a la realización del cribado genético, como fin para la detección de una enfermedad o riesgo grave para la salud del sujeto fuente o su descendencia y así tratar la enfermedad u ofrecer medidas preventivas, está regulado de manera precisa en el artículo 54 de la LIB.

Se exige que las autoridades sanitarias establezcan la pertinencia de su realización, basándose en criterios objetivos y, se insiste, en garantizar el acceso universal y equitativo de la población para la cual está indicado el cribado, así como el acceso a las prestaciones preventivas y terapéuticas que, en su caso se ofrezcan.

Se exige, igualmente, consentimiento expreso y por escrito de cada una de las personas que se someterán al cribado, con la información previa y por escrito cuyo contenido describe el artículo 54.6 LIB.

Constituye, por último, una novedad que la LIB regule la necesidad de acreditación de los centros y personas capaces de realizar análisis genéticos (art. 57).

2. En relación a la utilización de muestras biológicas humanas con fines de investigación y biobancos.

Pese a estar contemplado en la LIB en capítulos distintos, analizamos de manera conjunta la utilización de las muestras biológicas humanas y los biobancos, por su estrecha relación práctica.

Es importante el desarrollo normativo de la LIB en esta materia, con la aprobación del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.

La obtención, conservación, uso y cesión de las muestras biológicas, se regula de manera detallada en el capítulo tercero del Título V de la LIB, estando el marco jurídico marcado nuevamente por el consentimiento informado del sujeto fuente.

Constituye una novedad, el establecimiento de un régimen transitorio respecto a muestras obtenidas con cualquier finalidad -no sólo de investigación-, con anterioridad a la entrada en vigor de la LIB, para facilitar su utilización y velar por los intereses de los sujetos.

Así, para aquellas muestras biológicas obtenidas antes de la entrada en vigor de la LIB:

- Se podrán utilizar sólo si hay prestación del consentimiento informado por el sujeto fuente.

- Su uso estará limitado a aquellas muestras biológicas que hayan sido anonimizadas.

- Se permite excepcionalmente la utilización de muestras biológicas codificadas o identificadas, sin necesidad de consentimiento informado, cuando supone conseguir el mismo suponga un esfuerzo no razonable y previo dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación. Es evidente la vaguedad de la

LIB con el término "esfuerzo no razonable", cuya interpretación podría habría que entenderla, para aquellos casos en los que la labor de conseguir el consentimiento informado sería infructuosa a pesar de emplear los recursos materiales y personales que fueren necesarios.

No obstante, el Comité de Ética de la Investigación deberá tener en cuenta, para la emisión de su informe favorable: a) que se trate de una investigación de interés general; b) que la investigación sea menos efectiva o no sea posible, sin esos datos que identificarían al sujeto fuente; c) que no conste objeción expresa del sujeto fuente; d) que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.

Otro régimen se dispone, sin embargo, en la utilización de las muestras biológicas obtenidas después de la entrada en vigor de la LIB, respecto al consentimiento informado. Así:

- Sólo podrá obtenerse muestras biológicas con fines de investigación biomédica si existe previo consentimiento del sujeto fuente por escrito y tras recibir de manera adecuada la información relativa a las consecuencias y riesgos que puede suponer tal obtención para su salud -se detalla en el artículo 59, el contenido de la información previa al consentimiento[13]-. Dicho consentimiento podrá ser revocado.

13 "1. Sin perjuicio de lo previsto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, y en particular, en el artículo 45 de esta Ley, antes de emitir el consentimiento para la utilización de una muestra biológica con fines de investigación biomédica que no vaya a ser sometida a un proceso de anonimización, el sujeto fuente recibirá la siguiente información por escrito:
a) Finalidad de la investigación o línea de investigación para la cual consiente.
b) Beneficios esperados.
c) Posibles inconvenientes vinculados con la donación y obtención de la muestra, incluida la posibilidad de ser contactado con posterioridad con el fin de recabar nuevos datos u obtener otras muestras.
d) Identidad del responsable de la investigación.
e) Derecho de revocación del consentimiento y sus efectos, incluida la posibilidad de la destrucción o de la anonimización de la muestra y de que tales efectos no se extenderán a los datos resultantes de las investigaciones que ya se hayan llevado a cabo.
f) Lugar de realización del análisis y destino de la muestra al término de la investigación: disociación, destrucción, u otras investigaciones, y que, en su caso, comportará a su vez el cumplimiento de los requerimientos previstos en esta Ley. En el caso de que estos extremos no se conozcan en el momento, se establecerá el compromiso de informar sobre ello en cuanto se conozca.
g) Derecho a conocer los datos genéticos que se obtengan a partir del análisis de las muestras donadas.
h) Garantía de confidencialidad de la información obtenida, indicando la identidad de las personas que tendrán acceso a los datos de carácter personal del sujeto fuente.
i) Advertencia sobre la posibilidad de que se obtenga información relativa a su salud derivada de los análisis genéticos que se realicen sobre su muestra biológica, así como sobre su facultad de tomar una posición en relación con su comunicación.
j) Advertencia de la implicación de la información que se pudiera obtener para sus familiares y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos.
k) Indicación de la posibilidad de ponerse en contacto con él/ella, para lo que podrá solicitársele información sobre el modo de hacerlo.
2. En el caso de utilización de muestras que vayan a ser anonimizadas, el sujeto fuente recibirá la información contenida en los apartados a), b), c) y d) de este artículo" (art. 59 LIB).

- Se dispone un régimen específico para la obtención de muestras biológicas de menores de edad y de personas incapacitadas, asegurándose de que los conocimientos que se obtendrán tras la obtención de la muestra, no pueden ser conocidos de otro modo y se cuente con la autorización de los representantes legales. Además, será necesario que la investigación sea necesaria para obtener información relevante sobre la enfermedad, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.

- El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica, será específico para una investigación concreta, y se podrá otorgar en el momento de obtención de la muestra o posteriormente.

- Si bien, la LIB habla de consentimiento específico para una investigación concreta (art. 60.1), permite que dicho consentimiento específico prevea el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta al sujeto fuente, incluyendo la investigación realizada por terceros (art. 60.2).

- Se posibilita la revocación del consentimiento de forma total o para determinados fines, en cualquier momento, por parte del sujeto fuente, llevándose a cabo la destrucción de la muestra si la revocación se refiere a cualquier uso de la muestra.

Se permite, no obstante, la conservación de los datos que hayan sido obtenidos por la investigación estando vigente el consentimiento del sujeto.

En relación a la conservación de las muestras biológicas obtenidas, se le informará al sujeto fuente por escrito, de las condiciones de conservación de la muestra, los objetivos de la misma, así como los usos futuros, cesiones a terceros y condiciones que rigen la solicitud de su retirada o destrucción. La LIB prohíbe que las muestras biológicas utilizadas en investigación biomédica se conserven para otro fin que no sea el que justificó su recogida, salvo consentimiento explícito del sujeto fuente para otros usos posteriores (art. 61.2).

En cuanto a la regulación de los biobancos, el capítulo cuarto del mismo Título, establece su estatuto jurídico, así como su inscripción en el Registro Nacional de Biobancos.

Se establece el sistema de registro único -independientemente de la finalidad del banco-, incluidos los propósitos de uso clínico en pacientes, de forma exclusiva o compartida con los de investigación-.

Corresponde la autorización de la creación de biobancos a los órganos competentes de la comunidad autónoma correspondiente, a salvo de las iniciativas que pueda tomar el Instituto de Salud Carlos III sobre la creación de Bancos Nacionales de muestras biológicas con fines de investigación en atención al interés general, en cuyo caso la autorización corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo[14].

VI. CONCLUSIONES. ALGUNAS REFLEXIONES ÉTICAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.

Es obvia la importancia que tiene para la sociedad, el desarrollo y bienestar de la ciencia y los avances de la biomedicina para el diagnóstico, prevención y posible tratamiento de muchas enfermedades, siendo necesaria la contribución de los poderes públicos a esta tarea. Es muy positivo que nuestro país esté a la vanguardia de la investigación biomédica, siempre que se aseguren el respeto a los derechos fundamentales de los seres humanos.

Y también es justo reconocer, en nuestra opinión, la capacidad de la LIB para realizar una regulación ajustada a los avances de la ciencia y a la protección de los seres humanos y la libertad de los investigadores. La sociedad española necesitaba una regulación jurídica avanzada e impulsora de la investigación, pero, a la vez, respetuosa con los derechos implicados y garantista.

No obstante, y, debido a que nos encontramos ante una materia en los que confluyen aspectos jurídicos y éticos, al intervenir seres humanos, son varias las reflexiones que nos hacen poner en cuestión el pleno respeto a los derechos fundamentales, especialmente a la integridad y dignidad del ser humano.

En primer lugar, puede resultar inquietante que la LIB permita la investigación con embriones humanos vivos, bajo la excusa de que hayan perdido su capacidad de desarrollo. Y es que, más allá de la falta de existencia para acreditar, con carácter inequívoco, tal circunstancia, que puede llevar a arbitrariedades de las personas que tengan que acreditarlo, entendemos que no se puede aceptar que la capacidad vital sea el criterio para decidir que una vida humana se convierta en material para la investigación[15].

Por otro lado, aunque la LIB es explícita a la hora de prohibir la creación de embriones con fines exclusivos de investigación, permite, sin embargo, la activación de ovocitos por transferencia nuclear, permitiendo la clonación terapéutica. Hasta

14 Preámbulo LIB.

15 Conferencia Episcopal Española: "El proyecto de Ley de Investigación Biomédica no protege el derecho a la vida y permite la clonación de seres humanos".

el 2007, en nuestro país no estaba permitida y estaba cuestionada a la luz del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, así como nuestro Código Penal, que prohíben crear embriones con fines diferentes a la procreación.

La cuestión sobre la ética de esta práctica está en relación a la manipulación del lenguaje técnico. En efecto, la transferencia nuclear, permite que a partir de una célula de un paciente se consiga un embrión precoz (blastocisto) creado para obtener células embrionarias, que pueden ser usadas para el tratamiento asegurándose que no habrá riesgo de rechazo inmunológico.

Sin embargo, el argumento utilizado por los defensores del reconocimiento de esta práctica en la LIB, es que el resultado de ese proceso no es un embrión humano, porque no se ha producido fecundación del óvulo por un espermatozoide.

Por último, añadir que el legislador de 2007 no proporciona ninguna definición, a efectos de la Ley, de «persona con discapacidad», de tal forma que no sabemos si está pensando en los porcentajes según los tipos de discapacidad debidamente acreditados o bien utiliza un concepto distinto a los únicos efectos de la LIB[16].

16 Vivas Tesón, I.: "Bioinvestigación, biobancos y consentimiento informado del sujeto vulnerable", *Diario La Ley,* núm. 7911, Secc. Doctrina, *La Ley* 7870/2012

BIBLIOGRAFÍA

Abellán-García Sánchez, F.: "Los análisis genéticos dentro de la ley de investigación biomédica", *Revista de la Escuela de Medicina Legal,* núm. 11, 2009.

Beltrán Aguirre, J. L.: "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica", *Derecho y Salud,* vol. 15, 2007.

Casado de la Rocha, A.: "Biobancos, cultura científica y ética de la investigación", *Dilemata,* año 2, núm. 4, 2010.

Díaz Martínez, A.: "Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento", ***La Ley,*** núm. 6782, Sección Doctrina, 19 de septiembre de 2007.

Díaz Martínez, A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral", *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 5, 2011.

Introna, F.: "Lo screening genetico ed il giudizio di idoneità al lavoro", *Diritto e Società,* 1992.

Millán Calenti, R. A.: "Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro", *Derecho y Salud,* vol. 19, 2010.

Parra Lucán, M.ª A.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2, 2003.

Romero Pareja, A.: "Investigación biomédica responsable", *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* núm. 101, 2012.

Vivas Tesón, I.: "Bioinvestigación, biobancos y consentimiento informado del sujeto vulnerable", *Diario La Ley,* núm. 7911, Secc. Doctrina, La Ley 7870/2012.

Vivas Tesón, I.: *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos,* Difusión jurídica, Madrid, 2010.

CUESTIONES VARIAS EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR DOBLE PATERNIDAD

SOME ISSUES REGARDING THE DETERMINATION OF THE FILIATION BY DOUBLE PATERNITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 276-309

Dra. Ana Isabel
BERROCAL
LANZAROT

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El artículo 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida establece la posibilidad de determinar legalmente la doble maternidad de pareja de mujeres casadas y no separadas legalmente o de hecho, cuando la madre no gestante consiente que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge. En los supuestos no regulados en el citado precepto, el Tribunal Supremo en relación con parejas homosexuales de mujeres en sentencia de 5 de diciembre de 2013 y del Pleno de la Sala de lo Civil de 15 de enero de 2014 aplica el Código Civil y permite determinar judicialmente la maternidad mediante el ejercicio una acción de reclamación por constante posesión de estado prevista en el artículo 131. En el presente estudio se va a analizar la citada regulación y la posición adoptada por el citado Alto Tribunal en tales resoluciones.

PALABRAS CLAVE: Filiación; técnicas de reproducción asistida; consentimiento de la madre no gestante; doble maternidad legal; posesión de estado; acción de reclamación de la filiación.

ABSTRACT: *The article 7.3 of the law 14/2006, of May 26 on technologies of human assisted reproduction establishes the possibility of determining legally the double maternity of married women and not separated legally or of fact, when the not biological mother consents that filiation decides to his favor the respect of the born son of his spouse. In the suppositions not regulated in the mentioned rule the Supreme Court in relation with equal women's homosexuality in judgment of December 5, 2013 and January 15, 2014 applies the civil code and allows to determine judicially the maternity by means of the exercise of an action of claim for possession of status foreseen in the article 131. In the present study there is going to be analyzed the mentioned regulation and the position adopted as the mentioned High Court in such resolutions.*

KEY WORDS: *Filiation; technologies of human assisted reproduction; consent of non pregnant or biological woman; double legal maternity; possession of status; maternity claim action.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONSENTIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN.- III. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL Y NO MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 3/2005, de 1 de julio sobre el derecho a contraer matrimonio modifica el artículo 44 del Código Civil estableciendo en su apartado primero que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código", y, en su párrafo segundo que *"el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo"*. Esta nueva regulación legal del matrimonio no sólo ha posibilitado que esta institución resulte aplicable a las parejas del mismo sexo, sino que al optar por esta solución normativa de entre las diversas que, estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales sin que la reforma resulte contraria a la Constitución española[1].

Se amplían los modelos de familia, así como lo afirma nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 12 de mayo de 2011[2] al disponer en su Fundamento de Derecho tercero que "el sistema familiar es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan el núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales". Además, la protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en el artículo 8 del Convenio

1 Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 6 de noviembre de 2012 (RTC 2012, 198) desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2005. Se argumenta que, la Ley 13/2005 opera dentro del amplio margen concedido por el artículo 32 de la Constitución española que, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerlo en absoluto irreconocible para la imagen que, de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea. Asimismo, señala que, lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o no contraer matrimonio.

2 RJ 2011, 3280.

• Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, aiberrocalanzarot@der.ucm.es.

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades y los artículos 7 y 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora bien, esta reforma se hizo sin atender a otros aspectos que, operaban en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de la filiación en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para las parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales, en que, precisamente, una de las personas no interviene en la fecundación. Es el artículo 7 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida –en adelante, LTRHA- redactado por la Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que remite a las legislaciones de filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes de la misma, cuando se habilita a la mujer casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer para manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que, consisten en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido, con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales; si bien para su efectividad, la manifestación de voluntad ha de hacerse antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues, respecto a este momento nada se dice ni se infiere del precepto tal como queda redactado con la reforma por Ley 3/2007. Esta interpretación resultaba, además, más acorde no solo con el hecho que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo, y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 de la Constitución española que, reconoce la protección integral de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

La LTRHA dedica sus artículos 7, 8, 9 y 10 a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. En el Anexo A de esta Ley al que remite el artículo 2.1 de la misma se especifican como técnicas reproductivas admitidas en nuestro Derecho las siguientes: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplástica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y 3. Transferencia intratubárica de gametos. Para determinar la filiación mediante estas técnicas, el artículo 7.1 remite a las leyes civiles, a salvo las especificaciones contenidas en los tres artículos siguientes –en concreto, los artículos 8 a 10 de la LTRHA-. Por lo que, supone la remisión a la regulación contenida en los artículos 108 y siguientes del Código Civil; y en el ámbito de las legislaciones forales –artículos 235-1 a 235-14 del Código Civil catalán, y artículos 56 a 62 del Código Foral aragonés, entre otras-.

La filiación por naturaleza tiene una base biológica y el Código Civil considera en principio, padre y/o madre a quien es el progenitor del hijo y es en este caso, la

verdad biológica coincide con la verdad jurídica. A diferencia de la filiación adoptiva y la filiación por reproducción asistida.

Es por ello que, la LTRHA atiende al componente volitivo, esto es, a la voluntad de quien desea ser progenitor como modo legal de determinar la filiación. La doctrina siguiendo a De Castro en relación al estado civil de la persona distingue entre título de atribución y título de legitimación, entendiendo por el primero, el hecho o acto biológico o no que, según el ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil (filiación), esto es, permite establecer la acción de filiación; y, por título de legitimación es el que proclama a una persona a efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y lo habilita para el ejercicio de los derechos derivados del mismo[3].

De forma que, los verdaderos medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código Civil; si bien, se admite la determinación de la filiación sin ser el material genético relevante mediante el artículo 7.3 de la LTRHA. En este precepto, se reconoce mediante una ficción legal que, en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podía determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor del cónyuge no gestante, siempre que éste haya manifestado ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento al respecto. Es decir, el artículo 7.3 introduce en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial diferente de la presunción del artículo 116 del Código Civil; si bien, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013[4] establece en su Fundamento de Derecho 3º.3 que nos encontramos con: "la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza".

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en la determinación de la filiación por doble maternidad, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la LTRHA y aparte de lo establecido en este precepto, a su determinación mediante el ejercicio de la acción de reclamación por constante posesión de estado (artículo 131 del Código Civil).

3 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil*, T. V Familia, 2ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2005, p. 313; Flores Rodríguez, J.: "Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida", *Actualidad Civil,* núm. 5, mayo 2014, p. 2.

4 RJ 2013, 7566.

II. EL CONSENTIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y DETERMINACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN:

El artículo 6.1 de la LTRHA establece que, para ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida debe ser mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, siempre que se haya prestado el consentimiento escrito a su utilización y de forma libre, consciente y expreso. Asimismo, dispone que la mujer usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida reguladas en esta Ley, podrán serlo con independencia del estado civil y orientación sexual.

Ahora bien, la prestación del consentimiento debe ir precedido de una información previa que, ha de proporcionar el personal sanitario, relativa a la aplicación de estas técnicas, los posibles riesgos durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia que, puede derivar de la maternidad en una edad clínicamente inadecuada.

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. El consentimiento del cónyuge, que ha de prestarse antes de la utilización de las técnicas, deberá ser libre, consciente y formal (artículo 6.3)[5].

Este consentimiento del marido es necesario para que resulte operativa la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil. Se considera hijo del marido a los efectos legales tanto si en las técnicas se emplea su material genético, como si se emplea semen de un donante, pues, ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación, pueden impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (artículo 8.1 de la LTRHA). En todo caso, el previo consentimiento con contribución de donante priva al marido de una eventual acción de impugnación. Y, además, el consentimiento emitido por aquél no determina la filiación del nacido, sino que lo hace la presunción de paternidad del citado artículo 116 del Código Civil por remisión del artículo 7.1 de la LTRHA y, además, dicho consentimiento evita, como hemos señalado, la impugnación de tal filiación[6].

5 Para De la Fuente Núñez de Castro, Mª. S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", *Indret,* enero 2015, p. 8 hay que distingue entre el consentimiento contractual que, tiene lugar cuando se firma el contrato de arrendamiento de servicios con la clínica de reproducción asistida y el consentimiento informado previo al empleo de estas técnicas emitido por la receptora usuaria. Sin embargo, para Farnós Amorós E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposiciones de embriones*, Atelier, Madrid 2011, p. 67 no participa de esta distinción, pues, considera que, el consentimiento informado tiene un doble contenido: la información sobre el propio tratamiento y la prestación del consentimiento autorizando la práctica de la técnica concreta.

6 Nanclares Valle, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad*", Aranzadi Civil,* núm. 1, 2008, p. 2249; Barber Cárcamo, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *Revista Electrónica del Departamento de la Universidad de La Rioja*, núm. 8, 2010, p. 29; De la Fuente Núñez de Castro, Mª. S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", cit., p. 10.

La LTRHA no prevé los efectos de la falta de prestación del consentimiento del marido, pero se entiende que, habrá de aplicarse la presunción del artículo 116 del Código Civil[7].

Ahora bien, en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección de donante de semen solo podrá realizarse por el equipo médico que aplica estas técnicas, que deberá preservar el anonimato de la donación. En ningún caso, se podrá seleccionar por la receptora el donante. Si bien, el equipo médico correspondiente deberá garantizar la mayor similitud fenotípica o inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Aunque la donación es anónima y debe garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan, se podrá revelar la identidad del donante excepcionalmente y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro para la vida o la salud del hijo o cuando proceda conforme a las leyes procesales penales; si bien, dicha revelación no implica en ningún caso determinación legal de la filiación y tendrá carácter restringido sin que se dé publicidad a la identidad de los donantes.

En este contexto, la información y el consentimiento deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que, resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

Por otra parte, si no existe vínculo matrimonial entre la usuaria de las técnicas, el artículo 8.2 de la LTRHA solo exige en caso de fecundación heteróloga el consentimiento del varón no casado. Si bien, en este caso, la atribución de la paternidad tendrá lugar por la vía del reconocimiento que, determinará la filiación no matrimonial del nacido. No obstante, se considera escrito indubitado a los efectos del apartado 8 del artículo 44 de la Ley de Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se contenga el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado antes de la utilización de las técnicas. Servirá como escrito indubitado a efectos de determinación de la filiación por la vía de expediente gubernativo ante el Encargado del Registro Civil; de devenir este contencioso, se procederá a interponer la correspondiente acción judicial de reclamación de paternidad.

7 Berrocal Lanzarot, A. I.: "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido, *Revista de la Escuela de Medicina legal,* núm. 4, enero 2007, p. 53; Pérez Monge, M.: *Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 586; Callejo Rodríguez, C.: "La llamada doble maternidad "por naturaleza": la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *LA LEY*, año XXXV, núm. 8240, 30 de enero de 2014, p. 3.

Sobre tales bases, hemos de señalar que, la LTRHA reconoce como otro supuesto en que prevalece el elemento volitivo, esto es, la voluntad de quien desea ser progenitor sobre la verdad biológica, además del supuesto ya analizado de inseminación artificial de mujer casada con varón, el de la fecundación que, tiene lugar con semen de donante anónimo, es el caso de matrimonio homosexual de mujeres. A diferencia del anterior supuesto, la mujer no gestante no debe prestar el consentimiento a la utilización de las técnicas por su cónyuge para que se le atribuyan los efectos de la filiación, sino que basta en la actualidad con consentir que se determine a su favor la filiación.

Con la reforma operada por Ley 3/2007 el consentimiento se debía prestar con carácter previo al nacimiento ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal[8]. En la actualidad, tras la reforma por la Ley 19/2015, de 3 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil se modifica la forma de prestar el consentimiento, pues, ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento ni que se preste ante el Encargado del Registro Civil, basta con que se manifieste conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, señalando al respecto que consiente que, se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Esta Ley 19/2015 introduce también un nuevo apartado 5 al artículo 44 de la Ley de Registro Civil de 21 de julio 2011 que, reproduce prácticamente el contenido del artículo 7.3. Así establece que *"5. También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".* Con esta reforma el legislador ha pretendido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres con independencia que, hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación que, pueda tener lugar en caso que la prestación hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA, pues, la filiación establecida en este caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que, contempla el artículo 8 de la citada Ley.

8 En la Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2011 (JUR 2012, 74939) se rechazó la inscripción de la maternidad porque se prestó el consentimiento con posterioridad al nacimiento y no con carácter previo a éste, como exigía la redacción del artículo 7.3 de la LTRHA.
Por su parte, en la Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2008 (RJ 2010, 459) se posibilitó la aplicación retroactiva del artículo 7.3 del LTRHA conforme a la redacción dada por la Ley 3/2007 y se atribuyó la filiación materna al cónyuge no gestante pese a que el nacimiento del hijo había tenido lugar antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 de la LTRHA. Se ampara en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, pues, la citada Ley 3/2007 es la que introduce *ex novo* la posibilidad de doble maternidad.

En esta línea, la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 8 de febrero de 2017 señala que, no es imprescindible probar que, la prestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y además que, no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil.

Con relación a esto último señalado, precisamente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 se indica que, la admisión del matrimonio homosexual no supone ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el Código Civil que, permanecen inalteradas, en concreto "la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código Civil, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales".

Ahora bien, el artículo 44.2 de la Ley de Registro Civil de 2011 establece que, la inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. Por su parte, el artículo 45 de esta misma Ley señala que, la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicarán en el plazo de setenta y dos horas a la Oficina del registro Civil que corresponda cada uno de los nacimientos que haya tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el Encargado del Registro Civil. La comunicación se realizará mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario y firmado por la persona o personas que tengan la obligación de comunicar del nacimiento. Finalmente, el artículo 47.2 respecto a la inscripción del nacimiento por declaración de otras personas obligadas dispone que, "la declaración se efectuará presentado el documento oficial debidamente cumplimentado acompañado de certificado médico preceptivo firmado electrónicamente el facultativo, o, en su defecto, del documento acreditado en los términos que reglamentariamente se determinen". Por lo que parece que, la prestación del consentimiento de la madre no gestante habrá de tener lugar en dicho momento, sin perjuicio de la firma del formulario oficial electrónico por ambas madres[9].

Como señalamos en líneas precedentes, el artículo 7.3 reconoce la posibilidad de una doble maternidad mediante una ficción legal. Así en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres podrá determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida en favor de la cónyuge no gestante siempre que, esta hubiera manifestado su consentimiento. Se aplica el criterio de la voluntad personal de quien quiere ser progenitor como origen de la maternidad con plena

9 En estos términos, se expresa Vaquero Pinto, Mª. J.: "La filiación matrimonial", en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 6, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 161.

eficacia jurídica[10]. Criterio que, prevalece sobre el principio de coincidencia de la verdad biológica y la verdad jurídica. Es cierto que, nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación, si bien dicho principio no tiene carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo debiendo prevalecer siempre el interés del menor[11].

10 En esta línea, Alventosa del Río, J.: "Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: la concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre", *Revista Bolivariana de Derecho,* núm. 18, julio 2014, p. 383, señala que en la Ley se posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, una filiación materna biológica y una filiación materna basada en una ficción legal (no biológica), ambas con los mismos efectos que la filiación por naturaleza (patria potestad, guarda, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), ordenando las relaciones entre los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas y los padres que tuvieron la voluntad de serlo". Asimismo, Vaquero Pinto, Mª. J.: "La filiación matrimonial", en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de Familia*, cit, p. 159; Quicios Molina, S.: *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 49-50 que establece como fundamento del título de atribución del artículo 7.3 de la LTRHA no en la verdad biológica, sino en la voluntad de ser madres. También, vid., las resoluciones de la DGRN, de 22 de mayo de 2008 (JUR 2009, 389849); y, de 24 de noviembre de 2008 (JUR 2010, 2732).

11 De la Fuente Núñez de Castro, Mª. S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", cit., p. 31; Flores Rodríguez, J.: "Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida", cit., pp. 4-5.
En todo caso, se reconoce plena eficacia al elemento volitivo también en los llamados reconocimientos de complacencia. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de julio de 2016 (RJ 2016, 3196) señala que, la filiación paterna que determina legalmente los reconocimientos por complacencia puede ser no matrimonial (artículo 120.1 y 2 del Código Civil); o matrimonial (artículo 138 del Código Civil en relación con los artículos 117, 118 y 119 del citado cuerpo legal). Lo que caracteriza a estos reconocimientos es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como lo que es propia de la paternidad por matrimonio. Eso diferencia radicalmente los reconocimientos de complacencia de los denominados reconocimientos "por conveniencia" con la finalidad de crear una mera apariencia para conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho lo requiere. Estos reconocimientos se contemplan en el artículo 235-27 apartado 4 del Código Civil catalán. Y, sobre tales bases, fija como doctrina jurisprudencial que "el reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar por esa razón la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento, aunque el Encargado del Registro Civil dispone entre las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzcan que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica". Asimismo, en relación a la impugnación del reconocimiento manifiesta, manteniendo el criterio adoptado por la sentencia de 4 de julio de 2011, fija la siguiente doctrina: "cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 del Código Civil, si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento del ejercicio de la acción y será la que regula el artículo 140.II del Código Civil si la paternidad es la no matrimonial y ha existido la posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción". Y añade las razones por las que se fija dicha doctrina son, entre otras que: 1. Privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación; 2. Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 del Código Civil (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (artículo 1814 del Código Civil); 3. Como muestra una somera comparación de los artículos 737 y 741 del Código Civil el reconocimiento es irrevocable, pero eso no significa que, el reconocedor no pueda hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación. Es por tanto incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido; 4. Es cierto que, el artículo 8 de la LTRHA prohíbe impugnar su paternidad al marido que, haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes, pero la diferencia entre este tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocimiento de complacencia es ajeno a la decisión de la madre engendra al que será reconocido por aquél. En cuanto al plazo para impugnar establece como doctrina que: "en caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 del Código Civil, durante el

La sentencia de la Sala de lo Civil (Pleno) de 6 de febrero de 2014[12] en este punto establece en su Fundamento de Derecho 4º apartado 6 que "las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico y que, por tanto, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención al orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el cónyuge conviviente de la mujer que, se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación resulta también que, la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de las personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tiene incidencia no sólo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural". Y sigue diciendo el Alto Tribunal en su Fundamento de Derecho 5º apartado 4 respecto al principio rector que, delimita y conforma esta materia, vertebrada en torno a la vigencia del interés superior del menor -con características de orden público y por ello no esencialmente vinculada a la justicia rogada-: "(…) exige que, estos queden al cuidado de los sujetos que, han dado su consentimiento para ser progenitores, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar".

Ahora bien, que sucede si la mujer no gestante presta su consentimiento a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, en la clínica pero no ante el Encargado del Registro Civil; o se trata de pareja de hecho homosexual de mujeres o uniones estables registradas de mujeres –que están excluidas de la LTRHA-, o en fin, de parejas de mujeres casadas a partir de 2005 y antes de 2007 con hijos procedentes del uso de técnicas de reproducción asistida y que como consecuencia de la irretroactividad de la LTRHA (artículo 2.3) carecen de la posibilidad de determinar la filiación matrimonial a favor de su hijo así nacido. En estos casos, respecto a la mujer no gestante no le queda otra opción que, la adopción del hijo, o reclamar la filiación por constante posesión de estado (artículo 131 del Código Civil).

plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio, y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II del Código Civil, en cuyo caso el reconocedor no podrá ejercitar la acción el artículo 136 del Código Civil: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto". En este contexto, vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 1545); y, de 4 de julio de 2011 (RJ 2011, 5965) posibilitan la impugnación por la vía de los artículos 140.2 y 141 del Código Civil.

12 RJ 2014, 833.

III. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL Y NO MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO.

La posesión de estado debe entenderse como "aquella relación del hijo con el padre o madre o ambos en concepto de tal hijo ("nomen", "tractactus" y "fama") manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, sin que sea preciso que, los actos reveladores de tal posesión sean muy numerosos ni tampoco practicados absolutamente con plena publicidad, dependiendo cada caso de las circunstancias concretas concurrentes, si bien deberá durar cierto tiempo aun cuando no requiera necesariamente una existencia actual al momento de ser invocados, siendo suficiente su consistencia en un pasado próximo. Es decir, este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública"[13]. Para Peña Bernaldo de Quirós es "el goce de hecho, de modo público, permanente e inequívoco, del estado del hijo en las relaciones familiares"[14]. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 1997[15] por su parte, entiende por posesión de estado "aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso) en concepto de tal hijo ("nomen", "tractatus", "fama") manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública".

Los elementos clásicos integradores de la posesión de estado son el "nomen" –uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor-; el "tractactus" –comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral y no en esporádicas atenciones-; y, la "fama" o "reputatio" –proyección de la aparente relación paterno filial sobre el entorno y círculo social-[16]. Si bien, los dos últimos son los que tienen

13 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5616); de 26 de junio de 1986 (RJ 1986, 4781); de 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1815); de 30 de junio de 1988 (RJ 1988, 5200); de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3714); y, de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de abril de 1995 (AC 1995, 732); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4ª, de 31 de enero de 2002 (JUR 2002, 99116); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 2234); sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8ª, de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006, 200800) notoriedad pública de la filiación; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 30 de mayo de 2012 (AC 2012, 1308); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5ª, de 16 de octubre de 2014 (JUR 2015, 5051); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 18 de febrero de 2015 (JUR 2015, 101510).

14 Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Comentario a los artículos 113, y 127 a 135 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 840.

15 RJ 1997, 3676. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3ª, de 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771) la constante posesión de estado ha sido definida como "aquellas circunstancias en las que se halla una persona en el seno de la familia y en sociedad, teniendo, por tanto, posesión de estado quien es tenido por hijo respecto a su padre".

16 Evangelio Llorca, R.: "El concepto de posesión de estado de filiación", en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, vol. II*, dirección y coordinación Luís Martínez-Calcerrada y Gómez, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1859, dispone al respecto que "el *nomen* era referido, antiguamente, a un aspecto del *tratactus*: el hecho de ser designado por el padre (o parientes) con la denominación de "hijo", en particular en aquellos actos (emancipación, mejora) en que para su eficacia, se requería tal calidad.

en el orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad[17].

Como precisa Quesada González mientras que, el *tractatus* tiene una proyección *ad intra* –en cuanto comprende exclusivamente el comportamiento del padre –y/o de su familia- respecto del hijo-; la *fama* o *reputatio* tiene una proyección *ad extra,* pues, "consiste en la opinión de terceros sobre esa relación, es decir, radica en el convencimiento que tienen las demás personas de la paternidad o maternidad cuestionadas". Además, añade que, el carácter "constante" que se exige a la posesión de estado hay que vincularlo sobre todo al requisito del *tractatus* "porque solo si este requisito resulta de actos públicamente conocidos llegará a existir el requisito de la *fama".* Y, concluye que, "la continuidad es quizá el rasgo más característicos de la posesión de estado que, ha de tener una duración cierta, aunque la ley no exija una mínima duración"[18].

En todo caso, la posesión de estado representa una situación de hecho de singular relevancia en materia de filiación a partir de la reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981[19]. De libre apreciación por los tribunales de instancia y ha de ser mantenida en casación en tanto no se desvirtúe por medio impugnatorio adecuado para ello[20]. Además, como señala Evangelio Llorca representa "la apariencia de un estado, en este caso, del estado del hijo, manifestada familiar y socialmente. Hablar

Posteriormente se entendió y así se estima en la actualidad como el uso habitual por el hijo del apellido del presunto padre o de la presunta madre". En cuanto al *tractatus* considera que representa "el trato recíproco entre dos personas como padre/madre e hijo, el hecho de que el padre/madre y el presunto hijo, y en su caso, la familia de los primeros, se comporten en las relaciones de vida como tales". Finalmente, entiende que la *fama* o *reputatio* consiste "en la opinión general, la *vox populi*, que reconoce al hijo como de un determinado padre o madre. En otras apalabras, el hecho de ser pretendido hijo reputado socialmente como tal"; Doral García de Pazos, J. A.: "La posesión de estado en materia de filiación", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada,* vol. I, Universidad de Granada, Granada, 2000, p. 469. Vid., la sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 1896 (JC, 1896, T. 80, p. 14) *tratactus* es "tenerlo en casa, alimentarle, educarle en tal concepto (hijo natural); de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676), igualmente, en relación con el *tractatus* se destaca que "el señor S., muestra su conformidad en reiteradas ocasiones y sufraga mediante talón bancario las vacaciones de su hijo en diferentes campamentos de verano, estando incorporado en autos cartas dirigida a la dirección de los mismos al señor S., en el que se le comunican diferencias extremos relativos a "su hijo" y en los que aparece la firma no impugnada del presunto padre (…). Al fallecimiento del señor S., se declara que, éste había manifestado su intención d reconocer al menor, incluido ha quedado probado que Guillermo ha disfrutado de vacaciones con su padre y la familia de éste, madre, primos, etc."; y, de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7554) señala que *tractatus* es "el comportamiento material y afectivo dispensado normalmente en una relación paterno-filial" y *fama* o *reputatio* "la opinión o consideración en el entorno social"; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 21 de mayo de 2003 (JUR 2003, 189159).

17 Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815).
En todo caso, en la jurisprudencia se asocia la fama con el requisito de la publicidad, vid., las sentencias de 24 de abril de 1962 (RJ 1962, 1706); de 14 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4115); y, de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

18 Quesada González, Mª. C.: *La determinación judicial de la filiación*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 308 y 310.

19 Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 23 de octubre de 2015 (JUR 2016, 12058).

20 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1941 (RJ 1941, 1239); de 24 de febrero de 1966 (RJ 1966, 815); de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2805); de 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8336); de 3 y 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1547; RJ 1988, 1974); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3714); de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1002, 9403); y, de 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676).

de apariencia no significa, necesariamente, hablar de realidad, es decir, la apariencia de un estado puede o no coincidir con la realidad cuyo reflejo "pretende" ser"[21].

Asimismo, se destaca que, a tenor de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo "la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y sin embargo, en circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento previsto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la sentencia firme que así lo proclame"[22].

De todas formas, se manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, precisándose que, no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado ni sean muy numerosos ni sean practicados absolutamente con plena publicidad[23]. Tras la reforma por Ley 13 de mayo de 1981, el calificativo de continua se sustituye por el de constante que, para Evangelio Llorca tal término debe entenderse en dos sentidos "a) Como notoriedad o fehaciencia (lo que consta, lo que es cognoscible por tercero); b) Como continuidad o persistencia (lo que dura, lo que permanece sin interrupción)"[24]. Si bien, como señala Peña Bernaldo de Quirós la exigencia de continuidad no ha desaparecido, pues, el término constante que exige el artículo 131 del Código Civil, tiene un mayor alcance que la antigua posesión continua[25].

En todo caso, como precisa Barber Cárcamo la posesión de estado "es un medio subsidiario y residual de acreditar una filiación previamente determinada, según el artículo 113 del Código Civil; un medio de prueba para su determinación

21 Evangelio Llorca, R.: "El concepto de posesión de estado de filiación", cit., p. 1859. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala lo Civil, de 25 de abril de 1990 (RJ 1991, 3030) declara en su *Fundamento de Derecho tercero* que la posesión de estado "no acredita fehacientemente quiénes sean los progenitores de una persona, tal solo supone una situación fáctica que permite presumir que puede ser el padre".
Por su parte, para Doral García de Pazos, J. A.: "La posesión de estado en materia de filiación", cit., pp. 463-464, la apariencia de la posesión de estado reúne una serie de ventajas: "1. Proporciona al juez unos datos objetivos, unos elementos de juicio que, de ser suficientes, se convierten en título judicial, a que da lugar la sentencia firme favorable, pronunciada a resultas de una acción de filiación. O, sin litigio, la posesión de estado facilita el establecimiento extrajudicial (registral) incluso de la madre que no desconoce, cuándo pudo hacerlo en tiempo y forma; 2. Tiene la posesión de estado carácter subsidiario, si la filiación no está ya formalmente establecida en un título contradictorio; 3. Por contar con la publicidad de hecho, con el clamor de la notoriedad, si bien no se excluye que no coincida con la realidad, reduce el margen de error. Estas ventajas o el que podemos llamar su "efecto útil" explican que la posesión de estado, pase, de ser una vieja institución limitada históricamente a la filiación legítima y natural, a extenderse a la no matrimonial y que se promueva en línea directa con nuevas orientaciones del Derecho de filiación".

22 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5616); de 10 de marzo y 30 de junio de 1988 (RJ 1988, 1815; RJ 1988, 5200); y, de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 969).

23 Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 1964 (RJ 1064, 2201); de 20 de mayo de 1991 (RJ 1991, 37149); de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9403); y, de 25 de junio de 2004 (RJ 2004, 4008).

24 Evangelio Llorca, R.: "El concepto de posesión de estado de filiación", cit., p. 1873.

25 Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Comentario a los artículos 113, y 127 a 135 del Código Civil", cit., p. 971.

judicial según el artículo 767.3 de la LEC; y un presupuesto para la legitimación activa en algunas acciones de filiación cuya presencia facilita la reclamación y restringe la impugnación y cuya ausencia funciona de modo contrario"[26].

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013[27] realiza una interpretación amplia del artículo 7.3 señala en su Fundamento de Derecho 3º.2 que, la determinación de la filiación "no puede quedar subordinada a un requisito formal como el de consentimiento previo ante el Encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez que quede acreditada la técnica de reproducción asistida y la voluntad concordada de las partes de concebir un hijo". Por lo que, nuestro Alto Tribunal entiende que, la existencia de consentimiento de la pareja no casada para llevar a cabo la fecundación artificial de una de las mujeres, permite otorgar la filiación jurídica si ha ejercitado una acción de reclamación al amparo del artículo 131 del Código Civil sobre la base de la posesión de estado que "constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista nexo biológico y que, en la práctica queda superada por la protección del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida porque "constituye la voluntad libre y manifestada por ambos litigantes del deseo de ser progenitores"", hasta el punto dice la sentencia que "dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiese sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario de exige".

Se atribuye un mayor valor al consentimiento -en cuanto expresión de la voluntad de la madre y de su pareja- de querer, precisamente, asumir los papeles de progenitores que, a la propia posesión de estado como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial. Para el Tribunal Supremo es evidente que "la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea el título de atribución de la paternidad *(Fundamento de Derecho 3º.5)*. Por tanto, el consentimiento prestado en la clínica permite sustentar la acción de reclamación de la filiación.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2014[28] que, está relacionada con el recurso número 1334/2008 resuelto por esta Sala en sentencia de 12 de mayo de 2011[29] atribuyendo a la aquí recurrente un régimen de relaciones personales como "allegada" con el menor. Esta sentencia de mayo de 2011 parte del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos y señala que "aunque no puede hablarse

26 Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Revista de Derecho Privado y Constitución,* núm. 28, enero-diciembre 2014, p. 129.

27 RJ 2013, 7566.

28 RJ 2014, 1265.

29 RJ 2011, 3280.

de relaciones jurídicas, la filiación no se ha establecido ni en este caso pudo establecerse dado los requerimientos de la LTRHA en su artículo 7.3 modificado en el 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas". A continuación, en el Fundamento de Derecho 6º reconoce que, la posibilidad legal de doble maternidad no podía aplicarse en este caso, pues ambas convivientes no estaban casadas. Sin embargo, atendiendo al interés del menor mantiene el régimen de relaciones personales amplias entre el niño y la demandante otorgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 22 de abril de 2008.

En la sentencia de 15 de enero de 2014 se reclama la determinación de la filiación por posesión de estado. El Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Talavera de la Reina de 23 de abril de 2010, estima la demanda interpuesta al amparo del artículo 131 del Código Civil al considerar acreditada la posesión de estado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 17 de enero de 2012 no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor de tres años, aunque actuara en este poco tiempo como madre.

El Tribunal Supremo entiende que, ya en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 se determinó la plena compatibilidad de la LTRHA y del Código Civil y la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción de reclamación por la vía del artículo 131 del Código Civil y de la filiación reclamada (artículo 767.3 de la LEC), por lo que el consentimiento prestado con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida integra y refuerza 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. Además, señala que, el consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En relación con la posesión de estado, 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 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 ("nomen").

En el presente caso, se añade que, resulta 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.

Por otra parte, en lo relativo al "tractatus", hay que señalar que, la sentencia de Pleno de esta Sala, de 12 de mayo de 2011, -que trae a colación como antecedente necesario del presente caso la sentencia de 15 de enero de 2014 y conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento- declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, "que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación" o que resulta acreditado que "durante un tiempo actuó como madre". En definitiva, hechos reveladores del "tractatus" como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 1995; y 10 de noviembre de 2003)[30].

Por otra parte, frente a ello, se señala por el Tribunal Supremo que, las consideraciones de la sentencia de Apelación se aparta de la esencia del objeto de debate, pues que la sentencia de Pleno citada, de 12 de mayo de 2011, considere que "la demandante no es la madre del menor" es una consecuencia lógica de la pretensión ejercitada en su momento, que no fue la reclamación de la filiación, sino el derecho de visitas, previamente establecido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Talavera. En parecidos términos, respecto de la referencia de la citada sentencia a la inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA que, en el presente caso, tal y como se ha justificado, resulta innecesaria en el curso de la acción de filiación no matrimonial aquí interesada.

En todo caso, el interés superior del menor representa un control o contrapeso para adverar el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, concluye que, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados,

30 RJ 1995, 1961; y, RJ 2003, 8284.

que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

Frente a esta sentencia se formula voto particular por los magistrados D. Francisco Marín Castán, D. Antonio Salas Carceller y D. Ignacio Sancho Gargallo.

Señalan al respecto que, con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los magistrados de la Sala, discrepan de los términos de la sentencia y de los fundamentos que la justifican, por diversas razones que, en síntesis, son las siguientes:

1ª.- No se respetan los hechos probados en su totalidad.

2ª.- Las sentencias de esta Sala citadas como precedentes conducen a la solución opuesta, es decir, a la desestimación del recurso.

3ª.- Se prescinde de aplicar al caso la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cuando resulta que el recurso de casación, presentado el 5 de marzo de 2012, se amparaba en el apartado 3 del artículo 477 LEC al invocarse el interés casacional en su modalidad de aplicación de norma con no más de cinco años en vigor y sobre la que no existía doctrina jurisprudencial.

4ª.- En cambio, aun cuando en el fundamento de derecho tercero se diga que "la perspectiva de análisis... no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma...", sino que se centra, más bien, "en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación", lo cierto es que, materialmente, el único fundamento de la estimación del recurso acaba siendo la posesión de estado.

5ª.- Este único fundamento en la posesión de estado no se ajusta a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico para casos como el presente.

6ª.- Tanto los principios constitucionales que se citan en el apartado 3 del Fundamento de Derecho segundo como el interés superior del menor, que se invoca en el mismo apartado, tendrían que haber determinado la desestimación del recurso en vez de su estimación.

Analizando por separado las anteriores razones señalan, en primer lugar, que, la apreciación de la posesión de estado, que ciertamente implica un juicio de valor revisable en casación, no puede sin embargo prescindir de la totalidad de las

circunstancias de hecho tomadas en consideración por la sentencia recurrida, y menos aun tratándose de un recurso de casación por interés casacional como es el presente. Del mismo modo, tampoco pueden desconocerse las circunstancias de hecho que esta misma Sala tuvo en cuenta en su sentencia de Pleno de 12 de mayo de 2011, ya que esta versó precisamente sobre un conflicto entre las dos mismas litigantes en relación con el mismo niño.

Pues bien, en cuanto a lo primero, la sentencia recurrida no considera probado el consentimiento de la demandante-recurrente al empleo de las técnicas de reproducción asistida y, pese a esto, el parecer de la mayoría considera "claramente acreditados de los hechos obrantes los "consentimientos", fundándose sobre todo en que la demandada-recurrida, es decir la madre biológica, eligió como segundo nombre del niño Esteban el primer apellido de la demandante-recurrente, Dª Eufrasia (Fundamento de Derecho 2º, apartado 3, párrafo último).

Con semejante deducción esta Sala entra en una contradicción poco explicable con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011, que en su Fundamento de Derecho primero -resumen de los hechos probados- declara literalmente lo siguiente: "El embarazo se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja".

Por otro lado, el parecer de la mayoría ha prescindido de un hecho probado, tanto según la sentencia recurrida como según la sentencia de 12 de mayo de 2011, que es relevante no solo para la apreciación de la posesión de estado sino también para el juicio de valor que la maternidad de la demandante-recurrente sea en verdad beneficiosa para el interés superior del menor. Se trata del hecho consistente en que la ruptura de la convivencia entre las dos litigantes, cuando el niño tenía apenas tres años, fue particularmente traumática, porque "se habían producido malos tratos", con denuncias recíprocas (sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2011, Fundamento de Derecho 1º-3º), y el juez tuvo que adoptar medidas "imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor" (sentencia recurrida, Fundamento de Derecho 1º), circunstancias valoradas muy especialmente por la sentencia recurrida para negar el elemento de la "fama", conformador de la posesión de estado, en atención al "poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño" (sentencia recurrida, Fundamento de Derecho 1º). Por lo que, sobre tales argumentos, consideran que no procede el elemento de "fama".

A esto añaden que, tampoco la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 autoriza la estimación del presente recurso, pues aunque ciertamente atienda a la posesión de estado, lo hace en cuanto "integra y refuerza el consentimiento

prestado al amparo de esta norma -la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida- a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad" (Fundamento de Derecho 3º-5). Si a esto se une que, en el caso entonces enjuiciado hubo matrimonio entre las litigantes; adopción, antes del matrimonio, de una niña, nacida de una de las litigantes, por la otra; consentimiento de las dos litigantes, antes de casarse, para la fecundación in vitro de la que ya era madre biológica; nacimiento de dos niñas cuando las litigantes ya se habían casado; y en fin, intentos de la madre biológica, constante matrimonio, de que estas niñas fuesen inscritas como hijas matrimoniales de ella y de su cónyuge, mediante un expediente de rectificación del Registro Civil, fácil será comprender las sustanciales diferencias con el presente caso, pues lo que primordialmente tuvo en cuenta entonces esta Sala fue que el requisito temporal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil no podía prevalecer sobre el hecho indiscutible de la voluntad conjunta, que se mantuvo después de haber contraído matrimonio y, por tanto, concurriendo materialmente todos los requisitos exigidos por la LTRHA tras su modificación de 2007. Es más, esta sentencia de 2013 atiende muy especialmente a "la estabilidad que resulta del matrimonio "en relación a ese conjunto de efectos que comportan" la patria potestad, guardia y custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios" (Fundamento de Derecho 3º-4).

Sobre la base del carácter excepcional del artículo 7.3 de la LTRHA, se indica que, la regulación que se sigue para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho. La ley especial opta, pues, por un requisito, el matrimonio, en el que no es difícil advertir un elemento de estabilidad, o cuando menos de propósito de estabilidad, como con acierto razona la sentencia recurrida citando en su apoyo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de octubre de 2009 y como igualmente razonó esta Sala en su sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2013 según se ha puntualizado anteriormente.

Con esta regulación, además, el legislador de 2007 ya tuvo en cuenta no solo la posibilidad legal de matrimonio entre personas del mismo sexo sino también la cláusula general de la Ley 13/2005 (es decir, la que estableció tal posibilidad) según la cual "las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes" (disposición adicional primera).

Además, se desprende de la interpretación literal de lo dispuesto por el artículo 7.3 LTRHA que para que la mujer no progenitora pueda "consentir" que

se determine a su favor la filiación es necesario que previamente esté de acuerdo con ello la madre biológica, pues en caso contrario se daría la paradoja de que podría elegir libremente la no progenitora mientras que la madre biológica no podría imponer ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge.

Asimismo, se indica por estos magistrados que, al inclinarse la mayoría por resolver el recurso desde la perspectiva única de la posesión de estado, no solo prescinde de la salvedad muy claramente establecida en el apartado 1 del artículo 7 de la LTRHA sino que, además, prescinde tanto de la norma que, según la propia demandante-recurrente, justificaba el interés casacional cuanto del planteamiento mismo de la acción de reclamación de filiación, esencialmente fundado, como destaca la sentencia recurrida, en la aplicación retroactiva del artículo 7.3 de la LTRHA pero prescindiendo del requisito del matrimonio entre la madre biológica y la demandante.

Con este criterio de decisión parece darse por sentado que, el legislador de 2007 no tuvo en cuenta el interés superior del menor ni la peculiaridad inherente a la relación entre dos mujeres, en la que, por naturaleza, solamente una de ellas puede ser madre biológica. Pero precisamente esto es lo que habría que haber demostrado o, cuando menos, intentado razonar.

Siguen argumentando que, hasta la reforma introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas, la LTRHA no preveía otro título de determinación materna de la filiación que el parto. Con la reforma se permitió que, junto con la maternidad biológica, determinada por el parto, pudiera reconocerse a la mujer que estuviere casada, y no separada, con la mujer que fuera a dar a luz mediante las técnicas de reproducción asistida reguladas en la ley, la posibilidad de consentir "en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido ".

Al margen de si se la considera una maternidad por naturaleza (que no biológica) o legal, la determinación de la filiación se lleva a cabo por una manifestación realizada por la mujer cónyuge de la madre biológica, ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, de que "consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Se trata de un nuevo título de determinación de la filiación, aplicable sólo cuando haya mediado reproducción asistida, que consiste en el consentimiento de la mujer de ser tenida como madre, el cual ha de prestarse antes del nacimiento del hijo y estando casada, y no separada legalmente o de hecho, con la madre biológica.

Es importante resaltar que, este título de determinación se apoya en el mero consentimiento de la mujer, prestado bajo unas condiciones de tiempo y estado civil, pues se exige que sea antes del nacimiento del hijo y estando casada con la madre biológica.

Al basarse este nuevo título de determinación de la filiación en el consentimiento de la mujer, no cabe en ningún momento que se le pueda imponer esta maternidad, de tal forma que no podría prosperar ninguna reclamación de la filiación contra ella, ni siquiera por parte del hijo, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como madre.

En el presente caso, ponen de manifiesto que, quien reclama la maternidad no puede acceder a esta forma de determinación de la maternidad porque, dejando al margen la exigencia de que se haga antes del nacimiento del hijo, nunca ha estado casada con la madre biológica. El hecho que no hubiera podido hacer uso de una facultad como la prevista actualmente en el artículo 7.3 de la LTRHA antes de que naciera el hijo respecto del que se solicita el reconocimiento de la filiación, pues para entonces (2003) ni podía estar casada con la madre biológica, con la que sí convivía, ni se permitía esta forma de doble maternidad, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. Detrás de la exigencia legal de que la mujer esté casada con la madre biológica, y no separada legalmente o de hecho, para que pueda determinarse a su favor la maternidad subyace una opción legal por la estabilidad en la relación que puede conferir su formalización mediante el matrimonio civil, con vistas a facilitar, en beneficio del hijo, el ejercicio de la patria potestad. Este punto será tenido en cuenta, luego, para explicar por qué el interés del menor no sólo no justifica la interpretación realizada por la mayoría, sino que la impide, a no ser que se confunda con el interés de la mujer que reclame la maternidad.

Por tanto, no tiene sentido reconocer *a posteriori*, ni deformando la aplicación transitoria de la norma, aquella forma de maternidad, porque no perduran en el tiempo los requisitos que hubieran justificado en su día esta determinación de la filiación si hubiera estado en vigor el artículo 7.3 de la LTRHA.

Tampoco para los citados magistrados cabe acudir a la posesión de estado para reclamarla, sobre la base del artículo 131 del Código Civil, porque la posesión de estado no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida.

Se recuerda que, con anterioridad a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que introdujo el artículo 7.3 de la LTRHA, la jurisprudencia posterior a la reforma que

en materia de la filiación llevó a cabo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, entendía que la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación (sentencias 13 de noviembre de 1992, 16 de mayo de 1997) y lo contrario su ausencia (sentencia 8 de julio de 1991). Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, "la posesión de estado no acredita formalmente quiénes sean los progenitores de una persona; es sólo una situación fáctica que permite presumir quienes pueden serlo". Y esta presunción constituye una prueba cuando se trata de determinar judicialmente la filiación conforme al artículo 767.3 LEC.

En base a ello consideran que, no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del artículo 131 del Código Civil, una filiación que se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo. Desde el momento en que la determinación de la filiación ex artículo 7.3 LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento (antes del nacimiento del hijo), ni después, pasados unos años en que de facto hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que existe esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer.

Finalmente, respecto al interés del menor que, debe presidir la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que le afectan, no legitima su aplicación en cualquier sentido, sino en aquel en que se evidencie que opera en beneficio de dicho menor, pues lo contrario sería un mero ejercicio de voluntarismo jurídico.

En realidad, entienden que, en atención a los hechos probados, incluido el de las circunstancias traumáticas de la ruptura entre las litigantes y el hecho evidente de que, pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, la estimación del recurso de casación de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la "aspiración de ser madre" de la demandante, "cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada" (Fundamento de Derecho 2º-4 de la sentencia de la que se disiente).

En verdad no alcanzan a comprender que, por el solo hecho de que la demandante-recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia mucho más allá de la solución correcta del conflicto por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011.

Es por ello que, como señalan que, con la estimación del recurso la demandante pasa a ostentar la patria potestad sobre el niño, adquiere expectativas sucesorias que incluso pueden llegar a materializarse sobre bienes que actualmente pertenecen a la otra litigante, podrá decidir sobre la educación del niño en edades o etapas mucho más decisivas para su formación que la que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, podrá reclamar su guarda y custodia y, en definitiva, tener capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta que este cumpla dieciocho años. A cambio, la madre biológica, la única legal a juicio de los magistrados que formulan este voto particular, verá inevitablemente coartada su libertad en todo lo que se refiera a su hijo y, si forma otra relación de pareja o decide contraer matrimonio, tendrá la permanente interferencia de la demandante, como madre del niño con plenitud de derechos, en la nueva unidad familiar. Se crea, así, una situación potencialmente conflictiva en la que no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor.

Por tanto, la realidad para tales magistrados es que, la estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente.

Por todo lo razonado consideran que, el recurso tendría que haber sido desestimado, ya que la sentencia impugnada no infringe la LTRHA, norma que justificó el acceso de este asunto a casación, ni tampoco la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Sobre tales bases hay que señalar que, el voto particular a la sentencia de los tres magistrados se sustenta en la no procedencia de la reclamación de la filiación por posesión de estado al no darse los requisitos o elementos relativos a la misma, además de por el hecho que, ésta no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que, permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que, se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida.

Y, además, sobre la base del carácter excepcional del artículo 7.3 de la LTRHA, se indica que, la regulación que se sigue para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho.

Por lo que, se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos; de forma que, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día, ahora no es posible hacerlo y, en

consecuencia, no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del artículo 131 del Código Civil. Desde el momento en que la determinación de la filiación ex artículo 7.3 de la LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento, ni después, pasados unos años en que de facto hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que existe esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer.

En este contexto, ciertamente se ha de poner de manifiesto que, el artículo 7.3 de la LTRHA señala el valor que tiene el consentimiento de la mujer no gestante prestado sin exigencia temporal, y que se aplica en caso de matrimonio homosexual entre mujeres, siempre que esté vigente el mismo, y no haya separación legal o de hecho. Opera sobre la base de una ficción legal, donde la verdad biológica no coincide con la jurídica; de ahí su carácter excepcional como título de determinación de la filiación. En este supuesto excepcional de determinación la verdad biológica viene a ser sustituida por un criterio voluntarista. El artículo 131 del Código Civil tiene como principal efecto la determinación de la doble maternidad por otra vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA. Regula la acción de reclamación de la filiación en base al interés legítimo de la reclamante y sobre la base de una constante posesión de estado. En la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 se pretende reconocer una filiación matrimonial; y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 15 de enero de 2014 una filiación extramatrimonial, pues, no existe matrimonio entre ambas mujeres. Además, el ejercicio de la citada acción se sustenta sobre la base de una relación heterosexual. En ambas resoluciones parece primar el consentimiento, y por ende, el criterio voluntarista, junto con la posesión de estado que, justifican el ejercicio de esta acción de reclamación. Asimismo, en los supuestos analizados en ambas resoluciones la gestación se ha conseguido mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Es posible que, ésta tenga lugar con el óvulo perteneciente a la madre gestante, o bien a la madre no gestante o a una tercera y en todos los casos con donación de semen. En el segundo de los supuestos aludidos, permite la participación biológica de ambas progenitoras; si bien, la madre no gestante deberá prestar su consentimiento sobre la base prevista en el artículo 7.3 de la LTRHA. Ahora bien, con independencia de la procedencia biológica del óvulo fecundado, la base sobre la que se sustenta la determinación legal de la filiación atendiendo al citado artículo 7.3 es en la voluntad de querer ser madres, manifestado por la madre no gestante en el consentimiento a asumir tal condición. En este supuesto excepcional de determinación legal de la filiación matrimonial la verdad biológica se sustituye por un criterio voluntarista –el consentimiento prestado-.

Sobre tales bases, el ejercicio de la acción judicial de reclamación prevista en el artículo 131 del Código Civil tiene como principal efecto la determinación de la

doble maternidad por una vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA. Si bien, en las sentencias analizadas, en concreto, la primera de 5 de diciembre de 2013 la filiación determinada por la acción de reclamación es una filiación matrimonial; mientras que en la sentencia de 15 de enero de 2014 es una filiación extramatrimonial al no mediar matrimonio entre las progenitoras. Por tanto, en ambos supuestos el ejercicio de la acción de reclamación del artículo 131 del Código Civil se puede ejercitar, siempre que en la demandante –legitimada activa- exista un interés legítimo; la existencia de posesión de estado y que el ejercicio de esta acción no contradiga otra filiación legalmente determinada. Ahora bien, se tienen en cuenta en ambos pronunciamientos tanto el interés legítimo de la demandante como el interés superior del menor; si bien, con predominio de este último sobre cualquier otro. Precisamente en la sentencia de 15 de enero 2014 se refiere al interés del menor y su proyección sobre la protección de la vida familiar que, alcanza sin distinción a las relaciones familiares con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto en sí mismo considerado, de forma que, incide en la existencia del lazo de familiariedad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.

En cuanto a la posesión de estado, a tenor del artículo 131 del Código Civil, representa un medio de acreditación de la filiación no de determinación[31] y los elementos que la componen son, como hemos señalado, el "nomen", "tractatus" y la "fama" o "reputatio". A tenor del artículo 767.3 de la LEC la posesión de estado es un hecho que permite al juez declarar la paternidad o maternidad cuando ni halla prueba directa de la filiación. El "nomen" o "nominatio" que implica el uso por el hijo de forma habitual del apellido del supuesto progenitor. Precisamente, respecto a este requisito, conviene recordar que, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 en los antecedentes fácticos se establece que, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación. El día 14 de diciembre de 2007 nacen los menores M y V y son inscritos con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que, esta los ostenta, la cual inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de los menores practicados, a efectos que se rectifique el error que según refiere, existe en las mismas en cuanto al estado civil de la madre biológica que, no es soltera, sino casada y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y la designación de apellidos de los dos menores. Si bien, el expediente de rectificación de error acaba por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre biológica, no accediendo al resto de la solicitud interesada. Es por ello por lo que la progenitora interpone contra dicho auto recurso de apelación que, fue resuelto

31 De la Fuente Núñez de Castro, Mª. S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", cit., p. 25.

por la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante resolución de 26 de noviembre de 2008 desestimatorio íntegramente del recurso. En este caso, no llega a ostentar los apellidos de la madre no biológica. En la sentencia de 2014 que, está relacionado recordamos, con el recurso número 1334/2008 resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 2011 en la que se atribuye a la recurrente un régimen de relaciones personales como "allegada" con la menor.

En el recurso origen de la sentencia de 2014, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina en sentencia de 23 de abril de 2010, estima la demanda, al amparo del artículo 131 del Código Civil al considerar acreditada la posesión de estado, pues, atiende al nombre compuesto del menor en que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante "Esteban".

En cuanto al "tractatus" comportamiento de carácter fáctico o material y afectivo que tiene una proyección *ad intra.* En la sentencia de 15 de enero de 2014 sobre la base de la sentencia de 12 de mayo de 2011 que, resulta antecedente necesario en los términos apuntados, se declara unos hechos reveladores de la posesión de estado, como que, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que, la relación o el trato con dicho hijo desde el nacimiento fue de madres y que resultó beneficioso y complementario para el hijo, que así lo reconocía. Hecho no desacreditado, pues, conforme a lo probado en autos "tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación", o que resulta acreditado que "durante un tiempo actuó como madre". En definitiva, hechos reveladores del "tractatus". Por su parte, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013 se indica que, la prestación del consentimiento para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida "constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitores" y que "dicho consentimiento ha de ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige".

Finalmente, en cuanto a la "fama" o "reputatio" –trato dado por el presunto padre o madre al hijo que, ha de ser notorio. Precisamente, en la sentencia de 15 de enero de 2014 se pone de manifiesto la existencia de una relación de pareja pública y notoria de Doña María Virtudes y Doña Eufrasia desde enero de 1996 hasta junio de 2006 sin matrimonio. Además, sobre la base de la sentencia de 2011 se señala que, constituyen una unidad familiar "aunque no puede hablarse de relación jurídicas y la filiación no se ha establecido ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la LTRHA en su artículo 7.3 modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas". En el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia de 2011 se reconoce que no se puede aplicar el

artículo 7.3 porque no estaban casadas. Sin embargo, atendiendo al interés del menor mantiene el régimen de relaciones personales amplio entre el niño y la demandante.

En este contexto, el Tribunal Supremo en ambos pronunciamientos alude a la importancia del criterio volitivo, representado en el consentimiento que, mediante una ficción legal el artículo 7.3 del LTRHA posibilita una doble maternidad. Asimismo, operando con tal voluntariedad y el deseo de ser madres de ambas progenitoras junto a la posesión de estado, posibilita también que, se pueda determinar la filiación en caso de parejas homosexuales de mujeres, casadas o no mediante el ejercicio de la acción de reclamación prevista en el artículo 131 del Código Civil.

Frente a este planteamiento, en la sentencia de 15 de enero de 2014 se interpone, como hemos manifestado en líneas precedentes, un voto particular en el que de nuevo se insiste en el supuesto excepcional de determinación de la filiación matrimonial que supone el artículo 7.3 del LTRHA mediante una ficción legal que, supedita la relación de filiación matrimonial entre la persona que nazca y la mujer no gestante, a que ésta esté casada con la madre biológica, que no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho, y que preste su consentimiento a tal filiación. Si bien, matiza que, es necesario que previamente esté de acuerdo con ella la madre biológica, pues, en caso contrario, se dará la paradoja que podría elegir libremente la no progenitora, mientras que, la madre biológica no podría imponer ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge. En cuanto al ejercicio de la acción de reclamación por la vía del artículo 131 del Código Civil se considera al respecto que, la posesión de estado no tiene eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que, constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación. Además, no cabe invocar el citado artículo 131 del Código Civil con relación a una filiación que, se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo. No se puede operar según este voto particular para determinar la filiación en el caso de parejas homosexuales de mujeres por la vía del citado artículo 131. Si solo y de forma excepcional por la vía del artículo 7.3 de la LTRHA. En todo caso, niega el elemento de la fama conformador de la posesión de estado, en atención "al poco tiempo que la pareja gozó de estabilidad desde el nacimiento del hijo", ya que ambos convivientes rompieron su relación cuando el niño tenía apenas tres años y además, señalan que, tal ruptura fue particularmente traumática porque "se habían producido malos tratos" con denuncias recíprocas. Además, tampoco está clara que, la decisión de embarazo mediante la técnica de

fecundación asistida con material genético de donante anónimo fuera tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja –y, en consecuencia, probado el consentimiento- ni en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 17 de enero de 2012 recurrida –solo indicios por la atribución de nombre al menor-, ni en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011. Por lo que, frente al argumento de la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo que, dicho consentimiento integra y refuerza la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plazo de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada (*Fundamento de Derecho Segundo apartado 1* de la sentencia de 15 de enero de 2014), se contraargumenta por los magistrados firmantes del voto particular que, ni se da tal compatibilidad, por lo que no estiman ni suficientemente probada la posesión de estado, ni que dicho consentimiento sea título de legitimación de la filiación en una pareja homosexual no casada y, en fin que, la maternidad de la demandante-recurrente sea en verdad beneficiosa para el interés superior del menor.

De lo que está claro es que, pese a la existencia de este voto particular, tanto en las resoluciones citadas de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014 el Tribunal Supremo posibilita también la doble determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial mediante el ejercicio de la acción de reclamación del artículo 131 del Código Civil, además, de la determinación legal de la doble filiación materna matrimonial por la vía del artículo 7.3 de la LTRHA[32]. Frente a ello, el voto particular desde la excepcionalidad que, implica el citado artículo 7.3,

32 En esta línea, Goñi Huarte, E.: "La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al Derecho Comparado", *Actualidad Civil,* núm. 5, mayo 2016, p. 78.
Asimismo, De la Fuente Núñez de Castro, Mª. S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", cit., pp. 19 y 28, señala al respecto que "la perfecta comprensión de los pronunciamientos del Tribunal Supremo que sirven como punto de reflexión, no pueden ser encajados en el sistema que busca la identidad entre la realidad biológica y jurídica o legal, sino entre realidad social y jurídica, lo que implica que el Derecho de filiación ha de ser "un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales"; y concluye que "el Tribunal Supremo lleva a cabo un replanteamiento del derecho de filiación desde coordenadas diferentes al planteamiento original del Código Civil bajo un respeto absoluto a los derechos fundamentales de los padres", por lo que, "en cualquier caso, los presupuestos que hacen viable el ejercicio de la acción reconocida en el artículo 131 del Código Civil, interés legítimo de la reclamante y constante posesión de estado, son minuciosamente analizados por el operador jurídico en cada una de las instancias donde la controversia es objeto de debate; presupuestos cuya concurrencia permiten que prospere la acción bajo los postulados de una nueva realidad social a la que el Derecho debe dar respuesta". Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 24 de octubre de 2011 (JUR 2012, 14522), en el sentido de la posición del Tribunal Supremo afirma que "en realidad de los constatados hay un hecho que supera la prueba de la posesión de estado tradicionalmente considerada en orden a la determinación de la filiación y que exime incluso del juego de la presunción judicial, cual es la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, en 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".

niega la operatividad de la acción de reclamación del mencionado artículo 131 para determinar la doble maternidad en los supuestos citados[33].

Ciertamente, hasta la reforma por la Ley 3/2007 del artículo 7.3 de la LTRHA ni se preveía otro título de determinación materna de la filiación que no fuera el parto. Con las sucesivas reformas del citado precepto, estamos ante un nuevo título de determinación de la filiación que, tiene lugar cuando ha mediado reproducción asistida y que consiste en el consentimiento de la mujer no gestante de ser tenida como madre, siempre que esté casada con la madre gestante y no separada legalmente o de hecho. En este caso, el título de determinación se basa en el mero consentimiento de la mujer no gestante bajo unas condiciones y estado civil. En esto coincide el Tribunal Supremo en las citadas sentencias y el voto particular, discrepa en la operatividad del artículo 131 del Código Civil mediante el cual se pretende determinar la filiación para supuestos no previstos en la citada norma y sobre la base de la posesión de estado que, para el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de enero de 2014, si se dan al menos la mayoría de los elementos de la misma, puede posibilitar la determinación de una filiación matrimonial. Con ello efectivamente, se concretan dos formas de determinar la filiación en caso de relaciones homosexuales entre mujeres en que se ha empleado la técnica de reproducción asistida: si está casada a través del consentimiento –elemento volitivo- y, si se trata de pareja de hecho, en su caso, mediante la acción de reclamación de la maternidad atendiendo al consentimiento prestado en la clínica a la práctica de la técnica de reproducción asistida junto a la posesión de estado. Asimismo, supone ampliar a otros supuestos, excluidos del artículo 7.3 de la LTRHA, la posibilidad de determinación de la filiación, en este caso, no matrimonial. En todo caso, la citada controversia pone de manifiesta la necesidad de una adaptación legislativa de la filiación a las nuevas realidades donde el criterio volitivo, consentimiento, está adquiriendo especial operatividad frente al tradicional criterio de la verdad biológica.

En este contexto, el Código Civil catalán opta, acertadamente, por dar el mismo tratamiento a la determinación de la filiación de los hijos de mujer gestante sometida a técnicas de reproducción asistida respecto de su cónyuge ya sea varón o mujer. En ambos casos el consentimiento se presta a la fecundación asistida de la mujer gestante realizada en el centro autorizado o en un documento público.

33 Coincidiendo con el voto particular, Callejo Rodríguez, C., "La llamada doble maternidad "por naturaleza": la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", cit., p. 8, afirmando al respecto que "el carácter absolutamente excepcional que tiene la llamada doble maternidad "por naturaleza" regulada en el artículo 7.3 de LTRHA creo que, debería haber llevado a nuestros tribunales a realizar una interpretación restrictiva del supuesto en él contemplado, de manera que sólo fuese admitido cuando se diesen los requisitos tasados que él establece"; Gómez Perals, M.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014", en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil),* vol. 6º (2013-2014), Dykinson, Madrid, 2016, p. 381, que dispone al respecto que, "la posesión de estado no puede ejercer aquí su labor presuntiva de relación biológica, si el título de constitución de este tipo de filiación es el mero consentimiento".

Así el artículo 235.3 en relación con la determinación de la filiación dispone que: "La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre"; el artículo 235.8 en relación con la filiación matrimonial señala que: "1. 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. 2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días"; y en caso de filiación no matrimonial que, se le da el mismo tratamiento que, a la matrimonial el artículo 235.13 establece que "1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público. 2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación"[34]. El Código Civil catalán equipara los requisitos para atribuir la filiación tanto en matrimonio como en parejas de hecho sean del mismo o de distinto sexo, mediante consentimiento expreso del cónyuge formalizado ante un centro autorizado o en documento público, sin especificar el momento en que se ha de presta el consentimiento.

Finalmente, señalar que, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 12 de marzo de 2015 avanza erróneamente y de forma un tanto insólita más en la interpretación del artículo 7.3 de la LTRHA al indicar que, a

34 Así se dispone en el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia cuando manifiesta que "la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica o por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento y no la relación biológica. Como la posibilidad que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente, afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación. A partir de aquí, se ha considerado conveniente extender el régimen de impugnación del reconocimiento, lo que ahorra una aplicación analógica de la legislación sobre técnicas de reproducción asistida".

estos efectos resulta aplicable toda la normativa del Código Civil en lo relativo a la determinación de la filiación y sus efectos y a mayor abundamiento la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil al no existir como decimos en relación a esta materia una norma específica en la Ley 14/2006 y además por la propia regulación del actual artículo 44.2 del Código Civil. Resulta difícil aplicar a este supuesto la presunción de paternidad del artículo 116. No obstante, lo propone la citada sentencia de la Audiencia. A esto añade que, de todo ello y de esta forma de operar, se concluye una absoluta igualdad entre los cónyuges e implica que, la aprobación del matrimonio homosexual supone la modificación de las condiciones de ejercicio en una suerte de equiparación del estatus jurídico[35].

35 Díaz Martínez, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Derecho Privado y Constitución,* núm. 21, 2007, p. 81 señala que, quizá haya que revidar el alcance de la previsión de paternidad del artículo 116 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Alventosa del Río, J.: "Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: la concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre", *Revista Bolivariana de Derecho,* núm. 18, julio 2014.

Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Revista de Derecho Privado y Constitución,* núm. 28, enero-diciembre 2014.

Barber Cárcamo, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *Revista Electrónica del Departamento de la Universidad de La Rioja,* núm. 8, 2010.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido, *Revista de la Escuela de Medicina legal,* núm. 4, enero 2007.

Callejo Rodríguez, C.: "La llamada doble maternidad "por naturaleza": la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *LA LEY*, año XXXV, núm. 8240, 30 de enero de 2014.

De la Fuente Núñez de Castro, Mª. S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal", *Indret,* enero 2015.

Díaz Martínez, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Derecho Privado y Constitución,* núm. 21, 2007.

Doral García de Pazos, J. A.: "La posesión de estado en materia de filiación", en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada,* vol. I, Universidad de Granada, Granada, 2000.

Evangelio Llorca, R.: "El concepto de posesión de estado de filiación", en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, vol. II,* dirección y coordinación Luís Martínez-Calcerrada y Gómez, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

Flores Rodríguez, J.: "Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida", *Actualidad Civil,* núm. 5, mayo 2014.

Gómez Perals, M.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014", en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil),* vol. 6º (2013-2014), Dykinson, Madrid, 2016.

Goñi Huarte, E.: "La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al Derecho Comparado", *Actualidad Civil,* núm. 5, mayo 2016.

Lacruz Berdejo, J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil,* T. V Familia, 2ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2005.

Nanclares Valle, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad", *Aranzadi Civil,* núm. 1, 2008.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Comentario a los artículos 113, y 127 a 135 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

Pérez Monge, M.: *Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

Quesada González, Mª. C.: *La determinación judicial de la filiación,* Bosch, Barcelona, 2012.

Quicios Molina, S.: *Determinación e impugnación de la filiación,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

Vaquero Pinto, Mª. J.: "La filiación matrimonial", en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.): *Tratado de Derecho de Familia,* vol. 6, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2017.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA: DOS CASOS DE ESTUDIO

MEDICAL CIVIL LIABILITY AND ASSISTED REPRODUCTION: TWO CASE STUDIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 310-329

Dr. Luis
De las HERAS
VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El presente trabajo examina los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil en materia de reproducción asistida y aborda el estudio de dos casos recientes de especial trascendencia.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; técnicas de reproducción asistida; consentimiento informado.

ABSTRACT: *The current paper examines the most relevant aspects of civil responsibility in matters of assisted reproduction and the study of recent cases of special importance.*

KEY WORDS: *Civil liability ; assisted reproductive techniques, informed consent.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DELIMITACIONES CONCEPTUALES PREVIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- 1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.- 2. Obligación de medios y de resultado.- 3. El consentimiento informado.- III. DOS CASOS DE ESTUDIO.- 1. Selección e implantación de ovocitos enfermos.- 2. Inseminación con semen de persona distinta a la seleccionada por actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo.

I. INTRODUCCIÓN

En 1884, el Prof. Dr. William Pancoast, del Jefferson Medical College de Philadelphia, tras los malos resultados obtenidos en el tratamiento de infertilidad a una paciente que anhelaba quedar en cinta de su esposo, dedujo que la causa de la desdicha radicaba en el varón, un acaudalado comerciante de Filadelfia de 41 años. Tras los oportunos análisis detectó que éste carecía de espermatozoides, cuyo origen posiblemente sería una gonorrea padecida en su juventud. El Prof. Pancoast comenzó a tratar al empresario, pero, transcurridos dos meses el hombre no mostraba signos o evidencias de mejoría. Sin embargo, el Dr. Pancoast, lejos de darse por vencido, decidió convocar a la mujer a una última revisión para atajar el problema y darle una solución que, a su entender, sería eficaz. Sin mediar consentimiento de la mujer, el facultativo, ante la presencia de seis estudiantes suyos, durmió con cloroformo a la mujer. Acto seguido, entre los alumnos allí presentes, y de forma democrática, se seleccionó al más guapo de todos ellos quien inmediatamente pasaría a ser donante de semen. Una vez al alumno se le extrajo e introdujo en una jeringuilla de goma, se le inyectó a la mujer, tapándole el cérvix con una gasa. Aunque ni el marido ni la mujer en ese momento supieron lo que había ocurrido, acto seguido el Profesor se arrepintió y decidió informar al marido, quien, lejos de contrariarse, manifestó estar encantado por la idea que había tenido, decidiéndose que era conveniente evitar la verdad a la mujer. A su debido tiempo, nacería el bebé, que se convertiría en un destacado hombre de negocios de Nueva York.

Sea como fuere, la historia se mantuvo secreta hasta el fallecimiento del Dr. Pancoast en 1909, momento en que el Dr. Addison Davis Hard, uno de los alumnos presentes cuando ocurrió la inseminación, publicó un artículo, intitulado Artificial Impregnation, en la revista Medical World con todos los detalles de aquella

• Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado, Vicepresidente del IDIBE, luisdelasheras@icab.cat

intervención[1], si bien un año antes contactó con el empresario neoyorkino para contarle personalmente el caso. A partir de entonces nacería una asociación cuya finalidad era desarrollar métodos y producir instrumentos para la inseminación artificial, pues ésta –y a su juicio– ofrecía valiosas ventajas, entre otras, solventar innumerables problemas de orden genético.

Sin embargo, no será hasta la década de los sesenta del siglo pasado cuando surgen los genuinos avances en la materia con los estudios sobre la obtención de ovocitos por laparoscopia y especialmente de los ensayos de Robert Edwards y Georgeanna y Howard Jones del Johns Hopkins Hospital sobre la fertilización de ovocitos humanos in vitro. La década de los setenta sería ya tremendamente prolífica en lo empírico con el frustrado embarazo por fecundación in vitro supervisada por los Profs. Wood y Leeton en Australia y el nacimiento en Inglaterra el 5 de julio de 1978 de la primera persona por este método.

En España sería el 13 de diciembre de 1982 cuando se obtuvo el primer embrión por fecundación in vitro en el seno del Instituto Dexeus, y el primer embarazo por gestación ectópica en 1983, que, por hallarse el embarazo en la trompa, devino en aborto. Y debió esperarse hasta el 12 de julio de 1984 hasta que naciera la primera persona probeta en nuestro país en el citado Instituto de la mano de los Doctores Pedro Barri Rague, Anna Veiga y Gloria Calderón. Hacia finales de esa década más de dos mil nacimientos por estas técnicas reproductivas habían nacido.

En este contexto el legislador introduciría a nuestro ordenamiento jurídico la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que tuvo por objeto regular las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), posteriormente modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, con el objetivo de resolver el problema relativo a la acumulación de preembriones humanos sobrantes, acordando establecer un límite máximo al número de preembriones que podían ser transferidos a una mujer en cada ciclo, a fin de recudir el número de partos múltiples y evitar riesgos, concretamente se estableció el límite máximo en tres preembriones por ciclo. También, con objeto de evitar la generación de preembriones supernumerarios fuera de los casos en los que sea necesario, se estableció que se fecundarían un máximo de tres ovocitos que pudieran ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo aquellos casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores

1 A.D. Hard: "Artificial Impregnation", *The Medical world*, v. 27, 1909, p. 163-164. Sobre las cuestiones éticas al respecto vid. p. 164.

Sin embargo, la vigencia de la reforma sería escasa, pues en mayo de 2006 se aprobaba la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, concretamente: "a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley. c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados".

Dichas técnicas de reproducción asistida serían y son, sin perjuicio de las que será, la: 1) Inseminación artificial; 2) Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y 3) Transferencia intratubárica de gametos.

Las principales novedades respecto de la anterior, además de la superación del paradigma basado en la esterilidad, fue, como se ha visto dejar abierto el catálogo de técnicas de reproducción permitidas, pues su art. 2 únicamente remite al anexo que puede ser revisado en cualquier momento por el Gobierno en atención a los progresos de la ciencia médica por lo que, en cierta manera, resulta una norma en este punto vigente y viva a la realidad científica.

II. DELIMITACIONES CONCEPTUALES PREVIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Desde el plano civil toda relación entre médico y paciente será necesariamente de origen contractual o extracontractual. Y de ella surgirá el régimen de responsabilidad civil.

La responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC) sitúa el daño en el ámbito de las obligaciones de un contrato, esto es, el daño se causa porque se incumple una obligación principal o accesoria.

La responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) sitúa el daño fuera de las obligaciones de un contrato, esto es, el daño no se causa porque se incumple una obligación, sino de un deber genérico de conducta: no dañar a los demás.

Así, la distinción de una y otra, siguiendo la clásica doctrina de nuestro Tribunal Supremo: "no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana,

sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial"[2].

La principal diferencia es de orden procesal. La prescripción de la acción de reclamación por daños contractuales es de 5 años (art. 1964.2 CC), mientras que los extracontractuales es de 1 año (1968.2º CC). Además, en materia de competencia, la acción de reparación por daño contractual será competente el del lugar de cumplimiento de la obligación, y sino el del domicilio del demandado, mientras que en materia de responsabilidad extracontractual el competente será el del lugar donde se produzca el daño.

En el caso de la responsabilidad civil médica es común admitir que hay daños cuyo origen es difuso, esto es, que la determinación de si el daño causado deriva del incumplimiento o no de obligaciones es tremendamente complejo, por ello la jurisprudencia mayoritaria ha admitido que el perjudicado pueda optar entre ambas o entre una y otra de forma alternativa y/o subsidiaria[3]. Incluso pueden yuxtaponerse de forma que en el mismo proceso resultarán de aplicación tanto el art. 1101 CC como el 1902 CC cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro.

Con todo, esta clásica y comúnmente admitida acumulación de responsabilidades ha encontrado algún pronunciamiento ya discordante, así la STS 14 septiembre 2015[4] determina que no es posible extender la relación contractual al profesional sanitario que le prestó asistencia negligente, pues el contrato médico no se había concluido entre el paciente y el médico, sino con el Hospital, produciéndose 'un concurso de acciones'. En este caso por responsabilidad contractual concluido con el Hospital, y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. Y así razona la sentencia que "Los actores podían optar entre una u otra acción y así lo hicieron, eligiendo ejercer la acción por la responsabilidad contractual, pero cada una de ellas tiene su plazo de prescripción propio. La primera prescribe a los 15 años, conforme al artículo 1964 del CC. La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamenta en la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 de Código Civil, por lo que la opción se

2 STS 10 mayo 1984 (ECLI: ES:TS:1984:1167).

3 STS 30 marzo 2006 (ECLI: ES:TS:2006:1836): "Ante todo hay que decir que esta Sala tiene establecida llamada 'unidad de culpa' que determina la existencia de unos mismos principios tanto para la responsabilidad civil contractual como para la extracontractual o aquiliana, y así lo dice la sentencia de 7 de noviembre de 2000 , cuando afirma que 'Esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada 'unidad de la culpa'; entre otras, las sentencias de 28 de junio de 1997, 2 de noviembre de 1999, 10 de noviembre de 1999 y 30 de diciembre de 1999 mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de la responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente".

4 STS 14 septiembre 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3753).

produce con todas sus consecuencias, como dice la sentencia de 19 de diciembre de 2008".

La anterior doctrina, por tanto, y si bien no es la mayoritaria, exige hacer un uso prudente de las armas procesales. En consecuencia, de haber celebrado el contrato con la Clínica y el médico de ésta cause daño es recomendable interponer la demanda de reclamación por daños en el plazo máximo de un año con el ejercicio subsidiario de ambas acciones.

2. Obligación de medios y de resultado.

De conformidad con el art. 1088 CC "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer".

En las obligaciones de hacer el deudor viene obligado a desarrollar un comportamiento positivo, distinto al de la entrega de una cosa, con el que satisfacer el interés del acreedor (por ejemplo, ejecutar una obra).

Y dentro de las obligaciones de hacer, se distingue entre obligaciones de medios y de resultados.

Es obligación de medios aquella en que lo obligado a desarrollar es un puro comportamiento positivo con arreglo a la diligencia propia de su arte u oficio (por ejemplo, la obligación del abogado que no puede garantizar el éxito del asunto).

Mientras que es obligación de medios aquella en que lo obligado es la obtención de un determinado resultado (por ejemplo, construir la casa).

En el ámbito de la ciencia médica, lógicamente, la regla general es que será una obligación de medios, pues no puede exigirse la obligación de un resultado (la sanación del paciente) sino que el profesional actuará con la diligencia debida para logar la curación.

Con todo, existen supuestos en que la obligación del médico será de resultado y ello porque se enmarca en las llamadas intervenciones satisfactivas en las que se busca un concreto resultado, por ejemplo, quitar dos manchas de la parte superior del labio[5].

5 Es el caso de la SAP Soria 8 junio 2010 (ECLI: ES:APSO:2010:152). Sobre si la actividad médica es obligación de medios o de resultado, con cita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se lee en la citada sentencia: "Con relación a que no existe obligación de resultado en la tarea profesional a desarrollar por el médico demandado, es doctrina del Tribunal Supremo - STS 28 de junio de 1997 - que 'el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en su vieja Sentencia de 21 marzo 1950 y ha vuelto a proclamarlo en la reciente de 25 abril 1994, habiendo declarado expresamente esta última que en aquellos casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto

Tal distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, por tanto, se halla en que la primera persigue la curación y la segunda el resultado querida para lograr una transformación del propio cuerpo. Así, la Sala 3ª del TS en su Sentencia 3 de octubre de 2000[6] dijo que: "en la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención (…) El resultado en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias".

En el ámbito de la reproducción asistida en principio parece que estamos ante una obligación de medios, pues la obligación del profesional es llevar a cabo con la diligencia debida las técnicas de reproducción asistida porque sus fines pueden ser estrictamente terapéuticos al necesitar facilitar la procreación cuando se han descartado otros tratamientos y también puede darse para superar enfermedades de origen genético o hereditario. Sin embargo, como recuerda la STSJ País Vasco 15 abril 2008[7], "cuando nos acercamos a criterios de medicina no curativa o satisfactiva, a diferencia de la asistencial, reúnen notas más cercanas a la obligación de resultados que a la obligación de medios o arrendamientos de servicios, donde el fundamento de la relación médico paciente se compromete a un resultado y el

físico o estético ... el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios -dice la STS de 11 de febrero de 1997 -, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención." En consecuencia, dice la Audiencia que: "En el supuesto examinado por la Sala, el propio demandado reconoce que la actora acudió a consulta sobre valoración y tratamiento de unas manchas cutáneas y 'aceptó el tratamiento estético propuesto por el doctor Celso'. Está claro, y reconocido por la propia parte demandada, que la paciente acudió a la consulta del doctor Celso para el mejoramiento de un aspecto físico o estético, por lo que es evidente que la obligación se aproximaba a una obligación de resultado y no de medios como afirma el recurrente".

6 STS (Sala 3ª) 3 octubre 2000 (ECLI: ES:TS:2000:7033).

7 STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 15 abril 2008 (ECLI: ES:TSJPV:2008:1413).

deber de información no solo queda determinado por los posibles riesgos, sino también por el índice de fracasos o éxitos, aunque estos fueran mínimos y admisibles. Pues aquí el interesado más que paciente es un cliente y es una voluntariedad de la asistencia cuyo objetivo persigue no estar acuciado por enfermedades, pues el cliente no quiere tener un resultado normal sino otro óptimo de mejoramiento, siendo defendible que se requieren circunstancias añadidas respecto al objeto y contenido de tal asistencia sanitaria con la observancia de la forma y a la búsqueda del resultado apetecido o la supresión de una actividad biológica no querida o eliminación del defecto consiguiente".

Más debe apuntarse que en este ámbito médico concreto, aquellos casos en que, habiéndose garantizado el resultado, este realmente *ab initio* era ya imposible de garantizar, deberá canalizarse la solución del conflicto, y más allá de la inexistencia de dicho contrato por no existir objeto, al ámbito precontractual por haber el ofertante del tratamiento creado dolosamente la situación (por ejemplo, cuando se garantiza el embarazo al cien por cien).

3. El consentimiento informado

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 Ley del Paciente), en su artículo 2 establece los principios básicos que deberán presidir unas relaciones clínico-asistenciales que están prioritariamente orientadas a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades[8]:

Según el art. 8 de la Ley del Paciente, toda actuación en el ámbito de la salud necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez este haya recibido toda la información disponible sobre la actuación concreta en su ámbito de salud, información que, en todo caso, deberá ser verdadera y comunicada de manera comprensible, adecuada a sus necesidades y garantizándosele la ayuda necesaria para tomar sus decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (vid. art. 4).

En el reverso de ese derecho a recibir información del paciente, está el deber del médico a brindarla, deber que se recoge y regula en el artículo 10 del Código de Deontología médica (aprobado por la Comisión Central de Deontología de la Organización médica Colegial) según el cual:

8 Vid. art. 3.1 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que puedan comprenderla.

Debe respetar la decisión del paciente de no ser informado y comunicará lo oportuno a un familiar o allegado que haya designado para tal fin.

Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo significativo para el paciente, le proporcionará información suficiente a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas.

Cuando el paciente no esté en condiciones de dar su consentimiento (por minoría de edad, incapacidad, urgencia de la situación y resulte imposible obtenerlo de la familia) el médico deberá prestar los cuidados que le dicte .su conciencia profesional.

Precisamente, dicho papel preponderante y vivificador de la voluntad indisolublemente asociado a la dignidad humana es lo que ha llevado a la configuración del consentimiento como un derecho fundamental, pues "ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo 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 ocupan 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, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (…), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 (…) , en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (…) , en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada 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"[9].

9 STS 12 enero 2001 (RJ 2001, 3).

En este sentido, la Ley del Paciente en su art. 4.1 reconoce expresamente que "los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias".

La finalidad de la información, por tanto, es proporcionar a quien es titular del derecho a decidir lo elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses[10]. Es por ello por lo que esta constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*[11] y, como tal, forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico[12], de manera que la insuficiente o inexistente información no es irrelevante para la autonomía del paciente en cuanto le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las distintas actuaciones que pudiera considerar adecuadas[13]. Además, esta, deberá ser objetiva, veraz y completa para la prestación de un consentimiento libre y voluntario[14].

La información necesaria para que el paciente pueda prestar el consentimiento de manera informada, según reiterada jurisprudencia, incluye que el paciente tenga conocimiento del diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos o beneficios[15]. De hecho, la Ley del Paciente en su art. 10, respecto de las condiciones de la información y consentimiento por escrito, establece que el facultativo proporcionará al paciente antes de recabar su consentimiento por escrito, los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

Con todo, según estemos ante actos médicos realizados con carácter curativo o satisfactivo, el grado de exigencia de información será distinto, pues la información, como es lógico, admite distintos grados de profusión y detalle.

En relación con los actos de carácter curativo se ha dicho que no es necesario informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico o común por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento

10 STS 23 noviembre 2007 (RJ 2008, 24).

11 SSTS 2 octubre 1997 (RJ 1997, 7405); 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3916) y 23 julio 2003 (RJ 2003, 5462)

12 SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073); 2 octubre 1997 (RJ 1997, 7405) y 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3925).

13 STS 6 julio 2007 (RJ 2007, 3658). Y establece el art. 4.2 que: "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad".

14 STS 23 octubre 2003 (RJ 2008, 5789)

15 STS 28 noviembre 2007 (RJ 2007, 8428).

adecuado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan de una gravedad extraordinaria[16]. Y es que, como viene reconocimiento unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, "la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así 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"[17].

En cambio, en los actos de carácter satisfactivo, la exigencia informativa reviste una mayor intensidad[18], pues además de ser objetiva, veraz completa y asequible, debe comprender el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que pudieran producirse, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, sin que puedan preterirse los riesgos excepciones, pues de ser conocidos estos el paciente podría rechazar someterse a una intervención que, en cierto modo, es intrascendente desde el punto de vista de la salud física[19].

En el ámbito de las TRA, según el art. 3.4 Ley 14/2006, una de las condiciones personales de la aplicación de las técnicas es que "la aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación".

En cuanto que toda mujer podrá ser usuaria o receptora de las TRA con independencia de su estado civil y orientación sexual, sin mayor limitación formal que tener más de dieciocho años, plena capacidad de obrar y haber prestado su consentimiento escrito a la utilización de manera libre, consciente y expresa (art. 6.1), la ley exige que la información que se le suministrará, en todo caso, comprenderá los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada (art. 6.2).

Cuando la mujer estuviera casada (salvo separada de hecho, y así conste, o de derecho), además, se exigirá el consentimiento de su marido en los mismos términos que para ella.

16 STS 17 abril 2007 (RJ 2007, 3541).

17 STS 28 diciembre 1998 (RJ 1998, 10164).

18 SSTS 28 junio de 1997 (RJ 1997, 5151), 27 abril 2001 (RJ 2001, 6891), 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391) y 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218).

19 STS 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651).

En el ámbito de la crioconservación de gametos y preembriones el art. 11.5 Ley 14/2006, también requiere el consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado para la utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados para: 1) su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) la donación con fines reproductivos; 3) la donación con fines de investigación y 4) el cese de su conservación (en el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores).

Es tal la importancia del consentimiento informado que el propio art. 8.8 exige que centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos para los fines antes dichos, cuenten con un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones conservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado.

Por lo que respecta a la investigación con gametos y preembriones humanos, el art. 15.1.a) también exige que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones.

Todas estas omisiones en materia de consentimiento informado, además de la eventual responsabilidad civil, de conformidad con el art. 26.2.b). 3ª, serán constitutivas de infracción grave.

Siendo que, además, el consentimiento informado en cuanto es un deber médico exigible necesariamente en materia de TRA, supone que su preterición o incumplimiento imperfecto de lugar a una responsabilidad rayana a la cuasiobjetiva, pues lo cierto es que la obtención del consentimiento informado del usuario o paciente es una actividad de resultado concreto, claro y definido por la Ley.

III. DOS CASOS DE ESTUDIO

1. Selección e implantación de ovocitos[20]

Doña Verónica y don Torcuato, tras distintos tratamientos de reproducción asistida infructuosos, finalmente en julio de 2010 acudieron al Centro IVI en Valencia, donde fueron atendidos por el Doctor Faustino.

20 SAP Valencia 30 marzo 2016 (ECLI: ES:APV:2016:2303).

Tras la primera visita, se descartó para el tratamiento usar óvulos de la paciente, entregándosele por el personal auxiliar a esta y su pareja un dossier con toda la información necesaria y un documento para que plasmaran su consentimiento informado.

Finalmente, y tras la superación de la oportuna burocracia, iniciaron el tratamiento en septiembre de 2010 y en diciembre de ese mismo año se confirmó el embarazo, efectuándole a la paciente los controles para determinar que se trataba de un solo feto y que todos los niveles eran adecuados, así como, que a priori, no existía ningún riesgo.

En enero de 2011 se realizó a la mujer un screening del primer trimestre que se consideró negativo. Sin embargo, el 27 de marzo de 2011, domingo, el Dr. Faustino llamó por teléfono al domicilio de los pacientes que había un problema con la donante, y, en consecuencia, el feto podía ser portador de hemofilia A, pues en Alemania se había detectado en un embarazo de la misma donante, una hemofilia severa tipo A.

Rápidamente fueron citaros al Hospital la Fe, donde al día siguiente (el 28 de marzo de 2011) se les hicieron las oportunas pruebas, informándoles el Dr. Faustino el 30 de marzo de 2011 que la prueba había salido positivo y, por tanto, que se pasaran por el hospital, pero, en la información remitida nada se indicaba sobre la hemofilia.

Ante esta situación, Doña Verónica y don Torcuato deciden acudir a otro médico, el Dr. Aurelio para obtener otra valoración clínica.

A primeros de abril, acude la pareja la Hospital de la Fe y el Dr. Faustino, sin documentación escrita, les informa que han de valorar la posibilidad de abortar ante el resultado positivo de la prueba, ya que, el niño era carne de hospital (sic), informándoles que habría de prepararse como un parto dado el avanzado estado de la gestación y los problemas que podrían presentarse.

La pareja finalmente decidió no someterse al aborto por la ausencia de pruebas escritas sobre la determinación de la enfermedad, por el riesgo para la madre dado lo avanzado de la gestación y por las convicciones morales de la pareja.

En lo sucesivo, el embarazo sería ya controlado por el Hospital la Fe. Finalmente, doña Verónica se puso de parto el 29 de junio de 2011, acudiendo al servicio de urgencias del Hospital de Elche y desde allí fue trasladada a la Fe, donde se le practicó una cesárea, recibiendo el alta médica el 6 de julio de 2011.

La parte actora consideraba que no podía admitirse que el IVI, centro especializado en evitar la transmisión de enfermedades genéticas, no hiciera los controles necesarios a los donantes de óvulos y semen, y ello habida cuenta de

que dicho centro es uno de los de referencia en el tratamiento de la hemofilia para descartar su transmisión, siendo que, precisamente, hasta tienen un convenio especial suscrito con el colectivo de hemofílicos.

Esencialmente, la parte demandada se opuso alegando la prescripción de la acción ejercitada por responsabilidad extracontractual dirigida contra el Dr. Faustino. Y, en cuanto a las razones de fondo, negación de ausencia o deficiente información suministrada a los actores, e igualmente negación de que la actuación del Dr. Faustino fuera incorrecta respecto del consentimiento informado y que el posterior servicio prestado por la Clínica IVI fuese contrario a la praxis. De igual manera, también alegó que en modo alguno se pactó ni garantizó el resultado de un hijo sano, siendo que, a su juicio, fueron los demandantes los que asumieron y aceptaron el daño que podían evitar al no realizar el aborto propuesto como solución legal permitida, por lo que el daño en que cuantifica la pretensión, y sustenta la reclamación, carece de nexo causal.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al Centro IVI por infracción de la *lex artis* en lo concerniente al consentimiento informado, pues la información suministrada a los actores era insuficiente pues no se indicaba como posible riesgo la posibilidad de transmisiones de enfermedades de los donantes al hijo por cuanto la mención que realizaba era respecto de la posibilidad de transmisión de los padres que son miembros de la pareja, pues, de las expresiones del documento en cuestión era evidente que se transmitía la idea de que por el Centro se practicarían las pruebas necesarias para detectar cualquier enfermedad genética, hereditaria o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Sin embargo, consideró que no hubo actos negligentes consistentes en la omisión de las pruebas necesarias a la donante para comprobar la presencia de hemofilia, pues, según el juez de instancia, no era preceptiva la realización de pruebas médicas distintas a las que se llevaron a cabo.

En cuanto al Dr. Faustino, se estimó la excepción de prescripción de la acción extracontractual.

Por parte del Centro IVI Valencia se apeló debido a tres motivos:

En primer lugar, error sobre la insuficiencia del consentimiento informado.

En segundo lugar, ruptura del nexo causal tras la decisión de no abortar.

En tercer lugar, pérdida de oportunidad y la falta de legitimación *ad causam* del padre demandante y del hijo.

En cuanto a los actores, impugnaron la sentencia (que no apelaron) en atención esencialmente a los siguientes motivos:

En primer lugar, la relación no debía ser calificada como extracontractual, sino como contractual, habida cuenta que el demandado era responsable en su condición de facultativo de los actos médicos dañosos y de dirección del centro vinculado contractualmente con la paciente. Y, en consecuencia, la acción contra el Dr. Faustino no estaba prescrita.

En segundo lugar, la existencia una mala praxis en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por la ausencia de control y estudio de los óvulos de la donante, pues no se llevó a cabo comprobación alguna para determinar si estos estaban enfermos por alguna enfermedad genética, hereditaria o infecciosa.

En tercer lugar, que no se hicieron pruebas para la determinación se la donante padecía o no enfermedades.

Por último, vulneración del consentimiento informado por diagnosticar erróneamente a la donante.

Respecto de que la parte actora considerara que don Faustino en su condición de facultativo fue responsable de los actos médicos dañosos y de la dirección del centro vinculado contractualmente con la actora, que la culpa sería contractual, y que, en todo caso la acción no había prescrito, no pudo entrar al fondo de la cuestión el TS porque para poder impugnar la parte actora el pronunciamiento en esos términos debió haber interpuesto recurso de apelación.

En cuanto a la negligencia en la selección e implantación de los ovocitos, la AP llegó a la conclusión de que aun admitiendo que en el proceso seguido para la fecundación no se detectara hemofilia, ello no puede ser imputado por culpa o negligencia al médico y a la Clínica dada la regulación legal y el estado de la ciencia sobre la materia.

En el caso de autos, se dijo por la demandada que, precisamente, cuando la donante sufre una enfermedad hereditaria como la hemofilia, la paciente lo sabe porque tiene familiares hemofílicos, pero, en este caso la donante no los tenía. Y la ley no les obligaba a realizar un screening de la hemofilia, y en la práctica ellos buscaban las enfermedades prevalentes, no las raras, pues no se podían hacer pruebas genéticas para todas y cada una de las enfermedades.

Lo cierto es que se acreditó que se habían seguido todos los protocolos que regulaban la selección e implantación de los ovocitos (concretamente los entrevistas psicológicas y médicas legalmente exigidas previas a la donación) y, por

tanto, no procedió a considerarse negligente o contraria a la lex artis la actuación de la Clínica.

En cuanto al Consentimiento informado, la Audiencia confirmaría el pronunciamiento de instancia, pues "de la lectura del consentimiento informado suscrito por los demandantes, consideramos que se llega a la conclusión de que los óvulos que se van a recibir han sido sometidos a las pruebas genéticas necesarias para evitar las enfermedades que allí se indican".

El documento suscrito como "Consentimiento informado para la fecundación in vitro y transferencia preembrionaria con donación de ovocitos", en lo relativo a lo que ahora nos interesa, decía:

"Riesgos de transmisión de enfermedades de padres a hijos:

Ninguno de los miembros de la pareja ha reconocido padecer enfermedades transmisibles, y en el caso de padecerlas, habría que valorar con carácter previo a la aplicación de la técnica, y mediante los oportunos estudios, primero, su evitabilidad a la descendencia y, segundo, para el caso de no ser evitable la enfermedad, su compatibilidad con el tratamiento FIV o su levedad. Puesto que mediante ICSI se pueden obtener gestaciones en casos muy severos de esterilidad, es posible observar un leve incremento de la proporción de anomalías cromosomáticas debido, básicamente, a las anomalías que puedan presentar los progenitores. No se han llegado a detectar hasta el momento actual problemas de salud a largo plazo de los así nacidos".

"Aspectos legales particulares derivados de la intervención de donante:

[...] La elección del donante corresponde al equipo médico que aplica la técnica, que debe garantizar que aquella tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora. [...] Las donantes deberán: 'Ser mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar. Al objeto de evitar, en la medida de lo posible, la aparición de malformaciones cromosómicas, las donantes de gametos femeninos no deberán tener más de 35 años de edad ni más de 50 los donantes de gametos masculinos'; y además: 'Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia'. También deberá tomar medidas el centro para excluir como

donantes a las personas que hubieran generado seis descendientes o más por reproducción asistida o no asistida."

Concretamente el incumplimiento de la *lex artis* respecto del consentimiento informado, por la insuficiencia de la información brindada a los pacientes, se debió a los siguientes motivos:

En primer lugar, no se comunicó a los receptores, quienes no eran expertos en medicina ni en su terminología, la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se habían sometido a los ovocitos. Así, a juicio de la Audiencia: "la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable".

En segundo lugar, "Del texto firmado no se desprende que el cribado de las donantes y de los ovocitos se hace basándose en las meras manifestaciones de la donante, sin las pertinentes comprobaciones técnicas, y no podemos ignorar que el desconocimiento de una enfermedad familiar genética, hereditaria o infecciosa no supone ninguna garantía sobre su inexistencia, no porque se oculte intencionadamente, sino porque, entre otros muchos supuestos, la donante puede ignorar que su familia sufre una grave enfermedad o padecimiento por el simple hecho de que la relación que mantiene con una rama familiar es escasa o nula, por ser adoptada, o por ignorar quien es su padre o madre biológico, etc."

Además, en la documentación brindada a los receptos, tampoco se les advertía de la existencia de muchísimas enfermedades detectables sobre las que no se hacían pruebas técnicas (genéticas) y de la existencia de otras muchas que según el estado de la ciencia no podían detectarse.

En este sentido, la ruptura del nexo causal no podía, a diferencia de lo que sostenía la demandada, admitirse, pues "El nexo causal supone la conexión entre la conducta del demandado y el daño producido y para que se interrumpa el nexo causal es preciso que intervenga una circunstancia ajena a la parte demandada que provoque la aparición del daño o la agravación del mismo, lo que no se ha producido en el presente caso, porque el nexo causal entre la deficiencia del consentimiento informado y los daños que se han causado a los actores se produjo desde el momento que no se les advirtió de la posibilidad de transmisión de determinadas enfermedades que eran conocidas y detectables, por ello, la posibilidad de interrumpir el embarazo, no rompe el nexo causal, ya que el daño ya se había producido. La interrupción del embarazo era una opción que tenían los padres, los actores, y que libremente decidieron no acoger, pero ello, en

nada afecta a las deficiencias detectadas en la información transmitida al tiempo de suscribir el contrato para someterse al proceso de Fecundación In Vitro y Transferencia Preembrionaria con donación de Ovocitos".

2. Inseminación con semen de persona distinta a la seleccionada por actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo.

Los hechos que inspiran este caso nacen de un resultado, ciertamente, claro: Doña Tania dio a luz a dos hijos gemelos el 14 de noviembre de 2007, quienes resultaron no ser hijos biológicos de la pareja de Tania, don Cecilio, quien se sometió al tratamiento de fertilización en el Instituto Canario de Infertilidad. Dicho de otro modo, Doña Tania y don Cecilio acudieron a la clínica para que con el semen de don Cecilio inseminaran a doña Tania, sin embargo, resulta que finalmente el semen provino de un tercero. Como consecuencia de esto, y pensando don Cecilio que doña Tanía había tenido un comportamiento desleal, la deja.

Se declaró probado, que el embarazo gemelar de la actora se produjo como consecuencia de la técnica de reproducción asistida realizada por el ICI, por lo tanto, los dos bebes procedieron de los dos embriones que le fueron transferidos a doña Tanía en el Instituto.

La controversia de la Litis fue la siguiente: como la finalidad del contrato para la actora, doña Tania, que no tenía problemas de fertilidad, era obtener un embarazo de su pareja varón vasectomizado, y dicha finalidad esencial fue conocida y aceptada por el ICI como la vivificadora del contrato, se trata de un caso de incumplimiento contractual y, por tanto, si este es atribuible a culpa o negligencia del ICI, quien es la única que tiene el dominio de las muestra y el material reproductivo tanto de don Cecilio, como de doña Tania, y un largo etcétera de pacientes y donantes.

El ICI centró sus esfuerzos argumentales en sostener que bastaba probar la posibilidad de otras causas distintas y ajenas a la fertilización in vitro realizadas por el centro como origen del embarazo de doña Tania, para considerar que no se prueba suficientemente el nexo causal. Sin embargo, para la Audiencia: "el análisis de la causalidad eficiente permite considerar probada como causa de un determinado hecho una de entre todas las causas posibles, en virtud de la racionalidad en el análisis de los acontecimientos, el alto grado de probabilidad teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas concurrentes en el caso examinado, descartando otras causas posibles pero altamente improbables y derivadas de hipótesis absurdas, extravagantes, contrarias a la lógica, que aparecen como incoherentes en relación al contexto, y cuya formulación se debe a especulaciones teóricas sin base fáctica ni indiciaria".

Y, en definitiva, el Tribunal "el Tribunal considera probado que el hecho productor del daño, embarazo gemelar de la actora a través de la técnica de reproducción asistida contratada con la demandada con material reproductivo de varón desconocido distinto al de su pareja, es consecuencia de la actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo por parte del Instituto Canario de Infertilidad en el desarrollo de la actividad contratada, existiendo un incumplimiento contractual imputable a culpa de la entidad a consecuencia del cual se ha producido un daño tanto a la actora como a los hijos menores de ésta, daño que es objeto de análisis en los fundamentos subsiguientes".

Lo relevante de la sentencia, por tanto, radica en que reconoce el resarcimiento de los menores por la lesión de sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (art. 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".

E igualmente la Sala estimó que los hechos tienes respecto de doña Tania "una enorme relevancia la afectación personal y el impacto en la vida de Doña Tania, del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad, y, además, de gemelos, es decir, de dos menores de la misma edad, que reclaman a un mismo tiempo y con igual intensidad una dedicación y atención en todos los aspectos de su vida. No puede compartir ni con el padre ni con la familia paterna las obligaciones de cuidado, de atención, ni las decisiones esenciales de la vida de los menores, ni los deberes de educación ni de proporcionar de forma integral a los menores un desarrollo afectivo, personal y social correcto, la atención a su salud, la guía y participación en su futuro desarrollo escolar, participando en las actividades de los menores". En consecuencia, entiende la Sala que la situación provocada por la acción de la demandada ha supuesto una lesión importante de aspectos inmateriales de la persona de Doña Tania que limita y condiciona todos los aspectos de su vida durante la menor edad de los hijos, pero más especialmente durante los primeros diez años de vida de éstos.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DESAFÍOS JURÍDICOS Y ÉTICOS

GESTATIONAL SURROGACY: DEFIANCES LEGAL AND ETHICS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 330-357

Dra. Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El desarrollo de las FIV, y en especial de la gestación por sustitución, los intereses y dignidad del menor y de la madre gestante se ven gravemente afectados y ponen de relieve las dificultades y desafíos a los que se enfrenta hoy el Derecho.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; maternidad subrogada; filiación; interés superior del menor; dignidad; orden público.

ABSTRACT: *The development of the IVF and, especially of the gestational surrogacy, the interest and dignity of the minor and her gestational mother are seriusly affected and highlight the difficulties and defiances that the law faces today.*

KEY WORDS: *Gestational surrogacy; surrogate motherhood; filiation; best interest of the chid; dignity; public order.*

SUMARIO.- I. REFLEXIONES PREVIAS.- II. EL PRETENDIDO DERECHO A LA PATERNIDAD/ MATERNIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.- III. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DESAFÍO DE LA CIUDADANÍA.- IV. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL "CONTRATO" DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- V. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y DIGNIDAD DE LA MADRE SUSTITUTA.- 1. Desafío relativo a la explotación sexual y reproductiva de la mujer.- 2. Desafío relativo a la reducción de la mujer a mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero.- 3. Desafío relativo a la situación de inferioridad de la mujer en el contrato de gestación.- 4. Desafío relativo a la privación de derechos relacionados con la maternidad.- 5. Desafíos relativos a los numerosos y variados conflictos de intereses entre la gestante y los comitentes.- VI. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS, DIGNIDAD Y DESTINO DEL NASCITURUS.- 1. Desafío relativo a su dignidad: La cosificación del niño.- 2. Desafío relativo a su interés superior.- 3. El derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos, su verdad biológica.- 4. Desafío relativo al desamparo del niño.- VII. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS COMITENTES: "A TODA COSTA". - VIII. CONCLUSIONES.

I. REFLEXIONES PREVIAS.

En las últimas décadas el conocimiento humano ha avanzado vertiginosamente de la mano del progreso científico y tecnológico aunque paradójicamente los avances en las ciencias de la vida han supuesto un retroceso en la protección de la vida y dignidad humanas: en ocasiones la concepción del hijo no se busca como un fin en sí misma[1] y los miles de embriones congelados y abandonados por sus progenitores sufren un destino tristemente incierto. El Derecho, lejos de ser un instrumento de protección y salvaguarda de la persona ha contribuido a tratar al ser humano en estado embrionario como objeto y no sujeto de Derecho. Nos encontramos ante una carrera imparable de instrumentalización del ser humano a nivel moral, ético, médico, jurídico y filosófico que se inició hace cuarenta años cuando comenzaron las técnicas de reproducción asistida.

Es necesario un planteamiento sosegado de la cuestión tanto a nivel moral y ético, como jurídico, ante un problema de tal magnitud, con el fin de sentar las bases que deberían informar el tratamiento jurídico de las acciones -sin precedentes en la historia de la Humanidad-, llevadas a cabo sobre el ser humano embrionario[2].

1 El hermano medicamento es producido como un medio –salvar a otro hijo- y no como un fin en sí mismo.

2 En el mismo sentido, Bustos Pueche, J. E.: "El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, 1992, tomo 3, La Ley 4098/2001, pp. 919 y ss.

• Dra. Pilar María Estellés Peralta
Profesora Agregada Doctor Acreditado de Derecho Civil, Directora del Departamento de Derecho Privado, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir", pm.estelles@ucv.es

A punto de cumplirse 30 años desde la aprobación de la primera ley española que regulaba las técnicas de reproducción asistida, estas técnicas han dado lugar a situaciones nuevas para el Derecho de familia, entre otras disciplinas, que es preciso solucionar teniendo en cuenta al principal afectado, el embrión -el concebido no nacido- el gran olvidado en las normas sobre la materia. El estado de la cuestión es crítico hoy en día y el único freno a esta nueva era de desprotección del ser humano debiera ser el ordenamiento jurídico. Sin embargo, contradictoriamente, es la ley –no la Ciencia- la que niega la humanidad del embrión menor de 14 días, y por ende, lo cosifica, allanando el camino para todo tipo de prácticas. Por el contrario, el valor de la vida humana y el respeto a su dignidad y el control legal deberían constituir la premisa de toda práctica biomédica; la intervención del Derecho y de la ley a fin de garantizar los derechos humanos de todos parece inexcusable. El Derecho debe alzarse en garante y defensor de esta vida humana embrionaria que no puede defenderse por sí misma. Lo que la técnica pueda alcanzar y la Humanidad desear, no siempre será lícito y ético ponerlo en práctica[3].

En relación con algunas de estas técnicas de reproducción asistida, actualmente ha adquirido una notable repercusión mediática, mucho mayor que la auténtica, real y escasa demanda[4], la práctica por la cual una mujer gesta a un niño, mediando un contrato que la obliga a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas, quienes asumirán la paternidad y/o maternidad del mismo[5].

A lo largo de este trabajo intentaré poner de manifiesto los nuevos retos y desafíos en relación con la gestación por sustitución, la maternidad subrogada o como demos en llamarla; retos y desafíos que en algunos casos no son nuevos pero que conviene reflexionar nuevamente.

3 En el mismo sentido, cabe citar a Hernández Ibáñez, C.: "Selección del sexo y derechos de la persona", Diario La Ley, 1992, tomo 2, p. 965, para quien hay que preguntarse si lo que es técnica y científicamente posible debe ser permitido pese a que choque con criterios morales y éticos. El progreso es loable, pero a veces parece que para la sociedad sólo existe el progreso, y hay que tener en cuenta hacia dónde va éste y qué medios va a utilizar para conseguirlo. Y cuando se contrapongan avances científicos con principios éticos y morales porque no se respete la dignidad humana, debe primar ésta.

4 Según datos del Ministerio de Asuntos Exteriores ofrecidos en noviembre de 2017, el Gobierno español tenía conocimiento de 979 inscripciones de niños nacidos por gestación subrogada entre 2010 y 2016 (fecha de consulta: 14 de abril de 2018).

5 Esta práctica recibe diversos nombres, siendo los más corrientes los de "gestación por sustitución", "maternidad subrogada", "gestación subrogada", "maternidad portadora", "útero de alquiler" o "vientre de alquiler". La expresión "gestación por sustitución" es la recogida por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 2006. Vid. en este sentido, «Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» de 19 de mayo de 2017, que contempla las distintas opciones terminológicas utilizadas al uso, como "gestación subrogada" o "gestación por sustitución".

II. EL PRETENDIDO DERECHO A LA PATERNIDAD/MATERNIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

Los defensores de esta práctica, alegan la existencia en España de miles de personas que desean ser progenitores y no pueden serlo de forma natural. Se esgrime que estas personas necesitan de los medios técnicos que la ciencia pone ya a su disposición[6] y exigen además otros, como el contrato de gestación por sustitución.

Este sector doctrinal mantiene que las personas tienen un verdadero derecho a la reproducción con fundamento constitucional, basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la dignidad de la persona –de los progenitores- como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). El derecho a la reproducción constituye, entonces, un derecho de autodeterminación física, enmarcado en el derecho a la libertad personal que recoge el art. 17.1 CE[7]. Si bien es cierto que la voluntad de querer tener un hijo puede encuadrarse, más bien, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad[8], parece evidente, que la procreación no puede ser vista como una necesidad básica del ser humano, en cuanto que hay muchas personas que, por elección deliberada u otras causas, no tienen hijos y no obstante prosperan como individuos.

Otro sector doctrinal entiende 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

6 Según el diario La Vanguardia de 12 Oct 2017, casi el 9% de los niños nacidos en el año 2015 lo hizo gracias a las técnicas de reproducción asistidas, cifra que sitúa a España a la cabeza de este tipo de tratamientos en Europa y en tercer lugar en el mundo, por detrás de Japón y Estados Unidos. Esto supone un incremento de casi un 7% respecto al 2014, año en que se puso en marcha el Registro Nacional de Actividad 2014-Registro SEF (Sociedad Española de Fertilidad), que recoge los datos de los casi 300 centros españoles de reproducción asistida que hay en el territorio. En números absolutos, en el 2015 nacieron por fecundación in vitro (FIV) o por inseminación artificial (IA) 38.903 bebés, de un total de 420.290 bebés nacidos.

7 Vela Sánchez, A. J.: "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011 (La Ley 3302/2011). También lo consideraba un derecho, la Comisión que elaboró el llamado "Informe Palacios", Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, y que ha constituido la base para la proposición de la ley de reproducción asistida. Sin embargo, si según las SSTC 120/90 y 137/90 el derecho a la vida no contempla el derecho a decidir la propia muerte, todo ello en la órbita de la esfera jurídica de la propia persona –tampoco se pueden donar órganos vitales, ¿no será lógico entender que incidir en la esfera jurídicas de terceras personas –el niño- es todavía más injustificado en base a un mero deseo de paternidad?

8 Vid. Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 55, y Serna Meroño, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012, p. 284.

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 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[9].

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, el art. 16 dispone: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». A su vez el Convenio Europeo de la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su art. 8 titulado *Derecho al respeto de la vida privada y familiar* dispone: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros». Y el art. 12 titulado *Derecho a contraer matrimonio,* señala «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». Ello implica respetar las decisiones del individuo sobre si contraer matrimonio o no, la elección del número de hijos y cuándo tenerlos sin injerencias del Estado que no puede ni debe inmiscuirse ni imponiendo ni prohibiendo una política de natalidad al respecto[10], debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano[11].

9 De Verda y Beamonte, J.R. en "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero de 2016, pp. 349-357, p. 353.

10 Como en el caso de países como China, con la política del hijo único, etc.

11 En el mismo sentido, De Verda y Beamonte, J. R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *Diario La Ley*, núm. 6161, 2005, p. 2, y en "Notas sobre la gestación por sustitución", cit., p. 352, para quien no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Es por ello legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas

En mi opinión, cualquier deseo no es susceptible de convertirse en un derecho y el legítimo deseo de tener hijos no es un derecho, y mucho menos fundamental, regulado en nuestra Carta Magna, pues no es exigible frente a nadie, ni frente al Estado, ni frente a otra persona, incluido el propio cónyuge[12], del que se puede exigir la realización de la entrega íntima, como medio para la concepción del hijo, pero no el logro de este fin, pues ello no depende de la voluntad de ninguno de los cónyuges[13]. Nótese que el acceso a la paternidad o maternidad en modo alguno y en ningún caso constituye un derecho subjetivo de los adoptantes en los supuestos de adopción[14] y ¿por qué iba a serlo en la prohibida gestación por sustitución?[15]. El comprensible deseo de maternidad o paternidad, así como el deseo de tener descendencia con la propia carga genética, no parece que sean derechos en grado alguno, en absoluto equiparables a aquellos otros fundamentales -los de la gestante y el niño- que esta práctica vulnera. La legislación vigente pese a que asume que la utilización de las técnicas de reproducción asistida no queda constreñida a servir como remedio de la esterilidad, no considera oportuno regular de forma expresa el reconocimiento de este hipotético derecho a procrear de contenido poco preciso[16] y que entraría en colisión con los derechos del niño y en el caso de la gestación por sustitución, de la madre gestante. El progreso de la ciencia no debe suponer, en ningún caso, un retroceso de los derechos fundamentales del niño.

En todo caso, la solución legal a esta cuestión ni debe ni puede basarse en criterios económicos ni de igualdad de los usuarios o como paliativo de la irremisible infracción de la prohibición de tales prácticas ilegales.

con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son los de los hijos a nacer en una familia donde puedan desarrollar su personalidad de la manera más plena posible.

12 Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el TEDH (Sección cuarta), caso Evans v. U.K., en Sentencia de 7 de marzo de 2006. Esta sentencia fue confirmada por la Gran Sala en sentencia de 10 de abril de 2007. El asunto había sido planteado por una mujer británica que trataba de invalidar la revocación del consentimiento dado por su anterior marido a la crioconservación y posterior implantación de los embriones de ambos. El Tribunal, en una sentencia que se recurrió y que fue posteriormente confirmada por la Gran Sala, denegó la solicitud de la mujer pese a que no tenía ninguna posibilidad de tener hijos biológicos propios sin este material reproductor y respaldó el derecho que tiene el marido a revocar su consentimiento, se reconoció el derecho del hombre sobre sus gametos que por medio de la fecundación in vitro habían producido los preembiones crioconservados, y por tanto consideró legítima su negativa a ser convertido padre en contra de su voluntad. Nótese, no obstante, que no se tiene en cuenta la persona del embrión crio-conservado en este punto.

13 Con idénticos argumentos Calvo Mejide, A.: "El permisivismo en la FIV: b) El Informe Palacios, Fundamento de la Legislación española", en Ballesteros Llompart, J. (coord..): *La Humanidad in Vitro,* Comares, Granada, 2002, p. 68.

14 Sabater Bayle, E.: "La adopción nacional", en Ravetllat Ballesté, I. (coord.): *Derecho de la persona,* Bosch, Barcelona, 2011, pp. 444-445.

15 Vidal Martínez, J.: "Derechos inherentes en la reproducción asistida", en Ballesteros Llompart, J. (coord.): *La Humanidad in Vitro*, Comares, Granada 2002, p. 294.

16 En el mismo sentido, Serna Meroño, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", cit., p. 281.

III. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DESAFÍO DE LA CIUDADANÍA.

A punto de cumplirse 30 años desde la aprobación de la primera ley española que regulaba las técnicas de reproducción asistida Ley 35/1988, de 22 de noviembre en la que expresamente se prohibía la gestación por sustitución la actual legislación española y un amplio espectro de países tanto a nivel europeo como mundial[17] mantienen esta prohibición aun cuando ya se alzan voces en nuestro país para abrir las puertas a una regulación que permita esta práctica[18], pese a la escasa demanda social de la misma.

El artículo 10. 1 de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece 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". Exactamente con la misma redacción que el artículo 10 de su predecesora, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Lo único que varía en la regulación de ambas leyes es que la de 2006 denomina a esta práctica como "gestación por sustitución". Esta regulación, al igual que su predecesora de 1988 prohíbe en España el uso de esta técnica[19].

Por consiguiente, es 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 o de un tercero, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer gestante será demás de madre gestante, madre biológica. Es, asimismo, 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. Pero también es nulo aquel contrato celebrado por una pareja de varones que pueden aportar o no sus gametos con el ovulo de la gestante o de una donante.

17 En la mayoría de los países de nuestro entorno no está regulada y sólo en algún caso se contempla de un modo muy restrictivo. Y algunos países que la tenían regulada de forma muy permisiva – India, Tailandia y algunos estados de México han rectificado sus regulaciones e incluso se imponen penas de prisión a los infractores.

18 Así Ciudadanos que aboga por la aprobación de una ley que permita y regule la maternidad por sustitución, con algunas limitaciones. Sin embargo, los partidos mayoritarios no se muestran muy favorables, por distintas razones, a respaldarla en su formulación actual. El PSOE en su 39ª Congreso Federal, tras un intenso debate, rechazó la maternidad subrogada por 171 votos contra 31. En las filas del PP y PODEMOS, no se han definido oficialmente, pero en ambos casos hay controversia.

19 Sin embargo, la Ley 14/2006 no sanciona ni a la madre sustituta ni a los padres, en estos casos, por lo que muchos españoles sortean la legalidad española y su impunidad y consiguen ser padres en terceros países donde sí está permitida esta práctica.

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 –aunque la comitente aporte su óvulo-. La consecuencia la establece el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, que dispone que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". La inscripción de los nacidos por maternidad subrogada no puede quebrantar las normas españolas, esto es el citado art. 10.2 de la Ley de 2006 porque supondría un perjuicio para el menor[20].

No obstante ello, los españoles siguen recurriendo a la gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras en un claro desafío a la legalidad vigente y se plantea de forma recurrente, por algún sector doctrinal, además de a nivel político, el cambio de regulación para permitirla. Eso significa que para atajar el hecho de que la ley se incumple se propone su modificación para que no se infrinja en vez de propugnar la solución más acorde con el Estado de Derecho: la sanción al infractor. El planteamiento es de una lógica jurídica apabullante. Sin embargo, es en cierto modo comprensible: como la ley 14/2006 no sanciona ni a la madre sustituta ni a los padres, ni a los intermediarios en estos casos tan claros de actuación voluntaria y premeditada de fraude de ley no es difícil encontrar anuncios ofreciendo la mejor opción y selección de vientres de alquiler para los españoles, incluso el "busque y compare", con la tarifa de precios por países y sus pros y contras. Y todo ello, se oferta por internet ante la pasividad general y la ausencia de sanciones. La prohibición sin sanción de estas prácticas conduce directamente al fraude de ley.

La experiencia de los últimos años ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Los españoles con cierto poder adquisitivo aprovechando las leyes permisivas de algunos países, celebran este tipo de contratos en el extranjero para posteriormente inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España con el beneplácito de la DGRN. Este tipo de contratos e inscripciones contradicen el parecer del Tribunal Supremo, que se manifestó sobre este asunto en la Sentencia de 6 de febrero de 2014[21] y el Auto de 2 febrero de 2015[22], declarando su nulidad y los demás efectos que ésta comporta.

La causa del desaguisado hay buscarla, entre otras en la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante

20 Vid. la citada STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

21 STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

22 El ATS 2 febrero 2015, rec. núm. 245/2012 establece que no cabe alegar vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar y destaca en lo relativo a la intimidad familiar, que, en ningún momento, en el caso enjuiciado, se ha producido tal vulneración, puesto que el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico.

gestación por sustitución ha abierto una peligrosa puerta trasera pese a que presenta una extensa batería de puntos débiles e incorrecciones jurídicas y provocando una legalización *de facto* de la gestación subrogada. Y qué decir de la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 que concluyó que, en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010 está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello. A mi entender, la solución propuesta por la Instrucción y la posterior Circular no es correcta, ni la DGRN es competente para dictarlas en el sentido en que lo ha hecho, porque, en definitiva, está prestando 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[23].

Todo ello ha dado lugar a los siguientes desafíos que vamos a tratar de analizar.

IV. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL "CONTRATO" DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

El contrato de gestación por sustitución o gestación subrogada, en sentido amplio, aunque repugne calificarlo de contrato por el objeto sobre el que recae, es un acuerdo oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos[24].

Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego en relación con la aportación de los gametos de la gestante, los comitentes y/o los terceros; en relación con la entrega de precio o no, entre otros. Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirla a otra u otras personas.

23 De Verda y Beamonte, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", cit., p. 357, quien no cree que el art. 96 de la nueva LRC de 21 de julio de 2011 todavía en período de *vacatio legis*, altere los términos de la cuestión, pues el precepto, en su número 2º, sólo permite inscribir una resolución judicial extranjera, cuando no resulte "manifiestamente incompatible con el orden público español", del que forma parte la prohibición de gestación por sustitución. También García Amez, J.: "Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40/2014, pp. 168-169.

24 Pérez Monge, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 329.

Llamar contrato a un acuerdo expresamente prohibido por la legislación española para la "producción" de un niño, al que renuncia de modo previo su madre gestante –en los casos, no pocos, en que ésta aporta su óvulo- a cambio de una muy elevada suma (se llega a pagar 200.000 euros o más) de la que ella percibe una cantidad muy inferior y que acepta todo este proceso por su precaria situación existencial y todo ello realizado en el extranjero porque los deseosos "padres" son conscientes de que esta técnica está prohibida en España y aun así la llevan a cabo ¿no es desafiar a la ley, a la ética y al más elemental sentido común?

La materia que regula la gestación por sustitución o maternidad subrogada debería inspirarse en criterios que pongan el foco en el respeto a la dignidad humana. No obstante, esta labor no parece que se haya realizado con la suficiente reflexión[25]. La cuestión se halla en determinar si un embrión, en tanto que ser vivo humano, puede ser objeto de transmisión o de negocio jurídico[26], por una parte, y por otro lado, la celebración de este contrato 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.

Conviene por otro lado no olvidar que el contrato de gestación por sustitución obliga a la renuncia anticipada de la madre gestante a todo derecho sobre el niño gestado. Para que la renuncia despliegue efectos el renunciante debe ser titular del derecho de que se trate ¿es entonces el niño gestado objeto y no sujeto de titularidades jurídicas y derechos subjetivos y por ende el derecho de la madre recae sobre él en tanto objeto, como un elemento más del patrimonio? Asimismo, el renunciante debe tener la capacidad necesaria para disponer del derecho que de que se trate, siendo de significar que de acuerdo con el artículo 166 del Código Civil los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes, etc., por consiguiente, tampoco a su persona. Solo se permite la renuncia de derechos (y el niño no lo es) cuando no contraríen el orden público ni perjudiquen a terceros art. 6.3 C.c. y la filiación es materia de orden público por lo que no cabe su renuncia. Ésta será, en consecuencia, nula de pleno derecho[27], precisamente por contrariar el orden público español, tanto al derivar de un contrato -el de maternidad por sustitución- que es nulo conforme a

25 En el mismo sentido, Bustos Pueche, J. E.: "El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas", cit., pp. 919 y ss., para quien no puede aceptarse, sin culpa grave de frivolidad, es que una materia tan íntimamente vinculada con la persona –causa y justificación última del Derecho- se considere sin más disponible por la simple razón de que el avance técnico haya puesto en manos del hombre la posibilidad de actuar sobre ella.

26 Bustos Pueche, J. E.: "El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas", cit., pp. 919 y ss.

27 En este sentido vid. STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944), que declaró radicalmente nulo el asentimiento que había prestado la madre, por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177. 2 CC que dispone, en relación con el asentimiento para la adopción: "El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días (ahora seis semanas) desde el parto" -FD Cuarto-.

nuestra interna legislación, cuanto por afectar a un derecho/deber indisponible y por lo mismo irrenunciable sobre la patria potestad[28].

Los contratos de gestación por sustitución, sean considerados como de obra o de servicio[29], carecen de validez, principalmente, porque se trata de actos realizados en contra de una norma prohibitiva[30]; porque se oponen, asimismo, al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que tratan 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[31] y los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renuncias o transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar[32].

Un amplio sector de la doctrina científica actual mantiene la nulidad del contrato de gestación con apoyo en los argumentos arriba expuestos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en 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[33].

28 Voto particular concurrente que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, y al que se adhiere el magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, a la sentencia dictada en el recurso de Casación nº 3818/2015, razonamiento noveno 2, de la STS (Sala de Lo Social, Pleno), núm. 881/2016, 25 de octubre de 2016, para quienes lo indicado comporta que no pueda atribuirse eficacia jurídica alguna al documento que el reclamante aduce [el contrato de gestación y la renuncia a la patria potestad], pero sin embargo evidencia la insatisfactoria situación que de hecho se produce.

29 Los contratos de gestación cabría calificarlos como contrato de obra si se entienden como la entrega de un resultado final previamente encargado, un niño, o como prestación de un servicio, el de gestar un niño. Realmente se asemeja más a un contrato de obra en el que los comitentes buscan un resultado final, un producto, un ser al que inscribir como hijo aun cuando no lleve sus gametos y haya sido gestado por una madre contratada al efecto. Se trata pues de un contrato para la producción de un niño.

30 Art. 6.3 CC.

31 De Verda y Beamonte, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", cit., p. 351, y Pérez, G. y Cantoral, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 230-251, p. 242.

32 Pérez, G. y Cantoral, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", cit., p. 243.

33 Cfr., así, De Verda y Beamonte, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", cit., p. 351, como más recientemente, del mismo autor, "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 la obra *colectiva Principi, regole, e interpretazione contratti e obligazioni, famiglie e succesioni*, Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 614-616; Bellver Capella, V.: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52; Corral García, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013, p. 69; López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267. Los defensores del contrato de gestación por sustitución invocan el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad e incluso un pretendido derecho a la reproducción, además de la conveniencia de frenar el llamado turismo reproductivo, estableciendo cautelas que aseguraren el libre consentimiento de las madres portadores y evitar un posible tráfico internacional de niños, vid. en este sentido Álvarez De Toledo Quintana, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público

Si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de gestación por sustitución, y además aporta el óvulo fecundado, ese niño lleva su información genética por lo que tal acto implica la "trata de un ser humano", y por tanto una patrimonialización o comercialización de los derechos humanos, prohibida en todas las Convenciones internacionales[34] y pone en peligro los derechos de las mujeres y niños y no sólo donde se permita tal práctica, dada su onda expansiva. La legalización de estos contratos implicaría la comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante[35].

Con la gestación por sustitución, los seres humanos no son procreados sino producidos; los hijos se encargan por distintas razones, algunas relacionadas con problemas de salud o esterilidad, pero otras no. De esta manera, insensiblemente se produce la cosificación de las personas que se forman como resultado de tales técnicas. Por mi parte, entiendo ilicitud tanto del objeto como de la causa[36]. Ilicitud del objeto porque se está convirtiendo al ser humano en objeto de comercio. El intercambio económico convierte este contrato en asimilable a la compraventa. Se trata, asimismo, de un acto contrario a una ley prohibitiva que el artículo 6.3 Código Civil sanciona con la nulidad y un claro caso de fraude de ley al pretender obtener la inscripción de la filiación de los menores como hijos de los comitentes, a sabiendas de que conculca la legalidad española[37]. Todo ello vulnera no sólo el orden público español sino también el orden público internacional porque afecta a los pilares básicos sobre los que se sostiene la filiación: la dignidad de la persona recogida en el art. 10 CE, tanto de la mujer gestante como del propio hijo objeto

internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, p. 39; Igareda González, N.: "La inmutabilidad del principio mater semper certa est y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, pp. 6-7; García Aburuza, Mª. P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2015 (BIB 2015, 4006); y Vela Sánchez, A. J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España", *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 mayo 2013.

34 Pérez, G. y Cantoral, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", cit., p. 242, respecto a la propuesta legislativa presentada en el Congreso del Estado de Tabasco (México) sobre la reproducción asistida. Para la propuesta legislativa se consideró el principio de que el interés superior del menor es tan importante para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos, de modo que: 1°) El interés de los padres queda subordinado al interés del primero; 2°) El interés de los implicados trasciende de la esfera privada, para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado, ello obliga a que los pactos de contrato de maternidad subrogada carezcan de validez porque los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renuncias o transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar.

35 Vid. Al respecto Díaz Romero, Mª del R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley,* núm. 7527, 2010, p. 1.

36 Artículos 1271 y 1275 CC. En opinión de De Verda, J. R., "Notas sobre la gestación por sustitución", cit., p. 351, 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. En opinión de Pantaleón Prieto, F.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 27 y 28, la nulidad procede de la ilicitud del objeto.

37 Art. 6.4 CC.

del tráfico mercantil; la protección de la infancia (art. 39 CE), etc.[38] el respeto a la verdad biológica y el derecho a conocer los propios orígenes biológicos[39].

V. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y DIGNIDAD DE LA MADRE SUSTITUTA.

Se alega que la regulación de estos contratos evitaría el atentado a los derechos y la dignidad de la mujer gestante, la cual, en ocasiones, no pocas, también aporta su óvulo, lo cierto es que en los países donde se produce el turismo reproductivo siguen planteándose los siguientes desafíos, sin ánimo de ser exhaustivos que vulneran no sólo los derechos sino también la dignidad de la mujer.

1. Desafío relativo a la explotación sexual y reproductiva de la mujer.

Las prácticas de gestación por sustitución son muy lucrativas para los intermediarios por lo que, en numerosos casos, se produce la explotación del estado de necesidad de las gestantes algunas de las cuales viven en situaciones de pobreza.

La gestación por sustitución mayoritaria es la comercial, la de carácter altruista tiene, sin embargo, un carácter muy residual. Eliminadas las situaciones de vulnerabilidad de la mujer muy pocas se ofrecen a gestar de forma altruista. Aun así, la gestación altruista ofrece otros inconvenientes que más adelante analizaremos.

Es significativo que el perfil socio-económico de las mujeres que se someten a estas prácticas suele ser bajo y el nivel de conocimiento y libertad con el que han participado es cuando menos dudoso. Existen elementos más que fundados para sospechar que se trata de mujeres pobres y en situación de exclusión social, o de mujeres que desean obtener ciertos ingresos para poder sobrevivir ellas y sus familias y no tienen problema en relativizar el proceso de gestación y entrega del niño gestado para conseguirlos. ¿La mujer que alquila su vientre los hace por elección o por coerción? ¿Podremos entender que la gestante ha actuado con entera libertad y cabal conocimiento del acuerdo al que se presta? Generalmente no. Más bien hay que aceptar que circunstancias de todo tipo, entre las que indudablemente ocupan un lugar preeminente las escasas garantías jurídicas que pueden rodear a la gestación subrogada y la escasez de medios

38 Así se pronuncia la STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882). Vid. art. 1255 CC.

39 La STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete]) representa un "giro copernicano" en la determinación de la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico. Por otra parte, el Tribunal Supremo ha rechazado la legitimación de una madre para presentar, en representación de su hija menor de edad, una reclamación de filiación, a pesar de corresponder con la *verdad biológica*, por poner en riesgo el interés de la menor, primando así el interés del menor. Así lo determina la STS (Pleno de la Sala de lo Civil) 30 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2995).

económicos, colocan a la mujer en una situación de vulnerabilidad que determina un escaso nivel de conocimiento y libertad de la gestante en ese proceso. Y a ello le sumamos las elevadas cifras que perciben los intermediarios en estos procesos, no sería extraño incluso que a algunas mujeres se les obligue a gestar al igual que a otras se les obliga a prostituirse, lo que implica la comisión de delitos contra los derechos humanos y la vinculación de la gestación por sustitución con la trata de seres humanos. Y en el futuro ¿podría obligarse a las mujeres a gestar hijos en favor de otros? ¿Cómo una función social tal y como relata Margaret Atwood en su novela *El cuento de la criada*?[40].

2. Desafío relativo a la reducción de la mujer a mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero.

Por un lado, debemos considerar la denigrante publicidad que sufre la mujer sometida a estas prácticas. Existen agencias que ofertan a las gestantes e incluyen expresiones como "busque y compare", no sólo precios y rapidez de trámites sino también de sus características fenotípicas, color pelo, ojos… tasa de éxito en sus embarazos, discriminando a las menos "productivas". La gestante se oferta como un producto comercial para la reproducción asemejándose mucho a la publicidad de los criaderos caninos y atentando gravemente a su dignidad.

3. Desafío relativo a la situación de inferioridad de la mujer en el contrato de gestación.

Mediante el contrato de gestación por sustitución se obliga a la gestante a renunciar de forma anticipada al hijo que gesta sin tener en cuenta el derecho de la gestante a cambiar de opinión. Incluso la gestante puede haber aportado su propio óvulo con lo que está negociando con su propio hijo y perjudicando el interés superior del menor. Ello conduce al siguiente:

4. Desafío relativo a la privación de derechos relacionados con la maternidad.

Carece la madre sustituta del derecho de reflexión tras el parto. No se le permite ejercer la maternidad sobre el hijo gestado del que será separada tras el nacimiento de éste. Incluso en los casos en que la gestante aporta sus propios gametos. Todo ello contrasta con el derecho de la madre en los en supuestos de adopción a decidir si se queda con el niño o no para lo que cuenta con un plazo de reflexión[41] de seis semanas desde el parto[42]. Artículo 177. 4º.2 Código civil. Se

40 Atwood, M.: *El cuento de la criada,* Salamandra, 2017.

41 El Tribunal Constitucional Portugués determinó el pasado 24 de abril de 2018, la inconstitucionalidad de algunos puntos de la Ley portuguesa de gestación subrogada de agosto de 2017 por entender que viola derechos fundamentales: Entre otros, que no exista la posibilidad de que la gestante se "arrepienta", lo que impide el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad.

42 Art. 177. 4º.2 CC.

puede alegar que esta práctica no constituye un supuesto de adopción, pero no conceder plazo de reflexión a la gestante en los casos en los que aporta también sus gametos supone un trato discriminatorio injustificado.

5. Desafíos relativos a los numerosos y variados conflictos de intereses entre la gestante y los comitentes.

Resulta obvio que los intereses de cada parte son distintos y, por lo general, antagónicos. Por otro lado, se produce una flagrante reducción de la gestante al papel de incubadora humana[43] desprovista de los caracteres propios de la maternidad que atenta a la dignidad de la mujer gestante y la cosifica al ser reducida a una prestadora de servicios de maternidad[44]. Obligar a la mujer a que preste su cuerpo para gestar el niño de otro la reduce a la condición de mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero y atenta a su dignidad como mujer y como madre[45]. Los comitentes desearán un niño sano y se creerán con derecho a indicar a la gestante los medios que ellos consideren mejor para lograrlo, con lo que la gestante puede estar o no de acuerdo. Asimismo, se creerán con derecho a decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se implantan en la gestante, si se le realiza o no una "reducción embrionaria" o un aborto, o el tipo de alumbramiento (parto natural, cesárea) al que deba someterse. Así las cosas, los comitentes se van a creer con derecho a decidir sobre los hábitos de alimentación, ejercicio, preparación al parto, el parto, etc. Todo ello, que atenta a la indisponibilidad del cuerpo humano[46], tiene por

43 Los organismos intergubernamentales -como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- que se han pronunciado sobre la gestación subrogada han adoptado posiciones de rechazo o de cautela. En su informe sobre derechos humanos y democracia en el mundo de 2014 la Unión Europea las ha calificado como contrarias a la dignidad de la mujer. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha rechazado una propuesta de regulación de contratos de gestación por sustitución.

44 Vid. 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 (2015/2229(INI)).

45 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. En dicho Informe el Comité 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. Asimismo, el Tribunal Supremo, en la importante Sentencia de 6 de febrero de 2014 entiende que nuestro Derecho no acepta que '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".

46 Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional Portugués cuando determinó el pasado 24 de abril de 2018, la inconstitucionalidad de algunos puntos de la Ley portuguesa de gestación subrogada de agosto de 2017, debido a la "excesiva indeterminación" de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas.

prioridad el mejor desarrollado del niño, no la salud de la mujer gestante y la mujer queda así reducida a la función de incubadora humana, y a partir del nacimiento, a una extraña a la que se aleja del hijo gestado y de la que no importa el daño afectivo que pueda ocasionársele[47].

VI. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS, DIGNIDAD Y DESTINO DEL NASCITURUS.

Los derechos de la personalidad no son sino manifestación de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual. En este punto me propongo reflexionar sobre la colisión de derechos que ha provocado el avance de la ciencia y la técnica y que ha acabado menoscabando la dignidad del hijo y conculcando sus derechos[48].

Lamentablemente, los avances científicos y tecnológicos en las ciencias de la vida han supuesto un retroceso en la protección de la vida y dignidad humanas[49]. El Derecho, lejos de ser un instrumento de protección y salvaguarda de la persona ha contribuido a tratar al ser humano en estado embrionario como objeto y no sujeto de Derecho. Y el Derecho español se cuenta entre los pioneros[50].

La controvertida Exposición de Motivos de la primera Ley sobre Técnicas de reproducción asistida de 1988 establecía, sin embargo, que "no parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso para ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad les señale, conscientes

47 Sin embargo, investigadores de la Fundación del Instituto Valenciano de Infertilidad (FIVI) han demostrado, por primera vez en la historia de la genética, la 'comunicación' entre gestante y embrión, suficiente para modificar el genoma del futuro bebé. No es pues, una mera gestante. Con este trabajo, los autores –Felipe Vilella y Carlos Simón– han confirmado la conocida como 'hipótesis Barker' que formuló el epidemiólogo inglés David Barker en 1990, y que afirma que "lo que sucede en el útero materno es más importante que lo que sucede tras el nacimiento". El hallazgo sostiene que la madre puede variar la información genética del hijo, incluso si el óvulo es de una donante o si se recurre a un vientre de alquiler (gestante subrogada), como en el supuesto que nos ocupa: Vid. Vilella, F. y Simón, C.: "Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome", *Development*, septiembre de 2015.

48 Véase a Sales Pallarés, L.: "La dignidad de la persona, la identidad biológica y la responsabilidad médica: algunos casos recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 109, para quien el uso de las técnicas de reproducción asistida ha generado casos que conculcan la dignidad de los menores afectados estas técnicas, llegándose a plantear la autora si puede predicarse el fraude de ley internacional en algunos de ellos, cuando se ha recurrido al uso de técnicas fuera del territorio nacional.

49 En el mismo sentido, Ciccone, L.: *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, Palabra, Madrid, 2005, p. 130.

50 Estellés Peralta, P. Mª.: "La donación del ser humano embrionario", en Estellés Peralta, P. Mª. (coord.): *El Derecho en tiempo de crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 47.

ambas, ciencia y sociedad, de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer".

La dignidad es una parte esencial de los atributos de la persona, que existe más allá del derecho que la reconoce, no obstante, el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona ha supuesto un salto cualitativo en su efectividad y respeto, pues aunque el derecho no crea la dignidad, sí asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo[51].

El niño es, ante todo, persona en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica, es decir como titular de derechos, sino en su dimensión humana como "ser" capaz de sentir y pensar y desarrollarse. El menor es también una realidad humana en devenir, es decir, para él su presente permite determinar su futuro[52]. El respeto a su presente garantiza su futuro, pese a ello, el Derecho español segmenta los diversos períodos de desarrollo embrionario. Esta diferenciación conlleva, a su vez, diferente tratamiento jurídico[53].

La gestación subrogada puede ser causa de numerosos riesgos que menoscaben el interés superior del menor. Lo que estas prácticas ponen en peligro en relación con el *nasciturus* no son sólo su vida y su dignidad sino también la prevalencia de su interés superior en cuanto menor[54]. Estamos en presencia de un ser humano que ya se está gestando, con independencia de la naturaleza jurídica que se otorgue a

51 En el mismo sentido, Rebollo Delgado, L.: *El Derecho fundamental a la intimidad,* Dykinson, Madrid, 2005, p. 108, y Pérez, G. y Cantoral, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", cit., p.233.

52 Pérez, G. y Cantoral, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", cit., p.233, y Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 171.

53 Así, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida, en su art. 1.2 introduce el concepto de "preembrión", como "embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde"; y la Ley de Investigación Biomédica de 3 de julio de 2007, distingue entre "embrión" y "feto", como ulteriores fases del proceso vital, respectivamente comprendidas entre el momento del implante en el útero y los 56 días siguientes, o a partir de los 57 días y hasta el parto (art. 3. l). En el mismo sentido, Carapezza, G.: "Tutela del embrión y prohibición de patentar. Un caso de interpretación, según valores, en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 17, enero 2014, pp. 296-315, p. 306. En opinión del citado autor, p. 311, por suerte para el *nasciturus,* la Gran Sala del TJUE, en su Sentencia de 18 de octubre de 2011, c. 34/101, se ha pronunciado, por vez primera, sobre la trascendental cuestión de la definición del "embrión humano". recurriendo a los principios de dignidad humana y de integridad personal como instrumentos de definición hermenéutica y al acoger una noción de "embrión", "en sentido amplio", el Tribunal comprende en ella, no sólo cualquier óvulo en el momento de la fecundación, sino también los obtenidos con las técnicas de partenogénesis y de clonación terapéutica, porque lo decisivo para el reconocimiento de la cualidad de ser humano es el principio de la vida, es decir, el inicio del proceso de desarrollo biológico, al cual es inmanente la exigencia de respecto de la dignidad humana.

54 Vid. Informe de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) de 2015 alerta sobre los riesgos que entraña la maternidad subrogada internacional para los derechos del niño gestado, entre los que se encuentra el tráfico de éstos. Cfr. The Hague Conference on Private International Law, The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference (fecha de consulta 16 de abril de 2018).

este contrato de gestación y se plantean numerosas cuestiones de difícil solución jurídica y ética y que afectan sin duda a la vida e intereses del hijo en gestación.

1. Desafío relativo a su dignidad: La cosificación del niño.

No podemos ignorar que el resultado del proceso de gestación por sustitución es un ser humano, y que los seres humanos en nuestro ordenamiento no pueden ser considerados como propiedad de otro ser humano, por lo que nadie puede disponer de ellos; el ejercicio de la paternidad es una responsabilidad, no la materialización de una propiedad. Independientemente de la naturaleza jurídica que se sostenga sobre el contrato de gestación por sustitución, el niño es en estos casos utilizado como objeto de intercambio mercantil. No se puede renunciar a lo que no se puede disponer, el niño, el objeto de esta transacción es otro ser humano y no un elemento más del patrimonio. La filiación del hijo no puede hacerse depender de la voluntad de la madre gestante o de los comitentes y atenta al orden público y nuevamente interés superior del menor.

Ello da lugar a la siguiente consecuencia: el tráfico de niños. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la venta de niños como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución". La Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha advertido a algunos de los países en los que se llevan a cabo estas prácticas sobre la necesidad de establecer garantías que eviten el tráfico con niños[55]. La gestación subrogada internacional, en la medida en que tiene un carácter comercial y recurre como gestantes a mujeres que están en una situación económica y social de vulnerabilidad, se puede calificar en la mayoría de los casos como tráfico de niños y explotación de mujeres, más allá de que exista en algunos casos, un marco legal que la ampare en el país de la gestante. Los organismos intergubernamentales -como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- que se han pronunciado sobre la gestación subrogada han adoptado posiciones de rechazo o de cautela. La ONU, a través del Comité de Derechos del Niño, ha advertido a algunos países como India y Estados Unidos de los riesgos de tráfico de niños con relación a estas prácticas.

55 La Convención de Derechos del Niño establece que, en los Estados Partes, para los supuestos de adopción, regularán todas las medidas apropiadas para garantizar que, la misma no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella (art. 21). ¿Qué garantías existen para el niño en la maternidad subrogada? Por su parte, el artículo 35 establece que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma; y el artículo 36: "Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar".

2. Desafío relativo a su interés superior.

El bienestar del niño y su salud física y psíquica se ven alterados por la gestación por sustitución pues atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto[56], ya pactado *ab initio.* Ello entra en contradicción con el derecho del hijo a permanecer con su familia de origen[57]. En consecuencia, se pone en riesgo –y frecuentemente se vulnera intencionalmente- el derecho del niño a ser criado por sus verdaderos progenitores y a dar prioridad a su permanencia en su familia de origen y al mantenimiento de sus relaciones familiares[58]. Precisamente el efecto es el contrario.

3. El derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos, su verdad biológica.

El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación ha sido suprimido en el ámbito de la reproducción humana asistida: ¿dónde queda el derecho a conocer el propio origen biológico? Al alejar al hijo de la madre gestante se pone en riesgo el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos[59].

56 Vid. Vilella, F. y Simón, C.: "Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome", cit.

57 La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: Artículo 2. Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir… 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. 3. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

58 La Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y la Carta Europea de los Derechos del Niño establecen en su artículo 3: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Y en su artículo 7: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

59 Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional Portugués cuando determinó el pasado 24 de abril de 2018, la inconstitucionalidad de algunos puntos de la Ley portuguesa de gestación subrogada de agosto de 2017, considerando que esta medida impone "una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad" de las personas nacidas por gestación subrogada.

Otra de las cuestiones perturbadoras de la realidad biológica del niño que se plantean con la gestación subrogada, es justamente la contraria, y afecta directamente a las relaciones familiares cuando existe vínculo familiar entre la gestante y los comitentes. Nos referimos a la gestación llamada "altruista". Si la filiación se determina en un solo sentido, se es hijo o padre/madre, pero no hijo y nieto o madre y abuela, o madre y tía, o madre y prima. En los casos en que exista relación de parentesco entre la gestante y los comitentes, el niño tendría un doble vínculo con la gestante: el derivado de la gestación y el de la filiación legal. Se producirá entonces una filiación "en cascada". Así, por ejemplo, si una madre gesta para su hijo, el niño resultante sería legalmente nieto de la gestante, pero "hijo" en cuanto a la gestación. Además de los problemas éticos y jurídicos ello va a afectar psicológicamente al niño al que se va a ocultar su origen.

4. Desafío relativo al desamparo del niño.

En algunos supuestos, los comitentes deciden abandonar al niño en gestación o ya nacido porque no lo quieren cómo es o cambian de opinión respecto a su deseo de paternidad/maternidad. Tal es el caso de los supuestos de crisis familiar de los padres contratantes durante la gestación en los que uno de los comitentes quiere llevar a término la gestación, pero el otro pretende el aborto porque ha cambiado de opinión o porque han cambiado las circunstancias familiares y personales de los comitentes que bien pueden haber roto su relación, haber engendrado otro hijo, perder su estatus laboral o económico, etc.

Dado que es un hecho que este tipo de contratos se están celebrando, conviene analizar otros riesgos y desafíos derivados de estos contratos y los posibles efectos, responsabilidades y daños ocasionados por los eventuales incumplimientos del mismo o del desistimiento de una de las partes y que afectan directamente a la vida, dignidad e interés del niño.

La decisión de los comitentes de "extinguir el contrato de gestación": ¿Daría lugar a que los comitentes pudieran obligar a la gestante a abortar? ¿Podría ella negarse? Veamos los posibles supuestos: a) En el caso de que el *nasciturus* padezca problemas - graves o no- de salud y ya no interese la continuación de esta gestación. b) En el caso de que en vez de un hijo la implantación haya fructificado en dos embriones y se pretenda desechar uno de ellos. c) En el caso de que la gestación se lleve a cabo para la procreación un hermano "medicamento" y entretanto se encontró la cura o falleció el hermano enfermo y este ya no se desea pues ya no reporta ninguna finalidad. d) Como consecuencia de la ruptura de la pareja de comitentes, el fallecimiento de uno de ellos, la pérdida de empleo, estatus económico o el simple desistimiento sin más.

¿Y si la gestante decide en estos casos ejercer su derecho a la maternidad y quedarse con el niño no deseado por los comitentes ya sea el gestado con problemas de salud, el gemelo no deseado o el hijo "medicamento" ya no querido? ¿Sería posible que un hermano tuviera una filiación distinta –la de la gestante- a la del otro –la de los comitentes?

En caso de que ambos comitentes hayan fallecido ¿podrían otros parientes del niño exigir de la gestante el cumplimiento de las obligaciones contractuales? ¿Qué derechos les asisten a los abuelos en estos casos? ¿Este niño podría nacer con dos o cuatro abuelos y sin padres? ¿Cómo se debería determinar la filiación y el ejercicio de la patria potestad de este niño? ¿Le debería corresponder a la madre gestante?[60].

VII. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS COMITENTES: "A TODA COSTA".

El deseo de tener un hijo es lo que lleva a los comitentes a celebrar este acuerdo de gestación, y siendo españoles, a sabiendas de su expresa prohibición y la comisión de un acto en fraude ley, y acceden a ello por la puerta de atrás del ordenamiento jurídico español que abrió la DGRN de 5 octubre 2010[61]. Ello debería ser objeto de sanción[62].

El deseo de tener un hijo no es, por sí solo, garantía de que el interés superior del niño será la guía con que actúen los padres[63]. Únicamente nos indica que alguien quiere tener un hijo y que lo quiere pese a la prohibición española. Quizá lo quiera por satisfacer un deseo que considera muy superior al interés del menor[64], y si no, como medida de comprobación apliquemos el juicio salomónico

60 No se trata de una hipótesis, un bebé chino llamado Tiantian nació en diciembre de 2017, cuatro años después de la muerte de sus padres; los abuelos alquilaron para ello un vientre de alquiler en el país vecino. Vid. noticia (fecha de consulta: el 15 de abril de 2018).

61 En estos casos el TEDH es consciente de que el libre reconocimiento de dicha filiación equivaldría a dejar sin efecto la prohibición o el rechazo de la maternidad subrogada (Paradiso § 211, 215; Mennesson § 84).

62 Llama la atención el escaso interés del legislador por preservar la eficacia de la nulidad de este tipo de prácticas. El problema no es nuevo (desde 1988) y todavía no se ha abordado con contundencia –se ha dejado a la interpretación de los Tribunales y la DGRN una función cuasilegislativa que no les compete. En otros ámbitos, estas cuestiones no plantean problema alguno porque son incluso perseguidas penalmente (trasplante de órganos art. 156 bis Código penal; ¿adopción ilegal?; clonación de seres humanos o selección de raza art. 160.3 CP, ¿por qué no se persiguen penalmente estos hechos? Poco interés pese al artículo 221 CP: 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

63 Es clamoroso el caso del japonés Mitsutoki Shigeta quien se ha convertido en padre de 19 hijos mediante gestación subrogada.

64 La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882) rechazó definitivamente la inscripción del menor en el caso enjuiciado alegando el fraude de ley de los pretendidos "padres" y haciendo hincapié en la respuesta dada al argumento de los recurrentes de que rechazar la inscripción sería contrario al superior interés de los

y veamos el resultado. No obstante, los deseos también son mutables ¿y si deciden los deseosos "padres" poner fin al embarazo porque han cambiado de parecer? ¿Dónde queda en este caso garantizada la protección de los intereses superiores del niño?

Es más, los comitentes, en la búsqueda de la satisfacción de este deseo de paternidad van a incurrir en numerosos desafíos algunos de los cuales infringen la legalidad vigente respecto del hijo y también de la madre gestante: Los comitentes van a satisfacer una cantidad muy elevada para inscribir a un niño como hijo suyo, que en el mejor de los casos únicamente tendrá la carga genética de uno sólo de ellos. Luego el deseo de paternidad tan sólo se concretará respecto de uno de ellos; el otro, ostentará una "falsa paternidad". Es curioso que la filiación del menor resulte determinada en favor de quien realiza el encargo.

Respecto de la madre gestante, los comitentes van a establecer indicaciones y directrices relacionadas con el proceso de gestación y alumbramiento del niño gestado que afecta a los hábitos de vida y salud de la gestante y lesionan sus derechos fundamentales; y, en ocasiones, llegado el caso, como ya sucede en otros países muy desarrollados, por qué no utilizar la maternidad subrogada para no pasar por un embarazo, estropearte la figura o dejar de trabajar, en fin para evitar un embarazo no deseado del tan "deseado" hijo.

Posteriormente los comitentes procurarán la rápida desvinculación de madre gestante y el hijo nacido en un claro perjuicio físico, psíquico y moral para ambos.

Permitir la maternidad subrogada es otorgar a unas personas, los comitentes, unos poderes sobre otros seres humanos que difícilmente tienen encaje en materia jurídica y moral. ¿Y dónde establecemos el límite? ¿Podrían unos "abuelos" recurrir a la gestación subrogada por el mero deseo de ser abuelos del nieto –*concepturus*- de su hijo fallecido en caso de que su nuera se negara al uso de las

niños. En relación con ello, afirma el Tribunal que "la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del 'interés del menor' serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas". La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista (del juez), 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 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".

TRHA o también hubiera fallecido? ¿Existe un derecho a ser abuelo? ¿Por qué generar un niño huérfano *ab initio*? ¿Cómo se debería determinar su filiación y el ejercicio de la patria potestad de este niño, en estos casos?

¿Por qué –ante tanto deseo de paternidad/maternidad insatisfecha- no asumir la adopción de un niño ya nacido y necesitado de una familia en vez de fabricar a propósito uno nuevo?

VIII. CONCLUSIONES.

No es cierto que haya una auténtica demanda social en España para contratar madres de alquiler y, mucho menos, una oferta de mujeres que se presten a ser gestantes altruistas, por lo que no son comprensibles las propuestas para su legalización.

La satisfacción de deseos individuales no puede estar por encima de la protección de los derechos de los otros implicados en estas prácticas. No se debe anteponer los deseos –no derechos- de los padres y madres intencionales a los derechos de los niños en gestación.

La gestación por sustitución no constituye un proceso inocuo ni para el niño ni para las mujeres gestantes que se ven afectadas física y emocionalmente como consecuencia de su maternidad y de la separación radical del hijo gestado.

La gestación por sustitución es un negocio altamente lucrativo. En muy escasas ocasiones podrá considerarse "altruista", sin embargo, estas situaciones suelen producirse cuando hay vínculos de parentesco entre gestante y comitentes lo que provoca en el niño un grave riesgo relativo a sus orígenes.

La prohibición del art. 10 de la LTRHA no es suficiente para proteger los derechos y la dignidad de las gestantes y de los niños así gestados. Tampoco la norma internacional y los distintos Pactos y Convenios. La ausencia de sanciones a los intervinientes en este proceso fomenta estas prácticas. Pero, además, el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, 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.

Los imparables avances de la ciencia suponen un constante desafío para el Derecho y los Estados que no pueden mantenerse impasibles ante las nuevas necesidades que se generan y demandan por lo que éstos deben establecer normas civiles y penales a nivel nacional e internacional que pongan fin a la instrumentalización del ser humano cualquiera que sea ésta, instrumentalización

que atenta a sus más básicos derechos y a su dignidad. La ley y los tribunales de justicia deben insistir en la defensa del principio de protección al interés superior del menor en todo caso, y en la protección jurídica de la madre gestante, en aras de garantizar todo vestigio de posible trata de seres humanos.

No considero preciso llevar a cabo una reforma legislativa para que los derechos de todas las partes implicadas en un contrato de gestación por sustitución queden garantizados, fundamentalmente los del niño que sin ser parte del mismo es su principal efecto, porque aquello que está prohibido no se regula para garantizar otros derechos, sino que se sanciona.

No entiendo necesario abordar mediante una nueva regulación el reconocimiento de las filiaciones determinadas en el extranjero respetando la legislación (extranjera) pero no la española. Actualmente la ley española ya precisa la filiación de los menores: maternidad de la gestante y posible reclamación de paternidad del padre biológico.

Figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la materialización de los deseos de paternidad/maternidad y la formalización jurídica de la integración real de los menores en situación de desamparo en un núcleo familiar sin necesidad de producir nuevos seres humanos *ad hoc.*

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez De Toledo Quintana, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 6, núm. 2, octubre 2014.

Atwood, M.: *El cuento de la criada,* Salamandra, 2017.

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

Bustos Pueche, J. E.: "El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley,* 1992, tomo 3, La Ley 4098/2001.

Calvo Mejide, A.: "El permisivismo en la FIV: b) El Informe Palacios, Fundamento de la Legislación española", en Ballesteros Llompart, J. (coord): *La Humanidad in Vitro,* Comares, Granada, 2002.

Carapezza, G.: "Tutela del embrión y prohibición de patentar. Un caso de interpretación, según valores, en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 17, enero 2014.

Ciccone, L.: *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones,* Palabra, Madrid, 2005.

Comité De Bioética De España, Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, con fecha de 19 de mayo de 2017.

Corral García, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 38/2013.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *Diario La Ley,* núm. 6161, 2005.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero de 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)", en la obra

colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obligazioni, famiglie e succesioni,* Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 583-602.

Díaz Romero, Mª del R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley,* núm. 7527, 2010.

Estellés Peralta, P. Mª.: "La donación del ser humano embrionario**",** en Estellés Peralta, P. Mª. (coord.): *El Derecho en tiempo de crisis,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

Vilella, F. y Simón, C.: "Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome", *Development,* septiembre de 2015.

García Aburuza, Mª. P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8/2015 (BIB 2015, 4006).

García Amez, J.: "Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España", *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 40/2014.

Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana,* Marcial Pons, Madrid, 1994.

Hernández Ibáñez, C.: "Selección del sexo y derechos de la persona", Diario La Ley, 1992, tomo 2.

Igareda González, N.: "La inmutabilidad del principio mater semper certa est y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política,* núm. 21, enero 2015.

López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética,* XXIII, 2012/2ª.

Pantaleón Prieto, F.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia,* núm. 5, 1988.

Pérez Monge, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.* Colegio de Registradores, Madrid, 2002.

Pérez, G. y Cantoral, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014.

Rebollo Delgado, L.: *El Derecho fundamental a la intimidad,* Dykinson, Madrid, 2005.

Rivero Hernández, F.: *El interés del menor,* Dykinson, Madrid, 2007.

Sabater Bayle, E.: **"**La adopción nacional", en Ravetllat Ballesté, I. (coord.): *Derecho de la persona,* Bosch, Barcelona, 2011.

Sales Pallarés, L.: "La dignidad de la persona, la identidad biológica y la responsabilidad médica: algunos casos recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 8, feb. 2018.

Serna Meroño, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012.

Vela Sánchez, A. J.: "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", *Diario La Ley,* núm. 7608, 2011.

Vela Sánchez, A. J.: "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España", *Diario La Ley,* núm. 7621, 3 mayo 2013.

Vidal Martínez, J.: "Derechos inherentes en la reproducción asistida", en Ballesteros Llompart, J. (coord): *La Humanidad in Vitro,* Comares**,** Granada 2002.

FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: BEBÉS MEDICAMENTO

FILIATION DERIVED FROM ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES: SAVIOR SIBLINGS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 358-375

Este trabajo se realiza desde el grupo de investigación «Empresa, Consumo, Derecho» (ECD), de la UDC, y desde el proyecto (DER2017-89623-R), "Menores migrantes en el arco mediterráneo: movilidad, sistemas de acogida e integración"

Dra. Inmaculada
GARCÍA
PRESAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: En España, entre las novedades de la Ley 14/2006, se regula la selección embrionaria con fines terapéuticos para terceros. Hay que esperar hasta 2014 para que esta técnica sea sufragada por el sistema sanitario público español. Se hace alusión a los argumentos en contra y a favor de la utilización de esta técnica, siendo mayoritarios los autores que la apoyan, tanto en el sector biomédico como en el bioético.

PALABRAS CLAVE: Filiación; embrión; bebé medicamento.

ABSTRACT: *In Spain, among the novelties of Law 14/2006, on assisted human reproduction techniques, the embryo selection is regulated with terapeutic purposes for third parties. We must wait until 2014 for the aforementioned technique to be paid by the spanish public health system. Refers to the arguments against and in favor of the use of this technique. The majority of authors, in biomedical and bioethical field, support this technique.*

KEY WORDS: *Filiation; embryo; savior sibling.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL.- III. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.- IV. NORMATIVA VIGENTE.- 1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.- 2. Reforma de 2014.- 3. Decreto 156/2005, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.- V. EL PRIMER BEBÉ MEDICAMENTO.- VI. ARGUMENTOS.- 1. Argumentos en contra.- 2. Argumentos a favor.- VII. ¿EN CONTRA O A FAVOR DEL BEBÉ MEDICAMENTO?

I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez es más frecuente, en la sociedad actual, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida llegando a ser consideradas como la tercera fuente de filiación junto con la que es fruto de la procreación de una unión heterosexual y la filiación adoptiva[1].

Las técnicas de reproducción humana asistida permiten que las parejas estériles sean padres; que una mujer sola tenga descendencia sin mantener relaciones sexuales con ningún hombre y posibilitan el nacimiento de niños destinados, además de a vivir su propia vida, a proporcionar cura a un tercero que padece una enfermedad grave. Son los llamados bebés medicamento.

Sin embargo también se hace alusión a estos niños con otras denominaciones: hermanos salvadores, niños de diseño, niños donantes, niños producidos por fecundación in vitro con finalidad terapéutica, niños amados[2], bebés a la carta[3], o bebés de doble esperanza ya que suponen tanto la esperanza de venir al mundo como la de curar a su hermano enfermo; ésta es la expresión que más se emplea en Francia[4].

1 Kletnicki, A. y Alfano, A. L.: "Tecnologías de reproducción humana asistida: más allá de la determinación y el azar, la apuesta subjetiva", en *VI Congreso Internacional y Práctica Profesional en Psicología. XXI Jornadas de Investigación. Décimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, p. 143.
Vid. Kletnicki, A. y Alfano, A. L.: "Las tecnologías de reproducción humana asistida como nueva fuente de la filiación", en *Memorias del V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología*, Tomo IV, Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, pp. 117-121.

2 Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria la producción de bebés-medicamento?", *Therapeía,* núm. 4, 2012, p. 15.

3 Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española", *Therapeía,* núm. 9, 2017, p. 85.

4 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del "bebé medicamento",* Dykinson, Madrid, 2017, p. 23.

• Dra. Inmaculada García Presas
Profesora Titular (Acreditada) de Derecho civil, Universidad de A Coruña, i.garcia.presas@udc.es

Así mismo si se hace una interpretación extensiva del término bebé medicamento no solo se refiere a los que nacen con técnicas de reproducción humana asistida siendo manipulados para ser genéticamente compatibles con su hermano enfermo sino que también abarca a aquellos que son procreados de manera natural, una vez que se conoce la enfermedad de su hermano y que, por azar, nacen genéticamente compatibles con el hermano al que se pretende curar[5].

También utilizan las técnicas de reproducción humana asistida las parejas o las mujeres solas con la pretensión de evitar que sus hijos corran el riesgo de sufrir ciertas enfermedades genéticas; las parejas que desean reservar sus embriones con la finalidad de gestarlos en un futuro (por ejemplo una vez superado un cáncer o cuando mejore su situación económica) y las parejas homosexuales de uno o de otro sexo (en el caso de las lesbianas existe la variable del método ROPA o "Recepción de óvulos de la pareja" que consiste en una fecundación in vitro en la que una de las mujeres aporta los óvulos y la otra gesta el embrión utilizándose semen de un donante)[6].

Las citadas técnicas también permiten que existan embriones para experimentar e investigar; junto con Estados Unidos y Reino Unido, desde hace años España lidera la investigación con embriones humanos[7].

II. DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL.

Con la finalidad de analizar la estructura genética de los embriones se utiliza un procedimiento denominado Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP); es en 1990 cuando el equipo de Alan Handyside llevó a cabo el primer diagnóstico de estas características en una familia caracterizada por ser portadora de enfermedades ligadas al sexo. En este caso se efectuó la determinación del sexo del embrión asegurando que el hijo no sería un varón ya que se transfirieron al útero únicamente embriones femeninos. De este modo desaparecía la posibilidad de que naciera un varón afectado[8]. En este primer momento el Diagnóstico Genético Preimplantacional fue un éxito y, por ello, se comenzó a emplear en trastornos

5 Deza Huamán, R. M., Delgado Villena, C. A.: "El *uso* de los bebés medicamento a través de la donación: aspectos ético-jurídicos", *Revista de Investigación Jurídica,* núm. 10, 2015, p. 4.

6 Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas", cit., p. 77.

7 García San José, D. I.: "El pluralismo europeo respecto a la concepción del comienzo de la vida y del concepto de ser humano y sus eventuales repercusiones en el ordenamiento jurídico español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2010, p. 11.

8 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético de la generación de bebés medicamento", *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas,* núm. 36, 2016, p. 57.

cromosómicos, enfermedades monogénicas y, también, para el nacimiento de bebés medicamento[9].

Cabe señalar que el futuro de la Medicina está en la investigación con células madre y en el Diagnóstico Genético Preimplantacional que, hoy en día, cuenta con un gran abanico de opciones, que amplían tanto la libertad reproductiva de los padres como las soluciones terapéuticas para ciertas enfermedades[10].

Actualmente la legislación permite aplicar el Diagnóstico Genético Preimplantacional para averiguar si el embrión tiene determinadas enfermedades, concretamente: atrofia muscular espinal, distrofia muscular de duchenne, enfermedad de Huntington, fibrosis quística, hemofilia A, hemofilia B, síndrome de Alport ligado al cromosoma X y enfermedades con herencia recesiva ligada al cromosoma X[11].

A raíz de la aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se actualiza el listado de enfermedades susceptibles de ser afrontadas por medio del Diagnóstico Genético Preimplantacional. Así pues se incluye la selección de HLA[12].

III. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.

El objetivo de este proceso es que un niño que padece una enfermedad grave mejore su estado de salud gracias a la existencia de un bebé medicamento. Los padres se someten a este procedimiento cuando tienen un hijo que sufre una grave enfermedad necesitándose, para su curación o, al menos, para que su pronóstico vital mejore, la donación de células madre, bien de la sangre del cordón umbilical o bien de la médula ósea, del donante.

En ocasiones la sangre del cordón umbilical es suficiente para efectuar el transplante mientras que, en otras, el bebé medicamento es un donante permanente, ya que sigue siendo necesario después del nacimiento, porque fue insuficiente la muestra de sangre o porque, por cualquier otro motivo, fracasó el trasplante[13].

9 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético", cit., p. 57.

10 Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento, protección de la salud y sistema sanitario público: una reflexión desde el principio de justicia", *Universitas,* núm. 24, 2016, pp. 246-247.

11 Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas", cit., p. 85.

12 Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento", cit., p. 262.

13 Deza Huamán, R. M., Delgado Villena, C. A.: "El *uso*", cit., p. 7.

Por ello es preciso generar un número elevado de embriones a través de un proceso de fecundación in vitro. Posteriormente se realiza una biopsia de los mismos con la finalidad de seleccionar aquellos embriones que son compatibles con el sistema inmunitario del hermano enfermo y que carecen de enfermedades hereditarias. Una vez que se encuentra el que reúne la mayor cantidad de características deseables se implanta en el útero de la mujer.

Se utiliza el Diagnóstico Genético Preimplantacional para valorar el porcentaje de compatibilidad que hay entre el embrión creado y el hermano enfermo. Se plantea un gran problema ético al ser necesario disponer de un número elevado de embriones para poder elegir entre ellos al menos uno que reúna los criterios de selección. Se descarta, a los demás hermanos, por sufrir enfermedades o por no contar con un patrimonio genético compatible aunque no estén enfermos[14].

IV. NORMATIVA VIGENTE.

1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Con el propósito de complacer la demanda de los ciudadanos y de establecer límites a prácticas que claramente se encuentran fuera de toda ética, fue variando sustancialmente la normativa relativa a las técnicas de reproducción humana asistida. En efecto en España la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, es la primera ley sobre la materia y, por lo tanto, crea los cimientos legales; fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Posteriormente la Ley 14/2006 cuenta con ciertas aclaraciones en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[15].

La Ley 14/2006 incorpora novedades muy importantes relativas a las técnicas de reproducción humana asistida. Entre ellas cabe destacar que se reafirma la utilización del término preembrión (ya empleado en la Ley 35/1988) considerándolo una fase no humana, con una duración de 14 días, en la que se permite cualquier acción, incluso la destrucción; se abre el camino a cualquier tipo de donación humana sin carácter reproductivo; se favorece el aumento del número de embriones congelados y se introduce la posibilidad de crear bebés medicamento[16].

14 Deza Huamán, R. M., Delgado Villena, C. A.: "El *uso*", cit., p. 6.

15 Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas", cit., p. 76.

16 Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas", cit., p. 91.

Así pues, la Ley 35/1988 no contempla la existencia de la técnica del bebé medicamento ya que fue descubierta posteriormente. Sin embargo, la Ley 14/2006 ya regula la selección embrionaria con fines terapéuticos para terceros.

La Ley 14/2006 al aceptar esta técnica coloca a España en la vanguardia europea en materia de reproducción asistida. Es el capítulo III de la Ley 14/2006 el que regula la crioconservación de gametos y "preembriones", el Diagnóstico Genético Preimplantacional y las técnicas terapéuticas en el embrión preimplantado.

En el artículo 12, apartado 2, de la Ley 14/2006, se admite el Diagnóstico Genético Preimplantacional para cualquier finalidad, incluyéndose la posibilidad de que nazca un niño con el cometido de salvar a su hermano enfermo.

En efecto la Ley 14/2006 permite la utilización de los bebés medicamento ya que, con su aprobación, desaparecen los obstáculos legales para poder intervenir los embriones y elegir los que son genéticamente compatibles con el hermano que padece una enfermedad.

Actualmente parece que las distintas opciones políticas están conformes con el marco normativo existente. Sin embargo, en un principio, contó con la oposición frontal del Partido Popular aunque, ulteriormente, cuando dicho partido accedió al Gobierno, no modificó la citada normativa, que tampoco se encuentra impugnada ante el Tribunal Constitucional[17].

La legislación actual se fundamenta exclusivamente en el utilitarismo basándose en que "el fin justifica los medios" y, en consecuencia, como efecto colateral de las técnicas de reproducción humana asistida, se produce la violación, en la etapa embrionaria, del derecho a la vida y a la integridad física[18]. En este sentido se pronuncia el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2012 disponiendo que "corresponde al legislador desarrollar los derechos fundamentales de acuerdo con los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico".

2. Reforma de 2014.

En España, hasta 2014, las familias que, con el objetivo de encontrar una solución terapéutica para su hijo enfermo, se pusieron en manos de clínicas privadas, incluso en el extranjero, posteriormente no consiguieron el recobro de la Administración Sanitaria de los gastos ocasionados. Al respecto los Tribunales de Justicia argumentaban que se trataba de una técnica, en fase experimental, y que

17 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para,* cit, p. 317.

18 Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas", cit., p. 89.

no cumplía los estándares de eficacia científica necesarios para ser incorporada a la sanidad pública[19].

Sin embargo, el principio de justicia distributiva exige que la técnica de los bebés medicamento esté sufragada por el sistema sanitario público ya que el fundamento de este principio es la igualdad de todas las personas y, quien sufre una enfermedad, está en desventaja respecto de las demás, viéndose afectadas sus oportunidades de desarrollo personal. De hecho, si se trata de un niño gravemente enfermo, frustrar su proyecto de vida argumentando la posible instrumentalización del bebé medicamento implica desconocer el compromiso que tiene el Estado de promocionar la igualdad real y efectiva de todos los seres humanos[20].

Por ello en 2014 se produce una reforma en virtud de la cual se incorpora la técnica de los bebés medicamento al Sistema Nacional de Salud, por medio de la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En efecto, desde esta fecha, está sufragada por el sistema sanitario público, incluyéndose en su cartera de servicios. De este modo se consigue una mayor igualdad de los españoles en el acceso a las prestaciones sanitarias ya que todas las comunidades autónomas deben proporcionarla a los ciudadanos que cumplan lo establecido en la normativa estatal.

Tal y como señala el artículo 12.2 de la Ley 14/2006 para llevar a cabo este procedimiento se exige la "autorización expresa, caso por caso, de la autoridad sanitaria correspondiente" de la comunidad autónoma en la que se efectuará el proceso. Además, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida debe emitir un informe favorable que analice las "características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso".

Además, se establece un límite máximo de tres ciclos de tratamiento con estimulación ovárica a los que se pueden añadir otros tres ciclos adicionales una vez efectuada una valoración clínica o por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de los resultados conseguidos en los primeros ciclos de tratamiento. No obstante, en función del pronóstico y del resultado de los tratamientos previos, se puede reducir el número de ciclos.

Para acceder a esta técnica en el Sistema Nacional de Salud se requiere que los pacientes tengan una edad menor o igual a 40 años y cuenten con una reserva

19 Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento", cit., p. 264.

20 Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento", cit., pp. 259-260.

ovárica suficiente. También se precisa la existencia de un niño enfermo que necesita un tratamiento que se le puede proporcionar con el nacimiento de un hermano.

3. Decreto 156/2005, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El derecho a la protección de la salud se garantiza en el artículo 43 de la Constitución Española sin hacer alusión este precepto a los servicios mínimos incluidos en el Sistema Nacional de Salud.

Hasta 2014 en la cartera de servicios prestados por el Sistema Nacional de Salud no se incluye el Diagnóstico Genético Preimplantacional. Por ello el sistema sanitario de las comunidades autónomas no contemplaba esta técnica.

Sin embargo, existía una excepción al respecto ya que la comunidad autónoma de Andalucía, a través del Decreto 156/2005, de 28 de junio, reguló que, en el sistema sanitario público, se utilizase el Diagnóstico Genético Preimplantacional. Esta norma entró en vigor el 14 de julio de 2005, es decir, el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía que tuvo lugar el 13 de julio del citado año.

Esta norma autonómica forma parte del III Plan Andaluz de Salud entre cuyas medidas se encuentra "el establecimiento de estrategias de intervención en genética" y "la incorporación a los procesos asistenciales de las técnicas e intervenciones relacionadas con la genética médica".

En el momento en el que se dicta este Decreto autonómico aún no está aprobada, a nivel estatal, la Ley 14/2006 y, por ello, el citado Decreto no hace alusión a la técnica del bebé medicamento[21].

V. EL PRIMER BEBÉ MEDICAMENTO.

El primer bebé medicamento del mundo nació en EEUU en el año 2000, concretamente el 29 de agosto. Con el nacimiento de Adam Nash el matrimonio formado por Lisa y Jack pretendía ayudar a su hija Molly, nacida el 4 de julio de 1994 con una anemia de Fanconi.

A principios de octubre, en el Hospital Universitario de Minneápolis (Minnesota), el equipo del doctor John Wagner, transplantó la sangre del cordón umbilical a Molly. El transplante fue un éxito porque, aunque no curó la anemia de Fanconi, redujo significativamente el riesgo de padecer leucemia, lo que le permitió aumentar su esperanza y calidad de vida. Desde el transplante la reconstitución de

21 Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento", cit., p. 262.

la médula ósea se produjo en tan solo cuatro semanas, y, su sistema inmunitario y hematopoyético funcionaba correctamente a los tres años[22].

En España el nacimiento del primer bebé medicamento tuvo lugar en Tenerife, en 2005. No obstante esta niña fue concebida en Chicago, en 2004[23]. Hasta la Ley 14/2006 no se regula, en España, la técnica del bebé medicamento, siendo en 2008 cuando nace el primer bebé medicamento concebido íntegramente en este país.

Este bebé medicamento se llama Javier y nació en el Hospital Virgen del Rocío de Sevilla el 14 de octubre de 2008 con el cometido de salvar a su hermano Andrés que padecía beta talasemia mayor; es decir, una anemia grave que se caracteriza por la existencia de anomalías en la producción de los glóbulos rojos sanguíneos. A esta enfermedad únicamente se puede sobrevivir con transfusiones sanguíneas reiteradas, aunque inevitablemente daña órganos vitales como el corazón y el hígado[24]. La sangre del cordón umbilical de Javier permitió realizar un transplante de médula ósea a Andrés y, de este modo, empezar a producir células sanguíneas libres del trastorno genético que padece, eliminándose las altísimas posibilidades que tenía de fallecer de una insuficiencia cardíaca, antes de los 35 años[25]. En el año 2012, en el citado hospital sevillano, nació otro bebé medicamento destinado a curar a su hermano aquejado de una aplasia medular.

A la hora de seleccionar los embriones es imprescindible que, por un lado, no cuenten con la enfermedad que se pretende curar y, por otro, que tengan un idéntico perfil de histocompatibilidad con el hermano enfermo.

VI. ARGUMENTOS.

1. Argumentos en contra.

Se trata de un proceso invasivo que conlleva peligro para la salud de la madre derivado de la estimulación ovárica, la obtención quirúrgica de los óvulos, la fecundación in vitro, el embarazo y el parto[26]. La carga para la mujer es muy alta:

22 Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento", cit., p. 250.

23 Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria?", cit., p. 16.

24 Puede consultarse en el siguiente enlace: www.publico.es/164787/nace-el-primer-bebe-medicamento-conseguido-en-espana.

25 García San José, D. I.: "El pluralismo", cit., p. 3.

26 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético preimplantatorio y el bebé medicamento: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética", *Cuad. Bioét. XXIII*, 2012/2ª, pp. 310, 311 y 316.

medicamentos, exámenes e incluso se puede desarrollar cáncer de mama o de ovario[27].

La utilización de bancos de sangre de cordón umbilical (BSCU) tanto públicos como privados es una alternativa terapéutica que cuenta con escasos riesgos clínicos y carece de problemas éticos. Teniendo esto presente se puede estimar que la generación de bebés medicamento no está justificada desde un punto de vista médico ni tampoco ético[28].

Sin embargo es necesario fomentar esta alternativa a la técnica del bebé medicamento ya que, mientras no se cuente con suficientes muestras almacenadas en los depósitos, no será factible encontrar unidades compatibles que permitan, de este modo, dejar de efectuar la selección y el descarte de embriones[29].

Con esta práctica se genera un número elevado de embriones, generalmente más de diez, y, utilizando el Diagnóstico Genético Preimplantacional, se averigua cuales, además de no ser portadores de la enfermedad de sus padres, tienen compatibilidad genética con el hermano enfermo. Una vez seleccionados los embriones se implantan en la madre, uno o dos. Por lo tanto esta técnica conlleva la pérdida de una gran cantidad de embriones y, en consecuencia, de vidas humanas[30].

La Iglesia Católica concibe al embrión humano en fase preimplantacional como un ser vivo con dignidad y derechos que deben ser protegidos a toda costa. Ello deriva en un posicionamiento contrario ya que conlleva la eliminación de un elevado número de embriones, puesto que, de los obtenidos por fecundación in vitro, se prescinde de unos por no ser sanos o compatibles con el futuro receptor y otros se pierden al no conseguir implantarse[31].

Los que rechazan esta técnica argumentan que la predeterminación genética del bebé medicamento vulnera el principio de autonomía ya que solo valen los embriones de la pareja que no tengan enfermedades hereditarias y que sean compatibles con el sistema inmunitario del hermano enfermo[32].

27 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético", cit., p. 314. Cita a De Melo-Martín, I.: "On Our Obligation to Select the Best Children: a Reply to Savulescu", *Bioethics,* 2004, vol. 18, pp. 72-83.

28 Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria?", cit., p. 13.

29 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético", cit., p. 63.

30 Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria?", cit., pp. 14 y 18.

31 García San José, D. I.: "El pluralismo", cit., pp. 2-3.

32 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para*, cit., p. 314.

Cabe preguntarse que si la Naturaleza hace una selección de los embriones por qué las personas no podemos realizarla también. Ante este interrogante se puede responder que los seres humanos no somos la Naturaleza ni dueños de ella[33]. Además, con la selección de los embriones surge el riesgo de reducir la diversidad genética de la especie humana[34].

Esta práctica se puede estimar ética y jurídicamente reprochable ya que si se utiliza a un niño para curar a su hermano se está considerando como un "algo" en lugar de "alguien" portador de dignidad. De hecho la dignidad humana censura todo acto que conlleva la instrumentalización del hombre[35].

En efecto el bebé medicamento no se concibe pensando en su propio bien, sino como un instrumento o medio para conseguir un objetivo terapéutico que, aunque es positivo, supone una instrumentalización de la vida que es incompatible con la dignidad humana[36].

Con esta técnica se produce una vulneración de la moral Kantiana que obliga a tratar a todas las personas como un fin en sí mismo y no como un medio.

Se entiende que el bebé medicamento es una práctica inmoral ya que concibe al niño como un "producto para" en vez de un fin en sí mismo, lo que conlleva que, en un futuro, se considere como una mercancía[37].

El Diagnóstico Genético Preimplantacional aplica la lógica propia de la actividad industrial a la procreación humana, como si para vivir fuera preciso superar un control de calidad diseñado por los padres, los biomédicos, las instituciones de salud, la sociedad y la tecnología, estando el niño obligado no solo a no tener ningún defecto sino incluso a contar con las características que se demandan de él[38].

La existencia de los bebés medicamento puede conducirnos a la idea errónea de creer que el derecho-deber de la patria potestad también abarca la facultad de utilizar a los hijos[39].

33 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético", cit., p. 315.

34 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético", cit., p. 60.

35 Deza Huamán, R. M., Delgado Villena, C. A.: "El *uso*", cit., p. 14.

36 Aznar Lucea, J.: "Designer babies. A question of ethics", *Medicina e Morale,* núm. 6, 2009, pp. 1099-1119.

37 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para*, cit., pp. 307-308.

38 Andorno, R.: *Bioética y Dignidad de la Persona*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 79.

39 Deza Huamán, R. M., Delgado Villena, C. A.: "El *uso*", cit., p. 3.

También se argumenta que esta técnica supone una violación de los derechos del hermano salvador ya que es imposible que preste su consentimiento[40].

Hasta el momento son desconocidos los efectos psicológicos posteriores que, esta técnica, causa en el niño donante. Cabe plantearse si los progenitores de manera inconsciente culpan al bebé medicamento en el caso de que no tenga éxito el transplante de las células madre o si el niño piensa que nació únicamente para salvar a su hermano enfermo lo que le lleva a sentir déficits afectivos[41].

El ser humano altera las reglas de la Naturaleza cuando efectúa una selección embrionaria. La utilización de los bebés medicamento puede desencadenar consecuencias secundarias incluso llegando a abrir el camino a otras prácticas éticamente inaceptables como la selección de sexo[42], lo cual actualmente solo se puede hacer si la enfermedad está ligada a un sexo concreto seleccionando, en este caso, un embrión del sexo que no la tiene.

2. Argumentos a favor.

Tanto en la comunidad biomédica como en la bioética la mayoría de los autores están a favor de la utilización de la técnica del bebé medicamento. Sin embargo paradójicamente sufre más críticas en el área biomédica que en la bioética[43].

El tema objeto de estudio lleva a reflexionar sobre si es ético dejar de tratar a un niño enfermo (aunque la situación sea de tal gravedad que su vida se encuentra en peligro) simplemente por el hecho de no emplear un método que puede no ser aceptado éticamente, como es el caso del bebé medicamento[44]. Se pretende salvar una vida y, por ello, es ético utilizar el Diagnóstico Genético Preimplantacional para que nazca un niño con la finalidad de curar a su hermano[45].

40 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético", cit., p. 59.

41 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético", cit., p. 59.

42 Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria?", cit., p. 18.

43 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético", cit., p. 302.

44 Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria?", cit., pp. 14 y 18.

45 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético", cit., p. 307. Tiene en cuenta, en su argumentación, las siguientes publicaciones: Damewood, M. D.: "Ethical Implication of a New Application of Preimplantation Diagnosis", *Jama,* 2001, núm. 24, pp. 3143-3144; Boyle, R.J, Savulescu, J.: "Ethics of using preimplantation genetic diagnosis to select a stem cell donor for an existing person", *British Medical Journal,* 2001, núm. 323, pp. 1240-1243; Pennings, G., Schots, R.: "Ethical considerations on preimplantation genetic diagnosis for HLA typing to match a future child as a donor of haematopoietic stem cells to a sibling", *Hum Reprod,* 2002, núm. 3, pp. 534-538; Robertson, J. A.: "Extending preimplantation genetic diagnosis: the ethical debate. Ethical issues in new uses of preimplantation diagnosis", *Hum Reprod*, 2003, núm. 3, pp. 465-471; Baetens, P., Van de Velde, H.: "HLA- matched embryos selected for sibling requiring haematopoietic stem cell transplantation: a psycological perspective", *Reprod Biomed Online,* 2005, núm. 2, pp. 154-163; Edwards, R.: "Ethics of PGD: thoughts on the consequences of tiping HLA in embryos", *Reprod Biomed Online,* 2004, núm. 2, pp. 222-224; Robertson, J. A.: "Embryo screening for tissue matching", *Fertil Steril*, 2004, núm. 2, pp. 2090-2091; Verlinsky, Y.: "Designing babies: what the future holds",

La utilización de esta técnica se considera un derecho de los enfermos y un deber de la Medicina ya que no generan rechazo las células madre ni de la sangre del cordón umbilical ni de la médula ósea del hermano salvador[46]. No se trata de un proceso invasivo ya que no se produce la donación de un órgano sólido, tan solo de sangre[47]. Además el bebé medicamento siempre se encontrará acompañado por ese hermano al que salvó y, también, sentirá la satisfacción de haberle ayudado[48].

El bebé medicamento se justifica en tres pilares de la bioética –principio de beneficencia; de autonomía reproductiva, y de justicia- que están asociados, respectivamente, a tres actores –médicos, padres y sociedad-. Así pues la actuación de los médicos se guía por el principio de beneficencia ya que uno de los principales fines de la Medicina consiste en la curación de los enfermos. Además, los padres, en virtud del principio de autonomía reproductiva, tienen poder de decisión sobre cuestiones relacionadas con su reproducción. A su vez la sociedad, basándose en el principio de justicia, debe velar por la justa igualdad de oportunidades la cual no se consigue si hay personas enfermas ya que éstas están en una situación de desventaja sobre las demás[49].

Esta técnica se estima positiva ya que supone una materialización del principio bioético de beneficencia. Al respecto se pueden aportar tres argumentos: el primero de ellos lleva a los profesionales sanitarios a emplear todos los medios posibles para cumplir el imperativo ético de salvar al hermano enfermo; el segundo se refiere a los efectos beneficiosos del éxito de la técnica, tanto psicológicos como familiares, y el tercero se asocia con el problema de la "no identidad" de Derek Parfit ya que la no utilización de este método implica la no existencia y se considera que siempre es mejor haber nacido[50].

Los partidarios del bebé medicamento argumentan que este método es preferible al aborto[51] ya que, antes de disponer del Diagnóstico Genético Preimplantacional, los progenitores de un hijo enfermo, con la finalidad de obtener células madre de cordón umbilical para así curarlo, engendraban otro niño de manera natural con el deseo de que fuera genéticamente compatible, lo que

Reprod Biomed Online, 2005, núm. 10, sup. 1, pp. 24-26; De Wert, G.: "Preimplantation genetic diagnosis: the ethics of intermediate cases", *Hum Reprod* (Advance Access published), 2005, August 25, pp. 1-6.

46 García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético", cit., p. 62.

47 Spriggs, M.: "Is conceiving a child to benefit another against the interests of the new child?", *J Med Ethics*, vol. 31, 2005, pp. 341-342.

48 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético", cit., p. 312.

49 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para,* cit., pp. 309-313.

50 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para*, cit., p. 85.

51 Devolder, K.: "Preimplantation HLA typing: having children to save our love ones", J Med Ethics, vol. 31, 2005, pp. 582-586.

no es sencillo de conseguir, y, en el caso de que no se hallase la compatibilidad pretendida, se barajaba la opción del aborto[52].

Si se hace una valoración desde el punto de vista económico el nacimiento de un niño donante supone el ahorro del gasto sanitario derivado del tratamiento de la enfermedad del hermano que la sufre. Ahora bien hay que tener presente que la aplicación de la técnica del bebé medicamento también genera costes[53]. Por lo tanto, para saber que opción es más rentable económicamente es preciso calcular tanto los costes de la curación de la enfermedad prescindiendo de esta técnica como los que conlleva la utilización de la misma.

VII. ¿EN CONTRA O A FAVOR DEL BEBÉ MEDICAMENTO?

A pesar de que existen argumentos sólidos para estar en contra de la técnica del bebé medicamento es evidente que el nacimiento de niños salvadores es un gran avance que aporta la Medicina. Por ello considero conveniente no prescindir de este método, aunque sea plenamente indispensable seguir investigando al respecto para, de este modo, subsanar todos los efectos negativos que genera.

Así pues, todavía hay mucho camino por recorrer con el objetivo de minorar las perjudiciales consecuencias que causa en la madre o en el hermano donante y, también, es preciso encontrar una solución más idónea a otras cuestiones como, por ejemplo, en relación con la actual necesidad de que existan un elevado número de embriones con la finalidad de elegir entre ellos uno que reúna las características deseadas.

En España tanto el sistema sanitario público como la normativa vigente sobre reproducción humana asistida contemplan la técnica del bebé medicamento siendo por ello viable su utilización.

52 Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético", cit., p. 304.

53 Pinto Palacios, F.: *Nacidos para*, cit., p. 309.

BIBLIOGRAFÍA

Andorno, R.: *Bioética y Dignidad de la Persona,* Tecnos, Madrid, 1998.

Arango Restrepo, P., Sánchez Abad, P. J., Pastor, L. M.: "Diagnóstico genético preimplantatorio y el bebé medicamento: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética", *Cuad. Bioét. XXIII,* 2012/2ª.

Aznar Lucea, J.: "Designer babies. A question of ethics", *Medicina e Morale,* núm. 6, 2009.

Devolder, K.: "Preimplantation HLA typing: having children to save our love ones", J Med Ethics, vol. 31, 2005.

Deza Huamán, R. M., Delgado Villena, C. A.: "El "uso" de los bebés medicamento a través de la donación: aspectos ético-jurídicos", *Revista de Investigación Jurídica,* núm. 10, 2015.

García Moyano, L. M., Pellicer García, B., Buil Tricas, B., Juárez Vela, R., Guerrero Portillo, S., Antón Solanas, I.: "Análisis bioético de la generación de bebés medicamento", *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas,* núm. 36, 2016.

García San José, D. I.: "El pluralismo europeo respecto a la concepción del comienzo de la vida y del concepto de ser humano y sus eventuales repercusiones en el ordenamiento jurídico español", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 9, 2010.

Gómez-Seguí, A., Navarro-Sarrías, J. A.: "Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española", *Therapeía,* núm. 9, 2017.

Kletnicki, A. y Alfano, A. L.: "Las tecnologías de reproducción humana asistida como nueva fuente de la filiación", en *Memorias del V Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología*, Tomo IV, Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014.

Kletnicki, A. y Alfano, A. L.: "Tecnologías de reproducción humana asistida: más allá de la determinación y el azar, la apuesta subjetiva", en *VI Congreso Internacional y Práctica Profesional en Psicología. XXI Jornadas de Investigación. Décimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR.* Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, p. 143.

Lozano Martínez, J., Gómez Pérez, I. y Aznar Lucea, J.: "¿Es necesaria la producción de bebés-medicamento?", *Therapeía,* núm. 4, 2012.

Marcos del Cano, A. M., Pinto Palacios, F.: "Bebé medicamento, protección de la salud y sistema sanitario público: una reflexión desde el principio de justicia", *Universitas,* núm. 24, 2016.

Pinto Palacios, F.: *Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del "bebé medicamento",* Dykinson, Madrid, 2017.

Spriggs, M.: "Is conceiving a child to benefit another against the interests of the new child?", *J Med Ethics,* vol. 31, 2005.

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA FILIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LAS PAREJAS DE MUJERES HOMOSEXUALES

THE ASSISTED REPRODUCTION AND FILIATION. SPECIAL REFERENCE TO HOMOSEXUAL WOMEN COUPLES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 376-401

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El presente trabajo analiza, de forma general, la evolución que ha tenido el art. 7.3 LTRHA desde su introducción por la Ley 3/2007, de 15 de marzo. En este sentido, expone cuál ha sido la solución del legislador respecto a la utilización de las técnicas de reproducción asistida por parte de las parejas de mujeres homosexuales. E igualmente, examina cuáles han sido las resoluciones más relevantes sobre la materia en los últimos años. Todo ello, con la finalidad de poner de relieve el poco acierto del legislador y la necesidad de reformular el régimen de filiación ante el desafío que supone para el jurista la aparición de la reproducción asistida.

PALABRAS CLAVE: Filiación, reproducción asistida, inseminación artificial, impugnación de la filiación, reclamación de la filiación, determinación de la filiación, parejas homosexuales.

ABSTRACT: *This paper analyses, in general, the evolution that has had the art. 7.3 LTRHA since its introduction by the Act 3/2007, 15 march. In that way, it shows which has been the legislator´s solution about the use of assisted reproduction tecniques by homosexual women couples. Likewise, it studies which resolutions on the matter have been more relevant in the last years. All this, to set out the legislator´s failure and the need to reformulate the filiation regime in face of the challenge that assisted reproduction implies.*

KEY WORDS: *Filiation, assisted reproduction, artificial insemination, objection of filiation, claim of filiation, determination of filiation, homosexual couples.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTES DE LA REFORMA DE 2015.- 1. Ideas generales.- 2. La STS 5 de diciembre de 2013 y el consentimiento de la mujer no gestante.- III. EL RÉGIMEN DE FILIACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015.- 1. Dificultades entorno a la aplicación del art. 7.3 LTRHA.- 2. El criterio de la RDGRN de 8 de febrero de 2017.- 3. De aquellos polvos vienen estos lodos: La SAP valencia, 27 de noviembre de 2017.- IV. EL FUTURO DE LA FILIACIÓN Y SU ENCAJE CON EL FENÓMENO DE LAS TRHA.

I. INTRODUCCIÓN.

El progreso de la ciencia médica ha dado lugar a avances que han permitido realizar lo que antaño se consideraba inimaginable. No obstante, si dichos avances no van acompañados de un adecuado apoyo legislativo el resultado puede no ser del todo satisfactorio. El supuesto de la reproducción asistida es prueba de ello. Las prisas en la reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), a raíz de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no nos llevaron al mejor puerto, creando algunas inconsistencias como las que se producen en el sistema de determinación de la filiación. La pervivencia del sistema general, basado en la verdad biológica, recogido en el Código Civil, con la incorporación de normas especiales basadas en la voluntad de ser progenitor incluidas en la LTRHA no parece que sea la solución más acertada, ni mucho menos, la más coherente. Más aún, cuando la generalidad de la doctrina lleva reclamando desde hace tiempo una reforma en profundidad del sistema de filiación. De hecho, los cambios introducidos por 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, tampoco mejoran sustancialmente la cuestión.

II. LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTES DE LA REFORMA DE 2015.

1. Ideas generales.

Desde la concepción de la Constitución de 1978, el sistema de filiación español comenzó un camino de modernización que sigue hasta nuestros días. El primer

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Graduado en Derecho por la Universitat de València, Becario del Departamento de Derecho Civil de dicha Universidad, gonmuro@alumni.uv.es

paso, fue dado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo que adaptó el régimen de filiación al nuevo marco constitucional. Así, como reglas más destacables cabe señalar: el reconocimiento de los mismos efectos tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial, la existencia de un sistema de determinación de la filiación distinto entre la filiación matrimonial y la no matrimonial (es decir, el recurso a la presunción de la paternidad en la filiación matrimonial como clave de bóveda del sistema, mientras que la no matrimonial se basaba básicamente en el reconocimiento) y luego un sistema de acciones de reclamación e impugnación de la paternidad y maternidad donde el principio de seguridad jurídica y la protección a la estabilidad familiar tenían una peso fundamental (por ejemplo, llama la atención que pese a reconocerse el principio a la investigación de la paternidad en la Constitución [art. 39.2 CE], si la paternidad no había quedado determinada extrajudicialmente en su momento, mientras el hijo podía durante toda su vida averiguar quién era su padre, el progenitor no casado con la madre, si no tenía posesión de estado, carecía de legitimación para reclamar su paternidad)[1]. Dichas reglas, obviamente, estaban inspiradas en los arts. 14, 24 y 39 CE, que reconocían, el derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva, la protección de los hijos y la libre investigación de la paternidad.

Aunque tales normas supusieron en aquel tiempo una mejora importantísima en el Derecho de Familia, como es normal, el tiempo y el progreso avanzan de manera inexorable. Por tanto, con la llegada del siglo XXI, la visión y la forma de vivir y entender la sociedad de las personas en España ha cambiado sustancialmente. Por consiguiente, algunas de las reglas que habían regido el sistema de filiación en España quedaron obsoletas. Uno de los elementos que más caracterizaba y sigue caracterizando al sistema español, a parte de la existencia de algunas reglas especiales, es que se encuentra basado en el principio de la verdad biológica[2]. A saber, sus reglas de determinación, así como las acciones judiciales tienen como objeto establecer cuál es el verdadero padre o la verdadera madre de una persona. El Código Civil, que es el sitio donde se encuentran fijados los títulos de atribución de la filiación, no contempla algo distinto, ni por asomo contiene ningún título basado en la voluntad de ser progenitor, salvo la institución de la adopción que merece un estudio individualizado. Prueba de ello es que los reconocimientos de complacencia, donde el que reconoce sabe a ciencia cierta que no es padre del reconocido, no están admitidos en el derecho español y esa supuesta paternidad puede ser impugnada[3].

1 Reflexiona brevemente sobre el sistema creado en el marco de la Constitución, Quicios Molina, S.: *Determinación e Impugnación de la Filiación,* Thomson-Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 19-23.

2 Andreu Martínez, B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret,* núm. 2, Barcelona, 2018, p. 4.

3 Vid. STS 15 julio 2016 (RJ 2016, 3196) y STS 28 noviembre 2016 (RJ 2016, 5636).

Es sabido que el legislador no siempre ha basado la filiación en el hecho natural de la generación, dado que la voluntad de ser progenitor se ha tenido presente como hecho al que la ley le puede otorgar efectos jurídicos[4]. La adopción, como he señalado es el ejemplo más claro (regulada en los art. 176 y ss. CC) y el propio Código Civil reconoce en su art. 108 que los dos tipos de filiación son: la filiación por naturaleza y la adopción. De hecho, desde tiempos inmemoriales esto ha existido, los romanos no tenían dudas sobre que una persona puede también ser padre por el mero hecho de querer serlo[5], a pesar de que la concepción de la familia y la paternidad era muy diferente a la que tenemos hoy en día[6].

En consecuencia, todo esto nos puede servir de base para aceptar el reconocimiento de otro tipo de filiación como puede ser: la basada en el uso de técnicas de reproducción asistida.

Como ya he puesto de relieve, el progreso de la sociedad y la ciencia, provocó que muchas de las reglas, por no decir el sistema en su conjunto, resultasen caducas. De esta forma, la normalización por parte de la sociedad de diversos tipos de familia[7] (monoparentales, homoparentales, etc.) y el reconocimiento del matrimonio homosexual, unido al creciente uso de las técnicas de reproducción asistida, demanda urgentemente una completa revisión y reforma del sistema de filiación[8]. De lo contrario, los distintos operadores jurídicos, ya sean jueces, encargados del registro, etc., se ven obligados a servirse de un sistema de normas que no ésta, ni preparado, ni pensado, para muchas de las situaciones que se pueden dar en la realidad actual.

Algunos pasos ya se han dado, pero queda mucho camino por recorrer. En este epígrafe me voy a detener en el sistema anterior a la reforma de 2015. En primer lugar, es necesario hacer referencia a la LTRHA, que ya introdujo los primeros cambios significativos al sistema de filiación recibido por la Ley 11/1981, que ya hemos comentado. La presente Ley establece que: "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

4 Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., p. 34, se pronuncia en el mismo sentido.

5 Los romanos tenían la llamada *adrogatio,* en la cual "una persona (adoptante) adquiere una potestad sobre un *filiusfamilias* (adoptado), bien en condición de hijo, o en la de nieto, es decir, como hijo del propio hijo, de manera que el padre del que adopta se hace abuelo del adoptado y, al morir el abuelo, la potestad queda en el hijo", Valiño Del Río, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Minim, Valencia, 2002, pp. 325 y 359.

6 Beard, M.: *SPQR, Una historia de la Antigua Roma,* Crítica, 1ªed., Barcelona, 2016, pp. 445 y 446, afirma que la adopción se utilizaba sobre todo entre las élites romanas como medio para elegir un sucesor que continuase el legado del adoptante cuando éste, por ejemplo, no tenía hijos naturales. Por lo que, los adoptados no solían ser bebés como es habitual en la actualidad. Entre otros ejemplos, destaca el del Emperador Nerva, que ya mayor y sin hijos, eligió al hispano Trajano como sucesor al trono por medio de la adopción.

7 Parrón Cambero, M.J.: "¿Mater semper certa est?", *Diario La Ley*, núm. 8293, 2014, p.1, apunta esta circunstancia y trae a colación la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280).

8 En este sentido se pronuncia Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., pp. 29 y 30.

utilización de manera libre, consciente y expresa" (art. 6.1 LTRHA). Igualmente, hay que apuntar que: "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 LTRHA). A continuación, en su art. 7.1 ya se pone en materia de filiación, señalando que: "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". De este modo, la filiación se seguirá basando en sistema recogido en el Código Civil, es decir, se seguirán utilizando los mismos títulos para atribuir la filiación, así como las mismas acciones para reclamar e impugnar la filiación. A excepción, de alguna regla especial que ya no se fundamenta en el criterio de la verdad biológica, sino en el principio que inspira esta ley, la voluntad de ser progenitor. Como es el art. 7.3 LTRHA.

Si nos centramos en el aspecto de la determinación de la filiación, punto en el que mayor hincapié voy a hacer a lo largo de la comunicación. Respecto de las parejas heterosexuales, no cambia excesivamente el modelo anterior, no así en las de mujeres homosexuales en las que esta Ley despierta mayor interés. Por tanto, en cuanto a las primeras, la presunción de paternidad del art. 116 CC sigue teniendo plena vigencia y los hijos concebidos por medio de dichas técnicas se presumirán hijos del marido como si propios se tratasen aunque se recurra a una fecundación heteróloga[9]. Si no están casados los miembros de la pareja, la presunción no entrará en juego, pero si seguimos la redacción actual (no la de antes de 2015, si bien los cambios no son determinantes) podrán iniciar un expediente registral recurriendo al art. 8.2 LTRHA[10] que permite que se considere "escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad". También, como vía más sencilla, si la fecundación es homóloga el hombre podrá efectuar un reconocimiento en el momento de la inscripción del nacimiento por medio del art. 120.1º CC, en concordancia con el art. 7.1 LTRHA.

Por el contrario, en el caso de las parejas de mujeres homosexuales es donde encontramos la norma más controvertida, concretamente el art. 7.3 LTRHA. La redacción anterior a la reforma de 2015, decía así: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá

9 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 AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele* (a cura di: G. Conte e S. Landini), Universitas Studiorum, Mantova, 2017, p. 603.

10 Ídem, Ibíd., pp. 606-609.

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". Lo que más llama la atención de este precepto especial y, al mismo tiempo, resulta más trascendental es que creó, al margen del régimen general del Código Civil, un nuevo título de atribución de la filiación[11] que no se sustenta en ninguno de los dos tipos de filiación que recoge el Código Civil, ya que no es puramente por naturaleza, ni tampoco por adopción[12]. Además, es claro su alejamiento del sistema, habida cuenta que reconoce una "doble maternidad por naturaleza", cuando resulta evidente que la mujer no gestante no es madre por naturaleza, creando, por tanto, dicha norma una ficción legal respecto de su maternidad[13].

Sin embargo, opino que la problemática que rodea a este artículo no se debe tanto a que su inclusión sea poco coherente con el sistema de filiación vigente[14], que también, algo que se solucionaría con una reforma en profundidad del sistema. Sino a que hay una palmaria falta de técnica legislativa a la hora de redactarlo e insertarlo en el ordenamiento jurídico, lo que ha supuesto la aparición de numerosas dificultades prácticas y conflictos a la hora de su aplicación.

Si analizamos esta redacción, podemos entender que debido a su ubicación sistemática y lo restrictivo de sus requisitos aquella declaración que no cumpla con lo preceptuado en dicho artículo no daría lugar a una inscripción de doble maternidad por parte del Encargado del Registro Civil[15]. Al no estar reconocido en nuestro ordenamiento como carácter general un título de determinación extrajudicial de la filiación basado en la voluntad de ser progenitor, sin relación con la verdad biológica[16], no se podría determinar la filiación de la mujer no gestante, si no es bajo los estrictos requisitos que establece la LTRHA. Al final, como acertadamente señaló Albaladejo, "como quiera que la norma excepcional es precisamente derogación de un principio para un caso, a otros posibles casos

11 Opinión bastante extendida por la doctrina, por todos Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., p. 47.

12 Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., p. 47, en términos similares, señalando que el art. 7.3 LTRHA "introduce una importante alteración de los criterios fundantes de las relaciones de filiación que sitúan la figura aquí recogida en un "terreno de nadie" entre la filiación por naturaleza y la adopción", Iniesta Delgado, J.J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 801 y 802.

13 Un sector de la doctrina ha considerado que dicha norma es poco más que estrambótica dado que es ajena a cualquier principio de nuestro sistema de filiación. Barber Cárcamo, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", en *REDUR*, núm. 8, 2010, pp. 28-30.

14 Es decir, más que poco coherente, lo que hace es afectar a la propia cohesión del sistema, ya que la adopción no está basada en la verdad biológica y no por ello decimos que sea una institución poco coherente de nuestro ordenamiento jurídico.

15 Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., pp. 47 y ss, en el mismo sentido Callejo Rodríguez, C.: "La llamada doble maternidad "por naturaleza": la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley*, núm. 8240, 2014, pp. 4-6.

16 Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., p. 48.

no previstos hay que aplicarles el principio general y no la excepción"[17]. En consecuencia, esta es la principal dificultad práctica a la que se ha enfrentado este precepto, dando lugar a situaciones como la que tuvo que resolver la STS 5 diciembre 2013[18].

De esta forma, la complejidad que ha entrañado este precepto se puede ver en diferentes aspectos[19]. En primer lugar, nos podemos fijar en que simplemente hace referencia a una declaración ante el Encargado del Registro Civil. Por tanto, ¿está vedando otras formas de manifestación de la voluntad? No podemos evitar que se nos pase por la cabeza la posibilidad de que la mujer no gestante realice una declaración ante notario reflejándose en la correspondiente escritura pública y que luego tras el nacimiento haga valer tal documento a efectos de que conste su voluntad de ser progenitora y, en consecuencia, pretenda el reconocimiento de su maternidad *ex* art. 7.3 LTRHA. Igualmente, podemos pensar en una disposición testamentaria realizada antes del nacimiento en el manifieste la voluntad de ser madre del *nasciturus,* con las correspondientes implicaciones en el ámbito sucesorio. En estos casos, parece plausible que el Encargado del Registro inscriba la segunda maternidad, no sería razonable una interpretación tan excluyente de la norma. Si bien, siempre sería una imprecisión que daría lugar al conflicto y la controversia.

En segundo lugar, resulta evidente la problemática que encierra el hecho de que la declaración se deba hacer antes del nacimiento. Supuesto que más detenidamente voy a analizar a propósito de la STS 5 diciembre 2013. Pero por lo expreso que es el texto y lo que he puesto de relieve con anterioridad, no parece que se pudiese admitir una declaración extemporánea. Algo que, como es natural, pondría en una situación extraña a la mujer no gestante que no tendría más remedio que adoptar al menor para que quede determinada también a su favor la filiación. No obstante, la situación no siempre será tan idílica y es posible que la pareja hubiese entrado en una crisis matrimonial al momento del nacimiento o al poco tiempo (caso de la STS 5 diciembre 2013), lo que dejaría a la mujer no gestante en una especie de limbo jurídico respecto de la menor si seguimos a rajatabla el tenor de la norma. Incluso, si nos ponemos en lo peor, que pasaría si la mujer gestante muere en el parto, ¿tampoco podría la mujer no gestante determinar a su favor la filiación si no había realizado con anterioridad la declaración?

17 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, Tomo I, vol. 1, 14ª ed., Bosch, Barcelona, pp. 32 y 33.

18 Como analizaremos en el siguiente apartado el Tribunal Supremo no ha tenido problemas en suavizar la exigencia de tales requisitos formales, otorgando primacía a la voluntad concorde de las progenitoras de tener un hijo propio.

19 Un análisis en profundidad lleva a cabo Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., pp. 50-55.

En tercer lugar, también llama la atención que el supuesto solo contemplase a las parejas casadas, algo que, desde mi punto de vista, supone una clara discriminación a aquellas parejas que dentro de su libertad nupcial han decidido no casarse. No obstante, hay quien opina que se debería extender al caso de las mujeres no casadas[20]. De todos modos, supone un agravio comparativo respecto a las parejas heterosexuales no casadas, que como digo *ut supra*[21] tienen más facilidades para inscribir al nacido como propio. Sobre todo si estamos hablando de una fecundación heteróloga y la paternidad no se basa en la verdad biológica[22]. Aunque los problemas que puede dar este requisito, que se sigue exigiendo en la actual redacción, no acaban aquí. Por ejemplo, qué sucede si la pareja se ha separado o se ha divorciado antes del nacimiento. Si nos fijamos en la redacción, no sería descabellado afirmar que si estaban casadas en el momento de la declaración, igualmente se podría determinar la filiación si a la hora de nacer el concebido ya se encuentran divorciadas o separadas.

Hasta este momento, solo me he centrado en las parejas de mujeres homosexuales. De todos modos, es indudable que las parejas de hombres homosexuales son completamente infecundas y, por tanto, no pueden someterse a las técnicas de reproducción asistida. Por todo ello, el único mecanismo legal que tienen a su alcance es el recurso a la adopción. A pesar de la puerta que dejó abierta la DGRN[23], cuando permitió la inscripción de la filiación que había sido posible a través de una maternidad subrogada, si se aportaba una resolución judicial extranjera que hiciese constar la renuncia expresa y el libre consentimiento de la madre gestante, así como la no vulneración del interés superior del menor. Hoy en día, a raíz de la STS 6 febrero 2014[24] que resolvió sobre la impugnación de la RDGRN 18 febrero 2009[25], no se permite la inscripción registral si esta trae causa de una maternidad subrogada, por considerarse una práctica ilegal en nuestro país que vulnera la dignidad de la persona. De modo que, una inscripción sustentada en dicha práctica sería contraria al orden público.

2. La STS 5 de diciembre de 2013 y el consentimiento de la mujer no gestante.

Pues bien, la regulación antes señalada acabó desembocando en el caso enjuiciado por la STS 5 diciembre 2013, la cual para resolver una situación complicada reforzó el valor del consentimiento prestado en la clínica hasta tal

20 Parrón Cambero, M.J.: "¿Mater", cit., pp. 4 y 5.

21 En texto describo como las parejas heterosexuales pueden determinar su maternidad y paternidad si acuden a las técnicas de reproducción asistida.

22 Opina igual Parrón Cambero, M.J.: "¿Mater", cit., p. 4.

23 Por todas, la RDGRN 15 abril 2013 (RJ 2014, 833).

24 STS 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

25 RDGRN 18 febrero 2009 (RJ 2009, 1735).

punto que, en virtud de ella, la madre no gestante podía reclamar la filiación de la menor[26], si lo había firmado.

El supuesto del que parte el Supremo es, brevemente, el siguiente: El 16 de marzo de 2007 Dª Ana y Dª Lucía consintieron el proceso de fundación in vitro a la que iba someterse la primera. Posteriormente, el 3 de agosto de 2007 se casaron.

Entonces, el 14 de diciembre de 2007 nacieron las menores, que fueron inscritas solo como hijas de la gestante y con sus apellidos. Por este motivo, la madre inició un expediente de rectificación para que constase también la maternidad de su cónyuge, se modificasen los apellidos de las menores, así como constase su estado de casada. Dicho expediente se resolvió aceptando solo la modificación del estado civil, pero no la maternidad de la mujer no gestante.

La cuestión es que en junio 2009, Dª Ana y Dª Lucía rompen su relación, la cual termina en un divorcio sin que se hubiese determinado aún la filiación a favor de Dª Lucía.

Ante esta situación, Dª Lucía interpone una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, ya que había convivido con las menores un tiempo antes de la ruptura. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife le da la razón y estima existente la posesión de estado, instando la consecuente rectificación de la inscripción en el Registro Civil.

Dª Ana recurre en apelación, y la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, de 24 octubre 2011[27], desestima el recurso alegando que había sido acreditada la posesión de estado, "de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente". Así, Dª Ana interpone recurso de casación, el cual también es desestimado.

En definitiva, el Supremo basa su decisión en dar primacía a la voluntad de ser progenitor sobre la verdad bilógica, apartándose del principio general que rige nuestro sistema de filiación[28]. Porque considera que la determinación de la filiación "no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la

26 Lo más destacable de la Sentencia, desde mi punto de vista, es que se llega a decir que "dicho consentimiento debe ser apreciado incluso aunque la posesión de estado hubiese sido escasa". Algo que se puede interpretar como que el propio Supremo se sirve de la posesión de estado como una mera excusa, para verdaderamente sustentar la filiación de las menores en un consentimiento ante la clínica que carece de fundamento legal.

27 SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, de 24 octubre 2011 (LA LEY 254814, 2011).

28 Como apunta Callejo Rodríguez, C.: "La llamada", cit., p. 2, se reconoce que en ciertos supuestos lo que prevalece es la voluntad de ser progenitor y no la verdadera procedencia biológica.

técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo". En este sentido, fundamenta legalmente la decisión en base al art. 7.1 LTRHA, que permitiría el ejercicio de una acción de reclamación de la maternidad como es la posesión de estado, al amparo del art. 131 CC, ya que "constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no existe el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida", al constituir este consentimiento "la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras". Pero, lo más preocupante no es que se apoye en la posesión de estado para fundamentar una maternidad no biológica, sino que llega a decir que "dicho consentimiento debe ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige" (F.J. 3º). En resumen, el Alto Tribunal apunta que "la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad" (F.J. 3º).

Como he dicho anteriormente, parece que el Tribunal Supremo toma la posesión de estado como una mera excusa que legitime la interposición de una acción de reclamación en base a la ley, pero en verdad lo sustenta en el consentimiento prestado en la clínica. Declaración de voluntad a la que la ley no le otorga ningún efecto, y con esta interpretación parece que le otorgue el mismo valor que la declaración ante el Encargado del Registro[29].

La doctrina que recoge dicha Sentencia es tan excepcional y forzada que no debería ser aplicada a otros casos[30]. De hecho, desde mi punto de vista, peligroso es el camino que sigue el Supremo con tales interpretaciones, que se apartan de la letra de la ley, y que en última instancia están alterando el sistema de fuentes[31], como si hubiésemos copiado el modelo del realismo jurídico americano[32]. No podemos olvidarnos, como doctrina autorizada ha puesto de manifiesto[33], que la posesión de estado es un instrumento que tiene encaje en el sistema de filiación basado en la verdad biológica que regula el Código Civil, dado que presume que aquella persona que trata a otra como su hijo es su progenitor, porque, generalmente, nadie trata a otra persona como su hijo si no es verdaderamente su padre o madre. Por lo que, no tiene mucho sentido estimar la existencia de una filiación basada

29 No obstante, hay quien opina que en realidad no lo equipara, sino que dicho consentimiento permitiría sustentar la acción de reclamación de la filiación, Callejo Rodríguez, C.: "La llamada", cit., p. 6.

30 Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., p. 67, apunta que la solución a la que llega el Supremo parte de un análisis muy apegado al caso concreto.

31 Carrasco Perera, A.: *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Dilex, 2006, p. 35, llega a decir que esto supone la derogación del régimen de acciones sobre la filiación.

32 García Amado, J.A.: "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 de Código Civil", *Revista La Ley,* 2001, p. 1675.

33 Como apunta De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es inscribible la filiación matrimonial a favor de la mujer de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida? Comentario a la RDGRN 8 febrero 2017", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 24, 2017, p. 500.

en la posesión estado, tal como está configurada, cuando con certeza sabemos que quién reclama no es su verdadero progenitor. La posesión de estado debe su origen a un momento en el cual no se podía acreditar a ciencia cierta quién era el padre de una determinada persona y, por tanto, teníamos que valernos de presunciones para ello. En esta línea, un sector de la doctrina opina que el Supremo no debería haber extendido la doble maternidad por naturaleza más allá de los límites que marca ley[34], y mucho menos recurriendo de forma totalmente inadecuada a la acción de reclamación de la filiación en base a la posesión de estado[35]. Sin embargo, hay quién es partidario de la aplicación extensiva de las acciones de filiación a supuestos para los que no fueron diseñadas[36] y, también, quién opina que la interpretación que ha hecho el Alto Tribunal es "valiente"[37].

No cabe duda de que la situación a la que se enfrentaba el Supremo era complicada, habida cuenta que el legislador fue muy poco cauto al no abordar una reforma en profundidad del sistema de filiación, al mismo tiempo que introdujo el matrimonio homosexual en el ordenamiento jurídico español. Solo tímidamente creó el art. 7.3 LTRHA, lo que, como se ha visto, ha causado varios problemas. De esta forma, el Supremo, como en otras ocasiones, ha tenido que recurrir al ingenio para intentar salvar un caso difícil y complejo, que solo debe su origen más inmediato a un auténtico ejercicio de mala técnica legislativa.

Queda patente que la intención del Tribunal Supremo era buena, salvando una inconsistencia legislativa con una interpretación forzada de la ley. En todo caso, parece claro que con miras al interés de la menor y, en último término, evitar la ruptura de los lazos familiares que ya se habían creado con sus otras dos hermanas y su pretendida madre no biológica, determina también su filiación a favor de Dª Lucía.

34 Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., pp. 59-66, la cual pone de relieve la falta de claridad de la sentencia a la hora de formar una doctrina jurisprudencial sobre la materia. De hecho, señala la existencia de juicios de valor, como el que esgrime en el punto 6 del fundamento jurídico 3°. Callejo Rodríguez, C.: "La llamada", cit., p. 11 también plantea el poco acierto de la sentencia. Igualmente, De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es inscribible?", cit., pp. 499-500; Barber Cárcamo, R.: *La filiación en España. Una visión crítica*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pp. 136 y 239, y Iniesta Delgado, J.J.: "La filiación", cit., p. 807, ponen de relieve la procedente inaplicación del régimen de acciones de filiación a los supuestos especiales regulados por la LTRHA, que no se basan en la verdad biológica.

35 La posesión de estado no puede ser causa jurídica para otorgar la filiación jurídica, ya que como afirmó la STS 30 junio de 1988, la posesión de estado "no es sino la situación residual en que puede hallarse la hija cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halle en el seno de la sociedad o de la familia, permitan establecer el reconcomiendo presunto de la filiación por la homologación judicial de esas circunstancias, mediante la sentencia firme que lo proclame".

36 Verdera Server, R.: "Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida", en AA.VV.: *Comentarios a las Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. J.A. Cobacho Gómez, coord. J.J. Iniesta Delgado), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 288 y 289.

37 Parrón Cambero, M.J.: "¿Mater", cit., p. 3, apunta que el Supremo ha sabido hacer una interpretación conjunta del ordenamiento jurídico, con respeto a los principios que inspiran esta normativa, junto con otros como el interés superior del menor. Así, mediante esta línea jurisprudencial permite que se consoliden situaciones de hecho, que por no estar reguladas no encontraban amparo legal.

No obstante, la ley es la ley, y como tal los jueces están sometidos a ella, por lo que pienso que lo mejor sería una reforma que introdujese la voluntad de ser progenitor a través del uso de técnicas de reproducción asistida como título constitutivo de la filiación[38].

De todos modos, el criterio seguido por el Supremo ha sido posteriormente confirmado por la STS 15 enero 2014[39], permitiendo igualmente que prospere una acción de reclamación de la filiación en el contexto de una pareja de mujeres no casadas.

III. EL RÉGIMEN DE FILIACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015.

1. Dificultades entorno a la aplicación del art. 7.3 LTRHA.

La introducción del art. 7.3 LRHA en nuestro ordenamiento y la polémica interpretación que el Supremo realizó de tal precepto, generó en gran parte de la doctrina un discurso a favor de la reforma del sistema de filiación. Reforma que debería estar a la altura de las necesidades y realidad actuales.

Varios son los autores que han puesto la legislación catalana como ejemplo de normativa menos rígida, ya que reconoce el consentimiento a la fecundación asistida como título de determinación de la filiación[40]. El Código Civil Catalán (en adelante, CC.Cat) destaca por determinar tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial, en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida, por el expreso consentimiento al uso de dichas técnicas por la pareja de la mujer gestante (aunque la ley no dice pareja, sino "hombre" o "mujer" por lo que podemos interpretar que un amigo de la gestante también podría ser progenitor). De esta forma, no hace distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial. Asimismo, equipara el régimen a seguir tanto en parejas homosexuales como heterosexuales. De este modo, el art. 253.3 CC.Cat determina que "la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre". Luego, en el art. 235.8, en cuanto a la filiación matrimonial, dice: "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

38 De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación", cit., p. 29, se pregunta si lo mejor no sería introducir un nuevo tipo de filiación, cuyo título constitutivo se correspondiese con la "voluntad de procrear, en la forma legalmente prevista".

39 STS 15 enero 2014 (RAJ 2014, 1265).

40 Callejo Rodríguez, C.: "La llamada", cit., p. 6, Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., p. 18, y Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., p. 52.

en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento". De la misma forma, en el art. 235.13, respecto a la no matrimonial, dispone: "Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público".

Sin embargo, el legislador nacional no ha seguido ese camino en la reciente reforma del art. 7.3 LTRHA. Con la promulgación 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, se modificaron el mentado art. 7.3 y el art. 44 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC). De esta forma, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2015 estableció la siguiente redacción en tales artículos: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá 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" (art. 7.3 LTRHA), y "También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge" (art. 44.5 LRC). Nótese como la LRC no hace en ningún momento referencia al uso de técnicas de reproducción asistida. He puesto de relieve el art. 44.5 LRC dado que, luego voy a hacer referencia a su tenor en relación con lo manifestado por la controvertida RDGRN 8 febrero 2017.[41]

Pero ahora, me voy a centrar en lo dispuesto por el nuevo art. 7.3 LTRHA. Habida cuenta que, según mi opinión, el legislador ha desperdiciado una magnífica oportunidad para actualizar, tal como se venía demandando, el sistema de filiación en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, la nueva redacción da la sensación que es fruto de una reforma irreflexiva, donde solo se han contemplado los problemas prácticos más sonados y acuciantes que había dado lugar el anterior texto[42]. Prueba de ello es el cambio del momento en el cual se ha de prestar el consentimiento (la principal modificación llevada a cabo), ya que ahora se prestará después del nacimiento, no antes, algo que había sido el epicentro de la problemática en la señalada STS 5 diciembre 2013. Si bien, dicho cambio no ha sido aplaudido por la generalidad de la doctrina, la cual considera que el consentimiento posterior no es la mejor opción en esta materia[43].

41 RDGRN 8 febrero 2017 (LA LEY 24236, 2017).

42 La doctrina habla directamente de parcheamiento de la normativa, Verdera Server, R.: *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 20, 27, 34 y 196.

43 Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., p. 7; Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 108 y ss., la mejor opción sería un consentimiento previo.

Por tanto, a pesar de la reforma, las dificultades distan mucho de haberse solucionado. El paso a un consentimiento posterior, ciertamente elimina la necesidad de tener la precaución de acudir al Registro Civil y declarar ante el Encargado que cuando nazca el hijo de su cónyuge igualmente se determine la filiación a su favor. No obstante, hay aspectos conflictivos que aún no se han solucionado y otros nuevos que se han creado.

Para empezar, en comparación con el texto catalán que he descrito antes, parece mentira que aún no se haya equiparado la situación en la que se encuentran las parejas no casadas homosexuales con las casadas homosexuales. El argumento de que son supuestos distintos a los que el legislador les puede dar un tratamiento distinto, siempre que sea razonable, no me convence. Si en ambos casos la filiación tiene su origen en el mismo hecho (el uso de técnicas de reproducción asistida), por qué se excluye en la propia ley (ni siquiera se las menciona) a las parejas no casadas cuando ellas dentro de su libertad han decido no contraer matrimonio[44]. Por esta razón, algún autor ya ha manifestado que, quizás, sería posible realizar una aplicación analógica del art. 8.2 LTRHA para estos casos.[45]

También, llama la atención que el legislador haya hecho oídos sordos a la postura del Supremo sobre la materia. La eliminación de los formalismos. Si el propio Tribunal Supremo hizo ver que lo más sencillo y acertado sería dar valor al consentimiento prestado sobre el uso de técnicas de reproducción asistida, esto es, "la voluntad concorde de ser progenitoras".[46] Por qué motivo se exige un posterior consentimiento, a modo de ratificación, confirmatorio del que seguramente haya prestado en la clínica. Hay que señalar que la ley no exige el consentimiento de la no gestante para iniciar el proceso de reproducción asistida.

Por lo que respecta a los nuevos interrogantes que surgen, hay que hacer hincapié en dos aspectos sobre los que la nueva legislación no es nada precisa. Por un lado, el momento concreto en el que ha de realizarse la declaración o el consentimiento a la determinación de la filiación. Y, por otro lado, como ha de realizarse dicho consentimiento o declaración.

Si analizamos el primero, la ley dice que deberá consentirse una vez haya nacido el menor. ¿Supone esto que la maternidad estará abierta durante toda

44 Me remito a lo que la doctrina ha dicho en otras sedes sobre lo absurdo que resulta hoy en día diferenciar entre una relación de pareja matrimonial y una no matrimonial. Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 216.

45 Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., p. 17.

46 De todos modos, hay quien señala que el Supremo no es claro en este punto, Quicios Molina, S.: *Determinación*, cit., pp. 65 y 66. Con acierto, afirma que no se distingue con seguridad cuál es el consentimiento que verdaderamente sustentaría la filiación. Si el expresado por la mujer no gestante en la clínica, la voluntad concorde de ambas o el consentimiento de la no gestante reforzado por la posesión de estado a modo de complemento.

la vida del menor? No tiene mucho sentido instaurar mediante este precepto una suerte de "maternidad potestativa" o "voluntaria" en la que la mujer no gestante pueda decidir sin sujeción a plazo si quiere ser madre o no, aunque si nos atenemos a la literalidad de la norma es perfectamente posible. Como algún autor señala, lo más lógico y conveniente para el interés del menor será interpretar la norma de forma sistemática[47]. En este sentido, debido a que la norma remite a la LRC y su reflejo registral, el art. 44.5 LRC, se encuentra en el apartado relativo a la inscripción del nacimiento, lo más razonable será que el consentimiento se haya de prestar durante los trámites que regula el art. 44 relativos a la inscripción del nacimiento. Pero, al final, nos volvemos a encontrar con el mismo obstáculo, los formalismos. Qué sucede si no se presta el consentimiento en ese momento. ¿Le quedaría por siempre vedada la posibilidad de fijar su maternidad a la mujer no gestante? Una pregunta que todavía no tiene respuesta. Si bien me aventuraría a decir que en base a la seguridad jurídica debería precluir esa opción, salvo que nos encontremos en una situación grave como podría ser el fallecimiento de la mujer gestante.

En cuanto al segundo, más o menos creo que ha quedado respondido con lo anterior. Ante la parquedad del precepto, podemos entender que la voluntad de la mujer no gestante deberá quedar acreditada durante los trámites de inscripción del nacido, por ejemplo, en el documento oficial firmado por ambas que regula el art. 44.3 LRC. Sin embargo, volvemos a lo anterior, si la mujer no gestante no ha manifestado esa voluntad en el momento de la inscripción, ¿será posible atribuir la filiación mediante un documento público como una escritura o una disposición testamentaria?

Conectado con lo que he expuesto, surge otra controversia, ¿Qué valor le otorgamos al consentimiento prestado en la clínica?[48]. Esta pregunta cobra mucha importancia cuando nos encontramos con que la mujer no gestante no se ha ratificado tras el nacimiento. Aparece entonces la duda de si la gestante podría obligar a la no gestante a consentir en el Registro Civil. También cabe plantarse que sucedería en el supuesto de que la gestante se oponga a la inscripción o que, directamente, la pareja ya se haya roto en el momento del nacimiento. Incluso, en el peor de los casos, imaginemos que la madre gestante muere en el parto. Siendo requisito previo el estar casado con la mujer gestante, al momento de la muerte se disuelve el matrimonio.

Sin embargo, todas las divagaciones que hagamos caen en saco roto, habida cuenta que el Tribunal Supremo ya ha manifestado cuál es su opinión al respecto.

47 Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., pp. 7-9.

48 Ídem, Ibíd., pp. 14-18, habla sobre las opciones que existirían en caso de que el consentimiento haya sido prestado por otras vías.

Si lo determinante, según la doctrina del Alto Tribunal, es la voluntad de ser progenitor manifestada en la clínica, considero que la declaración o ratificación posterior es irrelevante pudiendo, con carácter general, reclamar judicialmente la maternidad si ya manifestó en la clínica su voluntad[49]. Otra cosa es que la mujer no haya manifestado su voluntad en la clínica, algo a lo que la ley no obliga. En cuyo caso, su maternidad quedaría supeditada al consentimiento posterior al que hace referencia la ley.

2. El criterio de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017.

Llegados a este punto, hay que decir que la consecución de incoherencias, dudas y callejones sin salida a la que nos ha abocado, por un lado, un legislador que no ha querido llevar a cabo un replanteamiento del sistema en profundidad, y, por otro lado, un Tribunal Supremo que se ha enfrentado abiertamente contra el deficiente criterio que marca la ley, no ha acabado aquí. Un nuevo exponente anti formalista centrado en una justicia material llevada al caso concreto es la RDGRN 8 febrero 2017.

No obstante, si la STS 5 diciembre 2013 ya fue criticada por lo forzado de sus argumentos, la RDGNR da un paso más allá y consigue lo que parecía imposible, enrevesar más la cuestión con una interpretación poco menos que estrafalaria del art. 44.5 LRC. Una interpretación que, en resumidas cuentas, atribuye a dicho artículo la creación de un nuevo título de atribución de la filiación desconectado del art. 7.3 LTRHA. Esto es, considera que el legislador ha pretendido con el nuevo artículo 44.5 LRC crear otra forma de determinar la llamada doble maternidad por naturaleza. Mientras el artículo 7.3 LTHA sería una forma de determinar tal filiación en el marco del uso de las técnicas de reproducción asistida, el art. 44.5 LRC no exigiría su utilización y, en consecuencia, no haría falta su prueba.

La RDGNR parte del siguiente supuesto de hecho: La mujer no gestante había acudido al Juzgado de Paz de Benidoleig con el objeto de que se inscribiese a su favor la filiación del nacido de la gestante, su cónyuge. Su solicitud no fue atendida, ya que le informaron que lo que debía hacer era acudir al Registro Civil de Denia. Sin embargo, una vez solicitó la inscripción, el encargado del RC en la Resolución de 22 de agosto de 216 denegó la inscripción, porque la promotora, con apoyo en el art. 44.5 LRC, había realizado tal solicitud sin aportar la prueba de haber recurrido a TRHA. La resolución fue recurrida, pero el menor solo fue inscrito con la filiación de la gestante.

49 *Ut supra*, he señalado que el recurso a la posesión de estado me parece una mera excusa, que incluso el propio Supremo parece veladamente reconocer. Siendo lo determinante la voluntad procreacional. Asimismo, creo que, tomando la doctrina del Supremo, también sería posible que la gestante o incluso el nacido (una vez alcanzase la mayoría de edad) pudiesen reclamar la maternidad frente a la no gestante si, está última, consintió en la clínica en su día.

La solución a la que llega la DGNR al resolver dicho recurso es ciertamente singular, pero responde otra vez a un ejercicio de dar justicia al caso concreto, salvar una situación de hecho que no encuentra amparo en la ley. Su postura parte de considerar que el legislador con la introducción del art. 44.5 quiso facilitar la determinación de la filiación en estos casos y, en consecuencia, no haría falta la prueba del recurso a TRHA. Buena parte de la doctrina ya ha manifestado su desacuerdo, ya que entender que el art. 44.5 LRC está desconectado el art. 7.3 LTRHA es muy aventurado[50].

De todos modos, lo más arriesgado de la resolución no es establecer si el legislador quiso o no crear un nuevo título de atribución de la filiación. Sino las consecuencias de orden práctico que se derivan de ello, sobre todo por la no exigencia de prueba.

Un sector de la doctrina ya ha puesto de manifiesto el acercamiento que supone esa interpretación al caso del reconocimiento de complacencia[51]. Si se desvincula este título del ámbito de las TRHA, y se basa en la mera voluntad de tener descendencia, qué diferencia hay con los reconocimientos de complacencia.

Asimismo, la falta de prueba ha supuesto que la DGRN reconozca que la filiación *ex* art. 44.5 LRC sería una especie de filiación de "segunda categoría", dado que sería impugnable, a diferencia de la filiación *ex* art. 7.3 LTRHA. En este punto hay que hacer algunas matizaciones, primero es discutible que la filiación *ex* art. 7.3 LTRHA sea inimpugnable porque la propia ley no lo reconoce; no obstante, podemos entender que por extensión del art. 8.1 LTRHA o, simplemente, por ser una filiación derivada del uso de tales técnicas en virtud del art. 7.3 LTHA, dicha filiación sería inimpugnable[52]. Segundo, reconocer el uso de las acciones de filiación en un ámbito donde, en principio, lo que prima no es la verdad biológica, supone crear más caos en lo que ya no es ordenado.

50 Para Verdera Server, R.: *La reforma,* cit., pp. 120 y ss., el art. 44.5 LRC no sería más que la proyección registral de la doble maternidad por naturaleza y sería coincidente con el artículo 7.3 LTRHA. En el mismo sentido, De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es inscribible?", cit., pp. 497 y 498, lo que pretende aseverar la DGRN es inverosímil, porque en estos casos "la única manera cabal de explicarla [la filiación] es acreditar la práctica de la reproducción asistida". Igualmente, Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El artículo 44.5 de la Ley del Registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la RGRN" (consultado el 30 de mayo de 2018), párrafo 12, opina que el artículo 44.5 LRC no es más que una norma adjetiva necesariamente vinculada al art. 7.3 LTRHA.

51 Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., p. 21. El documento se encuentra disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/

52 Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad", cit., pp. 122 y ss., considera que solo se puede impugnar por falta de validez del título. Así, la SAP Palma de Mallorca, Secc. 4ª, 5 diciembre 2012 (ROJ IB 2836, 2012), admitió la impugnación por faltar los requisitos del art. 7.3 LTRHA. De todas formas, la doctrina anti formalista del Supremo podría hacer que la filiación fuera inimpugnable, al estar basada en la voluntad procreacional.

Entonces, cuando la DGNR señala que dicha filiación se puede impugnar, ¿a qué se refiere? Entendemos, como cierta doctrina apunta[53], que las madres no podrían impugnarla, por las misma razones que la filiación *ex* art. 7.3 LTRHA. Sin embargo, el padre biológico si que podría, dado que, si se trata de un donante conocido y reclama su paternidad, con la ley en la mano no se le podría negar, habida cuenta que el sistema de acciones de filiación está pensado para la búsqueda de la verdad biológica. Aunque, considero que si la ley no excluye la paternidad en esos casos, no podemos afirmar que la doble maternidad por naturaleza excluya a la paternidad[54]. Así que, pienso que nada impediría que, estos casos, concurriesen dos maternidades (una por naturaleza y otra basada en la voluntad procreacional) y una paternidad por naturaleza. Idea que voy a desarrollar mejor en el siguiente epígrafe.

Por tanto, el camino que ha abierto la DGRN está lleno de incertidumbres y lo único que favorece es que las futuras madres acudan a otras vías alternativas poco seguras para cumplir su deseo, en detrimento de las acreditadas técnicas de reproducción asistida reguladas, valga la redundancia, por la LTRHA[55]. Algún autor ya ha puesto de relieve los riesgos, así como la ilicitud que acompañan a la venta de esperma por internet[56] . De igual manera, el reconocimiento de la impugnación de la maternidad así determinada, hasta que no se aclare si es compatible la paternidad biológica con la doble maternidad por naturaleza, implica someter a los menores a una situación donde la seguridad jurídica y la protección de la estabilidad familiar brillan por su ausencia. Porque si seguimos el criterio de la DGRN favoreceríamos la instauración de una especie de "maternidad suspensiva" que se mantendría, en tanto en cuanto el verdadero padre no reclamase su paternidad.

3. De aquellos polvos vienen estos lodos: La SAP valencia, 27 de noviembre de 2017.

Efectivamente, la sorprendente RDGRN 8 de febrero de 2017 ya ha tenido consecuencias. La reciente SAP Valencia, 27 noviembre 2017[57], ha resuelto un caso en el que el padre biológico de una menor, que previamente había renunciado a todo "derecho de paternidad que pudiese tener sobre la menor que naciera de

53 Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., pp. 26 y 27.

54 Iniesta Delgado, J.J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 954 y ss.

55 De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es inscribible?", cit., p. 498.

56 Quicios Molina, S.: "Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación", *RJUAM*, núm. 35, 2017, pp. 368-376, la adquisición onerosa de gametos, ya sea en persona o por internet, es ilegal. Dado que, "patrimonializa y convierte en objeto al ser humano, lo que es contrario a su dignidad". Mención aparte, no solo por su ilicitud sino por su más que dudosa ética, merece la venta de esperma por internet que realizan determinadas empresas como la que pone de relieve Quicios Molina en el citado artículo.

57 SAP Valencia, 27 noviembre 2017 (JUR 2018, 56440).

dicha inseminación", ha reclamado la paternidad de su hija biológica. Y la Audiencia Provincial de Valencia ha fallado a favor del hombre.

Básicamente, el supuesto era el siguiente: Un varón había donado su semen a un matrimonio de mujeres para que pudieran llevar a cabo una inseminación artificial doméstica. Además, el hombre había renunciado en un documento a todo derecho sobre la menor. Sin embargo, posteriormente se arrepintió de lo estipulado y decidió reclamar su paternidad. En el momento de la reclamación, la menor ya había nacido y había sido inscrita como hija matrimonial de las dos mujeres, algo que fue posible al no exigirse prueba sobre el uso de TRHA. No obstante, en primera instancia le dieron la razón al varón, las mujeres recurrieron, pero, como he adelantado, el recurso no ha prosperado.

En pocas palabras, el argumento de las mujeres era que se aplicase analógicamente el art. 7.3 LTRHA para que la filiación tuviese el carácter de inimpugnable. Tal afirmación caía por su propio peso dado que la propia DGRN reconoció en la discutida resolución que la filiación establecida *ex* art. 44.5 LRC sería una filiación distinta del art. 7.3 LTRHA, que sí sería impugnable. Siendo dicha postura lo más razonable que contiene esa resolución, porque, indudablemente, una filiación que no haya sido fruto del uso de TRHA (en las cuales el donante es anónimo y expresamente se dispone que al no tener como finalidad la verdad biológica se excluye la impugnación) es perfectamente impugnable o, mejor dicho, es perfectamente reclamable por el verdadero progenitor. Digo esto, porque como he postulado antes, opino que la segunda maternidad por naturaleza (es decir, la que es una ficción legal) no es incompatible con una paternidad por naturaleza, porque se basan en títulos distintos y la ley no lo excluye expresamente[58]. Otra cosa es que considere que no podemos interpretar el art. 44.5 LRC como un nuevo título de atribución de la filiación ajeno a las TRHA. Es decir, si afirmamos que, teóricamente, en virtud del art. 44.5 LRC no podemos crear un nuevo título de determinación de la filiación, en un caso como el enjuiciado por la Audiencia de Valencia, donde la situación ya parte de una inscripción basada en la interpretación que realizó la DGNRN sobre el art. 44.5 LRC, pienso que nada impediría el mantenimiento de la segunda maternidad por naturaleza, como forma de no quebrar una situación de hecho. En realidad, creo que, si llega al Supremo, es posible que esta sea la postura que adopte el Alto Tribunal. Principalmente, por los siguientes motivos: Si el Supremo mantiene que lo determinante en el ámbito de la fecundación artificial es la voluntad procreacional y, más específicamente en estos casos, la voluntad concorde de ambas mujeres de ser madres. Esto es, una posición completamente anti formalista. Creo que, para evitar romper el vínculo ya creado con su segunda madre, podría reconocer, por un lado, la doble

58 No opina igual Quicios Molina, S.: "Inseminaciones", cit., p. 381, donde señala que una situación como esa sería impensable en nuestro ordenamiento.

maternidad por naturaleza y, por otra, la paternidad biológica del varón. Entonces, solo habría que fijar un derecho de visitas, por ejemplo, a favor del varón (si las madres ya tienen un hogar común) y, además, la menor se vería beneficiada de tener no solo dos progenitores, sino tres, lo que supone aumentar también su derechos sucesorios y alimenticios.

Cierto es, que, en última instancia, una solución como la propuesta seguiría favoreciendo acudir a este tipo de inseminaciones, debido a que otras parejas de mujeres podrían ver al final recompensado no recurrir a las TRHA. De hecho, con el argumento que he señalado de "evitar romper el vínculo" o "no romper una situación de hecho", los encargados del Registro Civil deberían inscribir, aunque no se probase el uso de técnicas de reproducción asistida. Por lo que, en definitiva, lo que estoy describiendo es la dificultad a la que nos enfrentamos a la hora de analizar estas situaciones. Esta es la razón por la que resulta urgente una reforma legislativa en profundidad de la cuestión que valore, sobre todo, qué lugar le corresponde al consentimiento o voluntad procreacional.

En la sentencia que acabo de analizar, el Tribunal se decantó por atribuir la paternidad al varón en detrimento de la segunda maternidad de la mujer no gestante. Consideró que, por respeto a la verdad biológica, debía avalar la reclamación del actor, habida cuenta que no nos encontrábamos ante un supuesto análogo al art. 7.3 LTRHA sino ante "una infracción o soslayamiento de la propia norma". Igualmente, entendió que la renuncia al estado civil es contraria al art. 1255 CC, es decir, contario "al interés y al orden público, pues la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de ese interés, así como la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos legales". Por último, manifestó que, por la temprana edad de la menor, la decisión no era contraria a sus intereses, al no romperse ningún vínculo creado (por ella) y solamente implicar una reorganización familiar.

IV. EL FUTURO DE LA FILIACIÓN Y SU ENCAJE CON EL FENÓMENO DE LAS TRHA.

A modo de conclusión, tras haber analizado los cambios introducidos en la materia en los últimos años (centrándonos, principalmente, en el caso de la doble maternidad por naturaleza). La sensación que tengo es que las soluciones a las que han llegado los distintos operadores jurídicos, en las diferentes resoluciones que hemos descrito, parten de un enfoque muy centrado en el caso concreto. Es decir, considero que los criterios de los que se han servido han sido elegidos en función del resultado que iban a producir en cada supuesto. Incluso la reciente SAP Valencia, 27 noviembre 2017, que podríamos decir es más legalista en la medida que ha aplicado el régimen general a una inseminación artificial doméstica

(por no estar contemplada la IAD en la LTRHA), diría que no hubiese sido tan drástica si la consecuencia hubiese sido más grave. Dicho de otro modo, si en lugar de ser el padre biológico quien impugnase para reclamar su paternidad, hubiese sido la madre gestante contra la no gestante en el marco de un proceso de crisis matrimonial, pienso que, tal vez, con apoyo en la tesis anti formalista no hubiese sido estimada la demanda.

En resumen, creo que con la finalidad de no quebrar situaciones de hecho que no encontraban amparo legal se han esgrimido algunos argumentos con poco o ningún sustento legal. Si bien, al mismo se ha evidenciado la falta de acierto del legislador a la hora de regular la cuestión. De hecho, puede que sea el recurso a la voluntad procreacional el camino más sencillo para avanzar en el tema[59]. De todos modos, como expuesto basarnos solo en la voluntad, más allá del uso de TRHA también tiene sus inconvenientes, puesto que fomentaría el uso de IAD e igualmente chocaría con la situación actual de los reconocimientos de complacencia.

Por todo ello, tal vez una solución a la catalana[60] o incluso a la argentina[61] podría ser lo más adecuado. Así, una posible reforma podría fundarse en reconocer un nuevo tipo de filiación basado en el uso de técnicas de reproducción asistida y, al mismo tiempo, crear un nuevo título de determinación de la filiación que gire en torno al consentimiento prestado en la clínica por el hombre o la mujer (que fuese similar al art. 253.13 CC.Cat). Sin que hiciese distinción entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como sin distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales. Siendo la única diferencia el recurso a la presunción de paternidad en el matrimonio heterosexual, por motivos obvios.

De esta forma, en el documento firmado en la clínica ya quedaría previamente determinada la filiación y el Encargado del Registro Civil, en el momento de la inscripción del nacimiento, exigiría dicho documento. En el cual quedaría acreditado el recurso a las técnicas de reproducción asistida y quiénes son los progenitores del menor. Sin que, una vez manifestado el consentimiento en la clínica, fuese posible renunciar o impugnar la filiación.

Esta propuesta implicaría la necesaria acreditación del recurso a la TRHA, pero dada la dificultad de la cuestión, también presenta resquicios. Los cuales

59 Andreu Martínez, B.: "La doble", cit., p. 31.

60 *Ut supra* he apuntado los artículos del CC.Cat que regulan esta materia, y que se basan fundamentalmente en el consentimiento prestado en la clínica.

61 Aunque realizando algunos cambios, podríamos inspirarnos en la reciente reforma del Código Civil y Comercial argentino que ha creado un nuevo tipo de filiación (filiación por reproducción asistida) y, a su vez, ha establecido como títulos de determinación, el parto y el consentimiento del hombre o mujer casados con la mujer que da a luz. Sin embargo, como digo habría que hacer algunas matizaciones, porque han extendido la presunción de filiación matrimonial a los matrimonios de mujeres, con las complicaciones que en sede de impugnación judicial podría conllevar.

serían básicamente dos: Primero, seguiríamos sin abordar que tratamiento se le da a las IAD, porque admitir la procedencia de las acciones de filiación (basadas en la verdad biológica) distorsiona enormemente el asunto. Segundo, tampoco resolvería lo que sucede si la pareja de la mujer gestante no consiente en la clínica. Esto es, si basamos la atribución de la filiación al consentimiento en la clínica, en el caso de que la pareja no consienta, ¿se le vedaría por siempre una hipotética determinación de la filiación a su favor? En otras palabras, como evidentemente no podríamos obligar a la pareja de la gestante a que consienta ser madre del nacido, ¿podría reclamar en un futuro en base a la posesión de estado si también se encarga del cuidado del menor y se "arrepiente" de no haber consentido? De todos modos, ese hipotético caso sería muy residual, ya que no sería muy coherente, si la pareja tiene un proyecto de vida en común, que la mujer no gestante no consintiese.

En definitiva, lo que quiero poner de relieve es que, dada la complejidad de la cuestión, ni siquiera recurrir al consentimiento prestado en la clínica es la panacea. Las tendencias de la sociedad actual, como es el auge de las inseminaciones caseras, hacen que soluciones como la que nos parecía dar el Supremo se queden cortas. Por lo que el legislador debe estar a la altura de las circunstancias para abordar, de la forma más satisfactoria para todos, una nueva realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil,* Tomo I, Vol. 1, 14ª ed., Bosch, Barcelona.

Andreu Martínez, B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret,* núm. 2, Barcelona, 2018.

Beard, M.: *SPQR, Una historia de la Antigua Roma,* Crítica, 1ªed., Barcelona, 2016.

Barber Cárcamo, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", en *REDUR,* núm. 8, 2010.

Barber Cárcamo, R.: *La filiación en España. Una visión crítica,* Thomson-Reuters Aranzadi, 2013.

Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución,* núm. 28, 2014.

Callejo Rodríguez, C.: "La llamada doble maternidad 'por naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley,* núm. 8240, 2014.

Carrasco Perera, A.: *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos,* Dilex, 2006.

De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es inscribible la filiación matrimonial a favor de la mujer de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida? Comentario a la RDGRN 8 febrero 2017", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 24, 2017.

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 A.A.V.V.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele* (a cura di: G. Conte e S. Landini), Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

García Amado, J.A.: "¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 de Código Civil", *Revista La Ley,* 2001.

Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria,* Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Iniesta Delgado, J.J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida**",** en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), vol. V, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011 y 2017.

Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "El artículo 44.5 de la Ley del Registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la RGRN". https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/

Parrón Cambero, M.J.: "¿Mater semper certa est?", *Diario La Ley,* núm. 8293, 2014.

Quicios Molina, S.: *Determinación e Impugnación de la Filiación***,** Thomson-Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2014.

Quicios Molina, S.: "Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación", *RJUAM,* núm. 35, 2017.

Valiño Del Río, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano,* Minim, Valencia, 2002.

Verdera Server, R.: "Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida", en AA.VV.: *Comentarios a las Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (dir. J.A. Cobacho Gómez, coord. J.J. Iniesta Delgado)**,** Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Verdera Server, R.: *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LA INCIDENCIA DE LAS MALAS RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES A LA HORA DE ACORDAR EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ANÁLISIS DE LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

THE INCIDENCE OF THE BAD RELATIONS BETWEEN THE PROGENITORS AT THE TIME OF AGREEMENT OF THE GUARD REGIME AND SHARED CUSTODY. ANALYSIS OF THE RECENT DOCTRINE OF THE SUPREME COURT.

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 402-417

Dra. Nuria
MARTÍNEZ
SANCHIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: Uno de los factores a tomar en consideración a la hora de adoptar o no la modalidad de la guarda y custodia compartida, es el referido a la relación que los progenitores tengan entre sí tras la situación de crisis familiar acontecida. Hasta fechas relativamente recientes, la tendencia era la de denegar la modalidad compartida si no existía una buena relación entre los progenitores. Con la entrada en vigor de las leyes autonómicas así como el cambio en la doctrina jurisprudencial, la tendencia que se mantiene es la de considerar que ya no será suficiente que exista esa mala relación sino que tendrá que darse una situación de elevado enfrentamiento para que esta situación pueda ser motivo de denegación del régimen de custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Malas relaciones entre los progenitores; guarda y custodia compartida; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The relationship that the parents have with each other is one of the factors to take into consideration when adopting or not the modality of shared custody and custody after a situation of family crisis. To deny the shared modality if there was no good relationship between the parents was the rule until relatively recent dates. With the entry into force of local laws as well as the change in jurisprudence, the tendency that remains is to consider that it will no longer be enough that there is this bad relationship but will have to be a situation of high confrontation so that this situation may be grounds for denial of the shared custody regime.*

KEY WORDS: *Bad relationships between parents; custody and shared custody; the best interests of the child.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN.- 1. Consideraciones previas.- 2. Tratamiento doctrinal.- 3. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo: evolución de la doctrina jurisprudencial hasta los más recientes pronunciamientos.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

En la actualidad, uno de los aspectos que mayor incidencia tiene a la hora de acordar o no la modalidad de la guarda y custodia compartida, es el papel que puede jugar la conflictividad existente en la relación entre los progenitores.

Con demasiada frecuencia, nos encontramos con situaciones de crisis matrimonial en donde son continuos los episodios de conflictividad y enfrentamiento entre los progenitores. En escenarios tan cotidianos como las reuniones escolares, recogidas de los menores en el centro escolar o las simples entregas de los menores, donde los progenitores coinciden, resultan en ocasiones altamente problemáticas.

Ninguna duda cabe de que, en estos supuestos, en los que la relación entre los progenitores sea conflictiva, ello va a influir de forma negativa en los hijos y va a dificultar el ejercicio de la guarda conjunta, si bien dependiendo del grado de conflicto existente, ello no impedirá que se pueda otorgar esta modalidad de custodia.

Mucho se ha discutido al respecto de si la mala relación existente, podría ser motivo para denegar o no el régimen de custodia compartida. Hasta fechas recientes, y antes de la entrada en vigor de las distintas leyes autonómicas existentes sobre la materia, así como del cambio en la doctrina jurisprudencial, al tratarse de una modalidad más o menos novedosa de custodia, contó con cierto recelo y por ello, la existencia de malas relaciones era uno de los factores principales en los que más se basaban los Tribunales para denegarla. La tendencia mayoritaria partía de que, para otorgar la custodia compartida, debía de haber una relación casi armónica entre los progenitores, rechazando de plano esta modalidad de custodia cuando existiera conflictividad entre ambos, entendiendo que las discrepancias y desacuerdos hacían imposible un reparto equitativo de las funciones de la custodia. Por ello, bastaba con que uno de los progenitores no quisiera poner de su parte para que se denegara esta modalidad de guarda.

• Dra. Nuria Martínez Sanchis
Abogada, Profesora Agregada Parcial de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, nuria.martinez@ucv.es

De este modo, muchos de los pronunciamientos judiciales que venían denegando la atribución de la custodia compartida fundamentaban su negativa en "la situación verificada de conflictividad clara entre los padres y su relación con los intereses que están en juego"[1]. Así, Guilarte Martín-Calero[2] refería que ésta era precisamente la razón más esgrimida por los Jueces y Tribunales para denegar la procedencia del régimen de custodia compartida.

A este respecto, los sectores más críticos con esta modalidad de guarda, se han venido pronunciando en términos de que ésta sólo es viable en los supuestos de plena colaboración y buena relación entre los progenitores.

Sin embargo, con la entrada en vigor de las distintas leyes autonómicas[3] y el cambio en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, ya no será suficiente que exista mala relación, sino que tendrá que darse una situación de elevado enfrentamiento para que esta situación pueda ser motivo de denegación del régimen de custodia compartida.

No obstante el giro acontecido, es cierto que los enfrentamientos agudos y constantes, fruto de una conflictividad profunda, hacen muy difícil esta modalidad de custodia sin poner en riesgo la estabilidad educacional del menor, que cada día se va a ver sometido a una normativa distinta en función del progenitor con el que conviva en ese momento.

Por el contrario, y como seguidamente se expondrá, las relaciones correctas entre los progenitores, con una buena comunicación entre ambos, sin grandes diferencias en cuanto al estilo educativo del menor (colegio, pautas de conducta y estilos similares, confesión religiosa, etc.), son circunstancias favorables para otorgar el régimen compartido.

II. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN.

1. Consideraciones previas.

Por ser evidente, no hay que olvidar que en la mayoría de las rupturas matrimoniales o de pareja, la situación posterior a la quiebra de la paz existente durante la convivencia es, cuanto menos, de tirantez entre los progenitores, siquiera sea en el momento inicial. Ante una situación de ruptura de la convivencia,

1 Delgado del Río, G.: *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente,* Aranzadi S.A., Navarra, 2010, p. 161.

2 Guilarte Martín-Calero, C.: "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2008, pp. 5-6.

3 Hasta la fecha, cuentan con leyes propias sobre la materia de guarda y custodia compartida las Comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco.

siempre existirán tensiones, por lo que no se dará esa situación idílica de buena relación entre ambos progenitores al menos en la mayoría de los casos.

Como suele ser habitual en el Derecho de Familia, habrá que ir al caso concreto y analizar el grado de conflicto existente, y si éste va a afectar de forma desfavorable para el ejercicio de la modalidad compartida y sobre todo, para el interés superior del menor. Sin perjuicio de ello, y como seguidamente se verá, —

han sido diversas las opiniones doctrinales en cuanto a considerar si las malas relaciones existentes entre los progenitores deben ser un impedimento para conceder la guarda y custodia compartida o no, y ello por considerar que se trata de una cuestión de vital importancia para el adecuado desarrollo del menor y para salvaguardar su superior interés.

2. Tratamiento doctrinal.

Al respecto de esta cuestión, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en términos de considerar que para que el factor referido a la conflictividad entre los progenitores pueda afectar al ejercicio adecuado de la modalidad de custodia compartida, deberá partirse de unas relaciones muy deterioradas y con un elevado nivel de enfrentamiento.

Así, para Guilarte Martín-Calero[4], tendrá que ser una relación deteriorada, pésima, conflictiva o simplemente inviable para que se descarte el régimen de guarda compartida, pues se hace necesaria la existencia de una actitud, un entendimiento mínimo y una colaboración entre los padres para que sea un sistema eficaz y no un sistema generador de continuos problemas.

En similares términos Pérez-Salazar Resano[5], para quien se debe aceptar la custodia compartida como medida adecuada en aquellas situaciones en donde exista un cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, siempre que ambos sean capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. Se parte de que no es necesario un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres.

Ninguna duda cabe de que lo aconsejable en estas situaciones es que los padres cierren filas en torno a los hijos y se manifiesten acordes en cuanto a las normas y líneas a seguir para la formación de los hijos y para garantizar su

4 Guilarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, p. 14.

5 Pérez-Salazar Resano, M.: "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *Diario La Ley* [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, p. 2.

bienestar no sólo físico sino también emocional. No obstante, este consejo en demasiadas ocasiones se hará muy difícil de llevar a la práctica.

Por lo tanto, es mayoritaria la tendencia de que la mera discrepancia entre los progenitores, no es razón suficiente para denegar la custodia compartida. Esta va a ser la línea seguida por la doctrina de nuestro Alto Tribunal como seguidamente expondré.

Frente a la que parece ser la línea doctrinal dominante, autores como Romero Coloma[6], Villagrasa Alcaide[7], entre otros, han reseñado que resulta crucial para salvaguardar el beneficio del menor, la existencia de una buena relación entre los progenitores. Para Pérez Martín[8] , el requisito "de la falta de conflictividad" se considera básico e imprescindible, ya que si los padres no tienen relación entre sí, si no existe el más mínimo diálogo, nunca podrá acordarse la custodia compartida pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores. Es importante que en ambos progenitores exista una conciencia de priorizar los intereses de los menores frente a los suyos propios. La guarda y custodia compartida no se debe otorgar para contentar a ambos progenitores, sino para beneficiar a los hijos, por ello, si esta modalidad de custodia se traduce en una fuente inagotable de conflictos, se habrá desatendido el principio prioritario del interés del menor. Por encima de la custodia compartida será la custodia responsable.

Por su parte Pérez-Villar[9] alude a la necesidad de que exista una fluidez en la comunicación, pues en caso contrario, resulta inviable esta modalidad de custodia. Alude a la existencia de un auténtico infierno en los supuestos de no comunicación entre los progenitores.

En este sentido, entiendo que resulta determinante que los progenitores mantengan una relación personal, no tanto óptima como algún autor ha referido[1010], si bien sí carente de conflictos y de desacuerdos reiterados, con una

6 En este sentido Romero Coloma, A.: "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en línea], núm. 825, 2011, p. 2. El artículo referido, concluye que "la custodia compartida no se revela como la medida familiar más beneficiosa para los menores, en tanto los progenitores no sepan alcanzar un entendimiento entre ellos".

7 Villagrasa Alcaide, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en Picontó Novales, T. (ed.): *La custodia compartida a debat*e, Dykinson, Madrid, 2012, p. 98.

8 Pérez Martín, A. J.: "Guarda y custodia conjunta o compartida", en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, vol I, Lex Nova S.A, 2007, p. 268.

9 [9] Pérez-Villar Aparicio, R. (coord.): "Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la custodia compartida" [en línea]. [Consulta: 10 de julio de 2013].

10 Villagrasa Alcaide, C.: "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014. Refiere que "lo determinante en estos sistemas de guarda es que los progenitores mantengan una relación personal óptima, carente de conflictos y de desacuerdos reiterados, puesto que es preciso que no se convierta en una fuente de controversias permanente…". El texto se encuentra en http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida_def.pdf

actitud de cooperación entre los progenitores y relaciones cordiales y fluidas entre ellos, dejando de lado sus enfrentamientos personales, y mostrando una actitud, un entendimiento y una cooperación entre ambos, mediante relaciones cordiales y fluidas, que permita afirmar su conveniencia para el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos.

En palabras de Castilla Barea[11], para quien la creencia de que la custodia compartida precisa de una fluida relación y entendimiento de los progenitores es erróneo, afirma, refiriéndose tanto a la custodia individual como a la compartida que, "es cierto que en ambos supuestos un mínimo de comprensión y unidad de criterios de actuación de los progenitores facilitará las cosas y, sin duda alguna, redundará claramente en beneficio de los hijos, pero la ley está precisamente para suplir esa falta de armonía esencial, que será lo más habitual y previsible teniendo en cuenta que el desencuentro entre los progenitores debe ser profundo cuando han decidido llegar al extremo de romper su convivencia". Reseña además que lo importante será el "estricto cumplimiento de la legalidad", en términos de que, en los supuestos de custodia individual, el progenitor custodio respete y facilite el régimen de visitas del otro progenitor en los términos pactados, y en los supuestos de custodia compartida, que cada progenitor cumpla y se atenga al régimen de convivencia establecido.

Por todo ello, se trata de una cuestión en la que no se debe generalizar. Es evidente que, en casi todas las rupturas, al menos durante los primeros meses, la relación existente entre los progenitores es tensa y con infinidad de desavenencias respecto de los acuerdos que hay que tomar referidos a los hijos menores, vivienda familiar, pensiones, etc. Esa desarmonía, que en muchos casos será transitoria, no puede ser excusa para que se deniegue la custodia compartida, siempre y cuando no perjudique el desarrollo personal del menor y exista por parte de los padres un proyecto educativo común para sus hijos. No obstante, y en los supuestos en donde ni tan siquiera exista ese proyecto educativo común, pudiera producirse un elevado grado de conflictividad que haga inviable la modalidad compartida.

La existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar un desencuentro personal en aras al beneficio de los hijos comunes, debe considerarse un presupuesto de singular valoración, si bien ello no debe llevar a concluir que la existencia de conflictividad entre los progenitores sea motivo suficiente para denegar la custodia compartida, pues no debe olvidarse que si la medida se adopta en un proceso contencioso, es obvio que habrá discrepancias entre los progenitores, si bien un alto grado de conflictividad y desavenencias entre los progenitores, entendemos no debiera aconsejar la concesión de la custodia

11 Castilla Barea, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres", *Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 7, 2010, p. 9.

compartida pues es evidente que este régimen familiar de conflictividad no es aconsejable para los hijos ni garantiza el principio del interés superior del menor.

A este respecto, muchas han sido las investigaciones que han concluido que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres y que, en muchas ocasiones, el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda. Concluyen que los niveles de conflictividad no difieren entre supuestos en los que se opta por una custodia compartida o una monoparental con régimen de visitas. Se insiste en la viabilidad de esta modalidad de custodia aunque los padres no cooperen, y ello siempre y cuando cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y se tengan en cuenta sus necesidades, puesto que cuando cada uno de los progenitores es capaz de apreciar las necesidades de su hijo de contactar con el otro progenitor, la cooperación no será tan importante[12].

Así, resulta más que evidente que la clave del éxito de la llamada custodia compartida está, en buena parte, en la relación que mantengan los progenitores entre sí, y respecto de sus hijos comunes[13], y por ello difícilmente habrá una custodia efectiva si la relación de los padres está muy deteriorada. De la misma forma que la relación de los hijos con los progenitores debe ajustarse a una asunción equitativa de las responsabilidades de éstos en relación con las necesidades de aquellos, deben concurrir parámetros que permitan determinar la idoneidad de esta medida. De este modo, se ha considerado relevante que existan unas condiciones similares entre los progenitores en los diferentes órdenes de la vida, personales, sociales y culturales[14]; que exista un proyecto común respecto a la educación y formación de los hijos, que exista flexibilidad y comunicación fluida, que haya una proximidad entre los domicilios de los progenitores al efecto de evitar una ruptura del menor con su entorno habitual[15].

Es por ello que se hace siempre hincapié en la conveniencia de que los padres acepten mantener un canal de comunicación que facilite el diálogo y les permita "compartir" las necesidades del hijo. Y de ahí que se tienda, incluso como

12 De Torres Perea, J. M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el análisis del Derecho* [en línea], núm. 4, 2011, p. 18.

13 El art. 92.6 C.c. establece que la autoridad judicial, para acordar una guarda y custodia compartida, debe valorar la relación que mantengan entre sí los progenitores y con sus hijos, en sintonía con el criterio jurisprudencial de ausencia de conflictos graves, y la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, que señala, como circunstancia fundamental a tenerse en cuenta, la de la buena relación entre los progenitores.
En esta misma línea se pronuncia la STSJ Cataluña de 3 marzo 2010 (TOL 1.861.743); en cuanto que "es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la responsabilidad parental".

14 En este sentido, SAP Barcelona de 15 diciembre 2009 (TOL 1.793.864).

15 Villagrasa Alcaide, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", cit., p. 93.

fórmula para suavizar el conflicto, a tratar de recuperar el dialogo a través de esa posibilidad de compartir la realidad de los hijos. Aunque sea naturalmente exigible como presupuesto básico a esta posibilidad el acuerdo mutuo de los padres, pues de lo contrario aquello que había de ser una vía de comunicación constante se convierte en una fuente constante de enfrentamientos, si el interés y bienestar del menor así lo aconsejan, nada impide que sea finalmente la autoridad judicial la que resuelva adoptar esta medida, una vez alcanzada esa convicción a través de la actividad probatoria del oportuno proceso. Por supuesto, no siempre será posible acordar la custodia compartida, si el nivel de conflictividad familiar se revela de difícil superación.

A la vista de todo ello, no hay que olvidar que una cosa es una divergencia absoluta y clara o un enfrentamiento total en cuanto a las cuestiones que guardan relación con los menores, su cuidado, su educación, etc.; y otra muy distinta las discrepancias que pueden ser normales y que existen incluso en las parejas que permanecen en convivencia y por ello, no cualquier discrepancia deberá tomarse como razón de peso para denegar la modalidad de custodia compartida, pues la conflictividad entre quienes han roto una relación de pareja es habitual. No obstante, ello no debe impedir adoptar decisiones sobre los hijos que sean las mejores para ellos.

Por tanto, si los progenitores logran superar el enfrentamiento existente o cuanto menos, que éste no influya en las decisiones que van a afectar los menores, no debe constituir un obstáculo para acordar la modalidad de custodia compartida.

3. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo: evolución de la doctrina jurisprudencial hasta los más recientes pronunciamientos.

En la materia que nos acontece, nos encontramos en un marco de absoluta inseguridad dada la ausencia de criterios legales que den una respuesta a esta cuestión. La falta de una regulación sobre la guarda y custodia compartida, que dicho sea de paso se hace cada vez más necesaria, hace que tengamos que recurrir a las pautas que nos van dando nuestros Tribunales.

La doctrina de la Sala Primera, ha venido tomando en consideración a la hora de adoptar o no la modalidad de custodia compartida, la relación existente entre los progenitores, superando las limitaciones que hasta fechas recientes venían dándose en este aspecto. En esta evolución jurisprudencial, la Sala ha abordado la cuestión relativa a si la conflictividad entre los progenitores constituye un impedimento para acordar la guarda y custodia de los hijos comunes.

Ya en la STS de 8 octubre 2009[16], así como la de 11 marzo 2010[17], se estableció la doctrina sobre esta cuestión, refiriendo que exigir que los progenitores se llevaran bien, implicaba un reduccionismo de las previsiones legales y dejaba en manos de uno sólo de ellos la conveniencia de este sistema que gravita sobre el derecho del menor a compartir a sus dos progenitores[18]. Ya se afirmaba por parte de la Sala Primera que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor"[19].

Por su parte, y analizando sentencias más recientes en el tiempo, entre otras, la de 7 junio 2013[20], 17 diciembre 2013[21], 29 noviembre 2013[22] y 9 marzo 2012[23], venían igualmente señalando que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no debían ser relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, pues sólo se convertían en relevantes cuando afectaran, perjudicándolo, el interés del menor.

El Tribunal sigue en la línea de considerar que la existencia de mala relación entre los padres, no limita en absoluto el ejercicio de la guarda y custodia compartida en la medida que esa mala relación no causa perjuicio para los menores[24]. Así, las sentencias TS de 15 octubre 2014[25], 29 noviembre 2013[26] (recogiendo la doctrina contenida en la STS de 22 julio 2011[27]) reiteran la anterior doctrina incidiendo en la necesidad de que exista una conflictividad extrema entre los progenitores, "especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición el niño al enfrentamiento". Refiere la Sala que la genérica afirmación "no tienen buenas relaciones", no debe amparar por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se aprecia de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores.

16 Id Cendoj: 28079110012009100624.

17 Id Cendoj: 28079110012010100108.

18 En este sentido, cuantas veces nos encontramos los profesionales de la abogacía con situaciones en las que, ante una situación de ruptura en la que se ha de determinar el régimen de custodia para los hijos, se pretende hacer ver por una de las partes, la existencia de una situación de conflicto entre los progenitores para evitar de este modo, el que se otorgue la modalidad de custodia compartida.

19 STS de 22 julio 2011 (ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924).

20 Id Cendoj: 28079110012013100303.

21 Id Cendoj: 28079110012013100736.

22 Id Cendoj: 28079110012013100675.

23 Id Cendoj: 28079110012012100175.

24 STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681).

25 Id Cendoj: 28079110012014100490.

26 Id Cendoj: 28079110012013100675.

27 Id Cendoj: 28079110012011100491.

En similares términos, la STS de 16 octubre 2014[28] establece que la tensión entre los progenitores no es obstáculo a la custodia compartida en niveles propios de estas situaciones de crisis y buena disposición de los menores. La Sala se pronunciaba en términos de que, para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exigía un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo, afirmando que "la tensa situación que concurre entre los cónyuges no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal". Así, ha venido afirmando que "la mera discrepancia sobre el sistema de custodia no puede llevar a su exclusión"[29].

Dicha doctrina se ha venido reiterando de forma pacífica hasta la actualidad, considerando nuestro Alto Tribunal que en una situación de crisis familiar, es frecuente la existencia de ciertos desencuentros entre las partes y de cierta tensión, afirmando que "el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia"[30]. De igual modo, añade que "ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos"[31].

Así, por ejemplo, en la reciente STS de 12 mayo 2017[32] , y ante un caso de discrepancia entre los progenitores sobre si el menor debía acudir o no al comedor escolar, la Sala no aprecia un conflicto de suficiente entidad para denegar la custodia compartida y señala que "Las diferencias sobre si las menores deben acudir o no al comedor escolar cuando se encuentran bajo la custodia del padre, no pasan de ser una divergencia razonable (sentencia 96/2015, de 16 de febrero), pero sin entidad o relevancia como para influir en un régimen de guarda que les resulta beneficioso…".

En los últimos pronunciamientos, la Sala se ha venido reiterando en términos de que la tensión entre los progenitores no es obstáculo a la custodia compartida en niveles propios de estas situaciones de crisis y buena disposición de los menores. A juicio de la Sala, "la tensa situación entre los progenitores no consta que sea de un nivel superior al propio de la situación de una crisis conyugal y por ello, y acreditada la favorable disposición de los menores, la gran aptitud de ambos padres para ostentar la custodia y la abstinencia de ambos para predisponer

28 Id Cendoj: 28079110012014100531.

29 STS de 09 septiembre 2015 (ROJ: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707).

30 STS de 11 febrero 2016 (ROJ: STS 437/2016 – ECLI:ES:TS:2016:437).

31 STS de 27 junio 2016 (ROJ: STS 3145/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3145).

32 ROJ: STS 1792/2017-ECLI:ES:TS:2017:1792.

negativamente a los hijos, debe conllevar a que se admita el sistema de custodia compartida como el más favorable para el interés de los menores''[33].

Al margen y además de lo anterior, no se puede dejar al margen, al estar estrechamente relacionada con la cuestión de la conflictividad existente entre los progenitores, la situación relativa a la falta de dialogo entre ellos, y la incidencia que tendrá la misma a la hora de adoptar la modalidad compartida. En este aspecto, la Sala se ha pronunciado en términos de que la falta de diálogo entre los progenitores[34] durante bastante tiempo, así como las pésimas relaciones y la existencia de un nivel de enfrentamiento considerable entre los progenitores[35], es tratado como un factor desfavorable para el otorgamiento de la modalidad de custodia compartida, y ello dado que en esta modalidad de guarda, se hace preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas entre los progenitores, en beneficio del menor[36].

De este modo, la existencia de una conducta irrespetuosa y dominante por parte de uno de los progenitores frente al otro, como es lógico, también será un factor desfavorable para el otorgamiento de la modalidad compartida[37]. Es constante la doctrina jurisprudencial en cuanto a considerar que la falta de diálogo hace desaconsejable la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que se hace preciso que en esta modalidad de custodia, mantener conversaciones respetuosas y fluidas entre los progenitores y en beneficio del menor[3839].

Nuestra jurisprudencia, pese a exigir habilidades para el diálogo en los progenitores para acordar la custodia compartida, presume la existencia de tales

33 Entre otras, la STS de 16 octubre 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100531); STS de 12 mayo 2017, antes referida.

34 Así lo refiere la STS de 30 diciembre 2015 (ROJ: STS 5687/2015-ECLI:ES:TS:2015:5687); la Sala fundamenta la denegación de la modalidad compartida en el hecho de que "todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps".

35 El grado de enfrentamiento existente sirve como argumento para no conceder la custodia compartida. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias AP Valencia de 21 octubre 2009 (Id Cendoj: 46250370102013100612); 4 enero 2012 (TOL 2.456.206); en esta última, atribuye la custodia a la madre al considerar inadecuado la concesión de un régimen de compartido de guarda y custodia por el enfrentamiento existente, así como por la escasa convivencia del menor con el padre.
En similares términos se pronuncian las sentencias AP Valencia de 21 octubre 2013 (TOL 4.043.081); 30 septiembre 2013 (TOL 4.043.262) y 16 junio 2014 (Id Cendoj: 46250370102014100428), en las que se señalan, entre otras, que el clima de confrontación entre los padres como circunstancia que no hacen recomendable el sistema de custodia compartida.

36 En este sentido, las sentencias TS de 21 septiembre 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100538); 9 marzo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100147); Refiere la Sala que "…entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS…".

37 STS 26 mayo 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100338).

38 STS 21 septiembre 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100538); STS de 7 marzo

39 (Id Cendoj: 28079110012017100150).

habilidades mientras no se pruebe lo contrario. Así, la STS de 11 febrero 2016[40] indica que "Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario".

Precisamente, por ello, para que la falta de diálogo determine la denegación de la custodia compartida, se exige que se acredite que alcance un alto nivel de conflicto que haga perjudicial la misma para el interés del menor. En este sentido, la STS de 3 junio 2016[41], acuerda la custodia compartida porque no se ha acreditado que el déficit de comunicación sea imputable al padre, ni que alcance un nivel elevado al señalar que "Sentadas estas bases que propician la adopción del sistema de custodia compartida, hemos de determinar en qué sentido la falta de comunicación desaconsejaría el sistema de custodia compartida. En la sentencia recurrida no se concreta el nivel de falta de comunicación, ni porqué atribuye la custodia a la madre ante dicha falta de comunicación…".

De este modo, para que la falta de comunicación determine la denegación de la custodia compartida, deberá alcanzar un nivel relevante que permita deducir la falta de capacidad de diálogo entre los progenitores. Así lo ha entendido el TS en determinadas circunstancias, al entender acreditada la falta de habilidades para el diálogo cuando los progenitores sólo se comunicaban por SMS o whatsapps. En este sentido, la reciente STS de 21 septiembre 2016[42] refiere que "debemos declarar que entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida, dado que en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor"; en la misma línea, la STS de 30 diciembre 2015[43] da por buena la fundamentación de la sentencia recurrida que señalaba que "todavía no se ha apreciado una superación de la situación de conflictividad entre los progenitores, que no cabe duda que se ha visto reducida en su intensidad, siendo evidente que hay una falta de comunicación, entendimiento y cooperación, siendo que el único medio de comunicación entre ellos es a través de whassapps".

En conclusión, del análisis jurisprudencial realizado, se puede concluir que se debe partir de la premisa de la necesidad, en los supuestos de guarda compartida,

40 ROJ: STS 437/2016 - ECLI:ES:TS:2016:437.

41 ROJ: STS 2617/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2617.

42 ROJ: STS 4099/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4099.

43 ROJ: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687.

de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Sólo por las malas relaciones, o inexistencia de las mismas entre ambos progenitores, no puede ser motivo bastante para denegar la modalidad compartida.

Es evidente que habrá que analizar el grado de conflicto existe en cada caso concreto y en qué medida afecta, perjudicándolo, al interés superior del menor, que debe ser el fin último a garantizar. Habrá que prestar especial atención a la influencia que puede tener esa conflictividad entre los progenitores en el equilibrio psicológico, emocional y afectivo de los hijos, de manera que el régimen que se elija pueda generar un ambiente lo más propicio para el correcto desarrollo evolutivo de los menores.

Como ha reiterado nuestro más Alto Tribunal, si bien para la custodia compartida, no se debe exigir un acuerdo sin fisuras, sí deberá haber una actitud razonable y eficiente entre los progenitores en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los progenitores, salvo que conste lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

Castilla Barea, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010.

Delgado del Río, G.: **"**La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente**",** Aranzadi S.A., Navarra, 2010.

De Torres Perea, J. M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el análisis del Derecho,* núm. 4, 2011.

Guilarte Martín-Calero, C.: "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el análisis del Derecho,* núm. 2, 2008.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Indret: Revista para el análisis del Derecho,* núm. 3, 2010.

Pérez Martín, A. J.: "Guarda y custodia conjunta o compartida", en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos,* vol. I, Lex Nova S.A., 2007.

Pérez–Salazar Resano, M.: "La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia", *Diario La Ley,* Sección Tribuna, núm. 7206, 2009.

Pérez–Villar Aparicio, R. (coord.): "Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida". http://www.mujeresjuristasthemis.org/estudio/custodia/compartida.

Romero Coloma, A.: "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 825, 2011.

Villagrasa Alcaide, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña. Entre deseos y realidades", en Picontó Novales, T. (ed.): *La custodia compartida a debate,* Dykinson, Madrid, 2012.

Villagrasa Alcaide, C.: "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

Índice jurisprudencial

- STS de 8 de octubre de 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100624)

- STS de 11 de marzo de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100108)

- STS de 22 de julio de 2011 (ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924)

- STS de 22 julio de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100491)

- STS de 7 de junio de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100303)

- STS de 25 de noviembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100681)

- STS de 29 de noviembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100675)

- STS de 17 de diciembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100736)

- STS de 9 de marzo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100175)

- STS de 15 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100490)

- STS de 16 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100531)

- STS de 9 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707)

- STS de 30 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5687/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5687)

- STS de 11 de febrero de 2016 (ROJ: STS 437/2016 – ECLI:ES:TS:2016:437)

- STS de 9 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100147)

- STS de 26 de mayo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100338)

- STS de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2617/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2617)

- STS de 27 de junio de 2016 (ROJ: STS 3145/2016-ECLI:ES:TS:2016:3145)

- STS de 21 de septiembre de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100538)

- STS de 7 de marzo de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100150)

- STS de 12 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1792/2017-ECLI:ES:TS:2017:1792)

- STS de 12 de mayo de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100272)

GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA IMPUESTA

IMPOSED JOINT CUSTODY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 418-437

Dra. Beatriz
MORERA
VILLAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: Cuando una pareja con hijos comunes menores de edad deja de convivir surge la necesidad de determinar las reglas o normas por las que se regirá la nueva situación familiar. Estas normas pueden ser de carácter económico o personal. Entre las personales, y una sobre las que más les cuesta decidir a los progenitores, es la relativa al cuidado de los hijos y a cómo se va a dar continuidad a las relaciones con ellos una vez se haya producido la separación. Lo mejor sería que los propios progenitores pudieran llegar a un acuerdo al respecto ya que ellos son los que mejor conocen a sus hijos y los mejores conocedores de la situación que están viniendo. Pero en defecto de acuerdo será necesario determinar si es necesario que el Juez adopte alguna de las medidas solicitadas por los progenitores o, por el contrario, podrá adoptar la medida que considere mejor salvaguarda el interés superior de los menores.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad, guarda y custodia compartida, interés del menor.

ABSTRACT: *When a couple with common children under age stop living together, there is a need to determine the rules or norms by which the new family situation will be governed. These rules can be of an economic or personal nature. Among the personal ones, and one on which parents find it most difficult to decide, it is relative to the care of the children and how they are going to give continuity to the relations with them once the separation has taken place. The best thing would be that the parents could reach an agreement in this regard since they are the ones who better know their children and the best connoisseurs of the situation. But in the absence of an agreement it will be necessary to determine if it is necessary for the Judge to adopt any of the measures requested by the parents or, on the contrary, may adopt the measure that it considers best safeguards the interests of the minors.*

KEY WORDS: *Parental authority, joint custody, child's interest.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- III. GUARDA Y CUSTODIA: CONCEPTO Y CLASES.- IV. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.- 1. Introducción.- 2. Situación actual.- V. LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.- 1. Concepto.- 2. La corresponsabilidad parental en las rupturas de pareja.- 3. Los pactos tras la ruptura.- VI. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS EN LOS QUE NO HAY ACUERDO.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cada vez son más las nulidades, separaciones y divorcios y cada vez menos los matrimonios que se celebran en España. En nuestro país, durante todo el 2016, se disolvieron, ya sea por nulidad, separación o divorcio, 101.294[1]. Si la media en España es de 1,34 hijos por mujer[2], esto supone que el número de niños menores que se ven afectados por la separación de sus progenitores es de 135.733. A esta cifra habría que añadirle el número de niños cuyos progenitores se separan sin estar casados, ya que las estadísticas recogidas por el I.N.E. se refieren "sólo" a las disoluciones matrimoniales.

Con estos números, lo cierto es que la cuestión es, cuanto menos, alarmante, porque debemos recordar que detrás de cada separación hay niños y niñas menores de edad que viven un proceso que les afecta directamente. Un proceso que no han elegido, pero en el que deben ser los auténticos protagonistas ya que los hijos afectados por la separación física de sus progenitores, serán siempre la prioridad. El principio básico del Derecho de familia que no debemos olvidar es el principio *favor fili*[3].

Una vez los progenitores han adoptado la decisión de no convivir, bien porque dejan de hacerlo o porque no lo han hecho nunca, si existen hijos menores, el art. 90 C.c. les obliga a adoptar una serie de medidas tendentes a "reorganizar" la nueva situación familiar[4]. Una de las medidas a adoptar será la relativa a la guarda y custodia de los hijos (art. 90.1.a) sujetos a la patria potestad.

1 Según datos del Instituto Nacional de Estadística (I.N.E., en adelante).

2 Publicado por el periódico Expansión con base en la tasa de natalidad publicada por el I.N.E. para el año 2016.

3 Echarte Feliu, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000, p. 27.

4 García Presas, I.: *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 99.

• Dra. Beatriz Morera Villar
Profesora Agregada, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valencia beatriz.morera@ucv.es

II. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad, configurada por la doctrina como un derecho-deber[5], se encuentra regulada en los. 154 y ss C.c. y tiene su base en la Constitución Española. Es, en primer lugar, la Carta Magna la que en su art. 39 se refiere a la protección integral de los hijos y al deber de prestarles asistencia de todo orden. Por un lado, el mencionado texto legal impone al legislador la obligación de adoptar medidas y de legislar para proteger a la familia y por otro, centrándose en los progenitores, obliga a que sean éstos, los que deben prestarles "asistencia de todo orden" (art. 39.3 CE). Todo ello sin perder de vista la vigencia y el obligado cumplimiento de los mandatos establecidos en los tratados y convenios internacionales al señalar el art. 39.4 CE que: "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". En este sentido, por ejemplo, el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño se refiere a la responsabilidad de los padres de "crianza y educación".

Seña el art. 154 C.c. en su primer y segundo párrafo que: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental".

El concepto de patria potestad ha sido delimitado por la doctrina. Se puede definir como el conjunto de facultades derechos y deberes que las leyes atribuye, reconocen e imponen a los progenitores respecto de los hijos sometidos a ellos para poder protegerles y actuar según sus intereses[6].

Se puede decir, que todos los padres, por el hecho de serlo, son titulares de la patria potestad y que, como tal, deberán ser los máximos garantes de los hijos, los que más y mejor les cuiden, los que les eduquen y los que, a lo largo de la vida del menor, vayan adoptando todas las decisiones necesarias en la vida de éste. Esto, que es el día a día de muchos progenitores, resulta algo más difícil de organizar, en el momento en el que los padres dejan de vivir juntos.

Producido el cese de la convivencia, o en previsión del cese del mismo, surge la necesidad de "reorganizar" todas las funciones derivadas de la patria potestad y ver cómo los progenitores vas a seguir ejerciendo de padres intentando que "el

5 Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 33 y 34.

6 Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2005, p. 399, Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 41, Palay Vallespinós, M.: "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", en Martín Nájera, Mª. T. y otros: *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007, p. 49.

cumplimiento de los deberes como tales se vea lo menos entorpecido posible por su ruptura como pareja''[7].

El hecho de que los progenitores vayan a dejar de vivir juntos en ningún caso significa que van a dejar de ser los progenitores del niño, es más, se podría decir que en estos casos el art. 154 C.c. y las funciones y derechos que de él se derivan cobran especial interés. Se tratará de encontrar la manera de dar continuidad a las relaciones entre los hijos y sus dos progenitores, aun cuando éstos han dejado de convivir. Todo ello, porque se ha demostrado y la doctrina es pacífica en este sentido, que lo mejor para el menor es poder seguir teniendo el contacto con sus dos progenitores y que éstos puedan seguir participando en su vida en la medida en que ya lo hacía con carácter previo a la separación[8]. Salvando, por supuesto, aquellos casos en los que no había existido previamente relación con uno de los progenitores o ésta había sido perjudicial.

Llegados a este punto surge la necesidad de diferenciar entre el la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. La titularidad la tienen todos los progenitores por el hecho de serlo, salvo en aquellos supuestos en los que pueda existir una privación de la patria potestad,[9] mientras que el ejercicio de la misma y lo que éste implica, puede ir variando en función de las circunstancias concretas de cada paso.

El art. 154 nos ayuda a determinar esos derechos y deberes señalando que la responsabilidad de los padres se concretará en:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

- Representarles y administrar sus bienes.

El problema radica en que no se pueden ejercer todas estas funciones si no se convive con los hijos. ¿Y si hay un progenitor que no vive con ellos? ¿o qué ocurre en aquellos supuestos en los que hay un progenitor no custodio que pasa periodos cortos de tiempo con sus hijos?

7 García Presas, I.: *La patria potestad*, cit., p. 120.

8 Ésta es la razón por la cual podemos encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que, para defender el modelo de custodia definitivamente establecido por el Juez, señalan que: "Lo que se pretende con esta medida es asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental… lo que sin duda es lo más beneficioso para sus hijos". SAP Huelva nº 398/2017, de 30 de junio (TOL6.363.812).

9 En este sentido la SAP Islas Baleares nº 267/2017, de 18 de julio (TOL6.339.805) en su fundamento de Derecho número cuarto señala que: "La inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad a la que fue condenada… en la causa criminal… determina necesariamente que en el procedimiento que ahora nos ocupa deba acordarse de que el ejercicio exclusivo de la misma corresponde al otro progenitor…".

La patria potestad es un derecho y una obligación para los padres, pero ¿no es un derecho para los hijos también? ¿No se presupone igualmente que los hijos tienen derecho y es bueno para ellos el contacto con sus dos figuras de referencia, que son sus progenitores?

¿Cómo podemos "conjugar" todos estos intereses? Lo primero que deberemos tener en cuenta, como ya hemos apuntado, es que siempre se deberá velar por el interés del menor y que a partir de los 12 años el menor siempre debe ser oído en juicio. Conforme más se vaya acercando a la mayoría de edad más se tendrá en cuanta la voluntad del menor.

Partiendo de la necesidad de afecto y de la relación paterno filial se tratará siempre de dar continuidad a la misma. La mejor forma de hacerlo, siempre y cuando ésta sea la más adecuada, es a través de un sistema de custodia que permita a ambos progenitores participar en la vida del menor.

III. GUARDA Y CUSTODIA: CONCEPTO Y CLASES.

La guarda y custodia ha sido definida por diversos autores como "el cuidado cotidiano del menor, la atención diaria de los niños en todos sus aspectos, llevarlos y recogerlos del colegio, asistir a las tutorías y realizar el seguimiento escolar necesario, hacer los deberes… En definitiva: cuidar y custodiar a los menores en todos aquellos aspectos ordinarios de su vida[10]. En definitiva, con carácter general, cuando hablamos de guarda y custodia pensamos en cómo se va a ejercer materialmente la patria potestad, esto es: con quién van a estar los hijos y quién va a tomar las decisiones del día a día de los menores (porque las más importantes necesariamente serán de los dos).

Podemos señalar que existen tres modelos de custodia11:

1º) Una unilateral: uno de los progenitores pasa la mayor parte del tiempo con sus hijos y atiende a sus necesidades del día a día adoptando las decisiones de la vida ordinaria, mientras que el otro es el progenitor no custodio, que tiene un régimen de visitas más o menos amplio, pero que no suele estar tan presente en el día a día del menor sino en cuestiones quizás más trascendentales: cuestiones médicas, cambio de colegio, etc.

2º) Custodia compartida: en este caso ambos progenitores gozan de la compañía de sus hijos de manera que ambos están presentes en su día a día y

10 Zabalgo, P.: "La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo", *Diario La Ley*, núm. 9088, Sección Dossier, de 24 de noviembre de 2017 (LALEY 16301/2017).

participan, ambos, activamente en la vida del menor tomando ambos las decisiones ordinarias y también aquellas que puedan resultar más trascendentales.

3º) Custodia unilateral, pero con ejercicio de funciones repartido de manera que uno de los progenitores adopta las decisiones relativas a unas materias en concreto, mientras que el otro progenitor adopta las decisiones cuando se trata de los asuntos que se le han atribuido.

Cualquiera de estos modelos es perfectamente válido y cada uno de ellos se aplicará en función de si se dan las características más apropiadas para él o no.

IV. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

1. Introducción.

Tradicionalmente, y desde 1981 que se permitió en España la separación y el posterior divorcio, los hijos solían quedar a cargo de las madres. La propia dinámica social y profesional de los progenitores así lo demandaba[11]. Lo más habitual en los casos de separación y divorcio era que las madres que quedaban a cargo de sus hijos menores. En los casos de menores de hasta 7 años era prácticamente "indiscutible" que permanecieran con sus madres ya que tras la reforma del año 1989 el art 159 C.c. señalaba que: art. 159 del mismo texto legal que: "si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo". Los padres solían tener un régimen de vistas de fines de semanas alternos y periodos vacacionales por mitad. Esto significaba que los padres, en estos casos, estaban con sus hijos, dos fines de semana al mes, 15 días en verano, la mitad de las vacaciones de Navidad y de las vacaciones de Pascua.

Entre 1981 y 2005 no variaron mucho las cosas en este sentido a nivel judicial, pero sí hubo cambios a nivel social que cada día más reclamaban una reforma sobre la disolución matrimonial y la forma de ejercer la patria potestad sobre los hijos una vez se había producido la ruptura sentimental entre los progenitores y éstos habían dejado de convivir. Se produjeron dos cambios principalmente: la mayor incorporación de la mujer al mercado laboral y la mayor implicación del hombre en el cuidado y atención de los hijos. Esto supuso que en algunos casos padres y madres estaban de acuerdo en que, producida la ruptura, tanto uno como otro pudieran seguir estando con sus hijos y participar en su vida a través de un modelo compartido de guarda y custodia. Por esta razón, los progenitores lo proponían de común acuerdo en la propuesta de convenio regulador y en ocasiones era

11 García Presas, I.: *La patria potestad,* cit., pp. 18 y ss.

aceptado por el Juez. Esta es la razón por la que podemos encontrar sentencias con regímenes de guardas y custodia compartidas previas a la reforma de 2005. Hasta la reforma del mencionado año, es cierto que no estaba legislada, pero tampoco estaba expresamente prohibida. Surge así la necesidad de incorporar esta regulación al Código civil.

En el año 2005 se modifica el Código civil y su art. 92 pasa a permitir que los Jueces establezcan regímenes de guarda y custodia compartida si se dan las condiciones y requisitos establecidos en las leyes: acuerdo entre los progenitores e informe favorable del ministerio fiscal. Con respecto al informe favorable del ministerio fiscal fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de octubre de 2012[12]. Desde entonces sólo es necesario el acuerdo de ambos progenitores o en caso de no haberlo, que lo pidiera uno de ellos, y que el Juez estimara que se daban todos los requisitos y circunstancias favorables que la jurisprudencia había venido defendiendo como "propicios" para un buen funcionamiento de la guarda y custodia compartida. En este sentido, señala el TS[13] "que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" En cuanto a esas circunstancias a tener en cuenta y requisitos favorables para que el juez pudiera adoptar una guarda y custodia compartida nos encontramos con[14]:

- La cercanía de los domicilios de los progenitores.

- Las buenas relaciones entre los hijos progenitores y sus padres.

- La edad de los menores y su voluntad de seguir en contacto con sus dos progenitores.

- Bajo nivel de conflictividad entre los progenitores.

A partir del 2005 se puede decir que se nota un aumento de las guardas y custodias compartidas pero lo cierto es que en los supuestos en los que no hay acuerdo entre los progenitores suele ser tarea difícil que un Juez la imponga. Y ésta es la razón principal por lo que los más defensores de este régimen compartido de guarda y custodia defiendan que la guarda y custodia compartida sea "impuesta" o

12 STC 185/2012, de 17 de octubre (TOL2.675.044).

13 Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269). seguida por otras muchas posteriores, entre ellas STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5002), STS 25 noviembre 2013 (RJ 2013, 7873), STS 25 abril 2014 (RJ 2014, 2651), STS 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RJ 2014, 5268).

14 Zabalgo, P.: "La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo", cit., pp. 2 y ss.

sea la regulación por defecto en caso de ruptura entre los progenitores. La reforma de 2005 se queda, por tanto, corta y obsoleta[15]. Quizá se podría haber "avanzado" algo más en la mencionada modificación del Código civil en este sentido.

No se puede decir lo mismo respecto a las Comunidades Autónomas quienes atendiendo a las mismas circunstancias que el legislador de 2005 tuvo en cuenta, promulgan leyes en las que de una manera o de otra se hace prevalecer la guarda y custodia compartida como modelo preferible en los casos de cese de la convivencia de los progenitores con hijos comunes. En este sentido Aragón, Cataluña, Navarra, incluso la Comunidad Valenciana, aunque en el caso de esta última fue declarada inconstitucional[16], dieron un paso más teniendo como base un núcleo común fundamental la "corresponsabilidad parental" término que el legislador de 2005 no tuvo en cuenta al introducir la nueva regulación del artículo 92.

2. Situación actual.

Atendiendo a la regulación estatal general (sin tener en cuenta la regulación autonómica) podemos afirmar que nos encontramos con dos corrientes:

1º) Quienes[17] afirman que la legislación actual es suficiente porque no hay tantas solicitudes de guardas y custodias compartidas por parte de al menos uno de los progenitores (en el caso de ser solicitada por ambos progenitores no suele ser un problema porque salvo que sea perjudicial para el menor afectado el Juez sí la aprobará). Quienes defienden esta teoría afirman, por tanto, que no es necesaria una modificación de la legislación actual porque la que existe es suficiente para dar respuesta a las necesidades sociales generales en cuanto a este aspecto.

2º) Mientras que los hay que consideran[18] que la legislación actual es obsoleta ya que la guarda y custodia compartida debería de ser el sistema preferente[19] haya o no haya acuerdo entre los progenitores (salvo que se demuestre que es perjudicial para el menor afectado) debiendo imperar un sistema basado en la corresponsabilidad parental y en el que ambos progenitores, ante el cese de su

15 Guilarte Martín-Calero, C.: "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el estudio del Derecho*, núm. 2/2008, p. 13.

16 Declarada inconstitucional y nula por STC 192/2016, de 16 de noviembre (TOL5.922.198), con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5. En este sentido ver De Verda y Beamonte, J.R., "¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, 31, pp. 111-162.

17 Boleto, M.: "A vueltas con la custodia compartida". Mujeres en Red. El periódico feminista (fecha de consulta 10/06/2018).

18 Gómez Megías, A. M.: "La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave", 23 de abril de 2016, en "Noticias jurídicas" (fecha de consulta 10/06/2018).

19 A las bondades de la guarda y custodia compartida se refiere la SAP Girona, núm. 466/2017, de 27 de noviembre (TOL.6.487.135). En este sentido también: De Verda y Beamonte, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, p. 17 y ss.

convivencia, partan de las mismas condiciones y tengan las mismas obligaciones y derechos sobre la custodia de sus hijos.

3º) Podemos encontrar una posición ecléctica entre los que consideran que sí es necesaria la reforma, sí es necesario introducir el término de corresponsabilidad parental, pero no son partidarios de que éste sea un régimen que el juez pueda imponer cuando ninguno de los dos progenitores lo ha pedido. Recordemos que en Derecho de familia no rigen los principios procesales de rogación y congruencia en virtud de los cual el Juez sólo puede conceder aquello que las partes hayan demandado previamente, sino que en estos casos puede adoptar la solución o el régimen que considere más adecuado sin que ninguno de los dos lo haya pedido, ya que como afirma Echarte Feliu "los principios de congruencia y rogación propios del proceso civil decaen en el proceso matrimonial, en favor de otros principios que se consideran preferentes"[20].

Es conocido y controvertido el debate que ha generado el anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental y la posibilidad de que el Juez pueda imponer a los progenitores una guarda y custodia compartida cuando ninguno de los dos la ha solicitado.

Lo primero que me gustaría señalar es que la noticia no está, o no debería estar, en que un Juez "imponga" un tipo de custodia u otra sino en que lo haga sin la petición de ninguno de los progenitores. Siendo, además una guarda y custodia compartida, llama especialmente la atención porque parece que este régimen exige une baja conflictividad[21] entre los progenitores, además de algunos requisitos que como antes hemos comentado el juez suele tener en cuenta a la hora de aprobar una guarda y custodia compartida.

¿Podría un Juez "imponer" una guarda y custodia unilateral, aunque ninguno de los progenitores la hubiera pedido? Parecería raro, pero si puede "imponer" una compartida sin que la pidan, podrá, igualmente "imponer" una unilateral sin que se haya solicitado.

Creo que el debate va mucho más allá de si imponer está bien o está mal y si el Juez puede hacerlo no. Cierto es que cada vez hay más acuerdos sobre guardas y custodias compartidas, pero creo que la crítica fundamental está en que en los casos en los que no lo hay, las guardas y custodias compartidas otorgadas judicialmente son pocas. Por esta razón hay quienes creen que si permitimos que los jueces las puedan imponer se concederán más. Es verdad que el Art. 92 C.c. primero exige acuerdo entre los progenitores y luego en el apartado 8 y de

20 Echarte Feliu, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, cit., p. 41.

21 Lefebvre, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales,* 3ª edición, Madrid, 2016, pp. 23 y 24.

manera excepcional, permite que, si uno lo ha pedido y esto es lo mejor para el menor, se conceda, pero sólo si es lo mejor. Todo esto dificulta enormemente que en defecto de acuerdo se establezca una custodia compartida. En cualquier caso, tal y como se deriva del art. 92 C.c., será necesario que la guarda y custodia compartida sea pedida por al menos uno de los progenitores[22].

¿Es la solución que el Juez pueda "imponer un modelo compartido de guarda y custodia? Lejos de estar de acuerdo con esta teoría considero que el juez debería poder "imponer" lo que sea más beneficioso para los menores teniendo en cuenta la corresponsabilidad parental y haya o no haya acuerdo entre los progenitores. Aunque no podemos olvidar que el acuerdo entre los progenitores siempre deberá tenerse en cuenta, sobre todo si es un acuerdo alcanzado por el bien de los menores y atendiendo a sus necesidades.

El Juez deberá[23] tener en cuenta todas las circunstancias particulares y familiares de cada caso y adoptará la decisión que entienda mejor va a cubrir las necesidades de los hijos que se han visto afectados por el proceso de separación, de manera que el menor se vea lo menos afectado posible por el cese de la convivencia conyugal.

V. LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.

1. Concepto.

La corresponsabilidad parental ha sido definida como una "maternidad y paternidad compartida con el objetivo de proporcionar la oportunidad de unas relaciones más igualitarias y nuevos modelos de socialización en la crianza y educación de los hijos e hijas, es decir, alude al hecho de que las actividades domésticas y el cuidado de las personas con quien se convive sean compartidas por personas de ambos sexos…"[24]. Se trata de un término que en verdad siempre debiera haber existido pero que ha tomado fuerza en los últimos años. Cuando hablamos de corresponsabilidad nos referimos a la responsabilidad que se genera cuando una pareja tiene descendencia y, principalmente, a que el ejercicio de esta responsabilidad ha de ser compartido.

La corresponsabilidad parental[25] surge como consecuencia de la imposición del art. 154 C.c. El mencionado precepto atribuye a los progenitores una serie de obligaciones que, por el hecho de serlo, deberán cumplir en tanto en cuanto sus

22 Lo confirman STS 19 de abril 2012 (TOL 2532886) y STS 29 de abril 2013 (TOL 3711046).

23 *Ibidem.*

24 Torío López, S.: "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio Siglo XXI*, vol. 28, núm. 1, 2010, p. 85.

25 García Presas, I.: *La patria potestad*, cit., p. 15.

hijos sean menores de edad. Esta obligación se impone a ambos progenitores y de la misma manera, siendo ambos responsables por igual de educar, alimentar, formar… a sus hijos menores. En definitiva, de atender sus necesidades hasta que lleguen a la edad adulta y puedan valerse por sí mismos.

Esta responsabilidad, que debe ser ejercida por ambos progenitores, de la misma manera y en condiciones de igualdad tiene una triple vertiente:

- Es un derecho para los progenitores[26], porque por el hecho de ser padres tienen el derecho a ser ellos quienes cuiden de sus hijos ya que se presupone que son los progenitores quienes más y mejor querrán a sus hijos. Por propia naturaleza no hay amor más grande que el de una madre/madre a un hijo/a razón por la cual son las personas que por propia naturaleza está encargadas de su cuidado. Y no podrán ser privados de ello salvo por las circunstancias y requisitos establecidos en la leyes y previo mandato judicial.

- Es una obligación para los progenitores[27], porque por el hecho de ser "naturalmente" las personas predestinadas a hacerlo, la propia ley, en concreto en el art. 154 C.c. les impone una serie de obligaciones que se derivan de la relación paterno filial: velar por ellos, tenerles en su compañía, formarles, educarles, etc.

- Es un derecho para los hijos[28] porque los niños/as tienen el derecho a estar son sus dos progenitores, con independencia de la relación que pueda existir entre ellos. Tienen el derecho a que sean sus dos progenitores quienes les cuiden, les eduquen, velen por ellos. Tienen el derecho a que sean sus padres y no otros los que pasen la mayor parte del tiempo con ellos y dándoles todo su amor puedan ejercer las funciones y responsabilidades que tienen como progenitores.

Este término y su triple vertiente ha sido recogido, por ejemplo, en todas las exposiciones de motivos de las legislaciones autonómicas[29] que abogan por un modelo de guarda y custodia basado en la corresponsabilidad parental, en una relación paterno filial que es un derecho y obligación para los padres y también un derecho para los hijos.

26 Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, *I Persona y Familia*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 33.

27 Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven,* cit., p. 33.

28 Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, cit., p. 36.

29 En este sentido, el preámbulo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, de gobierno de Aragón, señala que la guarda y custodia compartida será el modelo preferente en los casos en los que en tras la ruptura de los progenitores no exista pacto. Añade el mencionado preámbulo que "La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar".

Por su parte, la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, por ejemplo, señala en su art. 22 que:

"Los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos.

Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular.

Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados.

En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social".

2. La corresponsabilidad parental en las rupturas de pareja.

Mientras los progenitores viven juntos las responsabilidades derivadas de la patria potestad se ejercen de manera conjunta por ambos sin preguntarnos cuál de ellos cuida más de los niños, les educa mejor, vela más por ellos, etc. Sin embargo, producida la ruptura de la pareja y el cese de la convivencia, como ya hemos comentado antes, será necesario saber cómo se van a "reorganizar" todas estas responsabilidades. En este difícil momento se les exige a los progenitores un mayor grado aún de diligencia para, atendiendo al interés de los menores, adoptar las decisiones que mejor garanticen su bienestar y que en la medida de lo posible den continuidad a las relaciones familiares ya existentes y que han ido consolidando durante el tiempo de la convivencia familiar.

¿Cómo podemos garantizar la corresponsabilidad parental tras el cese de la convivencia de los progenitores? Con una guarda y custodia compartida. ¿Cómo podemos garantizar una continuidad en las relaciones familiares? Con una guarda y custodia compartida. ¿Cómo podemos asegurarnos de que ambos progenitores están presentes y participan en el día a día de la vida de sus menores? Con una guarda y custodia compartida.

Si defendemos y pensamos que las responsabilidades de los progenitores derivadas de la titularidad de la patria potestad son compartidas, éstas lo seguirán siendo con independencia de que los progenitores vivan juntos o no. Y si los progenitores tienen la obligación de seguir cuidando de sus hijos, habrá que pensar en la manera de que así sea. Obviamente las circunstancias han cambiado y todo no puede ser igual que antes, pero si la corresponsabilidad parental existe con independencia de la convivencia o no de los progenitores se deberán establecer mecanismos para que ésta se pueda cumplir de la manera más beneficiosa posible para los menores. Y esta es la razón por la que tomando como base la responsabilidad común de los progenitores y en igualdad de derechos entre ambos, se cree un sistema de guarda y custodia compartida en el que, con independencia de los repartos de tiempo, cada uno de los progenitores pueda ejercer de tal y seguir cumpliendo con los derechos y deberes para con sus hijos menores.

Todas las regulaciones autonómicas en las que se hace prevalecer la custodia compartida frente a la individual es porque se basan en una responsabilidad común entre ambos progenitores y en la necesidad de dar continuidad a las relaciones familiares. Ésta es la razón por la que se dice[30] que la guarda y custodia compartida debería ser el modelo "por defecto". Sin embargo, cierto es que este modelo de guarda exige una serie de requisitos y circunstancias que no siempre se dan por lo que en algunas ocasiones será un poco más complicado establecer este régimen.

No encontramos en el Código civil ninguna referencia a las circunstancias que se tienen que dar para que se pueda establecer una guarda y custodia compartida, por esta razón ha sido la doctrina a través de los pronunciamientos jurisdiccionales[31] quien ha advertido de criterios que se consideran importantes valorar a la hora de tomar una decisión con respecto a esta modalidad de custodia y que sea un modelo positivo y adecuado para garantizar el interés de los menores. Entre los criterios a valorar, que ya mencionamos antes, podemos señalar: cercanía entre los domicilios, baja conflictividad entre los progenitores, voluntad de los menores de estar con sus dos progenitores y las relaciones con ambos, etc. Si no se dan estos requisitos será complicado que se pueda establecer una guarda y custodia compartida y que por tanto se pueda dar continuidad a las relaciones familiares limitando así la posibilidad de que las responsabilidades parentales sean ejercidas de manera compartida.

30 En este sentido, la declarada inconstitucional Ley 5/2011, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, señala que "el régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares". Hemos de recordar que esta Ley fue declarada inconstitucional por la falta de competencia y no por su contenido.

31 Lefebvre, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales,* cit., p. 23.

3. Los pactos tras la ruptura.

Los pactos tras la ruptura son la mejor manera de garantizar la corresponsabilidad parental y la adopción de un sistema compartido de guarda y custodia y esto es porque, existiendo acuerdo entre los progenitores, lo habitual será que el Juez lo apruebe (art. 90.2 C.c.) salvo que sea perjudicial o no garantice el interés superior de los menores. Si los progenitores son los mejores conocedores de la situación que están viviendo, nadie mejor que ellos para establecer el sistema que mejor se va a funcionar tras el cese de la convivencia. Y si el sistema elegido por los progenitores es de guarda y custodia compartida será, seguramente, porque se dan todos los requisitos y circunstancias que harán posible el establecimiento de este régimen comenzando, en primer lugar, por la propia voluntad de los progenitores.

En los pactos los progenitores tienen la opción de determinar cuáles serán las reglas por las que se regirán sus relaciones familiares tras la ruptura. El pacto tiene un especial valor porque, con independencia del régimen de custodia elegido en él, suele ser el resultado de un ejercicio conjunto de responsabilidad por parte de los progenitores, quienes son los mejores conocedores de la situación y de sus hijos.

Los pactos tras la ruptura matrimonial sí estaban previstos y regulados. El Código civil dedica el art. 90 al contenido que debe tener el mencionado pacto al que le atribuye el nombre de convenio regulador entendido[32] como aquel acuerdo por el que los progenitores decidirán sobre los extremos establecidos en el art. 90 C.c.: la atribución de uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, el modelo de guarda y custodia, etc. y que el Juez, en principio aprobará, salvo que entienda que no se esté protegiendo adecuadamente el interés superior del menor.

Todas las legislaciones autonómicas se refieren a este pacto, cada una le pone un nombre: en Aragón el pacto de relaciones familiares se encuentra regulado en el art. 77 de la Ley aragonesa, en Cataluña el art. 233-9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.se refiere al "plan de parentalidad", la legislación Valenciana se refería en el art. 4 al "pacto de convivencia familiar" dándole un especial valor e incluso alentando a los progenitores a ponerse de acuerdo. Incluso algunas legislaciones establecen la posibilidad de que los progenitores acudan a sesiones de mediación familiar[33], incluso les animan a ellos en aras a garantizar un mayor número de

32 En este sentido, Lefebvre, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales*, cit., p. 9, define el convenio regulador como: "el contrato por el que las partes intervinientes, establecen los acuerdos que van a regir las futuras relaciones económicas y las relativas a los hijos comunes, en los casos de nulidad separación y divorcio y en los ulteriores procedimientos de modificación de medidas. Es una manifestación de la libre autonomía de la voluntad de las partes y es de aplicación a los hijos habidos en toda relación matrimonial y no matrimonial.

33 Por ejemplo, el art. art. 233-6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña.

acuerdos lo que suele garantizar, además, un grado mayor de cumplimiento de los mismos.

Los pactos son documento privados entre los progenitores en los que para su validez se exigen los requisitos de cualquier contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 C.c.) y si puede ser haciendo referencia a todos y cada uno de los puntos enumerados en el art. 90 C.c. Sobre lo que no haya acuerdo o el Juez no esté de acuerdo, podrá instar a los progenitores a alcanzar un acuerdo. Sino será el Juez quien decida.

Los pactos siempre deberán ser aprobados judicialmente ya que será el Juez quien en última instancia determine si ésas son las medidas que mejor garantizan el interés de los menores. Esto no significa que sea un pacto igualmente válido entre los progenitores, pero habiendo menores, será necesario que lo apruebe el Juez. También será necesaria esta aprobación judicial para que todas estas medidas puedan ser asimismo oponibles frente a terceros, en este caso hablamos de medidas económicas que pudieran afectar a terceros.

VI. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS EN LOS QUE NO HAY ACUERDO.

La dificultad en las medidas que regirán las relaciones familiares tras el cese de la convivencia entre los progenitores surge, principalmente, cuando no hay acuerdo entre ellos. Tratándose de cuestiones económicas parece que se acepta que al final sea el Juez quien decida, pero tratándose de cuestiones que afectan más a la vida personal y sobre todo a las relaciones de los niños con sus padres no está "tan asumido" que sea el Juez quien en última instancia adopte la decisión que, salvaguardando siempre el interés de los menores, más se ajuste a Derecho, con independencia de que responda o no a las voluntades individuales de los progenitores.

¿Cuál es el principal problema cuando el Juez "impone" un modelo de guarda no querido por los progenitores? En estos casos deberemos diferenciar tres situaciones:

- La primera de ellas es que se apruebe un modelo querido por una de las partes, pero no querido por el otro. En estos casos uno de los progenitores estará contento, mientras que el otro no. La "imposición" se dará sobre uno de los progenitores. En estos casos la consecuencia será una mayor probabilidad de incumplimiento por parte de uno sólo de los progenitores.

- La segunda es que se apruebe un modelo no querido por ninguna de las dos partes, en cuyo caso las probabilidades de incumplimiento serán mayores por parte de los dos progenitores ya que ninguno de ellos ha obtenido lo que ha pedido.

- La tercera es que el Juez imponga un guarda y custodia compartida no querida por las partes. En estos casos se habla de que el Juez no la puede imponer porque se trata de un sistema que requiere de una especial participación y colaboración por parte de los progenitores. Colaboración que será difícil obtener si no hay un nivel bajo de conflictividad entre los progenitores y éstos ponen de su parte para que éste régimen funcione lo mejor posible.

En los casos habrá una "imposición" judicial ya que se tratará de una situación no querida ni pedida por al menos una de las partes.

Hasta hace no mucho tanto no se solía hablar de "imposición judicial" sin embargo, cuando hablamos de guarda y custodia compartida parte de la doctrina se pregunta si este modelo en concreto, y por sus características, se puede imponer.

VII. CONCLUSIONES.

Primera. Lo mejor en los casos de cese de la convivencia de los progenitores habiendo hijos menores comunes será intentar, aún a pesar de la ruptura, una buena o por lo menos respetuosa relación entre los progenitores que ayude a la continuidad de las relaciones familiares. Para reestablecer el equilibrio familiar y para facilitar el entendimiento existen mecanismos que pueden ayudar a la familia a reorganizarse de la mejor manera para sus hijos y para los propios progenitores, como por ejemplo la mediación familiar.

Segunda. Sería necesario promover aún más los pactos entre los progenitores. Animarles más a que sean ellos los que decidan sobre cómo se regularán sus relaciones familiares y cómo decidirán sobre las cuestiones que afectan a sus hijos una vez producido el cese de la convivencia. Quizá una opción sería "obligarles" a ir a sesiones gratuitas de mediación familiar o a sesiones informativas sobre la importancia de los pactos antes de que intervenga el Juez. Sobre la obligatoriedad o no de la mediación y otros mecanismos cuya finalidad es promover el diálogo entre las partes hay discusión en la doctrina.

Tercera. En defecto de acuerdo el Juez deberá valorar las peticiones de cada uno de los progenitores, las circunstancias particulares de los hijos y de la familia en

general y, sobre esto, decidir lo mejor para los hijos menores, con independencia de que las partes lo hayan pedido o no.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio, I Persona y Familia,* Dykinson, Madrid, 2015.

De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución,* 2016, núm. 31, pp. 111-162.

De Verda y Beamonte, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 17 y ss.

Echarte Feliu, A. M.: *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000.

García Presas, I., *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013.

Gómez Megías, A.M., "La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave", 23 de abril de 2016, en "Noticias jurídicas" (fecha de consulta: 10/06/2018).

Guilarte Martín-Calero, C.: "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el estudio del Derecho*, núm. 2/2008.

Lacruz Berdejo, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2005.

Lefebvre, F.: *Memento experto. Crisis Matrimoniales,* 3ª edición, Madrid, 2016.

Palay Vallespinós, M.: "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", en Martín Nájera, Mª. T. y otros: *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007.

Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.

Soleto, M.: "A vueltas con la custodia compartida". Mujeres en Red. El periódico feminista (fecha de consulta 10/06/2018).

Torío López, S.: "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio Siglo XXI,* vol. 28, núm. 1, 2010.

ZABALGO, P.: "La custodia compartida en la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo" *Diario La Ley*, núm. 9088, Sección Dossier, de 24 de noviembre de 2017 (LALEY 16301/2017).

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción,* Dykinson, Madrid, 2004.

LA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

THE MATERNITY BENEFIT IN THE CASE OF SURROGATE PREGNANCY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 438-453

Dr. Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de abril de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La gestación subrogada, como técnica de reproducción asistida prohibida por el ordenamiento español, plantea una serie de interrogantes jurídicos que, en determinados casos, trascienden del ámbito civil. Concretamente, se ha debatido acerca de la posibilidad de que la persona o personas comitentes en el contrato de gestación por sustitución tengan acceso a la prestación por maternidad. Recientemente, el Tribunal Supremo ha dado respuesta a esta cuestión en el sentido de reconocer el derecho a la prestación por maternidad al padre o la madre "de hecho" que, efectivamente, desarrolle las facultades propias de la patria potestad.

PALABRAS CLAVE: Seguridad social, prestación de maternidad, familia, gestación por sustitución, interés superior del menor.

ABSTRACT: *Surrogate pregnancy, as a technique of assisted reproduction prohibited by Spanish law, raises a number of legal questions than, in certain cases, trascend of the Civil Law. Specifically, it has been discussed about de possibility that de person or persons consigner in the gestation contract substitution have access to the provision for maternity benefit. Recently, the Spanish Supreme Court has responded to this issue in the sense of recognizing the right to the provision for maternity benefit to the father or mother "in fact", efecttively, develop own parental powers.*

KEY WORDS: *Social security, maternity benefit, family, gestation by substitution, best interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA STS (PLENO) DE 25 DE OCTUBRE DE 2016.- III. LA STS (PLENO) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.- IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONFORMADA POR SENTENCIAS POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCIENDO EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La gestación subrogada o por sustitución es una forma de concebir a través de un contrato que consta de dos partes: de un lado, el comitente o persona que desea tener descendencia y que no la ha podido tener por otros medios; de otro lado, la comisionista, que en todo caso será una mujer que llevará a cabo en su seno la gestación y que, tras el alumbramiento, cederá al comitente el menor y las consecuentes obligaciones derivadas de la patria potestad.

Como es sabido, en España, la mencionada –al igual que sucede con la mayoría de países de nuestro entorno- la gestación subrogada está prohibida, vedándose expresamente por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 10.1 señala 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. Además de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, si esta práctica se diera en España, además de la nulidad del contrato, asume la condición de madre quien efectivamente ha gestado al hijo y no la madre subrogante. Dentro de los límites de nuestro Estado, dicha práctica aparece, además, tipificada como delito, concretamente, en los artículos 220 y 221 CP. Junto con ello, la DGRN y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han venido negando tradicionalmente la inscripción de los hijos provenientes de un contrato de gestación por sustitución, precisamente, por la nulidad de dicho acuerdo en nuestro país, por cuanto supone una mercantilización de la maternidad. No en vano, por Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 se permitió, en contra de lo resuelto por la STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012), aceptar la inscripción de niños nacidos en el extranjero con ocasión de un contrato de "vientre de alquiler" en determinados supuestos: en esencia, que exista una sentencia extranjera que determine la filiación de la/s persona/s solicitante/s de la inscripción en España.

• Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València, Eduardo.Talens@uv.es

Ahora bien, para poder acceder a este método reproductivo, los comitentes sortean la ilegalidad de esta práctica en España acudiendo a otros Estados donde dicha actividad es legal. En estos casos, surgen una serie de problemas referidos a la inscripción del menor en nuestro país, así como sobre la determinación de filiación, pero también, desde el ámbito social, se ha venido originando el problema respecto de la posibilidad de suspender el contrato de trabajo y percibir la oportuna prestación por maternidad dentro contemplada en nuestro sistema de Seguridad Social. La proliferación de este tipo de prácticas no sólo evidencia problemas jurídicos, sino también de índole moral o éticos, pues como ha sido señalado por la doctrina, coadyuva a un "floreciente negocio que utiliza a la mujer de manera que la cosifica como un útero con finalidad exclusivamente reproductiva, sin más objetivo o finalidad que conseguir la satisfacción de las necesidades reproductivas de terceros, un negocio que se aprovecha en muchos casos de las necesidades puramente económicas de la madre gestante"[1]. En cualquier caso, en el presente comentario me detendré exclusivamente en las cuestiones jurídicas relacionadas con el acceso a la prestación social por maternidad.

La solución que ha recibido el problema de la gestación subrogada desde la óptica del acceso a las prestaciones de Seguridad Social ha sido bien distinta. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto recientemente a favor de la concesión de la prestación de maternidad a la persona individual o pareja (con independencia del sexo entre cónyuges) que ha celebrado un contrato de gestación por subrogación en un país extranjero. En definitiva, se plantea en esta sede si la persona o pareja comitente, es decir, la que se hará cargo de los cuidados del menor, tienen derecho o no a la suspensión del contrato de trabajo y la consiguiente prestación por maternidad a cargo de la Seguridad Social en sustitución de la renta dejada de percibir por la ausencia de prestación laboral. Por descontado se ha descartado que la madre gestante o biológica pueda acceder a dicha prestación, pues se trata de una ciudadana extranjera que difícilmente cumpliría los requisitos para acceder a la misma (afiliación, alta y en su caso cotización) y, además, lo normal es que renuncie a todo derecho generado por el embarazo a través del contrato de gestación[2]. A simple vista, la nulidad de este tipo de contratos, su carácter ilícito en España, unido al silencio que guarda la legislación laboral sobre el particular, parecen inclinar la balanza hacia una respuesta negativa. Además, como ha sido señalado doctrinalmente, "resulta difícil entender que la gestación por sustitución suponga una situación protegida por maternidad, pues la solicitante de la prestación no ha sido madre, ni ha dado a luz, ni ha pasado por situación de embarazo; y en el caso de un varón que solicita la prestación, evidentemente no puede admitirse que esté en situación de

1 Gorelli Hernández, J.: "La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, p. 3 (BIB 2017/10517).

2 Gorelli Hernández, J.: "La prestación", cit., p. 12.

maternidad"[3]. Ahora bien, el Tribunal Supremo, en sendos pronunciamientos del año 2016 adoptados por el Pleno de la Sala de lo Social, seguidos posteriormente por otras sentencias durante el año 2017, ha terminado por reconocer el derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada. Este reconocimiento se ha dado, indistintamente, a padres solteros, a parejas de un mismo sexo, así como a las formadas por un hombre y una mujer que no han podido/querido tener descendencia por otros medios. En esencia, junto con otra serie de argumentos jurídicos, el principal motivo por el que se ha reconocido la prestación de maternidad ha sido con base al interés superior del menor. Efectivamente, se ha llegado a la conclusión de que la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al recién nacido, quien merece en sus primeras etapas unos cuidados singulares. Asimismo, se ha entendido por el Tribunal Supremo que negar la prestación en los casos de maternidad subrogada supondría una discriminación del menor por su origen o filiación. Por lo tanto, la persona comitente en un contrato de gestación por sustitución obtendrá en España el derecho a lucrar la prestación por maternidad (que recordemos que en estos momentos se prolonga durante 16 semanas –o 18 en los casos de parto múltiple-). Se trata, sin lugar a dudas, tal y como ha sido manifestado por la doctrina, de una solución alcanzado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre un tema complejo y polémico, que es ciertamente innovadora y claramente protectora del menor[4].

II. LA STS (PLENO) DE 25 DE OCTUBRE DE 2016.

El primer hito sobre este tema que ha sido debatido en el seno del Tribunal Supremo se produjo en una importantísima sentencia dictada por parte del Pleno de la Sala de lo Social en fecha de 25 de octubre de 2016 (recud. 3818/2015). El supuesto de hecho conocido por la citada sentencia consiste en un varón, en principio soltero (o por lo menos no consta en la sentencia que estuviera unido matrimonialmente con otra persona), que celebró un contrato de reproducción asistida en la India con una mujer de la que nacieron dos niñas. Las menores fueron inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en la India y se pactó que sería el varón –comitente- quien, en exclusiva, pasaría a asumir todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad.

La controversia, en este caso de naturaleza social, nació de la solicitud del padre biológico a la hora de acceder a la prestación por maternidad, puesto que el INSS le negó su concesión argumentando que la legislación de Seguridad Social no protege estas situaciones. En este supuesto, el padre era biológico porque fue

3 Gorelli Hernández, J.: "La prestación", cit., p. 12.

4 Gala Durán, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por maternidad y la prestación de maternidad subrogada", *La Administración Práctica,* núm. 4, 2017, p. 5 (BIB 2017/1167).

quien aportó sus gametos a la mujer que gestó a las menores en su seno para, posteriormente, entregárselas al primero.

Tras pasar por las diferentes instancias judiciales, el asunto llegó a manos del Tribunal Supremo, que resolvió a favor del solicitante reconociéndole el derecho a lucrar la prestación por maternidad. Para llegar a esta solución, el Tribunal Supremo tuvo que superar varios escollos interpretativos de calado, pasando por encima de la dicción literal de la legislación vigente. El primero de esos obstáculos viene de la ilegalidad en nuestro país de los contratos de gestación subrogada. Así se deduce claramente del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que señala con meridiana claridad 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". Por esta razón, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (*vgr.* en Sentencia de 6 de febrero de 2013, rec. 245/2012) ha venido negando la inscripción civil de los hijos nacidos por vía de un vientre de alquiler (aunque posteriormente la DGRN la ha venido aceptando en determinados supuestos).

En este sentido, ha entendido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que 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 valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia". Junto con ello, el artículo 177 TRLGSS, cuando se refiere al elenco de situaciones protegidas, cita expresamente la maternidad, la adopción y el acogimiento, sin incluir de forma expresa, como es natural, la maternidad por gestación subrogada. Por su parte, el artículo 2.2 del RD 295/2006, de 6 de marzo, tampoco contiene una mención expresa sobre los nacimientos ocasionados a través de un "vientre de alquiler". Por lo tanto, los argumentos que podrían provocar la denegación de la prestación serían, principalmente, el silencio mantenido por la norma legal de Seguridad Social y la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Ahora bien, tal y como he anticipado con anterioridad, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha manejado otros argumentos jurídicos para sortear el silencio legal y el carácter ilegal del contrato de gestación por sustitución. Éstos han sido, *grosso modo*, los siguientes:

a) El interés superior del menor como canon interpretativo de relevancia a la hora de colmar lagunas legales o decantar la exégesis de un precepto determinado. En este sentido, se parte del criterio de que la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al menor, quien debe de recibir durante sus primeros meses de vida unos cuidados especiales.

b) Porque las situaciones protegidas por la prestación por maternidad son parcialmente abiertas en el RD 295/2009. En este sentido, el artículo 2 del texto reglamentario equipara jurídicamente a los casos de adopción "aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación". Por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, la reproducida redacción reglamentaria permite cierta flexibilidad interpretativa. Ahora bien, como tal y como se ha afirmado doctrinalmente, opinión con la que coincido, el sentido de este precepto no es el de equiparar la maternidad subrogada a la adopción o la guarda, sino simplemente el reconocimiento de aquellas otras figuras o instituciones jurídicas de ordenamientos extranjeros que tengan efectos similares a la adopción y la guarda, tengan el nombre que tengan, con el requisito de que se declaren a través de resoluciones judiciales o administrativas que acrediten su existencia[5].

c) En el presente supuesto, el padre es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las dos menores y, por ello, reconocerle la prestación es la única forma de atender a la situación de necesidad derivada de tal circunstancia.

d) Porque la nulidad del contrato no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento ocasionado por la gestación por sustitución. Así las cosas, en ocasiones, el ordenamiento laboral reconoce ciertos efectos en los casos de nulidad del contrato de trabajo, por ejemplo, a la hora de abonar los salarios por la prestación de servicios efectivamente llevada a cabo hasta la fecha en la que se declara dicha consecuencia jurídica. Por lo tanto, una cosa sería la nulidad civil del contrato y otra la situación de necesidad que desde la Seguridad Social cabe proteger. En este sentido, sólo cabría limitar este derecho en los casos de fraude o abuso de derecho a la hora de acceder a las prestaciones de Seguridad Social, extremo que no se ha producido en el caso resuelto por el Tribunal Supremo.

No cabe perder de vista tampoco, que la STS de 25 de octubre de 2016 cuenta con varios votos particulares, uno de ellos centrado en la ausencia de contradicción y los restantes pronunciándose sobre el fondo del asunto y en los que se aboga por una solución distinta. En cualquier caso, la mayoría de la Sala optó por acoger la tesis consistente en el reconocimiento de la prestación de maternidad al padre biológico de las menores, que había sido parte del contrato de gestación subrogada. Como veremos más adelante, esta tesis se ha mantenido para este y otros supuestos distintos, perfilándose una sólida postura por el Tribunal Supremo que ha venido reconociendo las prestación de maternidad en

5 Gorelli Hernández, J.: "La prestación", cit., p. 19 (BIB 2017/10517).

España al padre o madre comitente, es decir, cualquiera que no hubiera gestado en su seno el embrión que *de facto* actúe como tales, en el cumplimiento de las distintas funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad.

III. LA STS (PLENO) DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.

Poco tiempo después desde que se dictara la sentencia de 25 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo se volvió a reunir en Pleno para debatir sobre el acceso a la prestación de maternidad en un supuesto de gestación subrogada, esta vez, actuando como comitentes dos personas que formaban una pareja heterosexual. Ambos suscribieron un contrato con una mujer de San Diego (California) que cedió su vientre para gestar un embrión que posteriormente fue inscrito en el Consulado de España en Los Ángeles como hijo de la pareja comitente. La mujer que no había dado a luz, pero que, *de facto,* era la persona que ejercía de madre del menor, solicitó al INSS la prestación de maternidad, siéndole denegada por la citada entidad gestora.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de noviembre de 2016 (recud. 3146/2014) volvió ahondar en la idea del interés superior del menor, predicado por la Convención sobre los derechos del niño (artículos 2 y 3) y en el artículo 39.2 CE como uno de los fundamentos principales para reconocer la prestación de maternidad en estos casos. Concretamente, el artículo 39.2 CE proclama que los poderes públicos deberán de asegurar la protección integral de los hijos y su igualdad ante la ley con independencia de su filiación.

Esta segunda sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recurre, básicamente, a los mismos argumentos que ya habían sido utilizados en su pronunciamiento anterior de fecha de 25 de octubre de 2016, centrándose quizá un poco más, en alguna idea concreta. Por ejemplo, incide en la protección de las relaciones familiares *de facto* y que las mismas constituyen un medio idóneo para lograr la concesión de la prestación por maternidad. Asimismo, se argumenta que el periodo de 16 semanas de descanso por maternidad comparte una doble finalidad: de un lado, atender a la recuperación de la madre; por otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la madre y el hijo después de su nacimiento. En los casos de parto natural se establece un descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto, atendiendo al debido reposo de la madre biológica. Ahora bien, en los casos de adopción o acogimiento nuestra legislación también prevé un descanso de 16 semanas, por tanto, de idéntica duración, atendiéndose exclusivamente a la segunda finalidad, es decir, a la protección del vínculo entre la madre y su hijo durante sus primeros meses de vida.

En sentido contrario, se ha sostenido por parte de la doctrina que el subsidio por maternidad no tiene como finalidad velar por el interés superior del menor, ya que, a fin de cuentas el beneficiario de la prestación es el progenitor que, además, puede renunciar al mismo en cualquier momento, extinguiéndose el derecho con la reincorporación voluntaria al trabajo[6]. En mi opinión, pese a que la prestación sea percibida, como es natural, por el progenitor, unido al hecho de que ésta sea dispositiva, no significa que proteja única y exclusivamente a la madre, sin que el menor no sea también objeto del bien jurídico protegido, en el sentido de que, evidentemente, durante sus primeros meses de vida precisa de una serie de cuidados y atenciones específicas que nuestro sistema de Seguridad Social atiende dispensando una duración de 16 semanas (superior, por tanto, a la que necesita una madre para recuperarse). Por lo tanto, entiendo que en la naturaleza jurídica de la prestación por maternidad se conjugan los intereses confluyentes entre la madre y el hijo, que no quedarían desvirtuados por el hecho de que el descanso se pueda disfrutar con anterioridad al parto. De hecho, en los casos de maternidad subrogada el disfrute de la prestación lo será, siempre y en todo caso, con posterioridad al parto. Se argumenta también que la situación jurídica del menor de edad deriva de una resolución judicial extranjera por la que se inscribió como hijo de la pareja comitente en el Consulado de España en Los Ángeles, entrando de esta manera, en la dicción del artículo 2.2 RD 295/2006 que asimila estos supuestos a la adopción y al acogimiento.

En definitiva, tal y como era de esperar atendiendo al precedente fijado por la Sala en su sentencia de 25 de octubre de 2016, finalmente el Tribunal Supremo falló a favor de la trabajadora y, por lo tanto, ésta tuvo reconocida la prestación por maternidad pese que el nacimiento del menor se hubiera producido a través de la gestación por sustitución en EEUU. Nuevamente, esta segunda sentencia cuenta con varios votos particulares que abogaron por una solución distinta.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONFORMADA POR SENTENCIAS POSTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO RECONOCIENDO EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Tras sendos pronunciamientos dictados por parte del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que entraron a resolver un tema que hasta ese momento no había sido conocido por el citado órgano judicial, se han resuelto una serie de sentencias que han vuelto a reconocer el derecho a la prestación por

6 Aragón Gómez, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017, p. 15 (BIB 2017/11072).

maternidad en los casos de gestación subrogada, alcanzándose en todas ellas la misma solución garantista para los intereses del padre/madre y del menor.

La primera de ellas se dictó al poco tiempo de emitirse los pronunciamientos dictados por el Pleno de la Sala de lo Social. Concretamente, me estoy refiriendo a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 de noviembre de 2016 (recud. 3183/2015). El supuesto de hecho que originó la controversia jurídica consistió en la solicitud de prestación de maternidad de un progenitor registral y padre biológico de un menor nacido de una mujer que renunció a la filiación materna. Curiosamente, el citado varón obtuvo la prestación por paternidad, pero le fue denegada la relativa a la maternidad. No en vano, la STS de 30 de noviembre de 2016 se hizo eco de los argumentos jurídicos utilizados por las precedentes sentencias del Pleno para, finalmente, optar por conceder la prestación de maternidad al padre biológico. En este supuesto el comitente forma un núcleo familiar con el menor al que le presta atención y cuidados parentales, teniendo por ello una relación *de facto* cuyo vínculo cabe proteger desde la perspectiva de la Seguridad Social. Así las cosas, en los casos de maternidad por subrogación también se producen relaciones especiales entre el padre y el hijo, posteriores al nacimiento del menor y que han de ser debidamente protegidas. En esta última sentencia, el Tribunal Supremo intenta salvar el recurso al "oportunismo jurídico" o una eventual interpretación en contra de lo establecido por la normativa, acentuando que "no se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes".

Posteriormente, se dictó la STS de 22 de noviembre de 2017 (recud. 1504/2015). En este supuesto era una mujer la que figuraba inscrita en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles como progenitora de dos niños gemelos nacidos de unos padres biológicos que renunciaron voluntariamente a la filiación conforme se pactó en el oportuno contrato de gestación por sustitución. El Tribunal Supremo reconoció a la madre *de facto* el acceso a la prestación de maternidad en nuestro país y los argumentos manejados para llegar a dicha conclusión fueron exactamente los mismos que los utilizados en las sentencias del Pleno, por lo que en este punto, en aras de no resultar reiterativo, no volveré a reproducirlos. La particularidad de este supuesto, en relación con los anteriores, se produce porque la persona comitente es una mujer de la que no costa en la sentencia que estuviera unida matrimonialmente con ninguna otra persona. Ahora bien, la *ratio decidendi* es exactamente la misma que en los pronunciamientos precedentes y la conclusión, evidentemente, la misma.

Justo un año después de la segunda sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 30 de noviembre

de 2017 (recud. 4105/2015). El supuesto de hecho consistió, en este caso, en un matrimonio entre dos personas del mismo sexo (dos hombres) que decidieron tener descendencia a través de la técnica de reproducción asistida basada en la gestación subrogada o "vientre de alquiler". Para lograr dicha finalidad, concertaron un negocio jurídico con una mujer de California que tras alumbrar al bebé se lo cedió a la pareja comitente, siendo que, en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles, la niña aparece inscrita como hija de ambos cónyuges.

En línea con los resuelto anteriormente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en este supuesto también se optó por otorgar a uno de los padres la correspondiente prestación por maternidad. Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 30 noviembre de 2017 se nos plantea un escollo adicional, que viene representado porque en fecha de 24 de enero de 2017 se dictó una sentencia por parte de la Sala General del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Paradiso y Campanelli contra Italia). Se trata de una pareja italiana que celebró un contrato de gestación por subrogación en Rusia y, posteriormente, las autoridades italianas iniciaron un procedimiento de sustracción del menor para que sea entregado a los servicios sociales. El TEDH negó que 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 apenas 6 meses. En definitiva, el TEDH llegó a la conclusión de que no existe violación del Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar al retirar, por parte de las autoridades italianas, la custodia de los padres contratantes no biológicos. Ahora bien, la STS de 30 de noviembre de 2017 se aparta del pronunciamiento del TEDH al entender que no se refiere a un supuesto de prestaciones en materia de Seguridad Social y porque, además, en el caso resuelto por el tribunal español no existía una corta duración en la relación paterno-filial "de hecho", ni la existencia de la STEDH de 24 de enero de 2017 significa que deba desconocerse el interés del menor cuando falta la relación biológica con el progenitor legal.

El último de los pronunciamientos sobre el que he tenido conocimiento en el momento de cerrar este comentario fue el producido por la STS de 14 de diciembre de 2017 (recud. 2066/2016). En este supuesto fueron dos hombres los que aparecen inscritos en el Registro Civil del Consulado General de España en Chicago y los que celebraron un contrato de gestación subrogada con una mujer que renunció a la filiación. Uno de ellos fue el que solicitó del INSS la prestación por maternidad que le fue denegada. La citada sentencia, de 14 de diciembre de 2017, reproduce con integridad los argumentos utilizados por las sentencias del Pleno de la Sala de 25 de octubre y 16 de noviembre del año 2016, que ya he comentado *supra*, por lo que no ahondaré en los mismos nuevamente. Si se ha

tenido ocasión de seguir el hilo argumental mantenido por los pronunciamientos emitidos por parte del Tribunal Supremo y que han sido comentados en las líneas precedentes, en este caso, el citado órgano judicial también resolvió a favor de la concesión de la prestación de maternidad al solicitante –en este caso, varón-.

V. CONCLUSIONES.

Como se habrá podido comprobar tras la lectura de lo argumentado a lo largo de las precedentes páginas, el Tribunal Supremo ha interpretado con flexibilidad y amplitud los supuestos en los que cabe reconocer el derecho a la prestación por maternidad cuando el menor ha nacido mediando un contrato de gestación subrogada. Con todo, cabe dejar asentado que en todos los supuestos conocidos por el Tribunal Supremo se considera como hecho probado que la filiación tuvo acceso al registro consular correspondiente.

Estamos ante una interpretación flexible, no rigurosa, porque se ha superado el tenor literal de la legislación estatutaria y de Seguridad Social a través de una exégesis sistemática donde se han tenido en cuenta otros principios y valores. Efectivamente, cuando en el Estatuto de los Trabajadores se regula la suspensión del contrato de trabajo por causa de la maternidad no se prevén expresamente los supuestos de gestación por sustitución. Por su parte, la normativa de Seguridad Social tampoco se refiere explícitamente a esta particular forma de concebir un embrión. No en vano, el reglamento que regula las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia contiene una vía, una suerte de cláusula abierta, para poder integrar en el la norma jurídica todos estos supuestos, ya que en su artículo 2.2 se asimilan a la adopción y acogimiento las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. No cabe perder de vista en este punto que la mayoría de estos casos provienen de una previa inscripción registral de la filiación a favor del comitente o comitentes por el Consulado de España en el país donde se ha practicado la gestación por subrogación. Además, en algunos casos, dicha inscripción deriva de la existencia de una sentencia extranjera que ha validado la filiación del comitente o comitentes.

En cualquier caso, no cabe desconocer que la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida está prohibida en España, civilmente con la nulidad de los contratos celebrados con dicha finalidad, lo que se traduce, también, en las limitaciones a la hora de inscribir registralmente al menor, así como, penalmente, castigándose como delito en nuestro Código Penal. En este punto, la interpretación flexible, que no desconoce la nulidad civil de este tipo de acuerdos en nuestro país, pasa por la protección del interés superior del menor, la salvaguarda de las relaciones familiares "de hecho" y la existencia de una situación de necesidad

que cabe cubrir. El interés superior del menor es un principio interpretativo de carácter internacional y constitucional y está conectado con el derecho a la no discriminación por razones de filiación, siendo que, la prestación por maternidad también protege al hijo durante sus primeros meses de vida –y no sólo a la madre-. En efecto, se produciría una situación discriminatoria en contra del menor que ha sido concebido a través de esta técnica reproductiva, extremo que se encuentra vedado por normativa internacional y nacional que es de carácter constitucional o prevalente.

En definitiva, el principio del interés superior del menor tiene características de orden público, de tal forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor[7]. La salvaguarda de las relaciones familiares "de hecho" puede apreciarse en que, desde el momento en el que la madre gestante renuncia a las obligaciones propias de la patria potestad, el núcleo familiar lo conforman el comitente o comitentes con el menor o menores nacidos por esta vía. Por lo que respecta a la situación de necesidad, cabe aducir que ésta persiste con independencia de las repercusiones civiles o penales que se puedan derivar de dicho negocio jurídico. En este sentido, sigue existiendo un menor que precisa de una serie de atenciones especiales durante sus primeros meses de vida, cometido que compete a la persona que se encuentra a su cargo y que, si desempeña una actividad laboral, tendría derecho a una suspensión de su contrato y el acceso a la oportuna prestación de Seguridad Social durante dicho periodo.

Por lo que respecta a la amplitud, vendría explicada porque la doctrina sentada del Tribunal Supremo alcanza a una pluralidad de situaciones personales y diversas formas de llevar a cabo la gestación por sustitución. En este sentido, la prestación por maternidad la puede solicitar una mujer unida sentimentalmente con un hombre que, por la razón que sea, no haya podido tener hijos por otros medios. En estos casos, las formas de concebir son múltiples, puesto que el embrión puede provenir del vínculo genético de la propia pareja, insertándose posteriormente en el útero de una tercera mujer, de gametos procedentes de la donación (de ambos o de uno sólo de la pareja), o con los óvulos de la gestante. En cualquiera de estas opciones, con independencia del origen de los genes del menor, la mujer comitente tendrá acceso a la prestación por maternidad, mientras que el varón podrá solicitar la prestación por paternidad (sin perjuicio de las eventuales cesiones que la ley permite entre la mujer y el hombre a la hora de disfrutar de la citada suspensión retribuida). Junto con ello, la prestación por maternidad puede derivarse de una familia monoparental, es decir, de un hombre o una mujer solteros que acuden a un "vientre de alquiler" para tener descendencia. Ambos

7 Hierro Hierro, J.: "Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social", *REDT,* núm. 190, 2016, p. 22 (BIB 2016/80288).

supuestos han sido conocidos por el Tribunal Supremo y han recibido idéntico tratamiento en el sentido de poder lucrar la prestación por maternidad, con independencia de que el solicitante sea un hombre o una mujer. En el primer supuesto será habitual que el hombre aporte sus gametos, siendo padre biológico del menor nacido en el vientre de una mujer con la que ha perfeccionado un contrato de gestación subrogada. En el segundo de los casos será habitual que el gameto masculino provenga de un donante, siendo indiferente que el óvulo sea de la mujer comitente o de la mujer gestante puesto que, en ambos casos, se podrá acceder a la prestación por maternidad. Asimismo, también se tiene derecho a la prestación en los casos de parejas formadas por dos personas del mismo sexo que acuden a la gestación subrogada para tener descendencia. En este sentido, es bastante menos frecuente que dos mujeres lleven a cabo esta práctica reproductiva, de hecho, en las sentencias analizadas éste es único caso sobre el que no ha conocido el Tribunal Supremo, aunque la respuesta sería la misma, pues cabría reconocerle este derecho a la mujer que solicite la prestación. Algo más comunes son los supuestos de parejas formadas por dos hombres, en cuyo caso, lo más normal será que uno de ellos sea el padre biológico del menor. Pero con independencia de este dato, cualquiera de ambos tendrá derecho a solicitar un descanso retribuido de 16 semanas –o 18 en caso de que nazcan dos o más hijos-, mientras que el otro, entiendo, que podrá solicitar la prestación de paternidad, que en la actualidad es de 1 mes de duración. En definitiva, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo para acceder a la prestación por maternidad y, en determinados casos, por paternidad, es indiferente la relación familiar que tenga la persona o personas que acuden a otro país para practicar la reproducción por gestación subrogada.

El INSS se ha hecho eco de esta interpretación y en estos momentos ya reconoce el derecho a la prestación por maternidad en los casos de hijos nacidos por gestación subrogada[8]. Resta ahora por dilucidar, porque el Tribunal Supremo no lo resuelve, cuando se entiende producido el hecho causante en los supuestos de gestación subrogada. Podemos tener varias fechas en consideración[9]: a) cuando el trabajador viaja al país extranjero para estar presente en el momento del parto; b) en la fecha del nacimiento del menor; c) cuando la relación paternofilial queda constituida en el país extranjero; d) cuando la filiación se inscribe en el registro español. En este sentido, el INSS considera que la prestación se entiende causada en la fecha del nacimiento del hijo o hijos. Por lo tanto, en dicho momento sobreviene la contingencia protegida. Naturalmente, la prestación no puede adelantes a momentos previos puesto que ninguna de las personas comitentes va a ser gestante. Pero llama la atención que no se pueda extender a 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye el vínculo filial en los casos de

8 *Vid.* Consulta 29/2016, de 13 de diciembre.

9 *Vid.* Aragón Gómez, C.: "La legalización", cit., p. 15.

adopción cuando los padres tienen que desplazarse al extranjero. Quizás podría aplicarse analógicamente esta previsión y poder iniciar el disfrute de la prestación cuando el comitente o comitentes viajan al país de la mujer gestante. Ahora bien, ante el silencio del legislador y salvo corrección judicial, cabe aplicar el criterio mantenido por el INSS que reconoce el inicio de la prestación en el momento del alumbramiento.

En fin, de acuerdo con la sentada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cualquier persona que solicite una prestación por maternidad en nuestro país cuando haya celebrado en el extranjero un contrato de gestación por sustitución, ocupando la posición jurídica de comitente, siempre y cuando tenga atribuida la filiación por estar oficialmente inscrita en el Registro del Consulado de España en el territorio donde se haya llevado a cabo dicho negocio, tendrá derecho a la prestación por maternidad.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Gómez, C.: "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017.

Gala Durán, C.: "Las novedades en el ámbito del permiso por maternidad y la prestación de maternidad subrogada", *La Administración Práctica*, núm. 4, 2017.

Gorelli Hernández, J.: "La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017.

Hierro Hierro, J.: "Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social", *REDT*, núm. 190, 2016.

REFLEXIONES ACERCA DEL DOCUMENTO INDUBITADO EN LA FECUNDACIÓN "POST MORTEM"

REFLECTIONS ABOUT THE AUTHENTIC DOCUMENT IN "POST MORTEM" FECUNDATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 454-471

Dra. Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de abril de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La legislación sobre reproducción asistida contempla la fecundación "post mortem". Sin embargo, el documento para la prestación del consentimiento plantea algunas dudas en relación con el principio de autonomía de la voluntad y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs). En el presente trabajo se reflexiona sobre estas cuestiones y se intenta aportar alguna solución de aplicación en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Documento indubitado; fecundación "post mortem"; legislación.

ABSTRACT: *The legislation on assisted reproduction contemplates the "post mortem" fecundation. Nevertheless, the document for the presentation of the assent raises some doubts in relation with the principle of party autonomy and the new technologies of the information and communication (ICTs). In the present work one thinks about these questions and one tries to contribute some solution of application in the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Authentic document; "post mortem" fecundation; legislation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FECUNDACIÓN "POST MORTEM".- III. DOCUMENTO INDUBITADO ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TAL?.- IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE DETERMINADOS DOCUMENTOS.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La fecundación "post mortem" ha planteado para la doctrina numerosos interrogantes[1], en su regulación inicial en el artículo 9 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida[2] (en adelante Ley 35/1988), en su artículo 9[3], y tras su regulación en el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida[4] (en adelante Ley 14/2006).

Como legislación complementaria se aplicaba el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida[5].

Nos vamos a detener en el presente trabajo en uno de ellos, el referente al documento al que hace referencia el mencionado precepto: escritura pública,

1 Podemos citar entre las aportaciones más recientes formuladas por la doctrina, las siguientes: Lledó Yagüe, F.: "Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en AA.VV.: *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 155-176; Cobas Cobiella, Mª. E.: "La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones", *Actualidad civil*, núm. 6, 2017, p. 68-83; Rodríguez Guitián, A. Mª.: "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017, p. 179-204.

2 BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988. Gómez De La Torre, M. C.: "Fecundación *post mortem*", *Actualidad civil*, núm. 1, 1992, p. 45-63.

3 Disponía el precepto: "1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.
3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.
4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".

4 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

5 BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

• Dra. Francisca Ramón Fernández
Profesora Titular de Derecho Civil, Universitat Politècnica de València, frarafer@urb.upv.es

testamento o documento de instrucciones previas, para dilucidar qué problemas pueden plantearse en la práctica jurídica, teniendo en cuenta, el principio de autonomía de la voluntad, y, además, las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) que pueden suscitar algunos dilemas.

II. LA FECUNDACIÓN "POST MORTEM".

El artículo 9 de la Ley 14/2006 contempla la situación en la que se produce el fallecimiento del marido, premoriencia, en un momento anterior al nacimiento del hijo o hija concebido por una técnica de reproducción asistida.

De esta forma, se regulan diversas situaciones, teniendo en cuenta la prestación del consentimiento del marido, y si se ha producido o no la técnica de reproducción en el cuerpo de la mujer.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina[6] son dos las situaciones que se pueden producir, y que son diferentes:

a) Fecundación mediante inseminación artificial con el semen del varón fallecido. Se procrea al descendiente después de la muerte del padre.

b) Fecundación mediante transferencia de preembriones. Se ha concebido al descendiente en vida de ambos padres y se ha crioconservado. Se implanta, gesta y alumbra tras la muerte del padre[7].

Nótese que se hace referencia a material reproductor del marido, pero no se hace indicación de material reproductor de la mujer, es decir, no se admite la fecundación "post mortem" respecto de la mujer[8], ya que sería el supuesto de gestación por sustitución, que es nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 10.1 de la Ley 14/2006[9].

Así, el artículo 9.1 indica, respecto a la determinación legal de la filiación del futuro hijo o hija, que no se podrá determinar ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas que regula la Ley 14/2006, y el marido fallecido si el material reproductor de éste no se encuentra

6 Sigo la exposición de Rodríguez Guitián, A. M.: "La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, p. 296.

7 En este caso, como indica Verda Y Beamonte, J. R., De: "Reproducción humana asistida", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 8, 2009, p. 205, es posible realizar sin precisar un consentimiento específico.

8 Supondría la implantación de un preembrión en el útero de otra mujer, y la filiación se determinaría a favor de la madre gestante a causa del parto, tal y como indica Álvarez Sarabia, M.: "Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 33, núm. 1, 2015, p. 55.

9 Cabido Iglesias, J.: "Fecundación *post mortem*. Análisis jurídico de la regulación en España", *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 2, 2014, p. 73.

en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, es decir, si se produce el fallecimiento y la mujer no ha sido inseminada.

El artículo 9.2 de la citada norma indica que no obstante lo indicado en el artículo 9.1, el marido puede prestar su consentimiento en el documento al que se refiere el artículo 6.3 referente a los usuarios de las técnicas (en el caso de mujer casada se precisa, además, el consentimiento del marido, salvo que estuvieran separados legalmente o de hecho y conste de manera fehaciente. En el caso del consentimiento del cónyuge antes de utilizar la mujer las técnicas, deberá de reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. La información y el consentimiento deberán realizarse en formato adecuado, accesible y comprensible a efectos de personas con discapacidad, teniendo en cuenta lo indicado en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[10]), también en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor se pueda utilizar en el plazo de 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación de su esposa. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en estas circunstancias se podrá revocar en cualquier momento anterior a la realización de las indicadas técnicas, tanto por parte del varón antes de su fallecimiento, como por parte de la mujer receptora. La prestación del consentimiento no se puede suplir por declaraciones familiares ni por autorización judicial[11].

En este sentido, cabe mencionar el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, 12 diciembre 2007[12]. Ponente: Luis Puente de Pinedo:

"En ese mismo sentido se había pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en resolución de 3 de noviembre de 2000 diciendo: «Es una aspiración humana atendible utilizar "post mortem" el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien la condiciona a unos requisitos que, en este caso, no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de su semen».

10 BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

11 Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F.: "Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 34, núm. 1, 2018, p. 125.

12 SJPI Valladolid 12 diciembre 2007 (ECLI: ES:JPI:2007:12ª).

La vigente Ley 14/2006, modificó la norma recogiendo, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta a tratamiento, y el documento de instrucciones previas; por otra parte, añadió la posibilidad de consentimiento tácito o presunto, para lo cual sería necesario que el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

Lo que en este caso debemos plantearnos, ante la evidencia de que no existe una disposición testamentaria, documento público o de instrucciones previas, es si se darían en este caso las circunstancias para entender prestado ese consentimiento en el documento mencionado en al art. 6.3, que parece ser el planteamiento del Ministerio Fiscal, o un consentimiento tácito derivado de la iniciación del tratamiento, que es la postura de la parte que promueve el expediente y del propio Ministerio Fiscal en su informe de 30 de marzo de 2007.

(…) el art. 9 es claro al exigir una autorización expresa y rotunda del marido. Lo único que la Ley ha matizado en la reforma del año 2006 es que, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las escrituras públicas o los testamentos, hay otros documentos, como el del art. 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización.

(…)

Así pues, observamos que las regulaciones de los países de nuestro entorno están haciendo especial hincapié en la necesidad de que el marido se pronuncie sobre este particular en el documento de consentimiento informado. En la medida en que es necesaria la firma de ese documento por la mujer, y en todo caso por el esposo cuando estén casados, deberían adoptarse las medidas necesarias para que él sea preguntado sobre el uso *post mortem* de su material genético en ese documento, de forma que, conforme se permite en la Ley 14/2006, exista en todo caso un pronunciamiento expreso del varón, en uno u otro sentido.

(…)

En conclusión, no existe una escritura pública, disposición testamentaria o documento de instrucciones previas, pues se ha recabado información al respecto que ha resultado infructuosa; no es posible entender prestado el consentimiento para el uso 'post mortem' del material genético del difunto porque en el consentimiento informado suscrito por él no fue preguntado al respecto; y, por último, no hay preembriones constituidos antes de su fallecimiento, lo que hubiera permitido entender que existió un consentimiento tácito o presunto. En definitiva,

no consta acreditada ninguna de las circunstancias que contempla el art. 9 de la Ley 14/2006 para la utilización *post mortem* del material genético del marido, por lo que debe rechazarse la autorización solicitada".

En relación con la normativa anterior, la derogada Ley 35/1988, la norma actual introduce el documento de autorización a la esposa para someterse al tratamiento y el documento de instrucciones previas, además de ampliase el plazo de seis a doce meses desde el fallecimiento del varón[13].

En el supuesto de realizarse de forma ilegal la procreación "post mortem", bien porque no haya presentado consentimiento el varón o por haber expirado el plazo indicado por la norma, a la descendencia no se le reconocería la paternidad del padre fallecido[14]. No obstante, la doctrina discrepa y aboga por el reconocimiento de la indicada paternidad, en pro del interés superior del menor[15].

Se establece una presunción de prestación del consentimiento en los casos en que el cónyuge supérstite ha sido sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de esta posibilidad y dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente al que se refiere el artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[16] (en adelante Ley 20/2011), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Más precisos resultan los preceptos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[17].

El artículo 235-8 se refiere a la fecundación asistida de la mujer casada y en el punto 2 contempla la fecundación asistida que se practique después del fallecimiento de su marido con gametos de éste, teniendo al nacido por hijo suyo siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento.

13 Cabido Iglesias, J.: "Fecundación *post mortem*", cit., p. 77.

14 Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F.: "Dilemas bioéticos", cit., p. 125.

15 Así, Pérez Monge, M.: *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, citado por Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F.: "Dilemas bioéticos", cit., p. 125.

16 BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

17 BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar ese plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.

Previamente, en el punto 1 indica que los hijos nacidos mediante fecundación asistida de la mujer, que se haya practicado con el consentimiento expreso del cónyuge y que esté formalizado en un documento extendido ante centro autorizado o en un documento público, serán hijos matrimoniales del cónyuge que ha prestado dicho consentimiento.

El artículo 235-13.2 dispone que en la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considerará hijo de éste si cumple las condiciones que se han indicado en el artículo 235.8.2 para el caso de la fecundación asistida que se practique a la mujer después del fallecimiento de su marido con gametos de éste, en lo que le sea aplicable.

Por su parte el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas[18], en su artículo 325, relativo a la capacidad sucesoria de las personas físicas, menciona la fecundación asistida "post mortem" al indicar que si el causante ha expresado en debida forma su voluntad respecto a su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación.

No especifica cuáles son las formas de expresión de la voluntad, por lo que se considera la remisión a la Ley 14/2006.

Respecto a la postura de la jurisprudencia, interesa destacar la SAP Valencia 23 diciembre 2003[19]. Ponente: María Pilar Eugenia Cerdán Villalba, en su razonamiento jurídico séptimo, y en relación a la Ley 35/1988:

"La conclusión de todo lo expuesto es que, aunque en la Legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario sobre el hecho de que el hijo nazca en una familia no monoparental, cuando éste se ha de concebir por una inseminación post-mortem del marido fallecido, ha de mediar su consentimiento expreso per se no sustituible, produciendo los efectos de filiación lógicos de modo que, la exclusión de estos efectos sólo opera

18 BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

19 SAP Valencia 23 diciembre 2003 (ECLI:ES:APV:2003:943A).

como sanción a que, en contravención de ello, dicha inseminación se practique sin autorización, no como medio alternativo. A mayor abundamiento, no se puede obviar la importancia de esa renuncia a la filiación para el menor, no ya por la carencia de derechos patrimoniales que ello implica, sino de otros familiares y afectivos en relación con la familia paterna extensa a la que, al margen de ellos, biológicamente pertenece.

No se conculca con ello la CE, en contra de lo que se esgrime en el recurso, ni en concreto, su artículo 10, según el cual, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, su artículo 14, según el cual, los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, ni, por último, su artículo 39 que es el más relacionado con el tema. Este precepto dispone que 'los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos'.

Estos derechos igualitarios, al margen de la filiación, y la protección de la mujer al margen de su estado civil y, sobre todo, los relativos al desarrollo de su personalidad y a formar una familia monoparental no se niega, ya que la misma puede acudir a un donante anónimo, obteniendo así sólo la filiación materna que aquí pretende, y aunque es comprensible que su deseo sea que tal donación procediera de su esposo, al efecto, se han de cumplir unos requisitos legales que no se pueden obviar por vía interpretativa de este Tribunal, máxime cuando ello confronta también con los derechos y protección que todo menor merece".

Por su parte, la STSJ Madrid 6 febrero 2017[20]. Sala Contencioso-Administrativo. Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión, en su fundamento de derecho sexto:

"De acuerdo con el precepto citado, el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 14/2006 no puede ser interpretado aisladamente sino de acuerdo con los criterios gramatical, sistemático, histórico, sociológico y teleológico expresados en aquél.

20 STSJ Madrid 6 febrero 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:1233).

Y así, los criterios sistemático y teleológico, que interrelacionan entre sí los apartados 1 y 2 del antedicho artículo 9 y ambos con la técnica descrita en el apartado 2 del Anexo A, y con el artículo 11 de la citada Ley, llevan tres conclusiones:

1.- Aunque el artículo 11 establece reglas sobre los diferentes destinos posibles que pueden darse a los gametos y preembriones crioconservados, dado su carácter general, sus disposiciones han de ceder ante las normas especiales del artículo 9.

(…)

3.- Siempre que exista consentimiento previo y prestado en legal forma, la utilización *post mortem* del material reproductor del marido donante ha de implantarse en el útero de su esposa dentro del plazo de los 12 meses siguientes al fallecimiento de aquel **,** puesto que el consentimiento del esposo no se limita autorizar la mera utilización de su material reproductor, sino que tiene el propósito finalista de que se utilice para fecundar a su mujer, por lo que su vigencia se constriñe al plazo de los 12 meses siguientes a su fallecimiento, que establece el artículo 9.2".

La STSJ Madrid 28 junio 2017[21]. Sala Contencioso-Administrativo. Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos, en su fundamento de derecho segundo, y refiriéndose a la anterior sentencia:

"Por material reproductor ha de entenderse legalmente tanto los espermatozoides como los embriones pues, de ser sólo los espermatozoides, el consentimiento del marido previsto en el artículo 9 no ampararía la transferencia a la esposa de los preembriones resultantes de la fecundación in vitro".

III. DOCUMENTO INDUBITADO. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TAL?

La derogada Ley 35/1988, en su artículo 8, indicaba que se consideraba escrito indubitado el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se reflejara el consentimiento para la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, antes de utilizarse las técnicas, y quedando a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad.

Como señala la doctrina, la norma indicada considera indubitado[22] el documento suscrito ante el centro médico, pero ello no excluye que se pueda

21 STSJ Madrid 28 junio 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:8148).

22 Sobre el documento indubitado se puede consultar de forma amplia: Espino Bermell, C.: *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*, Tesis doctoral dirigida por Ignacio Gallego Domínguez, Universidad de Córdoba, 2016. El documento se encuentra disponible en https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/14097/2016000001519.pdf?sequence=1&isAllowed=y

formalizar en escritura pública, siendo indubitado por excelencia. Además, teniendo en cuenta que lo que impera es la prestación del consentimiento, sería el instrumento adecuado para asegurar que se ha prestado ese consentimiento, ya que implica la asunción de una filiación que tiene carácter irreversible[23].

El consentimiento informado ha sido considerado por los tribunales como derecho humano fundamental[24], debe ser libre, expreso y voluntario, y se exceptúa la ausencia del mismo en caso de violación[25]. Y como ha puesto de manifiesto la doctrina, por medio de los documentos de voluntades anticipadas, el paciente manifiesta su voluntad de forma igual que si estuviera "hablando" y las declaraciones de voluntad que se consignan en los mismos tienen el mismo valor y eficacia jurídica que la voluntad formalizada en los documentos de consentimiento informado[26].

Y como ha señalado la jurisprudencia referida a la Ley 35/1988, en la que el consentimiento también se indicaba que se debía de prestar por escrito, la STSJ Madrid. Sala de lo Contencioso, 16 junio 2003[27]. Ponente: José Luis Quesada Varea, en su fundamento jurídico quinto:

"En lo que se contrae al supuesto de autos, las partes coinciden en que no existe tal consentimiento escrito del fallecido. La eventual ausencia de información al marido y a la esposa de tales exigencias legales por parte del Insalud puede determinar, como anuncia la actora, la oportuna responsabilidad, pero en modo alguno suple ni subsana el incumplimiento de las prevenciones normativas por parte del interesado.

La falta de consentimiento escrito del marido fallecido, exigencia legal que no puede ignorar la Sala, conlleva la improsperabilidad de la pretensión de la actora y, por ende, la adecuación a Derecho de la resolución administrativa recurrida".

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[28], en su Disposición

23 Rivero Sánchez-Covisa, F. J.: "La intervención del notario en la configuración del estado civil de las personas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 56, 2016, p. 333-475.

24 Zabala Blanco, J.: *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*, Tesis doctoral dirigida por Mª. T. Zarrabeitia Cimiano, Universidad de Cantabria, 2007, p. 37.

25 Cabido Iglesias, J.: "Fecundación *post mortem*…", cit., pág. 77. El documento se encuentra disponible en https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/1571/TesisJZB.pdf?sequence=1&isAllowed=y

26 Ayala Vargas, Mª. J. y Fernández Campos, J. A.: "Inscripción de los documentos de inscripciones previas en el Registro", *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 3, 2016, p. 3. Sobre el consentimiento informado, se puede consultar: Lluch Roselló, C. y Ramón Fernández, F.: "El caso Moore y la prestación del consentimiento informado en investigación médica", *Revista Derecho y Salud,* vol. 27, núm. 2, julio-diciembre 2017, p. 58-87.

27 STSJ Madrid. Sala de lo Contencioso, 16 junio 2003 (ECLI:ES:TSJM:2003:9351).

28 BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

final quinta, modifica la Ley 14/2006, en concreto, el apartado 2 del artículo 8 que hace referencia al escrito indubitado al que se refiere el art. 44 de la Ley 20/2011, indicando que se entiende como tal, a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, el documento que se haya extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Se indica que queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE DETERMINADOS DOCUMENTOS.

Hemos visto que el artículo 9 de la Ley 14/2006 se refiere a la escritura pública, al testamento y al documento de instrucciones previas. Si bien se puede plantear si es posible prestar el consentimiento en otro tipo de documento distinto de los indicados, la respuesta es negativa, ya que se contiene en el artículo 9 referido una enumeración considerada como "numerus clausus"[29]. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 2 junio 2010[30]. Ponente: María del Carmen Padilla Márquez, se pronuncia en el siguiente sentido:

"Por otra parte, cabe mantener que de lo actuado tampoco se desprende la existencia del documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo, para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canarias el 2 de enero de 2005, y ello pese a constar que fue suficientemente informado de ello en el mismo documento donde autorizó la congelación de la muestra de semen, si bien, en aquel momento todavía no estaba regulada la forma de las instrucciones previas. En tal sentido la carta de fecha 15 de mayo de 2008 mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana, no tienen la consideración de documento público, ni de testamento ni de instrucciones previas".

Todos ellos tienen en común la prestación del consentimiento para la utilización del material de reproducción. Vamos a verlos con más detalle.

- Escritura pública. Será redactada por Notario y tienen como contenido, como señala la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862[31], en su artículo 17,

29 Rodríguez Guitián, A. M.: "La reproducción artificial", cit., p. 310, con cita del Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 2 junio 2010.

30 AAP de Santa Cruz de Tenerife 2 junio (ECLI:ES:APTF:2010:801A).

31 BOE núm. 149, de 29 de mayo de 1862.

las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación del consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. Como añade el artículo 17 bis, los instrumentos públicos indicados en el precepto anterior no pierden dicho carácter por estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario (artículo 109 referente al régimen especial de la firma electrónica de Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social[32], modificada por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad)[33], y según lo indicado en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica[34].

Como documento público notarial, el Notario dará fe de la identidad, capacidad y legitimación y que el consentimiento ha sido libremente prestado, ajustándose el otorgamiento a la legalidad y a la voluntad del otorgante.

- Testamento. Como señala el artículo 143 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado[35], los testamentos y actos de última voluntad se rigen, por lo que respecta a forma y requisitos o solemnidades, por la normativa civil, acoplándose a los mismos la notarial, que será supletoria.

Se regula el testamento en los artículos 662 y siguientes del Código civil. El testamento puede ser común (ológrafo, abierto o cerrado) o especial (militar, marítimo y hecho en país extranjero). En el ámbito testamentario y en relación con las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) no es válido el testamento online, no se puede hacer testamento por internet, por lo que la referencia a la opción de poder utilizar el testamento como vehículo para la autorización tendrá que ajustarse a las formas indicadas en la legislación mencionada. Más problemas consideramos que plantea el testamento ológrafo, por cuanto necesita los requisitos de forma indicados en el artículo 688 del Código civil, no siendo válido si no es realiza de forma escrita por parte del testador, además de firmarlo con indicación del año, mes y día de otorgamiento. No es admisible si no se redacta de forma manuscrita, por lo que nos encontramos con otro hándicap en el caso de las TICs[36].

32 BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

33 BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2005.

34 BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.

35 BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

36 Como advierte Rodríguez Guitián, A. M.: "La reproducción artificial", cit., p. 310, "Ya en la anterior Ley de 1988 se hacía referencia al testamento como instrumento válido para autorizar la inseminación *post mortem,* pero sigue sin resolverse con la actual Ley de 2006 la misma duda que existía entonces con aquel texto normativo: el tipo de testamento en que puede consentirse la fecundación. Es decir, si puede hacerse también en testamento ológrafo, o sólo en testamento notarial. Aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, a mi juicio no es indudable que el nuevo art. 9 de la Ley de 2006 permita que el consentimiento se lleve a cabo en un testamento no notarial".

No obstante, lo indicado anteriormente, el artículo 120 del Código civil no especifica el tipo de testamento para la determinación legal de la filiación no matrimonial. La prestación del consentimiento en testamento estará determinado por la edad, y aunque para poder otorgar testamento es preciso ser mayor de catorce años, ya que los menores de esta edad están incapacitados (artículo 663 del Código civil), con excepción del testamento ológrafo que requiere ser mayor de edad (artículo 688 del Código civil), el artículo 6.1 de la Ley precisa la necesidad de que sea mayor de edad, por lo que la doctrina considera dicha edad la aplicable[37].

- El documento de instrucciones previas. Se conoce también como documento de voluntades anticipadas, y erróneamente como testamento vital[38]. Decimos erróneamente porque no es un testamento, ni tiene las características de tal. 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[39] regula en el artículo 11 el documento mediante el cual una persona manifiesta de forma anticipada su voluntad con el objeto de que se cumpla en el caso de llegar a una situación en la que no se pueda expresar personalmente. Se refiere a cuidados o tratamiento de su salud, o bien en el caso de fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo u órganos. Es un documento esencialmente revocable en cualquier momento dejando constancia por escrito.[40] Se formaliza bien ante notario, ante tres testigos o por medio de funcionario encargado del Registro

37 Álvarez Sarabia, M.: "Alcance y significado", cit., p. 59.

38 Villarrasa Clemente, F., García Garmendia, J. L., Barrero Almodóvar, A. E., Maroto Montserrat, F., Gallego Lara, S. L., Rufo Tejeiro, O.: "Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas?", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 41, núm. 3, p. 118.

39 BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. En el ámbito foral y autonómico encontramos también regulación sobre el documento de instrucciones previas, sin ánimo exhaustivo, podemos citar las siguientes normas: Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 158, de 03 de julio de 2001), modificada por Ley 3/2005, de 7 de marzo (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2005); Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 2002); Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 106, de 03 de mayo de 2002); Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE núm. 203, de 25 de agosto de 2005); Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 2005); Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 2005); Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia (BOE núm. 34, de 09 de febrero de 2011); Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 25 de 29 de enero de 2014); Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015); Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 175, de 21 de julio de 2016), y Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 149, de 23 de junio de 2017).

40 Más ampliamente sobre sus características, se puede consultar: Castro Vitores, G. De: "Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 740, 2013, p. 3703-3760.

de Instrucciones Previas.[41] Éste último regulado por 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[42], a efectos de protección de datos, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[43] y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo[44].

Se habla por parte de la doctrina del denominado "Contrato de Ulises[45]" al referirse al contenido de las instrucciones previas, ya que se está refiriendo a las situaciones en las que como consecuencia de la enfermedad (por ejemplo, en el caso de pérdida de juicio por patologías mentales, crisis y falta de cordura), puedan haber reflejado su decisión cuando tenían plenas facultades mentales, saber cuál era su decisión respecto a la fecundación con su material reproductor.

Participan de las características de ser una declaración de voluntad de carácter unilateral, personalísima, formal, revocable y puede producir efectos en vida del otorgante, y también una vez fallecido (caso que nos ocupa).[46] Este documento forma parte de un proceso más complejo como es el de la planificación anticipada de las decisiones, tras un proceso informativo y un diálogo entre paciente y profesional, en el que el primero realiza una reflexión personal en el momento en el que puede tomar una decisión para un momento futuro ulterior en que no pueda decidir, bien por incapacidad[47] o por fallecimiento[48].

41 Ayala Vargas, Mª. J. y Fernández Campos, J. A.: "Inscripción de los documentos…", cit., p. 1; Gomá Lanzón, I.: "El documento de instrucciones previas", *El Notario del siglo XXI*, Mayo-Junio, 2010 (Consultado el 25 de marzo de 2018).

42 BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007. También puede consultarte la Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se amplía la Orden de 21 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro nacional de instrucciones previas (BOE núm. 235, de 01 de octubre de 2007).

43 BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

44 BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

45 Fernández Campos, J. A., Salcedo Hernández, J. R., Ayala Vargas, Mª. J. y Vigueras Paredes, P.: "El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas", *DS: Derecho y Salud*, vol. 25, núm. extra 1, 2015, p. 107. Recibe el nombre de la obra de Homero, *La Odisea*, por cuanto que su protagonista, *Ulises*, da instrucciones a sus hombres (que lo asieran a un mástil) y que no prestaran atención a sus súplicas con la finalidad de no caer en la tentación de los cantos de sirenas. Es, por tanto, un ejemplo de instrucciones previas para el supuesto de que el sujeto perdiera la cordura y su capacidad de controlar su voluntad.

46 Fernández Campos, J. A.: "Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 150-160.

47 Ameneiros Lago, E., Carballada Rico, C. y Garrido Sanjuán, J. A.: "Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias", *Galicia Clínica*, vol. 72, núm. 3, 2011, p. 124.

48 Rouco Velasco, J., Tuñas Maceiras, D., Iglesias Gutiérrez, M., López Pérez, A., Lago Valverde, D. C. y Lago Del Riego, N. M.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales de enfermería de Atención Primaria sobre el documento de instrucciones previas (DIP)", *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIdEC*, vol. 8, núm. 2, 2015, p. 37.

Es, pues, a través del documento de instrucciones previas que el varón puede autorizar la fecundación para el caso de su fallecimiento de tal forma que se puedan transferir al útero de la mujer los embriones sobrantes de anteriores fecundaciones *in vitro*, y ese consentimiento es válido aunque no haya vínculo matrimonial con la mujer que va a recibir la inseminación[49].

V. CONCLUSIONES.

Uno de los aspectos más controvertidos de la legislación de reproducción asistida es el referente a la fecundación "post mortem". La doctrina se ha ocupado de la determinación de la filiación de las personas nacidas a través de las técnicas y, en especial, en el caso de producirse la muerte del padre con anterioridad. Sin embargo, la prestación del consentimiento como elemento fundamental para que se realice la fecundación "post mortem", a pesar de haber sido regulado tanto en la inicial Ley 35/1988 como en la actual 14/2006 plantea algunas dudas sobre el documento que debe recoger el otorgamiento de aquél. La consideración de que la voluntad del otorgante quede manifestada de forma clara puede ocasionar algunas dudas en el caso del testamento otorgado en forma ológrafa, por los problemas de interpretación. Junto a ello, las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) se abren paso para su consideración y valoración jurídica en el caso de manifestar su voluntad a través de la web. Ello, en realidad, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico español, de momento, ya que la posibilidad de otorgar testamento virtual no es válido y sería nulo de pleno derecho.

Al hilo de lo anterior, la parca redacción del precepto respecto a los documentos necesitaría una mejor definición, a través de una futura reforma de la legislación de reproducción asistida en el Derecho español. De esta forma, se podrían colmar las lagunas de interpretación que suscita, en especial cuando se refiere al testamento, y podría dar cabida a los medios electrónicos para admitirse como documento al efecto.

49 Quijada González, Mª. C.: *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español*, tesis doctoral dirigida por G. Mª. Tomás y Garrido, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2010, p. 457. El texto se encuentra disponible en http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/53/Tesis%20Doctoral%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Sarabia, M.: "Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia,* vol. 33, núm. 1, 2015.

Ameneiros Lago, E., Carballada Rico, C. y Garrido Sanjuán, J. A.: "Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias", *Galicia Clínica*, vol. 72, núm. 3, 2011.

Ayala Vargas, Mª. J. y Fernández Campos, J. A.: "Inscripción de los documentos de inscripciones previas en el Registro", *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 3, 2016.

Cabido Iglesias, J.: "Fecundación *post mortem.* Análisis jurídico de la regulación en España", *Cadernos de Dereito Actual,* núm. 2, 2014.

Castro Vítores, G. De: "Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio", *Revista crítica de derecho inmobiliario,* núm. 740, 2013.

Cobas Cobiella, Mª. E.: "La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones", *Actualidad civil,* núm. 6, 2017.

Enguer Gosálbez, P. y Ramón Fernández, F.: "Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 34, núm. 1, 2018.

Fernández Campos, J. A.: "Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 3, núm. 1, 2017.

Gomá Lanzón, I.: "El documento de instrucciones previas", *El Notario del siglo XXI.* Mayo-Junio, 2010.

Gómez De La Torre, M. C.: "Fecundación «post mortem»", *Actualidad civil,* núm. 1, 1992.

Lledó Yagüe, F.: "Reflexiones personales en torno a la fecundación «post mortem» y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en AA.VV.: *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida*

en España: el proceso legal de reformas (coord. por A. Díaz Martínez), Dykinson, Madrid, 2006.

Lluch Roselló, C. y Ramón Fernández, F.: "El caso Moore y la prestación del consentimiento informado en investigación médica", *Revista Derecho y Salud,* vol. 27, núm. 2, julio-diciembre 2017.

Pérez Monge, M.: *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

Quijada González, Mª. C.: *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español,* tesis doctoral dirigida por G. Mª. Tomás y Garrido, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2010.

Rivero Sánchez-Covisa, F. J.: "La intervención del notario en la configuración del estado civil de las personas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* tomo 56, 2016.

Rodríguez Guitián, A. M.: "La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 20, 2015.

Rodríguez Guitián, A. M.: Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", *Oñati socio-legal series,* vol. 7, núm. 1, 2017.

Rouco Velasco, J., Tuñas Maceiras, D., Iglesias Gutiérrez, M., López Pérez, A., Lago Valverde, D. C. y Lago Del Riego, N. M.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales de enfermería de Atención Primaria sobre el documento de instrucciones previas (DIP)", *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria: RIdEC,* vol. 8, núm. 2, 2015.

Verda y Beamonte, J. R. De: "Reproducción humana asistida", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 8, 2009.

Villarrasa Clemente, F., García Garmendia, J. L., Barrero Almodóvar, A. E., Maroto Montserrat, F., Gallego Lara, S. L., Rufo Tejeiro, O.: "Consentimiento informado por representación en unidades de cuidados intensivos. ¿Necesitan los familiares instrucciones previas?", *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses,* vol. 41, núm. 3.

Zabala Blanco, J.: *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español,* Tesis doctoral dirigida por Mª. T. Zarrabeitia Cimiano, Universidad de Cantabria, 2007.

DERECHO DE LOS HIJOS NACIDOS POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER LA IDENTIDAD DE SUS PADRES BIOLÓGICOS: BREVES REFLEXIONES Y PROPUESTAS

RIGHT OF CHILDREN BORN BY ASSISTED REPRODUCTION TO KNOW THE IDENTITY OF THEIR BIOLOGICAL PARENTS : BRIEF REFLECTIONS AND PROPOSALS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 472-487

Pablo
TORTAJADA
CHARDÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de abril de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: La presente comunicación pretende analizar y reflexionar, acerca de la problemática existente y el conflicto de derechos producido respecto la necesidad de información de un hijo a conocer la identidad de sus padres biológicos; posible discriminación por nacimiento. Derecho comparado. Análisis del derecho a la intimidad personal y familiar, y derecho a la Identidad. Consideración de la información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; ético; jurídico; identidad; intimidad; menor; derecho comparado; conflicto derechos y libertad humana.

ABSTRACT: *The present communication intends to analyze and reflect on the existing problem and the conflict of rights produced regarding the need of information of a son to know the identity of his biological parents, possible discrimination by birth. Comparative law. Analysis of the right to personal and family privacy, and right to Identity. Consideration of public information as an essential element of the practice of techniques.*

KEY WORDS: *Assisted reproduction; ethical; legal; identity; privacy; minor; comparative law; conflict rights and human freedom.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO - III. CONFLICTO ENTRE DERECHOS. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR. DERECHO A LA IDENTIDAD.- IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción humana Asistida (en adelante LTRA) no reconoce el derecho a conocer el origen biológico de los nacidos por dichas técnicas, identidad, lo cual supone un impedimento a la investigación de la paternidad y una clara infravaloración de los intereses del hijo. La cuestión de si debe negarse o no al hijo nacido por técnicas de reproducción asistida el derecho a averiguar su procedencia, sigue estando en continuo debate. El sistema instaurado por la LTRA pone en duda la constitucionalidad de algunas de sus disposiciones, por considerarlas contrarias a los artículos 10, 9.2,14,15 y 39.2 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Negar al nacido por Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) su derecho a conocer su identidad, su origen biológico vulnera su dignidad, dado que impide el pleno desarrollo de su personalidad. En el presente trabajo se desarrollará la legislación nacional y comunitaria al respecto, haciendo especial hincapié en los países de nuestro entorno que sí establecen esa facultad de conocimiento del donante.

El anonimato del donante de gametos, que impide al nacido por TRA conocer los datos esenciales para determinar su identidad, establece una clara desigualdad entre éste y los nacidos por procreación natural, los cuáles sí pueden acceder a estos datos. Debería de primar el derecho de toda persona a conocer el propio origen, y establecer el deber de respetar el derecho a conocer la identidad de los progenitores, a la vez que garantizar la protección necesaria para asegurar ese conocimiento.

A modo de introducción, y antes de analizar el derecho a conocer el propio origen en los nacidos por técnicas de reproducción asistida, conviene describir, siquiera de una forma muy general, en qué consisten estas técnicas. La Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida (LTRA) establece un ámbito material de aplicación que incluye: la inseminación artificial, fecundación in vitro

• **Pablo Tortajada Chardí**
Abogado, pablo@sebastia-abogados.com

y la transferencia intratubárica de gametos (art 1.1 a que remite al anexo). La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. Cuando se emplean células de la propia pareja se habla de técnica homóloga, mientras que cuando las células utilizadas no son las propias del marido o de la pareja nos encontramos ante la heteróloga. La inseminación artificial se produce dentro del seno materno mediante la unión de gametos, mientras que en la fecundación in vitro ésta se produce fuera del seno materno, aplicando técnicas microquímicas para lograr la unión de los gametos masculinos y femeninos e introduciendo los embriones obtenidos en el interior de su útero.

Las técnicas de reproducción asistida crean una filiación que va desde una filiación cercana a la natural –IA homóloga_ a otra cercana a la adoptiva –FIV heteróloga con embrión donado y maternidad subrogada- pero siendo distinta la una y de la otra. Se crea, entonces, un concepto de paternidad formal basada en la voluntad como lazo jurídico de filiación[1].

El Código Ético de la Sociedad Española de Fertilidad[2], establece que:" Existe una serie de principios éticos que también deben ser tenidos en cuenta en el ámbito de la reproducción asistida. El principio de beneficencia obliga a los profesionales a maximizar el cuidado. El principio de no maleficencia exige evitar el posible daño a los pacientes y a su posible descendencia. El principio de autonomía por otra parte, obliga al profesional sanitario a respetar el derecho de autodeterminación de los pacientes, guiados por sus deseos, preferencias y valores. El principio de justicia persigue un trato equitativo y no discriminatorio y una adecuada gestión de los recursos. Estos principios éticos pueden entrar en conflicto por lo que necesitan ser ponderados con prudencia[3].

Indicar que la tecnología reproductiva supone un cambio en el tradicional proceso procreativo humano y en la concepción de la familia. Supone dotar de especial protagonismo a la voluntad del individuo[4]. Protagonismo y cambio que puede acarrear y aportar serias contrariedades éticas y jurídicas. Existe por tanto una larga tradición de anonimato legitimada por algunos países de nuestro entorno que procederemos a su análisis.

1 Fábrega Ruiz, C.: *Biología y filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida,* Comares, Granada, 1999, p.124.

2 http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/CodigoEticoSEF_1_6_12_ALTA.pdf

3 Grupo de ética y Buena Práctica Clínica, De la Fuente Hernández, L Alfonso (coord.), Madrid, 2012.

4 Berrocal Lanzarot, A.: "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido", *Revista de la Escuela de Medicina Legal,* enero 2007.

II. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTUAL. DERECHO COMPARADO. JURISPRUDENCIA.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, en nuestro país rige la LTRA de 2006, dispone en su Exposición de Motivos, haciendo un relato histórico, donde refiere que la aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación. Se aprobó en nuestro país la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, dando lugar a La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, ante el avance científico y técnico de las nuevas técnicas de reproducción, si bien con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual se promulgó la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRA).

En su Capítulo II, Participantes en las técnicas de reproducción asistida, y concretamente su artículo 5 relativo a los Donantes y contratos de donación, donde vamos a centrar nuestro estudio, su numeral quinto dispone. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de 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.

Sólo 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.

Así pues la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, establece[5] que el Registro Nacional de Donantes albergado en la plataforma informática SIRHA garantiza la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes. Igualmente, los bancos de gametos tienen obligación de garantizar la confidencialidad de los datos de los donantes que hayan acudido a su centro. Tanto las receptoras como los hijos nacidos como consecuencia de donaciones tienen derecho a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Sólo

5 http://www.cnrha.msssi.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm

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. La revelación de la identidad del donante en los supuestos mencionados no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Entrando en el estudio y confrontación de las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos, por lo cual pasaremos a la mención de algunos, con el propósito de comprender y mejorar nuestro sistema jurídico, interesa tener en cuenta la diversidad de regulaciones en los diferentes Estados miembros, es interesante analizar qué ocurre en el marco del Consejo de Europa de la Unión Europea. Por un lado, bajo el marco del Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a veces ha reconocido (y a veces no) el derecho del niño a conocer su origen, derivado de los demás derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como, por ejemplo, el artículo 8 sobre el derecho a la privacidad y la identidad personal.

Del análisis de las sentencias del TEDH se deduce que los ciudadanos tienen derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte de su derecho a la vida privada contenido en el art. 8, pero esto no hace que los Estados estén obligados a proporcionar los medios para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho alternativo a la libertad a procrear, especialmente cuando los estados no pueden garantizar el acceso a gametos donados que depende de la solidaridad[6].

Anticipándose al debate ético, la legislación en Cataluña ya se ha posicionado en este debate. El artículo 30.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA) declara: "Los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres biológicos y parientes biológicos". Por ello, el Gobierno ha aprobado el Decreto 169/2015, de 21 de julio, por el que se establece el procedimiento para facilitar el conocimiento de los orígenes biológicos (DOGC n.º 6919, de 23 de julio), de cuyo preámbulo se infiere que dichos orígenes comprenden el origen genético: el artículo 30.2 de la Ley 14/2010 declara el derecho a conocer los orígenes, el cual debe entenderse referido no solo a la vertiente puramente biológica de determinación del vínculo genético con las personas de las que desciende y de

6 Igareda Gonzalez, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, núm. 31, Época II, junio 2014, pp. 227-249.

conocimiento de la identidad de los progenitores biológicos, sino también al conocimiento de la propia historia personal, de la que forman parte el entorno social y familiar y las circunstancias vividas durante la infancia[7].

Varios países europeos (Austria, Finlandia, Países Bajos, Noruega, Suecia y Suiza, el Reino Unido) han legislado en el sentido de facilitar el acceso a la información —tanto no identificatoria como identificatoria de los donantes— prohibiendo la donación anónima. Las legislaciones más avanzadas, como las de Suecia, Austria o Reino Unido, permiten actualmente la identificación del donante.

En Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Francia, Grecia, Portugal y España, por el contrario, el anonimato de los donantes está protegido por la ley, con excepciones en algunos países, pero no en otros, para la donación de gametos de personas conocidas. En Bélgica, por ejemplo, todos los que trabajan dentro de la clínica de fertilidad están obligados al secreto profesional. Las excepciones a esta regla incluyen información acerca de las características físicas del donante que puede ser compartida con los beneficiarios al momento de elegir un donante; información médica que puede ser obtenida a petición de personas concebidos por donantes; y cuando donante y receptor solicitan mutuamente el no-anonimato (es decir, en la donación conocida).

En Francia, una aplicación estricta del principio de anonimato implica que aquellos que traen su propio donante sólo pueden usarlo a través de un programa de donación cruzada en la que se intercambian los donantes entre las parejas receptoras. Algunos países europeos prohíben o restringen la donación de óvulos, como, por ejemplo, Austria —aunque se permite la donación de esperma y conocer su identidad—, Alemania y Noruega.

Fuera de Europa, existen disparidades similares. Tanto en los EE.UU. como en Canadá, los donantes pueden elegir si desean donar de manera anónima o no. Al respecto, una importante decisión de un tribunal de la Columbia Británica en el caso "Pratten", declaró ilegal la donación anónima dentro de esta provincia canadiense; pero recientemente, ésta ha sido anulada por la Corte de Apelaciones de Columbia Británica, restaurando así el *status quo*.

Nueva Zelanda, por su parte, desde 2005 exige a los donantes ser potencialmente identificables una vez que los nacidos por donación alcanzan los 18 años de edad, con disposiciones similares adoptadas en varios estados de Australia. El Estado australiano de Victoria ha ido más lejos que cualquier otra jurisdicción al promulgar leyes que promueven el intercambio de información.

7 Comité de Bioética de Catalunya, *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*, en su reunión plenaria del día 24 de febrero de 2016.

De esta manera, además de garantizar que la información identificadora de los donantes esté disponible bajo petición de los concebidos por donantes cuando llegan a los 18 años de edad, los donantes también tienen derecho a solicitar información identificativa sobre los niños concebidos con su material genético, aunque el consentimiento de las personas así concebidas debe obtenerse antes de que esa información sea proporcionada. Además, desde 2010, la legislación requiere que el hecho de la concepción con material de un tercero se incluya en el certificado de nacimiento. Por su parte, en América Latina, Brasil en la Resolución 2013/13 del Consejo Federal de Medicina establece que "Obligatoriamente debe ser mantenido en silencio la identidad de los dadores de gametos y embriones, como también de los receptores. En situaciones especiales, la información sobre los donantes, por razones médicas, pueden ser brindadas exclusivamente por los médicos resguardándose la identidad del dador". Por su parte, le ley de TRHA del Uruguay, la ley 19.167 de 2013 establece que la donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes.

Partimos de un análisis social y de las necesidades de las personas, hijos obtenidos por reproducción asistida, en edad temprana que necesitan conocer, como cualquier ser humano su origen.

Es humano, es ético, incluso, está plenamente reconocido el derecho a conocer en el caso de las personas adoptadas o que fueron en algún momento tuteladas por la Administración. Lo recogen la ley 14/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y el Código Civil de Catalunya[8].

El Comité de Bioética de Catalunya recuerda que en ese conflicto entre el derecho a saber y el derecho a la intimidad de los padres hay que tener en cuenta que quizá nadie "ha de saber más sobre mí mismo que yo mismo".

La jurista Núria Terribas, presidenta de la Fundación Grífols y ponente del informe, asegura que no hay estudios concluyentes sobre si conocer los orígenes tiene un impacto positivo o negativo, y que de hecho ese derecho reconocido a los adoptados es más una recomendación que algo exigible.

Incluso el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en la sentencia de 17 de junio de 1999, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad a la primera ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988, y estableció respecto al anonimato de donantes, que esto no era contrario

8 http://www.lavanguardia.com/vida/20151120/30274090193/derecho-conocer origenes.html.

al art. 39[9].2 de la Constitución española (CE) que permitía la investigación de la paternidad. El Alto Tribunal estableció que el artículo 39.2 CE no protege el derecho del hijo/a a conocer la identidad del padre, sino que es un derecho para descubrir quién está obligado a prestarle la protección que le es debida, tal y como especifica el artículo 39.3. CE.

Cierto es que la CE no declara ni reconoce el derecho de toda persona a conocer los orígenes biológicos; sin embargo, la doctrina suele relacionar su existencia con algunos preceptos constitucionales, tales como el art´10. 1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), art 15 (derecho a la integridad física y moral), art 18 (derecho a la intimidad; y principalmente, con el art´39.2 (principio de protección integral de los hijos)[10].

III. CONFLICTOS ENTRE DERECHOS. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR. DERECHO A LA IDENTIDAD.

El derecho a conocer los orígenes abarca los orígenes en sentido amplio (biológicos y genéticos), dado que tanto el proceso de gestación como el de concepción son procesos biológicos relevantes —no necesariamente esenciales y vinculados siempre a cada persona— para forjar la propia identidad. La discriminación en el derecho a conocer los orígenes biológicos en función del contexto del nacimiento de la persona y/o la forma de concepción —adopción o reproducción asistida con gametos de donante o gestación por sustitución— plantea dilemas éticos importantes[11].

El Pleno del TEDH entiende que no está implicado el derecho al respeto de la vida familiar, sino sólo eventualmente el derecho al respeto de la vida privada, puesto que el derecho a la vida privada incluye cuestiones relevantes para el propio desarrollo personal, entre las cuales se encuentra el conocimiento de las circunstancias del nacimiento, que forma así parte del derecho a la vida privada protegido por dicho artículo 8 del Convenio de las Naciones Unidas sobre

9 Artículo 39. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

10 Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 322.

11 Comité de Bioética de Catalunya, *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*, en su reunión plenaria del día 24 de febrero de 2016.

derechos del niño – Derecho al respeto de la vida privada y familiar y 14 del mismo – prohibición de discriminación[12].

Complejidad de proteger los derechos de los menores nacidos a través de técnicas asistida y satisfacer simultáneamente los deseos de paternidad y maternidad de los adultos a quienes las nuevas técnicas ofrecen tal posibilidad

Si partimos del criterio canónico para la determinación de la filiación cual es la procedencia genética, de manera que son padres de los hijos nacidos de modo natural o a través de una técnica de reproducción asistida, los portadores del espermatozoide y del óvulo cuya fusión da origen al nuevo ser humano. La razón de ello es que son estas personas quienes transmiten al niño su identidad biológica, esto es, su principio, tal, a partir del cual comenzará a su desarrollo personal. A efectos canónicos, son aplicables los principios para la determinación de la legitimidad o ilegitimidad de los hijos, tanto cuando nacen naturalmente como para quienes nacen a partir de una técnica reproductiva[13].

El tema no es pacífico y existen opiniones encontradas sobre cuál de los dos derechos ha de prevalecer sobre el otro, pero conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 116/1999, de 17 de junio, sobre la Ley de Reproducción Asistida, en su FJ 15.º, dice:

"En efecto, la Constitución ordena al legislador que 'posibilite' la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga 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".

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado en este tema, en la Sentencia de 13 de febrero de 2003, resolutoria del caso Odievre, por la que se desestima la petición de una adoptada que, ante la negativa de las autoridades francesas a revelarle la identidad de su familia biológica, alegó ante el Tribunal que el mantenimiento del secreto de su nacimiento y la consecuente imposibilidad para ella de conocer sus orígenes, constituye una violación de los derechos garantizados por el art. 8 de la Convención y una discriminación contraria al art. 14 de la misma[14].

El anonimato del donante resulta inconstitucional, generando situaciones de discriminación y de limitación de derechos, "Además el anonimato del dador

12 Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 326.

13 Domingo, M..: *Las técnicas procreativas y el derecho de familia*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 308-309.

14 STEDH 13 febrero 2003, Odièvre c. France, rec. núm. 42326/98.

transgrede el principio de indisponibilidad del estado civil de los hijos, a quienes se les instrumentaliza. Esto último supone una verdadera violación de su dignidad como persona, por lo cual, no sólo el anonimato del donante, sino las técnicas en general, pierden toda legitimidad. Ese deseo de "tener un hijo" por parte de adultos, solteros, estériles, homo o heterosexuales, no puede prevalecer sobre el bienestar del niño"[15].

Aparte de las razones expuestas, estimamos que el conocimiento del origen biológico es un derecho natural de toda persona; más todavía, siendo algo que por su contenido es tan fundamental para cada uno. "Poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural del ser humano que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar raíces que den razón del presente a la luz del pasado que permita reencontrar una historia única e irrepetible en movimiento (…)"[16].

Ante la colisión entre el derecho a la intimidad personal o familiar del donante o de los progenitores legales y el derecho del nacido a conocer su origen biológico ha de prevalecer este último, dado que en cualquier asunto en los que resulten implicados derechos e intereses del menor son éstos los que siempre se protegen, por encima de los demás, en virtud del principio "favor filii".

Mientras, por un lado, la doctrina mundial mayoritaria considera que la exigencia del anonimato de los donantes es incompatible con el derecho del nacido a conocer sus propios orígenes; en España, según veremos el TC ha declarado que el anonimato del donante establecido en el artículo 5.5 de la Ley de TRHA es compatible con la CE y que, por tanto, no vulnera ningún derecho fundamental (STC 116/1999)[17].

Un importante sector de la doctrina considera inconstitucional la regulación del anonimato del donante fundamentándolo principalmente en la conculcación del ya comentado artículo 39.2 CE que impone el llamado "principio de verdad biológica"; el artículo 39.3 CE que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; el artículo 14 CE en tanto que negar a unos hijos otros atenta contra el derecho de igualdad; el artículo 10 CE en tanto que se atenta contra la dignidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad, entendiendo que aquellos que desconocen

15 González Pérez De Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 257-258.

16 Cárdenas Krenz, R.: "El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana"

17 Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*, cit.

su origen biológico mal pueden desarrollarse como persona; el artículo 15 CE concretamente en lo relativo al derecho a la integridad moral y el artículo 18 CE en lo relativo al derecho a la intimidad personal y familiar del hijo[18].

Tratar a alguien, como un fin en este caso significa confiar en él, en su capacidad de discernimiento, de comprensión, en darle oportunamente toda la información que sea de su interés, más allá de cualquier sentimiento o interés personal. Siguiendo a Kant, "cada hombre debe ser tratado como un fin en sí mismos y no como un medio".

Los valores éticos, entendidos como guías de comportamientos que regulan la conducta del individuo, y adquiridos desde el desarrollo individual de cada ser humano con experiencia en el entorno familiar, social, escolar, social se ven mermados por la ausencia de libertad y conocimiento que promulga la actual legislación.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

La gran parte de profesionales médicos creen en los avances de la ciencia, y su posterior aplicación, si bien, la opinión mayoritaria y siguiendo a la Dra. Annia González y el Dr. Yohel Chávez, especialistas pediátricos, estiman que "la fecundación es una técnica que beneficia al hombre, no solo porque resuelve en una gran cantidad de pacientes la esterilidad sino también porque ofrece la posibilidad de profundizar en el campo de la investigación. Ahora bien no todo con relación a esta técnica es color rosa, hay muchos científicos que en ocasiones olvidan su responsabilidad ética, pudiendo llegar a ocurrir desastres irreparables. Pensemos por un momento que hoy es posible la clonación, la autoprocreación femenina, la gestación humana, el embarazo masculino, el banco de tejidos, y que todos estos adelantos en mentes perversas pudieran llegar a lugares tan lejos como nuestra propia destrucción"[19].

Es importante analizar el desarrollo de la industria como respuesta a una demanda cada vez más creciente, que se relaciona con una individualidad moderna, que se convierte en un "sujeto de deseo", un sujeto de deseos que no tiene límites[20]. Muchos reparos éticos a esta demanda creciente se fundamentan en el egoísmo de estos sujetos que quieren tener hijos/as a toda costa, por encima de los límites naturales para concebir hijos/as: por ejemplo, la edad avanzada, la

18 Ruiz Saen, A.: *El anonimato del donante en los supuestos de reproducción humana asistida.* Vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013.

19 González, A. y Chávez, Y.: Especialistas en Pediatría.: "*Dilemas éticos actuales en torno a la reproducción asistida", Revista Médica Hospital Docente Clinico-Quirúrgico Julio M. Aristegui Villamil. Cárdenas*.

20 Lema Añón, C.: *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-juridico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, 1999, pp. 204-205.

infertilidad por alguna causa médica o la homosexualidad. Pero pocas veces se analiza esta demanda creciente con el desfase en aumento entre el periodo de fertilidad biológico de las mujeres (que cada vez tienen su primera menstruación a edades más tempranas, y en consecuencia, tendrán la menopausia a edades más jóvenes) y la maternidad tardía (debido a factores sociales, culturales y económicos, las mujeres cada vez más retrasan la edad para ser madres por primera vez) o la generalización de otras formas de familia y convivencia[21].

Obviamente ningún proceso de filiación podría establecer entre donante y el procreado por la TRA, guardando cuidar su identidad salvo a partir del cumplimiento de la mayoría de edad del nacido, edad, en la que se supone el conocimiento para tomar decisión respecto a la querencia en conocer la identidad o no de sus padres biológicos.

En la legislación civil común parece unirse de manera inescindible la investigación de la paternidad con la verificación legal de una determinada filiación, es decir, con las acciones de reclamación o de impugnación de una filiación determinada[22].

Una de las razones que explican ese cambio son los resultados de las investigaciones que muestran las consecuencias negativas de los secretos en adopción[23].

Va en contra de los lazos de confianza inherentes en una estructura familiar. El secreto, además, va en contra de los intereses de los niños/as, y además resulta difícil de mantener debido a los parecidos físicos y a los historiales médicos[24]. Luchar por querer ser honestos, ya que consideran que el niño/a tiene derecho a conocer y los padres quieren evitar que lo sepan por otros de manera poco adecuada. Asimismo, tendría cierta lógica, encaminada a evitar un futuro encuentro entre hermanos y los consiguientes problemas de consanguinidad[25].

La supresión del anonimato de donantes, hará que sólo se presten a donar las personas verdaderamente más altruistas, y así se evitará que sólo donen aquellas personas que por razones puramente económicas y dada su situación de

21 Igareda Gonzalez, N.: "Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida", en Boladeras, M. (ed.): *Bioética, género y diversidad cultural*, Cánoves i Samoles, Proteus, 2012, pp. 447-490; Cambrón Infante, A.: "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer. Una aproximación desde la perspectiva de los derechos", en Cambrón Infante, A. (coord.): *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 165-210.

22 López Peláez, P.: "Capt 3. Filiación y reproducción asistida en Derecho de la persona", en Ravellat Ballesté, I (coord.): *Derecho de la persona*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 130.

23 Palacios, J. And Brodzinsky, D.: "Adoption research: trends, topics, outcomes", *International Journal Bhaviour Deviance*, núm. 34, 2010, pp. 270-284.

24 Igareda González, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", cit., pp. 227-249.

25 Díez Soto: "Artículo 5. Donantes y contratos de donación", en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.

mayor vulnerabilidad social, acudan a la donación para obtener unos beneficios económicos, que supone la compensación por donación que la mayoría de las legislaciones contemplan[26] y se promueva mayor responsabilidad en todos los actores que intervienen[27].

A la hora de resolver estos dilemas bioéticos, y adoptar una determinada postura legal, es necesario respetar, en la medida de lo posible, la diversidad de posturas morales al respecto. El pluralismo moral de la sociedad no sólo es un hecho, sino además un valor constitucionalmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1 CE).

Por último, resaltar la incongruencia, que interpretamos y vislumbro desde la legislación actual, pretendiendo y potenciando la claridad y precisión en la información accesible a los usuarios de las técnicas, reforzando registros y otros mecanismos de información, considerando la información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas y sin embargo vetando el derecho de los nacidos por TRA a conocer la identidad del donante.

En el ámbito intrafamiliar, se considera conveniente y recomendable que las relaciones familiares estén regidas por la honestidad, fuertemente relacionada con valores como el amor y la transparencia en las relaciones humanas[28].

Por ello, y ante la inexistencia de argumentos fundados para vetar el derecho del nacido por TRA, creo justificado que se proceda al cambio normativo reconociendo el derecho de toda persona a conocer sus orígenes, e identidad, en el sentido más amplio posible.

26 Puigpelat, F.: "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", en Casado, M. y Royes, A. (coords.): *Sobre Bioética y Género*, Aranzadi, Barcelona, 2012, p. 192.

27 Comité de Bioética de Catalunya, *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*, en su reunión plenaria del día 24 de febrero de 2016.

28 Muñoz Genestoux, R y Vittola, R.: "El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo", *Revista IUS*, vol. 11, núm. 39, ene/jun 2017, Puebla. Argentina. Relacionado con CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 2014, p. 42.

BIBLIOGRAFÍA

Berrocal Lanzarot, A: "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007.

Barber Cárcamo, R.: "Reproducción asistida y determinación de la filiación", REDUR: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja,* núm. 8, diciembre 2010.

Cambrón Infante, A.: "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer. Una aproximación desde la perspectiva de los derechos", en Cambrón Infante, A.: (coord.): *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001.

Comité de Bioética de Catalunya, *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*, en su reunión plenaria del día 24 de febrero de 2016.

Domingo, M.: *Las técnicas procreativas y el derecho de familia,* Civitas, Madrid, 2002.

Díez Soto: "Artículo 5. Donantes y contratos de donación" en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida. (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.

Fábrega Ruiz, C.: *Biología y filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida,* Comares, Granada, 1999.

González Pérez De Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013.

González, Annia Y Chávez, Yohel. (dirs.): Especialistas en Pediatría: "Dilemas éticos actuales en torno a la reproducción asistida", *Revista Médica Hosptital Docente Clínico-Quirúrgico Julio M. Aristegui Villamil.*

Igareda González, N.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades,* núm. 31, Época II, junio 2014.

Igareda Gonzalez, N.: "Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida", en Boladeras, M. (ed.): *Bioética, género y diversidad cultural,* Cánoves i Samoles, Proteus, 2012.

Iniesta Delgado, J. J.: "Participantes en las técnicas de reproducción asistida. Artículo 5. Donantes y contratos de donación", en Cobacho Gómez, J. A. (dir): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

Jarufe Contreras, D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida,* Madrid, Dykinson, 2013.

Lema Añón, C.: *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-juridico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, 1999.

López Peláez, P.: "Capt 3. *Filiación y reproducción asistida*", en Ravellat Ballesté, I. (coord.): *Derecho de la persona, Bosch,* Barcelona, 2011.

Muñoz Genestoux, R. y Vittola Raul, L.: "El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo", *Revista IUS,* vol. 11, núm. 39, ene/jun 2017, Puebla, Argentina.

Puigpelat, F.: "El anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida: una solución insatisfactoria desde una perspectiva feminista", en Casado, M. y Royes, A. (coords.): *Sobre Bioética y Género*, Aranzadi, Barcelona, 2012.

Ruiz Saen, A.: "El anonimato del donante en los supuestos de reproducción humana asistida", Vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013.

LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA: CONDENAS DEL TEDH AL ESTADO ESPAÑOL POR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH EN SU VERTIENTE PROCESAL

PROHIBITION OF TORTURE: ECHR SENTENCES TO THE SPANISH STATE FOR BREACHING ARTICLE 3 OF THE ECHR IN ITS PROCEDURAL LIMB

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 488-523

El presente artículo tiene su origen en el Trabajo de Fin de Grado en Derecho titulado "La prohibición de la Tortura: condenas del TEDH al Estado español por la violación del artículo 3 del CEDH en su vertiente procesal"; presentado durante el cuso académico 2016-2017 en la Universitat de València.

Yolanda
GANDIA MIRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha condenado recientemente al Estado español por vulnerar el artículo tercero del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con ella, se elevan a diez las condenas a España por violar la vertiente procesal del mencionado artículo. Es decir, por no haber investigado de forma eficaz posibles casos de tortura, tratos inhumanos o degradantes. El presente estudio tiene por objeto exponer las condenas y la doctrina que TEDH ha sentado alrededor de esta obligación derivada de la prohibición de la tortura.

PALABRAS CLAVE: Tortura; trato inhumano; trato degradante; obligación positiva; vertiente procesal; obligación de investigar; investigación efectiva.

ABSTRACT: *The European Court of Human Rights (ECtHR) has recently condemned the Spanish State for an infringement of the third article of the European Convention of Human Rights. As a result, the number of condemns to the Spanish State have increased to ten due to violation of the procedural limb of the mentioned article. In other words, because of the non-effective investigation of possible torture cases. The main objective of this paper is to expose the cases and the doctrine that ECtHR has established around this obligation derived from the prohibition of the torture.*

KEY WORDS: *Torture; inhuman treatment; degrading treatment; positive obligation; procedural limb; procedural aspect; obligation to investigate; effective investigation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA.- 1. Regulación en el ámbito del Consejo de Europa.- 2. El concepto de tortura, tratos inhumanos y degradantes.- II. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH.- 1. Obligación negativa.- 2. Obligaciones positivas.- III. CONDENAS DEL TEDH A ESPAÑA POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 3 EN SU VERTIENTE PROCESAL.- 1. Martínez Sala y otros c. España.- 2. San Argimiro Isasa c. España.- 3. Beristain Ukar c. España.- 4. B.S. c. España.- 5. Otamendi Egiguren c. España.- 6. Etxebarria Caballero c. España.- 7. Ataun Rojo c. España.- 8. Arratibel Garciandia c. España.- 9. Beortegui Martínez c. España.- 10. Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España.- IV. ANÁLISIS DEL CRITERIO DEL TEDH.- 1. Afirmación defendible.- 2. Investigación oficial eficaz. - V. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA.

1. Regulación en el ámbito del Consejo de Europa

Al centrarse en el ámbito del Consejo de Europa lo primero que conviene recordar es que España forma parte del mismo desde 1977 y que, como establece su propio estatuto fundacional,[1] la principal finalidad de esta organización es la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, especialmente los civiles y políticos.

En seno del Consejo de Europa, la prohibición de la tortura se ha recogido en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y, además, se ha previsto un mecanismo específico de protección contra la tortura. Esta protección específica se materializa en el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), cuyo artículo primero dispone la creación del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes[2].

En el presente trabajo nos centraremos en la regulación prevista en el CEDH. La efectividad y la consecuente importancia del Convenio radica, esencialmente, en la previsión de una jurisdicción propia con plenas competencias para garantizar el cumplimiento del Convenio a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1 BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1978.

2 Art. 1 CPT: "Se crea un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (denominado a continuación: «el Comité»). Por medio de visitas, este Comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradante".

• Yolanda Gandia Mira
Graduada en Derecho por la Universidad de Valencia, yoganmi@alumni.uv.es

(TEDH)[3]. El mismo es el encargado de controlar la aplicación del Convenio y de pronunciarse sobre las posibles violaciones de derechos en los Estados parte a través de la resolución de las demandas interestatales[4] e individuales[5] que se presenten ante él.

Concretamente la prohibición de la tortura está prevista en el artículo tercero del Convenio de la siguiente forma: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Esta prohibición se caracteriza por ser una prohibición de carácter absoluto e inderogable; así lo establece el artículo quince del propio Convenio, que excluye expresamente la posibilidad de derogar el mencionado artículo tercero en caso de estados excepcionales[6] .

Tal y como señala el propio TEDH "el artículo 3 no establece ninguna excepción y el artículo 15 no permite derogarlo en tiempo de guerra o de otro peligro nacional. Esta absoluta prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes demuestra que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa"[7].

2. El concepto de tortura, tratos inhumanos y degradantes

Una vez situados en el ámbito del Consejo de Europa, es conveniente, asimismo, que queden perfiladas las conductas prohibidas por el artículo tercero del Convenio, esto es: la tortura y los tratos inhumanos y degradantes.

Del estudio de la jurisprudencia del TEDH en este aspecto se observa que la identificación de estas conductas gira, esencialmente, en torno a los criterios de: intensidad del maltrato, finalidad del mismo y sujeto que lo ejerce. Además, tal y

3 Art. 19 CEDH: "Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado 'el Tribunal'. Funcionará de manera permanente"; Art. 46.1 CEDH: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes".

4 Art. 33 CEDH: "Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante".

5 Art. 34 CEDH: "El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

6 Art. 15 CEDH: "1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanan del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación".

7 STEDH, 7 julio 1989, *Soering c. Reino Unido,* núm. 14038/88, § 88.

como se verá, los primeros se presentan como criterios diferenciadores entre las conductas.

Por lo que respecta al concepto de tortura, el TEDH lo define remitiéndose al concepto previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[8]. En este sentido, las notas que identifican el concepto de tortura son: el hecho de "infligir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves" y la finalidad específica de obtener de ella o de un tercero una confesión, información, castigar por un acto que se sospeche que haya cometido o intimidar o coaccionar cuando sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento.

Un ejemplo de este comportamiento se daría en el caso Selmouni c. Francia, donde "El Tribunal observa que el conjunto de las lesiones mencionadas en los diferentes certificados médicos, así como las declaraciones del demandante sobre los malos tratos de que fue víctima durante su detención, acreditan la existencia de dolores o sufrimientos físicos y, sin duda alguna, también mentales […]. El desarrollo de los hechos demuestra igualmente que los dolores o sufrimientos fueron infligidos intencionadamente al demandante, con la finalidad sobre todo de obtener confesiones sobre los hechos que se le imputaban. Por último, de los certificados médicos unidos a los autos del procedimiento se deduce claramente que las múltiples agresiones fueron ejercidas directamente por agentes de la policía en el ejercicio de sus funciones. […] En estas condiciones, el Tribunal está convencido de que los actos de violencia física y mental cometidos contra la persona del demandante, tomados en su conjunto, han provocado dolores y sufrimientos «graves» y revisten un carácter particularmente serio y cruel. Tales agresiones deben considerarse actos de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención"[9]. Otro supuesto claro en el que se califican las conductas como tortura se da en el caso Aydin c. Turquía, donde el Tribunal destaca que "la violación de un detenido por parte de un agente del Estado debe considerarse una forma especialmente grave y odiosa de maltrato, que deja en la víctima lesiones psicológicas profundas […] está convencido de que el conjunto de actos de violencia física y mental cometidos contra la persona de la demandante y el

8 Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987). Su artículo 1.1 señala que: "1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

9 STEDH, 27 julio 1999, *Selmouni c. Francia,* núm. 25803/94, § 98-105.

de la violación, que reviste un carácter especialmente cruel, son constitutivos de torturas prohibidas por el artículo 3 del Convenio. El Tribunal declara, asimismo, que habría llegado a la misma conclusión a partir de cualquiera de dichos motivos tomados por separado"[10]. En este sentido, se puede concluir que "un acto de violación puede constituir por sí solo un acto de tortura"[11].

Tal y como se ha introducido, los criterios diferenciadores entre tortura y tratos inhumanos y degradantes son dos: la finalidad y la intensidad de la conducta, aunque el último de ellos se revela como elemento verdaderamente diferenciador, como se verá.

En primer lugar, el Tribunal distingue las conductas haciendo referencia al objetivo con el que se ejercen, entendiendo que la tortura es una conducta que causa un sufrimiento grave e intenso con el objetivo de obtener información, infligir un castigo, intimidar, entre otros. En este sentido destacar que, de entre los casos que afectan al Estado español, el más reciente de ellos contiene pronunciamientos relevantes en torno a esta cuestión. Esencialmente, el Tribunal califica las conductas como tratos inhumanos y degradantes y no como tortura debido a "la ausencia de pruebas concluyentes sobre el objetivo del trato infligido y la falta de alegaciones en torno a las consecuencias a largo plazo que pudieron tener los malos tratos en los solicitantes"[12].

En cuanto a la intensidad de la conducta como criterio diferenciador ello deriva en que únicamente aquellas acciones especialmente graves, que hayan implicado un nivel elevado de crueldad y sufrimiento serán calificadas como torturas. En este sentido, resulta revelador el caso Irlanda c. Reino Unido, cuya doctrina continúa estando vigente[13], y en el que el Tribunal concluye que "aunque las cinco técnicas, utilizadas conjuntamente, presentaban sin duda las características de un trato inhumano y degradante, tenían por objeto arrancar confesiones, denuncias o informaciones y se aplicaban de forma sistemática, no causaron sufrimientos de la intensidad y de la crueldad especiales que implica la palabra tortura así entendida"[14].

10 STEDH, 25 septiembre 1997, *Aydin c. Turquía,* núm. 23178/94, § 86.

11 Asociación para la Prevención de la Tortura, Centro para la Justicia y el Derecho Internacional*, La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia,* pp. 58-65.

12 STEDH, 13 febrero 2018, *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España,* núm. 1653/13, § 84, (traducción propia). Sin embargo, es necesario tener presente que esta sentencia cuenta con una opinión parcialmente disidente partidaria de calificar las conductas como torturas. En la misma se expresa que, si bien el móvil es casi imposible de demostrar, las pruebas en su conjunto permiten deducir que la conducta está motivada por el deseo de castigar o intimidar a los solicitantes debido a su presunta pertenencia a ETA. Esta opinión disidente también tiene en cuenta el hecho de que la propia Audiencia Provincial calificase las acciones como tortura, en particular, porque el objetivo era humillar, castigar y tomar represalias contra los solicitantes por su condición de miembros de ETA.

13 STEDH, 2 mayo 2017, *Olisov y otros c. Russia,* núm. 10825/09, § 86.

14 STEDH, 18 enero 1978, *Irlanda c. Reino Unido,* núm. 5310/71, § 167.

Por lo tanto, los tratos inhumanos y degradantes son conductas que, sustancialmente, son similares a la tortura pero que se ejercen con distinto nivel de intensidad. Esta intensidad o gravedad de la conducta depende, principalmente, del "nivel de dolor o sufrimiento causado" a la víctima. El TEDH entiende que para determinar esta intensidad se debe valorar la actuación atendiendo tanto a los elementos objetivos como subjetivos de la concreta situación. Así, el propio Tribunal ha afirmado en numerosas ocasiones que "la valoración de la mínima gravedad es relativa por definición; depende del conjunto de los elementos de la causa, en particular, de la duración del trato y de sus efectos físicos o mentales, así como, a veces, del sexo, de la edad y del estado de salud de la víctima"[15].

En el ya mencionado caso Irlanda c. Reino Unido el Tribunal completa la definición de tratos inhumanos y degradantes señalando que "Las cinco técnicas, utilizadas conjuntamente, con premeditación y durante muchas horas, causaron a los que las sufrieron si no verdaderas lesiones, por lo menos intensos sufrimientos físicos y morales; y, además, trastornos psíquicos agudos durante los interrogatorios. Por tanto, se consideraban como un trato inhumano, a tenor del artículo 3. Las técnicas implicaban, además, un carácter degradante por cuanto podían crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral"[16].

II. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH

En primer lugar, conviene hacer una breve mención a los distintos tipos de obligaciones que asumen los Estados parte en el CEDH para después trasladar los conceptos al ámbito de la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes.

En este sentido, interesa partir de la distinción entre obligaciones negativas y obligaciones positivas. Las primeras imponen a los Estados una obligación de "no hacer" en primera persona, de no realizar las concretas conductas proscritas por el Convenio o de no interferir en el correcto ejercicio de los derechos. En cambio, las obligaciones positivas implican un compromiso de "hacer", de realizar toda una serie de conductas activas tendentes a asegurar y garantizar el correcto ejercicio de los derechos consagrados o la correcta prevención de las conductas prohibidas. El Estado no solo está obligado a no realizar las conductas prohibidas y a no interferir en el correcto ejercicio de los derechos, sino que, con el reconocimiento de los derechos que contiene el Convenio, se compromete a

15 STEDH, 24 julio 2012, *B.S. c. España,* núm. 47159/08, § 41.

16 STEDH, *Irlanda c. Reino Unido,* cit., § 167.

asegurar y garantizar activamente el respeto de los mismos. Se trata, por tanto, de obligaciones complementarias. En consecuencia, las violaciones del Convenio podrán derivarse tanto del incumplimiento de las obligaciones negativas (mediante concretas actuaciones contrarias a los derechos reconocidos) como de las positivas (mediante la no adopción de ciertas garantías básicas).

A esta tradicional clasificación se ha sumado la subdivisión de las obligaciones positivas en: obligaciones positivas sustantivas y obligaciones positivas procedimentales. En palabras del propio Consejo de Europa: "Las obligaciones sustantivas[17] son aquellas que requieren las medidas básicas necesarias para el pleno disfrute de los derechos garantizados. […] En cuanto a las obligaciones procesales, son aquellas que requieren el establecimiento de procedimientos internos para garantizar una mejor protección a las personas y, en última instancia, la fijación de recursos suficientes ante las violaciones de los derechos"[18].

Por lo tanto, la creación de un marco jurídico básico que garantice el correcto ejercicio de los derechos reconocidos es una obligación sustantiva (positiva) asumida por los Estados parte del Convenio. Además, una vez establecido el marco jurídico básico al que obliga la vertiente sustantiva, el aspecto procedimental obliga al establecimiento de procedimientos mediante los que se asegure el correcto ejercicio del derecho, la prevención de injerencias y, en su caso, la reparación de las mismas.

Es de destacar, también, que "el hecho de recurrir al concepto de obligación positiva ha permitido al Tribunal reforzar, y a veces ampliar, los requisitos sustantivos del Convenio y vincularlos a obligaciones procedimentales independientes y adicionales de las previstas en los artículos 6 y 13 del mismo"[19].

Como bien dice Laurens Lavrysen[20], al aplicar los mencionados conceptos al artículo 3 del Convenio, el TEDH distingue entre obligaciones sustantivas (positivas y negativas) y procedimentales (positivas). Recordemos, primero, cómo el Convenio consagra la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes:

17 Se ha observado que "sustantiva" es la traducción de *substantial /substantive* que más se utiliza en las resoluciones judiciales y artículos españoles, aun así, el Tribunal Constitucional ha utilizado en este ámbito el sinónimo "sustancial" en algunas ocasiones.

18 Council of Europe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, January 2007, Human rights handbooks, núm. 7, p. 16 (traducción propia).

19 Council of Europe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights,* January 2007, Human rights handbooks, núm. 7, p. 6 (traducción propia).

20 *Vid.* Lavrysen, L.: *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights,* Intersentia, Cambridge, 2016, p. 48.

"Artículo 3 – Prohibición de la tortura: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

1. Obligación negativa

La obligación negativa que se deriva de este artículo es obvia: el Estado está obligado a no realizar conductas consistentes en torturar o infligir penas o tratos inhumanos o degradantes. En este sentido, las violaciones del artículo se originarán mediante conductas activas; por ejemplo "cuando un individuo se encuentra privado de libertad, o más generalmente, se enfrenta a agentes de las fuerzas del orden, la utilización contra él de la fuerza física no siendo necesaria por su comportamiento, atenta contra la dignidad humana y constituye, en principio, una violación del derecho garantizado por el artículo 3"[21].

Tanto la obligación negativa como la obligación positiva sustantiva que se enunciará a continuación, configuran el núcleo principal del artículo 3 CEDH, y por ello el incumplimiento de estas obligaciones derivará en una vulneración del artículo en su vertiente sustantiva.

A pesar de que el presente estudio no se centra en el análisis de la vertiente sustantiva, sí que es necesario destacar que para condenar por la realización efectiva de malos tratos contrarios al artículo 3, el TEDH viene exigiendo que los hechos se encuentren probados "más allá de toda duda razonable". Sin embargo, hay que tener en cuenta el papel fundamental que juegan determinados indicios o presunciones no refutadas que, en el caso de ser graves, pueden incluso llevar al Tribunal a concluir que ha existido vulneración sustantiva. Así, "el Tribunal señala que el procedimiento previsto en el Convenio no siempre se presta a una aplicación estricta del principio 'affirmanti incumbit probatio' (la carga de la prueba recae sobre el que afirma). Remite a su jurisprudencia relativa a los artículos 2 y 3 del Convenio según la cual cuando los hechos en cuestión son conocidos sólo por las autoridades, como en el caso de las personas bajo su custodia en detención preventiva, cualquier daño corporal o fallecimiento ocurrido durante el período de detención, dará lugar a serias presunciones de hecho. La carga de la prueba recae en este caso en las autoridades, que deberán ofrecer una explicación satisfactoria y convincente […]. En ausencia de dicha explicación, el Tribunal está facultado para extraer conclusiones que pueden no ser favorables al Gobierno demandado […]"[22].

21 STEDH, 2 noviembre 2004, *Martínez Sala y otros c. España,* núm. 58438/2000, § 121.

22 STEDH, 13 diciembre 2012, *El-Masri c. ex-República Yugoslava de Macedonia,* núm. 39630/09, § 152.

Así lo ha afirmado el TEDH en varias de las sentencias de condena al Estado español[23], teniendo especial relevancia la condena más reciente, pues en ella se concluye la vulneración de la vertiente sustantiva del artículo 3 de la siguiente forma: "[…] el Tribunal considera que están suficientemente probadas que las lesiones descritas en los certificados presentados por los solicitantes, cuya existencia no ha sido negada ni por el Tribunal Supremo ni por el Gobierno, ocurrieron cuando los solicitantes estaban bajo la custodia de la Guardia Civil. Asimismo, considera que ni las autoridades nacionales ni el Gobierno presentaron argumentos convincentes o creíbles que pudieran utilizarse para explicar o justificar, en las circunstancias del caso, los daños sufridos por los solicitantes. En consecuencia, el Tribunal concluye que la responsabilidad por los daños descritos debe atribuirse al Estado demandado"[24].

2. Obligaciones positivas

"Para que los derechos de la Convención Europea puedan ser disfrutados adecuadamente deben recibir una protección funcional y eficaz.

En el contexto de los malos tratos, son imprescindibles los mecanismos de prevención y protección contra los mismos. Muchas de estas salvaguardas se encuentran en el sistema legal nacional, en la protección que brindan a las personas ante todo tipo de agresiones, así como también a través del derecho de las víctimas a exigir reparación frente a aquellos que cometieron la agresión.

Estas obligaciones positivas se pueden dividir en dos categorías: la exigencia de que el sistema legal brinde protección contra la agresión de otras personas y no solo de agentes del estado […]; y la obligación procedimental de investigar los supuestos casos de maltrato"[25].

Por lo tanto, en virtud de la obligación positiva sustantiva contraída por el Estado, éste debe crear un marco jurídico básico y favorable al respeto de la prohibición de ejercer torturas y tratos inhumanos y degradantes.

Por su parte, la obligación positiva procedimental del artículo, se concreta en una obligación de investigar los supuestos casos de maltrato. El TEDH, en los términos que se serán expuestos, entiende que esta obligación conforma una vertiente autónoma; la denominada "vertiente procesal del artículo tercero".

23 *Vid. San Argimiro Isasa c. España*, cit., § 58; *Beristain Ukar c. España,* cit., § 39; *Etxebarria Caballero c. España, cit., § 55.*

24 *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, cit., § 83 (traducción propia).

25 Council of Europe, *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights,* July 2003, Human rights handbooks, núm. 6 (traducción propia).

Como bien apunta el "Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"[26] (conocido como Protocolo de Estambul), fue en el caso Assenov y otros c. Bulgaria (1998) donde el TEDH reconoció, por primera vez, que el incumplimiento de esta obligación procedimental implica a una violación del artículo 3. En el siguiente extracto de la mencionada sentencia se puede observar en qué consiste esta obligación procedimental y como se vincula al contenido del artículo 3:

"[…] cuando una persona afirma de manera defendible haber sufrido, por parte de agentes del Estado, graves sevicias ilícitas, y contrarias al artículo 3, esta disposición, combinada con el deber general que impone al Estado el artículo 1 del Convenio de «reconocer a cualquier persona perteneciente a (su) jurisdicción, los derechos y libertades definidos (...) (en la) Convención», exige, de forma implícita, que se realizara una investigación oficial efectiva que permitiera llevar a la identificación y castigo de los responsables. De no actuar de este modo, a pesar de su importancia fundamental, la prohibición legal general de la tortura y de las sanciones o tratamientos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica y sería posible, en determinados casos, que los agentes del Estado pisotearan, gozando prácticamente de impunidad, los derechos de los sometidos a su control.

Dedicándose a una evaluación a la luz de los criterios arriba expuestos, el Tribunal observa que la encuesta realizada por las autoridades nacionales no fue suficientemente desarrollada en profundidad ni efectiva para los fines del artículo 3. En consecuencia, considera que existió violación de esta disposición"[27].

Una de las características principales de esta vertiente procesal es su autonomía.[28] Ello implica que puede declararse la vulneración del artículo 3 del Convenio independientemente de si se declara, o no, la violación de su vertiente sustantiva. De hecho, en la práctica, la vertiente procesal suele entrar en juego cuando no es posible probar –con el grado de exigencia requerido por el Tribunal– la práctica efectiva de las torturas, tratos inhumanos o degradantes que se alegan.

"El aspecto procesal del art. 3 cobra relevancia 'cuando el Tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes' (STEDH de 17 de octubre de 2006, Danelia c. Georgia, § 45).

26 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes., § 37.

27 STEDH, 28 octubre 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria,* núm. 24760/94.

28 *Vid.* Fundación Abogacía Española, *España ante la tortura y los malos tratos,* Informe Fundación Abogacía Española, noviembre 2016, p. 4.

En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, ha concluido no poder afirmar con certeza, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que el demandante fue sometido, durante su arresto y su detención, a los malos tratos alegados. Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al art. 3 del Convenio europeo 'se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada por el demandante por malos tratos', el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violado el art. 3 del Convenio en su parte procesal […])".[29] En definitiva, esta autonomía implica que se puede acudir al TEDH alegando la falta de una investigación exhaustiva en relación con las conductas proscritas por el artículo 3 independientemente de que se solicite, o no, condena por la vulneración material o sustantiva. En todo caso, hay que resaltar que ello no obsta que se pueda alegar vulneración de ambas vertientes, de hecho, en la mayoría de las sentencias que se analizarán a continuación así se solicita, aunque la única en la que el TEDH llega a la conclusión de que se han vulnerado efectivamente tanto la vertiente material como procesal será, solamente, la última de ellas. [30]

Como se puede observar, en este ámbito, el concepto de "investigación oficial eficaz" es esencial. Es precisamente la ausencia de la misma lo que determina la violación del artículo 3 en su vertiente procesal. Por ello, dicho concepto, entre otros, será analizado más adelante de forma independiente.

Por último, simplemente apuntar que, a pesar de que esta diferenciación entre las vertientes del artículo 3 CEDH está asentada en la jurisprudencia del TEDH, existen algunos debates doctrinales abiertos sobre ella. Al respecto López Bofill señala que "la utilización del concepto de 'violación desde el punto de vista procedimental' del artículo 3 CEDH por parte del TEDH plantea en términos de garantías, una valoración, cuanto menos, ambivalente.

En un sentido, resulta difícil compatibilizar la fundamentación de una condena sobre la base de la violación del artículo 3 CEDH desde el punto de vista procedimental con la prohibición absoluta de tortura que se predica por parte de la misma jurisprudencia del TEDH del citado artículo 3 del Convenio. La idea de la prohibición absoluta de la tortura […] puede verse devaluada si se admite que las actuaciones de determinados Estados susceptibles de encuadrarse en el

29 STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 2º.

30 STEDH, 13 febrero 2018, *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España,* núm. 1653/13. Entre otras, también podemos observar condenas por vulneración de ambas vertientes en: STEDH, 5 febrero 2015, *Razzakov c. Russia,* núm. 57519/09; STEDH, 1 junio 2017, *Mindadze y Nemsitsveridze c. Georgia,* núm. 21571/05; STEDH, 28 noviembre 2011, *Aleksandr Konovalov c. Rusia,* núm. 39708/07; STEDH, 12 diciembre 2017, *Ksenz y otros c. Rusia,* núm. 45044/06; STEDH, 9 enero 2018, *Vasile Victor Stanciu c. Rumanía,* núm. 70040/13.

ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH no constituyen una vulneración material de la prohibición. El correlato de una prohibición absoluta parece que sólo puede vincularse a una violación sustantiva y, en efecto, podría plantearse la hipótesis por la que el TEDH recurre a la distinción entre 'violación procedimental' y 'violación sustantiva' como un eufemismo para no reconocer que en un Estado miembro del CEDH se producen violaciones graves de derechos humanos que no son reprimidas desde las instancias judiciales internas.

Por otra parte, puede argumentarse en sentido contrario, que es justamente debido a que las acciones denunciadas se refieren a una prohibición absoluta y que el Estado demandado asume la carga de probar que la investigación sobre los malos tratos ha sido profunda y eficaz que, en algunos casos dudosos, se puede modular la sanción que recibe el Estado condenado con la declaración de que la infracción al artículo 3 CEDH sólo ha sido en 'términos procedimentales'."[31]

Desde mi punto de vista, el plano teórico se puede permitir especular acerca de la compatibilidad de la vertiente procesal y del carácter absoluto de la prohibición de tortura, así como la conveniencia de esta diferenciación. Ahora bien, trasladar estas reflexiones a la práctica implicaría un coste que no se puede asumir; y es que, la vertiente procesal del artículo 3 CEDH no hace otra cosa que aumentar las garantías que rodean la prohibición que se contiene en él, estableciendo para ello una específica obligación positiva procedimental para asegurar que las violaciones sustantivas salgan a la luz a través de una correcta investigación.

III. CONDENAS DEL TEDH A ESPAÑA POR LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 3 EN SU VERTIENTE PROCESAL[32]

En virtud de las obligaciones procedimentales derivadas del artículo 3, el TEDH ha condenado en diferentes ocasiones al Estado español. En el presente epígrafe se enumerarán cronológicamente todas ellas y se plasmarán los extractos más relevantes de las mismas.

1. Martínez Sala y otros c. España

Esta sentencia fue el primer pronunciamiento en el que el TEDH condenó al Estado español por una violación de la vertiente procesal del artículo 3 del CEDH.

31 López Bofill, H.: "Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos desde el punto de vista procedimental", *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2012, núm. 10°, p. 86.

32 Otras recopilaciones de las STEDH: *Vid.* Fundación Abogacía Española, *España ante la tortura y los malos tratos,* Informe Fundación Abogacía Española, noviembre 2016, Anexo I.; Millares Ruiz-Huidobro, R: *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas,* Informe "El tiempo de los derechos", núm. 31, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2013.

En este asunto se enjuician las alegaciones presentadas por 15 demandantes, detenidos entre los días 29 de junio y 7 de julio de 1992 por su relación con hechos constitutivos de delitos de pertenencia a banda armada o colaboración con banda armada, posesión de explosivos, posesión ilícita de armas y terrorismo. "Los demandantes se quejan de haber sufrido tratos inhumanos y degradantes, concretamente torturas físicas y psicológicas, durante su arresto, así como durante su detención en Cataluña y en los locales de la Dirección general de la Guardia Civil en Madrid. Alegan además que los procedimientos tramitados por las autoridades internas no fueron ni profundos ni efectivos y que, en estas condiciones, no permitieron esclarecer los hechos denunciados"[33].

Respecto a los procedimientos seguidos por los Tribunales internos en relación con las denuncias de malos tratos cabe destacar los diversos motivos por los que las mismas fueron sobreseídas y por los que los recursos contra tales sobreseimientos fueron rechazados. Las primeras denuncias abrieron un procedimiento que resultó sobreseído provisionalmente en base a que los informes médicos forenses no habían probado los malos tratos alegados. El recurso de reforma interpuesto ante tal decisión sumó como motivo que, teniendo en cuenta las circunstancias, "era difícil identificar a los autores de los malos tratos alegados"[34]. La Audiencia Provincial confirmó esta decisión y el Tribunal Constitucional determinó que la motivación era suficiente y que las discrepancias en la apreciación de la prueba no podrían dar lugar a una violación del artículo 24 CE. Las posteriores reaperturas del sumario y demás procedimientos internos siguieron la misma suerte bajo los mismos fundamentos, llegando incluso uno de los jueces a dictar sobreseimiento basándose en las decisiones anteriores "sin referencia alguna al contenido de las declaraciones transmitidas por la Audiencia Nacional, limitándose a constatar la ausencia de elementos nuevos que pudiesen mejorar su conocimiento de los hechos"[35].

En relación con las alegaciones de malos tratos durante la detención, el Tribunal determina, teniendo presente "el período de tiempo particularmente largo (doce años) transcurrido desde los hechos enjuiciados no facilita su tarea"[36], que las pruebas presentadas "no constituyen un conjunto de indicios suficiente como para sostener su tesis, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal en la materia"[37]. En consecuencia, determina que no hubo violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente sustantiva.

33 STEDH, 2 noviembre 2004, *Martínez Sala y otros c España,* núm. 58438/00, § 3.

34 *Ibídem,* § 93.

35 *Ibídem,* § 108.

36 *Ibídem,* § 145.

37 *Ibídem.*

Ahora bien, respecto la insuficiencia de las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades internas, "el Tribunal recuerda que, cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, graves sevicias contrarias al artículo 3, dicha disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio […] requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz. Dicha investigación, a ejemplo de la resultante del artículo 2, debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables"[38].

Se pone en evidencia también el hecho de que durante la instrucción de las denuncias por malos tratos únicamente se examinaran los informes de los médicos forenses y que éstos fueran la única base sobre la que se determinó la insuficiencia de elementos probatorios. Al TEDH le sorprende que se decretara el sobreseimiento en base a la dificultad a la hora de identificar a los presuntos autores de los malos tratos, "cuando incluso las denuncias hacían referencia a los miembros de las fuerzas de seguridad que habían interrogado a los demandantes durante su detención. Lamenta muy particularmente que las autoridades responsables de las investigaciones no hubiesen podido así oír a los agentes de policía que habían trasladado a los demandantes a Madrid, ni a aquellos que se encargaron de vigilarles durante su detención preventiva. […] En definitiva, el Tribunal no puede sino constatar que las autoridades judiciales rechazaron todas las peticiones de administración de pruebas presentadas por los demandantes, privándose así de una posibilidad razonable de esclarecer los hechos denunciados"[39]. "En conclusión y teniendo en cuenta la ausencia de investigación profunda y efectiva sobre las alegaciones defendibles de los demandantes según las cuales éstos sufrieron malos tratos durante su detención provisional, el Tribunal considera que hubo violación del artículo 3 del Convenio"[40].

2. San Argimiro Isasa c. España

En este caso el demandante invoca la violación del artículo 3 del Convenio en sus dos vertientes, tanto por haber sido sometido a malos tratos[41] durante su detención y su arresto en Madrid, como por la ausencia de una investigación eficaz sobre los mismos.

Los médicos forenses que le examinaron durante su detención sí que observaron la presencia de lesiones recientes y, días después, una vez trasladado

38 *Ibídem,* § 156.

39 *Ibídem,* § 159.

40 *Ibídem,* § 160.

41 Golpes en la cabeza, sesiones de asfixia, humillaciones y vejaciones sexuales y amenazas de muerte y de violación.

al centro penitenciario, el médico forense del mismo detectó una fractura en una de las costillas izquierdas.

Respecto a la vertiente sustantiva del artículo, el TEDH "considera que los elementos de los que dispone no le permiten establecer más allá de toda duda razonable, que el demandante haya estado sometido a tratamientos contrarios al artículo 3 del Convenio. A este respecto, quiere subrayar que esta imposibilidad emana, en gran parte, de la ausencia de una investigación en profundidad y de forma efectiva por parte de las autoridades nacionales"[42].

El Juez encargado de instruir la denuncia por malos tratos sobreseyó de forma provisional el asunto considerando, en base a los informes del médico forense, que las lesiones derivaban de la utilización de una fuerza necesaria durante la detención sin visualizar el vídeo de la misma propuesto como prueba. Posteriormente, la Audiencia Provincial determinó la necesidad de una investigación más profunda y el Juzgado de Instrucción escuchó al médico forense y al demandante y ordenó nuevos informes periciales concluyendo que las lesiones eran compatibles con la fuerza necesaria para la detención en el caso concreto. La Audiencia Provincial confirmó el sobreseimiento y determinó que "no era posible identificar a los agentes de la Guardia Civil que participaron en su detención"[43].

El TEDH introduce su apreciación recordando que realizar una investigación oficial efectiva de las posibles actuaciones encuadrables en el artículo 3 del Convenio, que es una exigencia que se deriva del mismo. Recalca que "la desestimación de las solicitudes de admisión de pruebas presentadas por el demandante le privaron de la razonable posibilidad de esclarecer los hechos denunciados"[44]. Además, "el Tribunal considera que las investigaciones llevadas a cabo no han sido ni suficientemente profundas, ni efectivas para cumplir las exigencias ya citadas en el artículo 3. A este respecto hace notar que […] los profesionales de servicio podían ser identificables simplemente pidiendo los registros relativos a este período"[45]. Y recalca que la visualización de la grabación de la detención habría sido un medio especialmente idóneo para identificar a las personas encargadas de la misma. Por todo ello, el TEDH concluye que existió violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

42 STEDH, 28 septiembre 2010, *San Argimiro Isasa c. España,* núm. 2507/07, § 65.

43 *Ibídem,* § 19.

44 *Ibídem,* § 40.

45 *Ibídem*, § 41.

3. Beristain Ukar c. España

En este caso, el demandante invoca la violación del artículo 3 del Convenio en sus dos vertientes, tanto por haber sido sometido a malos tratos[46] durante su detención, traslado y arresto en Madrid, como por la ausencia de una investigación eficaz sobre los mismos.

En el primer examen médico forense se detecta una lesión mandibular. En los posteriores exámenes se constata la evolución de tal lesión y no se detectan nuevas lesiones concluyendo el buen estado de salud físico y psíquico del detenido.

Una vez denunciados los presuntos malos tratos, el Juzgado de Instrucción sobreseyó el asunto debido a la ausencia de pruebas sobre los mismos sin escuchar al denunciante ni al médico forense ni intentar identificar a los agentes implicados. La Audiencia Provincial confirmó el sobreseimiento bajo el mismo argumento de ausencia de pruebas y el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo por falta de anclaje constitucional.

El TEDH concluye, en relación con la vertiente sustantiva del artículo 3 del Convenio, que no es posible probar "más allá de cualquier duda razonable, que el demandante ha estado sometido a tratos que han alcanzado un mínimo de gravedad, contrarios al artículo 3 del Convenio. A este respecto, quiere subrayar que esta imposibilidad emana en gran parte de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales en respuesta a la queja presentada por el demandante por malos tratos"[47].

El TEDH reprocha la pasividad del Juez instructor de la Audiencia Nacional ante las alegaciones de malos tratos y la parquedad de la investigación realizada en la instrucción de la denuncia por malos tratos. Critica, en concreto, que no se examinara ninguna prueba más allá de los informes del médico forense y afirma que "los medios de prueba suplementarios solicitados por el demandante y, muy particularmente, el de interrogar a los agentes encargados de su traslado a Madrid y de su vigilancia de la detención preventiva, habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos y al castigo de los eventuales responsables, como exige la jurisprudencia del Tribunal"[48]. En consecuencia, estima la violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

46 Golpes en la cabeza con la palma de la mano, colocación de una bolsa en la cabeza para producirle sensación de asfixia, privación del sueño y de alimentos, vejaciones sexuales, amenazas contra su familia e introducción de un objeto vía anal.

47 STEDH, 8 marzo 2011, *Beristain Ukar c. España,* núm. 40351/05, § 42.

48 *Ibídem,* § 33.

4. B. S. c. España

La demandante alega también violación de ambas vertientes del artículo. Ahora bien, de entre todas las condenas al Estado español por violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procesal, ésta es la única que no se realiza en el marco de una detención relacionada con presuntos actos de terrorismo.

En un primer momento la Policía Nacional requirió a la demandante que se identificara y le instó a abandonar el lugar donde ejercía la prostitución. Horas más tarde, estando la demandante en el mismo lugar del que se le había requerido se marchase, se volvió a encontrar con los mismos agentes. Alega que, en esta ocasión, fue interceptada mientras intentaba huir y golpeada con una porra mientras le dirigían insultos racistas. Alega también que días más tarde uno de esos agentes le volvió a golpear con la porra, presentando en este caso un informe médico que acreditaba inflamación y hematoma en la mano izquierda. La denuncia sobre estos hechos fue sobreseída, recurriendo la demandante esta decisión y solicitando que se identificase a los agentes y a los testigos. La Audiencia Provincial revocó el sobreseimiento y ordenó que se iniciase un juico por faltas frente a los policías. Este juicio se resolvió mediante la absolución de los mismos basándose, únicamente, en un informe de la Dirección General de la Policía que afirmaba que "ningún incidente se había producido durante la identificación de la demandante"[49]. La Audiencia Provincial confirmó esta decisión y el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo en base a "la falta de anclaje constitucional de las quejas planteadas"[50].

Pocos días después de interponer la primera denuncia la denunciante presenta una segunda alegando haber sufrido una agresión por el mismo agente de policía, solicitando la acumulación con la primera denuncia. El Juzgado resolvió no acumular las denuncias y sobreseer el asunto por "no aparecer debidamente justificada la perpetración de un delito"[51]. La Audiencia Provincial confirmó el sobreseimiento y el Tribunal Constitucional desestimó el amparo en base a la falta de relevancia constitucional de las pretensiones.

El TEDH se pronuncia en el sentido de que "los informes médicos no son concluyentes en cuanto al posible origen de las heridas que presentaba la demandante y que los elementos del expediente no permiten tener una certeza, más allá de toda duda razonable, sobre la causa de las lesiones"[52], vinculando esta imposibilidad a la ausencia de una investigación oficial eficaz sobre los hechos. El

49 STEDH, 24 julio 2012, *B.S. c. España*, núm. 47159/08, § 17.

50 *Ibídem*, § 20.

51 *Ibídem*, § 26.

52 *Ibídem*, § 55.

Tribunal recuerda que cuando se presentan denuncias plausibles sobre supuestas violaciones del artículo 3 CEDH es necesario que se inicie una investigación eficaz sobre ello y afirma que en el caso concreto las investigaciones no fueron diligentes por cuanto rechazaron toda prueba solicitada por la demandante y resolvieron las denuncias basándose únicamente en un informe del propio Jefe de Policía, lo cual es, a todas luces, contrario a las exigencias derivadas del artículo 3 CEDH, por lo que se estima la violación del mismo en su vertiente procesal.

5. Otamendi Egiguren c. España

El presente caso tiene origen en la detención y arresto del demandante por presuntos delitos de pertenencia y colaboración con la organización terrorista ETA. Durante esos días el demandante informó de que fue sometido a distintos malos tratos[53] por parte de la Guardia Civil.

Una vez denunciados los hechos, sorprende que la Guardia Civil informara de que no constaba en su registro la detención del demandante. El Juez de instrucción, después de haber examinado los informes del médico forense y haber escuchado al mismo decretó el sobreseimiento provisional por no derivarse de ellos "ningún indicio que demostrara que los malos tratos denunciados por el demandante hubieran sido realmente infligidos. Por otra parte, estima que no era menester proseguir con la petición del interesado solicitando el examen de elementos de prueba adicionales, dado que no aportarían indicios distintos de los contenidos en la declaración del interesado"[54]. Los recursos contra esta decisión fueron desestimados y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue inadmitido.

En este caso, el TEDH únicamente razona su pronunciamiento en relación con la vertiente procesal del artículo 3 CEDH. Recuerda que la exigencia de una investigación oficial eficaz, en los casos en que se argumente de forma razonada haber sido sometido a actos contrarios al artículo 3 del Convenio, se deriva directamente del propio artículo.

En esta sentencia el Tribunal hace eco de las recomendaciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) en relación con la modalidad de detención incomunicada, resaltando la necesidad de establecer medidas adicionales de vigilancia jurisdiccional para evitar abusos.

53 Privación del sueño, ejercicio físico forzado (flexiones), amenazas, humillaciones y vejaciones sexuales, simulación de disparos.

54 STEDH, 16 octubre 2012, *Otamendi Egiguren c. España,* núm. 47303/08, § 21.

Concluye que la investigación llevada a cabo en este caso no ha sido profunda ni efectiva y recrimina el hecho de que se sobreseyera la denuncia sin practicar pruebas idóneas para esclarecer los hechos, como oír personalmente al demandante, al compañero de celda del mismo durante la detención o a los agentes implicados. En consecuencia, declara la vulneración del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

6. Etxebarria Caballero c. España

La demandante alega haber sufrido malos tratos[55] tanto en el momento de su detención en Bilbao como en su posterior traslado y arresto en Madrid, siendo los más graves los relacionados con este último arresto.

Presentó denuncia por estos hechos y solicitó como medios de prueba, además de los informes y la declaración del médico forense, las grabaciones de las cámaras de seguridad junto con la identificación y declaración de los agentes presentes durante su detención preventiva. También solicitó ser oída y reconocida por un médico física y psicológicamente. El Juez de instrucción solamente examinó el informe médico forense y las copias de las declaraciones de la demandante, y en base a ello se acordó sobreseer el asunto, confirmando el mismo la Audiencia Provincial. El recurso de amparo presentado en relación con los hechos fue inadmitido.

Durante el enjuiciamiento de los hechos por los que fue detenida ante la Audiencia Nacional ésta sí que escuchó a los agentes y abogados presentes cuando la demandante firmó la declaración y a los médicos forenses que la examinaron. La demandante se acogió a su derecho a no declarar, pero presentó un informe psicológico pericial donde se le diagnosticaba estrés postraumático, depresión, ansiedad y un posible trastorno de la alimentación.

En relación con la vertiente sustantiva del artículo 3 del Convenio, el TEDH desestima la pretensión de la demandante por no poder probar los hechos más allá de toda duda razonable debido a "la ausencia de elementos probatorios suficientes resultantes, especialmente de la insuficiencia de la investigación llevada a cabo"[56]. Recalca que es consciente de las dificultades que los detenidos de forma incomunicada se encuentran a la hora de aportar pruebas de los malos tratos padecidos.

Por cuanto se refiere a la vertiente procesal del artículo, el TEDH considera que la investigación llevada a cabo por las instancias nacionales no fue todo lo

55 Amenazas, episodios de asfixia con una bolsa, humillaciones, vejaciones y agresiones sexuales.

56 STEDH, 7 octubre 2014, *Etxebarria Caballero c. España,* núm. 74016/12, § 57.

diligente y eficaz que debe ser una investigación relacionada con hechos de este calibre. Censuró que, en el marco del procedimiento de denuncias por malos tratos, no se admitiera la práctica de pruebas idóneas para el esclarecimiento de los sucesos y pone acento en que "la situación de particular vulnerabilidad de las personas detenidas en régimen de incomunicación exige que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea medidas de vigilancia adecuadas y que éstas se apliquen de forma rigurosa con el fin de evitar los abusos y de proteger la integridad física de los detenidos"[57]. En consecuencia, concluye que se ha violado el artículo 3 del CEDH en su vertiente procesal.

7. Ataun Rojo c. España

En este caso "el demandante alega en particular una ausencia de investigación efectiva por parte de las jurisdicciones internas respecto de los malos tratos[58] que denunció haber sufrido mientras se encontraba bajo custodia policial incomunicada"[59].

Estos malos tratos fueron comunicados al médico forense. Además, durante la detención incomunicada se llegó a precisar la asistencia de un SAMUR por estar el demandante convulsionando y con hormigueo en las piernas.

Una vez denunciados los hechos, el demandante solicitó "la aportación de las grabaciones de las cámaras de seguridad […] y la identificación y la audiencia de los agentes que le habían interrogado o que habían estado en contacto con él durante su detención incomunicada. Solicitó, [también], que se le realizara un reconocimiento médico para establecer la existencia de eventuales lesiones o secuelas psicológicas"[60].

Entre la documentación remitida por la Audiencia Nacional al Juzgado encargado de instruir la denuncia por malos tratos se echaron en falta dos informes, uno de ellos el que acreditaba la intervención del SAMUR durante la detención incomunicada. Una vez recabados, estos informes fueron examinados junto con los informes médicos forenses y las copias de las declaraciones del demandante y en base, únicamente, a ello se dictó sobreseimiento ante "la ausencia del más mínimo indicio de criminalidad". La Audiencia Provincial confirmó el sobreseimiento y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue inadmitido.

El TEDH inicia su razonamiento recordando la obligación de los Estados de realizar una investigación oficial eficaz cuando se alega, de forma plausible, haber

57 *Ibídem,* § 48.

58 Amenazas, violencia física y psíquica, posturas y ejercicio físico forzado (flexiones) y asfixia.

59 STEDH, 7 octubre 2014, *Ataun Rojo c. España,* núm. 3344/13, § 3.

60 *Ibídem,* § 16.

sido víctima de malos tratos por parte de agentes del Estado. Puntualiza que el contexto de las detenciones incomunicadas "exige un esfuerzo mayor, por parte de las autoridades internas para establecer los hechos denunciados" y recuerda la necesidad de adoptar las recomendaciones del CPT en este ámbito.

Critica la inadmisión de los medios de prueba propuestos por el demandante: grabaciones de las cámaras de seguridad, identificación y audiencia de los agentes que habían tenido contacto con él, reconocimiento médico y psicológico; todos ellos idóneos para aportar luz a los hechos alegados. En consecuencia, concluye que se ha violado el artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

8. Arratibel Garciandia c. España

El demandante invoca el aspecto procesal del artículo 3 del Convenio y "se queja de la falta de investigación efectiva, por parte de las jurisdicciones internas, respecto de los malos tratos[61] que denunció haber padecido durante su detención en régimen de incomunicación"[62].

El Juzgado encargado de instruir la denuncia presentada por los malos tratos sobreseyó el asunto en base, únicamente, a los informes médicos forenses y a la declaración del demandante, rechazando las demás pruebas solicitadas: identificación y declaración de los agentes con los que tuvo contacto durante su detención, declaración del abogado de oficio que le asistió durante la misma y un reconocimiento físico y psicológico. La Audiencia Provincial ratificó la decisión y el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo.

El TEDH recuerda la obligación derivada del artículo 3 del Convenio consistente en llevar a cabo una investigación oficial eficaz en los casos en que se argumente de forma razonada haber sido objeto de actos contrarios a dicho artículo. Tal investigación se impone "con mayor rigor, máxime, cuando como en el presente caso, el demandante se encontraba, durante el tiempo en que se habrían producido los alegados malos tratos, en una situación de ausencia total de comunicación con el exterior, lo que, en un tal contexto, exige aún un mayor esfuerzo por parte de las autoridades internas, para determinar los hechos denunciados. El TEDH opina que la práctica de los medios de prueba adicionales sugeridos por el demandante, y muy particularmente el consistente en oír a los agentes a cargo de su vigilancia durante su detención en régimen de incomunicación, hubiera podido contribuir al esclarecimiento de los hechos, en un sentido o en otro, tal como lo exige

61 Amenazas, varios episodios de asfixia con una bolsa de plástico, golpes en los testículos, ejercicio físico forzado (flexiones) y vejaciones sexuales.

62 STEDH, 5 mayo 2015, *Arratibel Garciandia c. España*, núm. 58488/13, § 3.

la jurisprudencia del TEDH"[63]. En base a ello el Tribunal concluyó que se había violado el artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

9. Beortegui Martínez c. España

"Invocando el artículo 3 del Convenio, el demandante se queja de la falta de investigación efectiva por parte de las jurisdicciones internas con respecto a los malos tratos[64] que afirma haber sufrido durante su detención preventiva en régimen de incomunicación"[65].

Durante la comparecencia en la Audiencia Nacional negó la declaración que había firmado y su abogado indicó "tener la convicción de que el demandante había hecho la declaración bajo coacción"[66]. Después de ello, mientras relataba los malos tratos a los que, según él, había sido sometido, sufrió una crisis de ansiedad. Tras ello, el Juzgado Central de Instrucción no ordenó ninguna diligencia de investigación sobre los hechos expuestos. Días después, el demandante se sometió a un examen psicológico que le diagnosticó "síntomas de estrés postraumático, de ansiedad y trastornos del sueño"[67].

Una vez interpuesta la denuncia y solicitados los medios de prueba por el denunciante, el Juzgado de Instrucción sobreseyó el asunto en base, únicamente, a los informes médico forenses y psicológicos y a la declaración del denunciante. La Audiencia Provincial ratificó el sobreseimiento argumentando que "la gravedad de los hechos objeto de la denuncia merecía una investigación detenida, pero que esto no implicaba, sin embargo, un derecho ilimitado para el demandante a la práctica de todos los elementos de prueba propuestos"[68]. El recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional fue inadmitido.

Respecto las concretas alegaciones de malos tratos el TEDH consideró que no se podían probar con el grado de certeza exigido por el Tribunal en estos casos. Por ello concluyó que no se había violado el artículo 3 del Convenio en su vertiente material. Ahora bien, cuando el Tribunal analiza si se ha llevado a cabo una investigación oficial eficaz observa que "la práctica de los medios de prueba adicionales sugeridos por el demandante, y muy particularmente el consistente en oír a los agentes a cargo de su vigilancia durante su detención preventiva en régimen de incomunicación, hubiera podido contribuir al esclarecimiento de los

63 *Ibídem,* § 39.

64 Amenazas, insultos, golpes en la cabeza, en los testículos y en las costillas; sesiones de asfixia, ejercicio físico (flexiones), y tocamientos.

65 STEDH, 31 mayo 2016, *Beortegui Martínez c. España,* núm. 36286/14, § 3.

66 *Ibídem,* § 14.

67 *Ibídem.*

68 *Ibídem,* § 21.

hechos, en un sentido o en otro, tal como lo exige la jurisprudencia del TEDH"[69]. Además, el Tribunal recalca el carácter reforzado de la investigación cuando, como es el caso, la persona que alega malos tratos ha sido sometida al régimen de detención incomunicada e insiste en la necesidad de adoptar las recomendaciones del CPT en relación con esta modalidad de detención. Por todo ello, entiende que ha existido violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

10. Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España

En este caso, los denunciantes alegan que habían sido torturados y maltratados en su detención y custodia por miembros de la Guardia Civil. Se quejan, además de la ausencia de una condena penal a los autores de estos actos.

Afirman que una vez detenidos fueron conducidos a una pista forestal donde ambos fueron golpeados de forma repetida y violenta. Es de destacar que tras el primer examen médico se constataron múltiples lesiones[70], en particular, el primer denunciante presentaba dos costillas fracturadas siendo necesaria su hospitalización en la Unidad de Cuidados Intensivos, con diagnóstico grave, donde permaneció tres días[71].

En el procedimiento judicial que se inició en relación con estas alegaciones, dos médicos forenses presentaron un informe pericial examinando, entre otros materiales: los informes médicos ya realizados, fotografías y declaraciones de ambas partes. Concluyeron que la mayoría de lesiones que se constataron no resultaban compatibles con la versión dada por la Guardia Civil sobre cómo había ocurrido la detención[72]. Finalmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que resolvería el proceso, consideró parcialmente probados los hechos y condenó a cuatro Guardias Civiles a prisión por delitos de tortura graves[73]. Esta sentencia, recurrida en casación, fue revocada y anulada por el Tribunal Supremo (TS), que absolvió a los Guardias Civiles condenados basándose en una modificación parcial de los hechos probados por la sentencia a quo[74]. Concretamente, el TS entiende que no resultó probada que la detención fuese no violenta, asimismo, niega la veracidad de las declaraciones vertidas por los denunciantes y por determinados testigos. Además, al considerar que las declaraciones de los solicitantes eran falsas, el TS negó cualquier valor probatorio a los informes médicos forenses

69 *Ibídem,* § 45.

70 STEDH, 13 febrero 2018, *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España,* núm. 1653/13, § 16 y ss., (traducción propia).

71 *Ibídem,* § 13.

72 *Ibídem,* § 80.

73 SAP 30 diciembre 2010 (Roj: SAP SS 497/2010).

74 STS 2 noviembre 2011 (Roj: STS 7072/2011).

en los que se basó la Audiencia Provincial[75]. Tras ello, se recurrió en amparo al Tribunal Constitucional (TC) por considerar que el TS se había excedido al realizar una nueva evaluación de los hechos y las pruebas examinadas en la Audiencia Provincial. Recurso que fue inadmitido por falta de trascendencia constitucional[76].

El TEDH, en primer lugar, analiza la vertiente sustantiva. En relación con ella señala que está suficientemente probado que las lesiones alegadas ocurrieron mientras los denunciantes se encontraban en custodia de la Guardia Civil[77]. Destaca, asimismo, que el TS se limita a excluir la versión de los solicitantes sin analizar y determinar el origen de las lesiones sufridas y constatadas en los informes médicos. Es decir, no analiza si la fuerza física utilizada por los Agentes del Estado fue estrictamente necesaria y proporcionada. Tampoco el Gobierno o las autoridades nacionales aportaron argumentos convincentes que justificasen los daños sufridos por los solicitantes[78]. En consecuencia, el Tribunal considera que la responsabilidad por los daños descritos debe atribuirse al Estado demandado y concluye que ha habido una violación del artículo 3 del Convenio en su aspecto material calificando las conductas como constitutivas de tratos inhumanos y degradantes.

En cuanto a la vertiente procesal, el TEDH se centra esencialmente en la reevaluación de las pruebas que realiza el TS. En este sentido señala que se volvió a evaluar la credibilidad del testimonio de los denunciantes y de algunos de los testigos sin inmediación directa sobre las pruebas. Destaca que, en esta situación, las exigencias de un juicio justo pueden hacer necesaria la celebración de una audiencia pública para que el Tribunal pueda tener conocimiento directo de las pruebas que evalúa[79]. Además, como ya se ha dicho, el TS no trata de esclarecer si el uso de la fuerza física por parte de los agentes había sido proporcionada y si los daños graves sufridos podían atribuirse su actuación. En consecuencia, concluye que estas omisiones impidieron al órgano jurisdiccional nacional determinar los hechos y la totalidad de las circunstancias de la forma más completa posible, incumpliéndose así la obligación de someter estos asuntos a una escrupulosa investigación y examen. Por todo ello el TEDH entiende violado el artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal.

75 *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España,* cit., § 79.

76 *Ibídem,* § 51.

77 *Ibídem,* § 83.

78 *Ibídem,* § 80.

79 *Ibídem,* § 93.

IV. ANÁLISIS DEL CRITERIO DEL TEDH

1. "Afirmación defendible"

El razonamiento del TEDH sobre la vertiente procesal de artículo 3 del Convenio se inicia, sistemáticamente, con una referencia al nacimiento de la obligación de investigar de forma eficaz. Esta obligación surge "cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios comparables del Estado, graves malos tratos contrarios al artículo 3"[80]. Por lo tanto, el primer concepto del que se hace depender la obligación del Estado de investigar es la existencia de una afirmación defendible[81].

Paradójicamente, el Tribunal Constitucional –en la sentencia en que desestima el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Patxi Arratibel Garciandia– realiza un extenso repaso a las diferentes situaciones en las que el TEDH ha considerado "defendible" o "argumentada" una denuncia sobre malos tratos policiales:

"[…] cuando consta que el demandante se ha quejado de haber sufrido malos tratos en todos los informes del médico forense y en los mismos se recoge una erosión de 1,5 centímetros en el lado derecho de la cara del demandante, sin establecer su origen (STEDH de 8 de marzo de 2011, Beristain Ukar c. España, § 30); cuando en los informes del médico forense se describen diferentes heridas y hematomas e incluso un intento de suicidio por parte de uno de los demandantes (STEDH de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, §§ 156 y 160); cuando los informes médicos realizados durante el período de detención señalan la presencia de varios hematomas y una costilla rota (STEDH de 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, § 59); […] o cuando el demandante, estando en situación de detención preventiva, se queja en dos ocasiones de los malos tratos sufridos al haberle esposado y cubierto la cabeza con una bolsa de plástico (STEDH de 16 de octubre de 2012, Otamendi Egiguren c. España, § 39). En estas circunstancias, y una vez que los demandantes han aportado elementos suficientes de los que se deriva una sospecha razonable de que las torturas o malos tratos alegados pueden haber sido causados por agentes policiales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que las autoridades están obligadas a llevar a cabo una investigación eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes"[82].

La credibilidad inicial debe valorarse, además, teniendo en cuenta que quienes alegan malos tratos presentan una limitación esencial a la hora de aportar pruebas

80 *San Argimiro Isasa c. España,* cit., § 34.

81 Simplemente señalar que en otras sentencias de condena a España el TEDH habla de "afirmación de forma argumentada" como sinónimo de "afirmación defendible".

82 STC 12/2013, 28 enero 2013, FJ 2º.

sobre los hechos acaecidos, pues cuando ocurrieron (en la mayoría de los casos) estaban sometidos a un régimen de detención. Por ello, las pruebas que se puedan conseguir sobre los hechos no dependerán tanto de su diligencia al aportar las mismas sino de la diligencia de la investigación que se lleve a cabo. Así, el TEDH ha manifestado en numerosas ocasiones que "es consciente de las dificultades con las que un detenido se puede encontrar para aportar pruebas de malos tratos padecidos durante la detención incomunicada, especialmente cuando se trata de alegaciones de un episodio de malos tratos que no dejan huella"[83]. Para compensar esta precaria situación se ha llegado a la conclusión de que la existencia de ciertos indicadores de malos tratos revierte la carga de la prueba; es decir, que, en ciertos casos, no solo pesará sobre el Estado la obligación de realizar una investigación oficial eficaz, sino también la concreta carga de probar que no sucedieron hechos contrarios al artículo 3 del Convenio, tal y como se ha visto al hablar de los indicios y las presunciones que pueden llevar al Tribunal a entender vulnerado el artículo 3 cuando han quedado probadas lesiones graves durante la custodia por agentes del Estado.

Es importante aclarar que la obligación de iniciar una investigación eficaz no nace solo cuando las "afirmaciones defendibles" se realizan en el marco de una denuncia por malos tratos policiales, sino con el simple hecho de realizar tales afirmaciones, aunque posteriormente no se denuncien los hechos. En este sentido, resulta reveladora la siguiente afirmación del Tribunal: "[…] las autoridades tienen la obligación de actuar tan pronto como se interponga una denuncia oficial. Incluso ante la ausencia de denuncia expresa se debería emprender una investigación si hay indicios suficientemente claros de que pueden haber existido malos tratos"[84].

En definitiva, si las afirmaciones sobre actuaciones contrarias al artículo 3 CEDH vertidas en cualquier otro procedimiento encajan en el estándar de "defendible" o "argumentadas", la obligación pesa de igual forma sobre el Estado. Lo mismo sucede cuando no se afirman expresamente tales hechos, pero existen indicios suficientes de actuaciones contrarias al artículo 3 CEDH, como, por ejemplo, informes de los médicos forenses que detallan lesiones graves.

2. "Investigación oficial eficaz"

Varias de las sentencias de condena a España hacen referencia expresa a los criterios sobre los que el TEDH razona la efectividad de la investigación llevada a cabo[85]. Estas exigencias se aplicarán tanto a las investigaciones oficiales no judiciales

83 Entre otros, *vid. Ataun Rojo c. España,* cit., § 41; *Etxebarria Caballero c. España,* cit., § 57.

84 STEDH, 3 mayo 2007, *Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros c. Georgia,* núm. 71156/01, § 97, (traducción propia).

85 *Vid. Otamendi Egiguren c. España,* cit., § 27; *Etxebarria Caballero c. España,* cit., § 29; *Ataun Rojo c. España,* cit., § 24.

como a las llevadas a cabo en el seno de un proceso judicial durante la fase de instrucción del mismo[86].

En primer lugar, para que se entienda eficaz la investigación debe permitir "determinar si el recurso a la fuerza estaba o no justificado". Como se ha visto al exponer la reciente sentencia sobre el caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, el TEDH considera que la falta de análisis sobre si la fuerza física utilizada por los agentes fue estrictamente necesaria y proporcionada no es conforme con la obligación de someter estos asuntos a una escrupulosa investigación y examen. Sin este análisis el órgano jurisdiccional nacional no pude determinar los hechos y la totalidad de las circunstancias que rodean el caso, tal y como exige la gravedad de las conductas denunciadas.

En segundo lugar, para que la investigación sea eficaz es necesario que se hayan "tomado medidas razonables para garantizar la obtención de las pruebas relativas al incidente en cuestión", debiendo entenderse incluidas tanto las pruebas tendentes a esclarecer los hechos que rodean el caso como las encaminadas a identificar a los posibles responsables de las actuaciones. Asimismo, el TEDH también hace depender la efectividad de la investigación de si ésta puede llevar al castigo de los responsables[87].

En cuanto a la obtención y práctica de pruebas, tras la lectura de las condenas se puede observar que el TEDH considera la práctica de determinadas pruebas como idónea para la eficacia de la investigación. En concreto, en relación con las condenas al Estado español, el TEDH critica que las instancias internas rechacen sistemáticamente la práctica de pruebas realmente idóneas, como interrogar a los agentes encargados de la detención y la vigilancia[88] o revisar las grabaciones disponibles[89]. Estos medios habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables, por lo que su inadmisión y posterior sobreseimiento del proceso, bajo el pretexto de falta de indicios implica, a todas luces, que la investigación no ha sido eficaz.

Por último, es necesario resaltar el hecho de que la obligación de realizar una investigación oficial eficaz no es una obligación de resultados, sino de medios. Es decir, que, aunque no se puedan esclarecer los hechos o identificar a los responsables, la investigación oficial habrá sido eficaz si se han tomado "las medidas razonables para garantizar la obtención de pruebas". A sensu contrario,

86 STEDH, 13 junio 2017, *Kosteckas c. Lituania,* núm. 930/13, § 41.: "Además, cuando la investigación lleva a que se presenten cargos ante los tribunales nacionales las obligaciones positivas en virtud del artículo 3 del convenio se extienden a la etapa de prueba de los procedimientos" (traducción propia).

87 Entre otras, *San Argimiro Isasa c. España,* cit., § 34.

88 *Beristain Ukar c. España,* cit., § 33; *Otamendi Egiguren c. España,* cit., § 41; *Etxebarria Caballero c. España,* cit., § 41; *Ataun Rojo c. España,* cit., § 37.

89 *San Argimiro Isasa c. España,* cit., § 40.

"toda deficiencia en la investigación que socave gravemente su capacidad para establecer la causa de las lesiones o la identidad de las personas responsables correrá el riesgo de conculcar la vertiente procesal del artículo 3 del Convenio"[90].

En definitiva, el TEDH ha sentado su jurisprudencia sobre la vertiente procesal del artículo 3 del Convenio en torno al concepto de investigación oficial eficaz y, para considerar que estamos ante tal, en primer lugar, la investigación deberá poder determinar si existía amparo legal en la utilización de la fuerza y si ésta se utilizó de forma proporcionada; y, en segundo lugar, se deberán tomar todas las medidas razonables para esclarecer las circunstancias que rodean la actuación e identificar a los responsables de la misma.

V. CONCLUSIONES

Tras la lectura de las sentencias de condena al Estado español por falta de investigaciones eficaces en torno a las torturas y tratos inhumanos o degradantes no se puede sino concluir que la protección del Estado en esta materia dista de ser plena.

Es cierto que en España la tortura no forma parte del modus operandi de las instituciones del Estado; ahora bien, tampoco es un país donde no existan la tortura ni los malos tratos policiales –si es que existe ese tipo de país–. En España, la tortura y los malos tratos se ejercen de forma aislada y esporádica, pero no por ello estas conductas merecen menos atención o reproche, sino todo lo contrario: el Estado debería actuar de forma firme y contumaz a la hora de prevenir, investigar y reprimir las conductas relacionadas con la tortura y los malos tratos dentro de su jurisdicción. Esto es, precisamente, lo que se echa en falta una vez analizadas las condenas del TEDH al Estado español.

La práctica totalidad de las condenas del TEDH al Estado español en la materia evidencian el hecho de que la jurisdicción española no ha estado realizando los esfuerzos necesarios para instruir correctamente los posibles casos de tortura, sino todo lo contrario. En estos supuestos, la dinámica seguida en nuestra jurisdicción es sobreseer de forma cuasi-automática las denuncias por torturas o malos tratos policiales, basándose únicamente en los informes de los médicos forenses y, en algunas ocasiones, también en el testimonio de la persona denunciante. Lo verdaderamente sorprendente es que, en el momento del sobreseimiento, la totalidad de los Juzgados de Instrucción tenían a su alcance la posibilidad real de esclarecer los hechos, pues no se habían practicado todas las pruebas idóneas y,

90 STEDH, 7 marzo 2017, *V.K c. Rusia,* núm. 68059/13, § 185.: "Cualquier deficiencia en la investigación que socave seriamente su capacidad para determinar la causa de las lesiones o la identidad de las personas responsables, correrá el riesgo de incumplir este estándar […]" (traducción propia).

aun así, se alega como motivo la falta de indicios suficientes. En este sentido, uno de los supuestos analizados que más impacta es el Caso Ataun Rojo c. España donde el Juzgado de Instrucción sobresee la denuncia argumentando que no apreciaba "el más mínimo indicio de criminalidad"[91], a pesar de existir un informe que acreditaba la intervención del SAMUR debido a que el detenido sufrió un episodio de convulsiones. En el Caso San Argimiro Isasa c. España también llama la atención que se sobreseyera la denuncia disponiendo el Juzgado de informes médicos que acreditaban la presencia de una fractura en la costilla y de la posibilidad de visualizar la grabación de la detención, visualización que no se llevó a cabo.

La única condena que revela una primera instrucción diligente y adecuada a los estándares exigidos por el TEDH es la última de ellas, el caso Portu y Sarasola, donde sí se lograron probar parcialmente los hechos alegados, se identificó a los responsables y se les condenó a penas de prisión por un delito de torturas grave. Por ello, sorprende que el Tribunal Supremo anulase la condena sin hacer un exhaustivo examen sobre el origen de las lesiones graves, es decir, sin hacer un análisis escrupuloso sobre la totalidad de las circunstancias que rodearon los supuestos mal tratos, vulnerando, con ello, la vertiente procesal del artículo 3 del Convenio.

Todos estos hechos han incrementado la sensación de que existe un clima de impunidad[92] que rodea tanto a estas conductas como a los que, posiblemente, las han ejercido.

En este sentido, la tolerancia por parte del Estado hacia estas actuaciones no nace solamente de la actitud de los tribunales. Y es que, aunque se instruyan eficazmente y condenen a los responsables, el clima de impunidad seguirá siendo palpable si el Ejecutivo concede indultos a quienes han sido condenados por torturas, tratos inhumanos o degradantes[93].

Considero firmemente que el Estado no debería propiciar de ningún modo que aquellos que han ejercido alguna de estas conductas aprovechando, precisamente, las potestades otorgadas por el propio Estado ostenten de nuevo las mismas e incluso lleguen a ejercer cargos de alta responsabilidad[94].

91 *Ataun Rojo c. España,* cit., § 18

92 *Vid.* Amnistía Internacional: *Sal en la herida: La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*. 2007 [en línea]. [Consultado: 27 junio 2017].

93 *Vid.* Torrús, A.: "El PP y el PSOE indultaron a al menos 39 policías y guardias civiles condenados por torturas", *Público* [en línea]. [Consultado: 27 junio 2017]. El documento se encuentra disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Sal_en_la_herida.pdf

94 *Vid.* Torrús, A.: "El nuevo jefe de la Policía en Cantabria fue condenado por torturas e indultado por el PP", *Público* [en línea]. [Consultado: 27 junio 2017]. El documento se encuentra disponible en https://www.publico.es/sociedad/policia-nuevo-jefe-policia-cantabria.html

Para no concluir de forma desesperanzadora sería oportuno señalar que no todo apunta a que los Tribunales españoles vayan a seguir manteniendo esta actitud. De hecho, el Tribunal Constitucional (TC) ha adoptado un razonamiento semejante al del TEDH en cuanto al estándar requerido en investigaciones por malos tratos policiales. Así, entre los años 2016 y 2017 el TC ha estimado tres de los cuatro recursos de amparo[95] presentados ante la falta de una investigación oficial eficaz, ordenando la reapertura de la misma y exigiendo una investigación reforzada.

En definitiva, esperemos que las decisiones del TEDH, la creciente similitud del razonamiento del TC con las mismas y el trabajo incansable de los profesionales y las asociaciones y fundaciones Pro Derechos Humanos contribuya a que ninguna conducta subsumible en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos quede impune.

95 STC 130/2016, de 18 de julio; STC 144/2016, de 19 de septiembre; ATC 36/2017, de 27 de febrero; STC 39/2017, de 24 de abril.

BIBLIOGRAFÍA

LAVRYSEN, L.: *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge , 2016.

LÓPEZ BOFILL, H.: "Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos desde el punto de vista procedimental", *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2012, núm. 10º, pp. 85-94.

MILLARES RUIZ-HUIDOBRO, R.: *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas*, Informe "El tiempo de los derechos", núm. 31, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2013.

TORRÚS, A.: *"El PP y el PSOE indultaron a al menos 39 policías y guardias civiles condenados por torturas"*, Público [en línea]. [Consultado: 27 junio 2017] http://www.publico.es/politica/pp-psoe-indultaron-39-policias.html

TORRÚS, A.: *"El nuevo jefe de la Policía en Cantabria fue condenado por torturas e indultado por el PP"*, Público [en línea]. [Consultado: 27 junio 2017]. http://www.publico.es/sociedad/policia-nuevo-jefe-policia-cantabria.html

Jurisprudencia citada

1º) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Irlanda c. Reino Unido, 18 enero 1978, núm. 5310/71.

Soering c. Reino Unido, 7 julio 1989, núm. 14038/88.

Algür c. Turquía, 22 octubre 2002, núm. 32574/96.

Martínez Sala y otros c. España, 2 noviembre 2004, núm. 58438/2000.

Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros c. Georgia, 3 mayo 2007, núm. 71156/01.

San Argimiro Isasa c. España, 28 septiembre 2010, núm. 2507/07.

Beristain Ukar c. España, 8 marzo 2011, núm. 40351/05.

B.S c. España, 24 julio 2012, núm. 47159/08.

Otamendi Egiguren c. España, 16 octubre 2012, núm. 47303/08.

El-Masri c. ex-República Yugoslava de Macedonia, 13 diciembre 2012, núm. 39630/09.

Etxebarria Caballero c. España, 7 octubre 2014, núm. 74016/12.

Ataun Rojo c. España, 7 octubre 2014, núm. 3344/13.

Razzakov c. Rusia, 5 febrero 2015, núm. 57519/09.

Arratibel Garciandia c. España, 5 mayo 2015, núm. 58488/13.

Beortegui Martínez c. España, 31 mayo 2016, núm. 36286/14.

V.K c. Russia, 7 marzo 2017, núm. 68059/13.

Olisov y otros c. Rusia, 2 mayo 2017, núm. 10825/09.

Dejnek c. Polonia, 1 junio 2017, núm. 9635/13.

Mindadze y Nemsitsveridze c. Georgia, 1 junio 2017, núm. 21571/05.

Kosteckas c. Lituania, 13 junio 2017, núm. 930/13.

Aleksandr Konovalov c. Rusia, 28 noviembre 2017, núm. 39708/07.

Ksenz y otros c. Rusia, 12 diciembre 2017, núm. 45044/06.

Vasile Victor Stanciu c. Rumanía, 9 enero 2018, núm. 70040/13.

Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, 13 febrero 2018, núm. 1653/13.

2º) Tribunal Constitucional

STC 12/2013, de 28 de enero 2013 (ECLI:ES:TC:2013:12).

STC 130/2016, 18 julio 2016 (ECLI:ES:TC:2016:130).

STC 144/2016, 19 septiembre 2016 (ECLI:ES:TC:2016:144).

STC 39/2017, 24 abril 2017 (ECLI:ES:TC:2017:39).

ATC 36/2017, 27 febrero 2017 (ECLI:ES:TC:2017:36A).

3º) Otras

STS 2 noviembre 2011 (Roj: STS 7072/2011).

SAP 30 diciembre 2010 (Roj: SAP SS 497/2010).

Otros recursos

Amnistía Internacional, *Sal en la herida: La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos. 2007* [en línea]. [Consultado: 27 junio 2017]. https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Sal_en_la_herida.pdf

Asociación para la Prevención de la Tortura, Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia.* 2008.

Consejo de Europa, *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*, 26 noviembre 1987, Serie de Tratados Europeos – núm. 126. Modificado en los Protocolos Núm. 1 (ETS núms. 151) y Núm. 2 (ETS núm. 152)

Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,* Roma, 4 XI, 1950. Modificado por los Protocolos núms. 11 y 14.

Consejo de Europa, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, January 2007, Human rights handbooks, núm. 7. [en línea]. [Consultado: 20 junio 2017]. https://rm.coe.int/168007ff4d

Consejo de Europa, *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, July 2003, Human rights handbooks, núm. 6. [en línea]. [Consultado: 20 junio 2017]. https://rm.coe.int/168007ff4c

Fundación Abogacía Española, *España ante la tortura y los malos tratos*, *Informe Fundación Abogacía Española*, noviembre 2016.

Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,* 10 diciembre 1984, 39/46.

Organización de las Naciones Unidas: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* Serie de Capacitación Profesional, 2000, núm.8/Rev.1.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

EL TEDH Y LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA: COMENTARIO A LA STEDH SOBRE EL CASO CUENCA ZARZOSO C. ESPAÑA

THE ECHR AND THE NOISE POLLUTION: COMMENT ON THE ECHR'S RULING ON THE CASE OF CUENCA ZARZOSO V. SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 526-535

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

Dr. Jorge
Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El presente texto analiza el último caso originario de España sobre contaminación acústica y su afección al derecho a la protección de la privacidad reconocido en el artículo 8 CEDH. Se lleva a cabo de manera conjunta con el caso Moreno Gómez, habida cuenta de sus similitudes.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la privacidad, contaminación acústica, derecho a un medio ambiente sano.

ABSTRACT: *This paper analyzes the last Spanish case on noise pollution and its affection to the right to privacy recognized in article 8 ECHR. It is carried out jointly with the Moreno Gómez case, given its similarities.*

KEY WORDS: *Right to privacy, noise pollution, right to a healthy environment.*

SUMARIO.- I. SUPUESTO DE HECHO.- II. EL CEDH Y EL MEDIOAMBIENTE.- III. EL RUIDO Y SU IMPACTO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL SER HUMANO.- IV. LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA COMO POSIBLE VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD.- V. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN POSITIVA.- VI. LA FALTA DE PRUEBA SOBRE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA EN EL INTERIOR DE LAS VIVIENDAS Y SOBRE EL NEXO CAUSAL CON LOS DAÑOS PARECIDOS.- VII. CONCLUSIONES.

I. SUPUESTO DE HECHO.

El pasado día 16 de enero de 2018, la Sección Tercera del TEDH dictó sentencia por la que se resolvía el caso Cuenca Zarzoso contra España. La importancia de esta sentencia no radica en lo novedoso de su argumentación, sino precisamente en lo contrario, es decir, en la consolidación de una tesis que venía asumiendo desde hace años el TEDH en relación con la contaminación acústica. Así pues, podemos considerar hoy en día como doctrina asentada que la contaminación acústica puede afectar a la inviolabilidad domiciliaria amparada por el artículo 8. Merece ser destacado que España ya ha sido condenada en diversas ocasiones por esta misma cuestión, siendo especialmente relevante la STEDH de fecha 16 de noviembre de 2004, por la que se resuelve el caso Moreno Gómez contra España, dados los paralelismos fácticos y jurídicos entre uno y otro caso.

Precisamente por esas semejanzas de hecho y por la importancia que ello tiene para la resolución del conflicto, vamos a hacer referencia a las mismas, llevando a cabo un análisis conjunto. Tal es así, que dichos paralelismos vienen reconocidos, explícitamente incluso, en la sentencia que resuelve el caso Cuenca Zarzoso.

En ambos casos (Cuenca Zarzoso y Moreno Gómez), nos encontramos ante dos vecinos que viven en el barrio residencial de San José de la ciudad de Valencia, de hecho, a unos pocos metros el uno de la otra. Este distrito se ha caracterizado, durante muchos años, por ser uno de los principales puntos en los que se ha desarrollado la vida festiva nocturna valenciana. Así pues, desde 1974, el Ayuntamiento de Valencia venía permitiendo la apertura de locales con licencia, como bares, pubs y discotecas, en las inmediaciones de sus casas. En vista de los problemas causados por el ruido, el Ayuntamiento resolvió el 22 de diciembre de 1983 no permitir que se otorgaran más licencias de locales de ocio en la zona. Sin embargo, la resolución no se implementó eficazmente, concediéndose nuevos

• Dr. Jorge Antonio Climent Gallart
Profesor Asociado de Derecho Internacional Público, Universidad de Valencia, Abogado, Jorge.climent@uv.es

permisos. En 1993, el Ayuntamiento solicitó a la Universidad Politécnica de Valencia que llevara a cabo un estudio de los niveles de ruido nocturno durante el fin de semana. Del resultado de la pericial se dedujo que en el distrito de San José los niveles de ruido eran muy superiores a los permitidos legalmente. Además, la propia policía reconoció que los locales de ocio nocturnos sistemáticamente tampoco respetaban los horarios de cierre. Todo ello llevó al Ayuntamiento a aprobar, el 28 de junio de 1996, la Ordenanza para la protección del medio ambiente contra la contaminación por ruido y vibraciones. La importancia de esta Ordenanza se encuentra en la regulación que hace de las zonas acústicamente saturadas. Así pues, conforme la misma, se entienden por tales aquellas que soportan un impacto sonoro debido a la existencia de numerosos establecimientos, de la actividad de personas que las frecuentan y del ruido producidos por los vehículos que transitan por estas zonas, elementos todos ellos que constituyen una importante fuente de agresión acústica para los habitantes. Y la consecuencia más importante de esta declaración es que ya no se debían poder abrir nuevos locales que supusiesen tal saturación (salas de baile, discotecas). Seis meses más tarde, en diciembre de 1996, se declaraba el barrio de San José zona acústicamente saturada. No obstante, y a pesar de ello, los niveles de ruido no disminuyeron.

A la vista de que esta situación les provocaba serios problemas de insomnio, tanto el Sr. Cuenca Zarzoso como la Sra. Moreno Gómez, desesperados como estaban, decidieron sustituir sus ventanas por otras con doble acristalamiento, a fin de intentar minimizar el impacto ruidoso que percibían desde la calle. Además, en el caso del Sr Cuenca Zarzoso, habida cuenta de las altas temperaturas que padecía en verano, precisamente por no poder abrir las ventanas debido a la insoportable contaminación acústica, decidió instalar un aparato de aire acondicionado.

En ambos casos, se accionó contra el Ayuntamiento precisamente por la falta de adopción y ejecución de medidas reales y efectivas contra la contaminación acústica que padecían. Para ello, interpusieron una reclamación patrimonial por los gastos de acondicionamiento a los que habían tenido que hacer frente, así como por los daños morales derivados del insomnio y la ansiedad padecidas derivados del ruido, y todo ello amparándose en la presunta vulneración de los artículos 15 (derecho a la vida) y 18 (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria) CE. En ambos supuestos, el Ayuntamiento dio la callada por respuesta, siendo que ello no les dejó otra alternativa que acudir a la vía judicial. La respuesta de los tribunales fue la misma: la desestimación. Ambos llegaron hasta el Tribunal Constitucional, siendo que este desestimó también sus respectivos recursos de amparo basándose, principalmente, en la carencia probatoria.

En el caso concreto de la Sra. Moreno Gómez se consideró que la prueba de carácter sanitario presentada no justificaba cuál era la razón del insomnio que

padecía la demandante. Además, consideró que tampoco se había demostrado, ante los tribunales inferiores, cuál era el nivel de ruido soportado en el interior de la vivienda. En consecuencia, entendió que no quedaba acreditada vulneración alguna de los derechos reconocidos en los artículos 15 y 18 CE.

En el supuesto del Sr. Cuenca Zarzosa, se consideró que no existía una relación de causalidad entre la contaminación acústica y el supuesto daño provocado al demandante, ya que no había pruebas que justificaran que, concretamente en el interior de su piso, el nivel de contaminación acústica excediera los límites normativos. De hecho, señala que el demandante decidió reemplazar sus ventanas sin pedir previamente una medición del ruido dentro de su piso. Además, se tuvo muy en cuenta que su inmueble estaba en el cuarto piso, donde el ruido debía ser menos intenso que en un piso inferior. En definitiva, para el Tribunal Constitucional, el demandante no había hecho nada para acreditar, de manera individualizada, que en su vivienda soportaba un nivel sonoro tal que le impedía el disfrute pacífico del domicilio o, aún más intenso, que suponía una violación al derecho a la integridad física o moral. Además, consideró que incluso en el caso de que ello hubiera sido así, tales afecciones de sus derechos fundamentales no serían imputables al Ayuntamiento, y ello porque de ninguna manera se puede llegar a considerar que este organismo haya permanecido inactivo frente al incumplimiento de la normativa municipal relativa a la contaminación acústica. Así, considera que esta Administración, tras haber procedido a declarar saturada acústicamente la zona, desarrolló una actividad inspectora y sancionadora relevante sobre los establecimientos de ocio nocturno que condujo a la apertura de múltiples expedientes sancionadores y a la imposición tanto de cuantiosas sanciones económicas como de suspensiones de licencia. Además, no autorizó ninguna nueva actividad, desapareciendo incluso alguna de las existentes.

A la vista de tales desestimaciones en el ámbito judicial interno, ambos perjudicados se vieron obligados a solicitar el amparo del TEDH, por vulneración del artículo 8 CEDH, y en ambos casos se les dio la razón.

II. EL CEDH Y EL MEDIOAMBIENTE.

El CEDH nace en el seno del Consejo de Europa. Esta organización internacional se crea en 1949 con el objetivo fundamental de facilitar una unión más estrecha entre sus miembros basada en la promoción de una serie de valores como son la democracia (liberal), el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos. Para comprender mejor la razón última que justifica la creación de esta organización internacional, debemos tener en cuenta el momento histórico en que nace: tras la Segunda Guerra Mundial. Los principales dirigentes de Europa Occidental pretendían evitar que los horrores que se padecieron en el viejo

continente bajo la bota del nazismo y del fascismo se pudieran volver a repetir. Para ello entendieron que era fundamental crear instrumentos supraestatales que, a través de la promoción de aquellos valores, facilitaran la integración de los pueblos y con ello garantizaran la paz entre los mismos. Es en este contexto en el que en 1950 nace el CEDH, como la herramienta útil que pudiera ayudar a alcanzar dichos objetivos últimos.

Una de las cuestiones fundamentales que cabe dejar claro desde el principio es que el CEDH no recoge derechos medioambientales, sino principalmente derechos de carácter civil y político o, como también son conocidos por la doctrina, derechos de primera generación. Ello es lógico, atendiendo a que el objetivo de este texto internacional era el reconocimiento de los derechos fundamentales más ligados precisamente a la dignidad del ser humano. Además, a mediados del siglo XX no existía la concienciación por las cuestiones medioambientales que se iría desarrollando con posterioridad.

Si bien esta es la explicación que justifica que en 1950 no se recogieran derechos de carácter medioambiental, lo bien cierto es que con el paso del tiempo tampoco se han incorporado por medio de los diferentes protocolos que se han ido aprobando. Ella es una de las principales diferencias entre este texto y los de otras latitudes. Así, tanto el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que son muy posteriores al CEDH, sí que recogen el derecho a un medio ambiente sano.

En este sentido cabe destacar que en el seno del Consejo de Europa sí que ha habido algunos intentos de positivización de esta figura autónoma del derecho al disfrute de un medio ambiente sano. Así, merecen ser destacadas las Recomendaciones de la Asamblea General Parlamentaria del Consejo de Europa números 1431 (1999) y 1885 (2009). No obstante, todos estos proyectos han fracasado puesto que se considera, tal y conforme ha interpretado el TEDH, que el CEDH da cobertura, aunque sea indirectamente, a dicho derecho a disfrutar de un medio ambiente sano. Para llegar a tal conclusión, se parte de la siguiente premisa: dado que la agresión al medio en el que se desenvuelve la persona pueda llegar a afectar a sus derechos reconocidos en el CEDH (y en sus protocolos), la protección que otorgue el TEDH a esos derechos tiene como consecuencia indirecta la protección del medio agredido. En consecuencia, sí que podemos afirmar que la Corte Europea otorga una cobertura indirecta al derecho a un medio ambiente sano.

Pero debe quedar claro que dicha cobertura se da como consecuencia indirecta de la protección del derecho humano concreto reconocido en el CEDH (o en sus protocolos). En consecuencia, en modo alguno, podremos interponer

una demanda ante el TEDH fundándola en la vulneración de dicho derecho a un medio ambiente sano, sino en la violación de uno de los derechos sí positivizados.

III. EL RUIDO Y SU IMPACTO SOBRE EL MEDIOAMBIENTE Y EL SER HUMANO.

Que sean varias las STEDH por las que se condena al Estado español en esta materia no debería sorprendernos. Al fin y al cabo, España ha venido ostentando el dudoso honor de ser el segundo país más ruidoso del mundo durante años, solo detrás de Japón, de conformidad con los informes de la OMS.

Hoy en día ya se sabe que la exposición a determinados niveles de ruido tiene graves efectos nocivos no solo sobre las personas, sino también sobre los animales, e incluso en edificaciones y monumentos. Es más, recientes estudios científicos afirman que determinadas especies vegetales también se podrían ver afectadas negativamente por el exceso de ruido, teniendo ello un impacto directo sobre el ecosistema.

Entre los efectos más perjudiciales para el ser humano merecen ser citados los daños fisiológicos que pueden darse en el aparato auditivo (que irían desde pérdidas auditivas hasta lesiones en el oído, entre otros muchos), así como en el sistema nervioso central, en la función cardiorrespiratoria, etc. Pero incluso más que estos, merecen ser destacados los daños psíquicos, como serían el insomnio, la ansiedad, las afecciones a la memoria, la pérdida de concentración, la irritabilidad, etc. Lo que queremos destacar con todo ello es que, precisamente por sus graves efectos perjudiciales, queda ampliamente justificado que el TEDH haya sido especialmente contundente con aquellos Estados, como España, que durante muchos años se han mostrado vergonzosamente tolerantes con unos niveles de ruido que imposibilitaban poder disfrutar de una mínima calidad de vida. Así pues, la contaminación acústica no puede ser considerada un tema menor.

IV. LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA COMO POSIBLE VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD.

Como señalábamos en el punto primero, el mérito de esta sentencia no está en suponer una novedad en la línea jurisprudencial mantenida por este tribunal, sino más bien en consolidar definitivamente la tesis que sostiene que la contaminación acústica, si alcanza un determinado grado de gravedad, puede afectar a la privacidad, amparada en el artículo 8 CEDH. Es importante tener en cuenta que este artículo parte de la concepción anglosajona del término "privacy", que, como sabemos, es un concepto amplio en el que tienen cabida diferentes

derechos, como la intimidad, el honor, la propia imagen o, incluso, la inviolabilidad domiciliaria, entre otros.

Ejemplo de ello es que en la fundamentación jurídica de la propia STEDH que estamos comentando se remite a la base argumentativa de la sentencia por la que se resuelve el caso Moreno Gómez, a la que nos vemos en la necesidad de acudir: "El artículo 8 del Convenio protege el derecho del individuo respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físico determinado, concebido no solamente como el derecho a un simple espacio físico sino también como el del aprovechamiento, en toda tranquilidad, del citado espacio. Vulneraciones al derecho al respeto del domicilio no constituyen solamente las vulneraciones materiales o corporales, tales como la entrada en el domicilio por parte de una persona no autorizada, sino también las vulneraciones inmateriales o incorporales, tales como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias. Si las injerencias son graves, pueden privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio porque le impiden aprovecharse plenamente de su domicilio".

En conclusión, el TEDH considera que el derecho al respeto a la inviolabilidad domiciliaria incluye el derecho a no ser perturbado por ruidos que resulten tan molestos que hagan imposible poder disfrutar de la tranquilidad del hogar, y, con ello, poder tener una mínima calidad de vida.

V. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN POSITIVA.

La atribución de la responsabilidad en estos asuntos se ha dado en virtud del incumplimiento de la obligación positiva del Estado de proteger. Así pues, naturalmente no se imputa la responsabilidad al Estado por ser este el causante de la contaminación acústica, sino por no haber llevado a cabo todas las acciones necesarias para poder evitar que dicho elemento perturbador producido por parte de terceros pudiera afectar a los derechos de los justiciables.

En ambas sentencias (casos Moreno Gómez y Cuenca Zarzoso) el TEDH basa la imputación de la responsabilidad en el mismo argumento: En primer lugar, reconoce la actuación del Ayuntamiento en favor de la reducción de la contaminación acústica, a través de la aprobación de normativa municipal con esta finalidad, de la declaración de zona acústicamente saturada del barrio afectado, incluso de la imposición de algunas sanciones a locales que incumplían las ordenanzas municipales. En segundo lugar, no obstante, sostiene que es evidente que todas estas medidas no fueron ni suficientes ni eficientes ni eficaces para la finalidad propuesta. Y de esto da buena prueba el hecho de que, a pesar de todo

ello, seguían dándose niveles de ruido superiores a los permitidos por la normativa municipal. En resumen, como señala el TEDH, "la existencia de un sistema de sanciones no es suficiente si no se aplica de manera oportuna y efectiva".

VI. LA FALTA DE PRUEBA SOBRE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA EN EL INTERIOR DE LAS VIVIENDAS Y SOBRE EL NEXO CAUSAL CON LOS DAÑOS PADECIDOS.

Tal y como exponíamos en el supuesto de hecho, los dos puntos más complejos son la falta de una prueba que advere la contaminación acústica en el interior de las viviendas y la inexistencia de un nexo causal entre la misma y los perjuicios padecidos en la salud. No obstante, el TEDH los resuelve lacónicamente. En cuanto a la primera, señala que exigir una evaluación sonométrica del interior de la vivienda resulta en exceso formalista y por tanto innecesaria, y más, cuando nos encontramos ante hechos incontrovertidos como son que la propia Administración Municipal declara el barrio como zona acústicamente saturada, así como la existencia de diversos informes públicos en los que se constata el exceso de ruido tanto antes como después de tal declaración, siendo además que tal situación venía arrastrándose desde mucho tiempo atrás. En cuanto a la cuestión del nexo causal, el TEDH entiende, sin más consideración al respecto, que sí que se presentó prueba, ante los tribunales internos, de que los perjuicios en la salud derivaban de la contaminación acústica.

VII. CONCLUSIONES.

De todo lo anterior, podemos concluir que:

Primera.- Ni el CEDH, ni ninguno de sus protocolos, reconocen la existencia de un derecho subjetivo a un medio ambiente sano, tal y como sí se recoge en otros textos internacionales.

Segunda.- No obstante lo anterior, ha sido el TEDH el que, por vía interpretación jurisprudencial, ha ofrecido una cobertura indirecta a dicho derecho. Así pues, dado que la agresión al medio en el que se desenvuelve la persona pueda llegar a afectar a sus derechos reconocidos en el CEDH (y en sus protocolos), la protección que otorgue el TEDH a esos derechos tiene como consecuencia indirecta la protección del medio agredido. En consecuencia, sí que podemos afirmar que la Corte Europea otorga una cobertura indirecta al derecho a un medio ambiente sano.

Tercera.- La contaminación acústica padecida en el hogar (con origen externo), si llega a determinados niveles de intensidad, puede constituir una vulneración del

derecho a la inviolabilidad domiciliaria, encuadrable en el más amplio derecho a la protección de la privacidad del artículo 8 CEDH.

Cuarta.- En relación a esta cuestión, el Estado no solo tiene la obligación de respetar el derecho a la privacidad de los ciudadanos, no llevando a cabo acciones que lo perjudiquen, sino también tiene el deber de protegerlo, y ello supone que debe de tomar las medidas que sean pertinentes y útiles a fin de garantizar que podamos gozar del mismo, sin estar sometidos a vulneraciones por parte de terceros. Y es que como nos recuerda el TEDH, el CEDH no recoge derechos teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos.

PANORAMA

LA PENA DE TRABAJOS FORZADOS EN LOS CÓDIGOS PENALES DECIMONÓNICOS

THE PENALTY OF FORCED LABOR IN THE NINETEENTH-CENTURY CRIMINAL CODES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 538-585

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

Iris
BARCELÓ
FERRE

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: Este estudio analiza la pena de trabajos forzados, dentro del marco histórico y legal en el que se produce la codificación penal en el siglo XIX (Códigos penales de 1822, 1848 y 1870) y el abandono del Derecho penal del Antiguo Régimen.

PALABRAS CLAVE: Codificación penal; pena; trabajos forzados.

ABSTRACT: *This paper is an study about the penalty of forced labor, inside the historical and legal framework in which took place the criminal law codification of 19th century (Criminal Codes of 1822, 1848 and 1870) and the departure from the Criminal Law of Ancient Regime.*

KEY WORDS: *Criminal codification; penalty; forced labor.*

SUMARIO.- I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: JUSTIFICACIÓN E INTERÉS DEL TEMA.- II. METODOLOGÍA, TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO.- III. BREVE REFERENCIA A LA PENOLOGÍA ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN. IV.- EL CÓDIGO PENAL DE 1822. V. EL CÓDIGO PENAL DE 1848-1850. VI. EL CÓDIGO PENAL DE 1870. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: JUSTIFICACIÓN E INTERÉS DEL TEMA.

La elección, como objeto de este trabajo, del estudio histórico sobre la pena de trabajos forzados, limitado a los Códigos penales del siglo XIX, viene justificada por un doble motivo.

Por un lado, la actualidad del tema. Siguen existiendo continuas referencias a los trabajos forzados. Basta citar un par de ejemplos; la Constitución de 1978 indica en su art. 25.2 que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad "estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad"[1]; más recientemente, hace solo unos meses, y en el seno del movimiento memorialista que se impulsa desde los poderes públicos, fue dictada la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana, cuyo art. 3 c) da el siguiente concepto de trabajo forzado: "de acuerdo con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, de 28 de junio de 1930, relativo al trabajo forzoso, se define como tal todo trabajo o servicio exigido, durante el período que abarca la guerra civil y la dictadura franquista hasta la entrada en vigor

1 Para interpretar nuestra Constitución, en el punto concreto de la prohibición de los trabajos forzosos, es necesario tener presentes los textos internacionales existentes en la materia, conforme ordena el art. 10.2 de la Constitución. Dichos textos son, por un lado, el art. 1 del Convenio núm. 29 sobre el Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, y el art. 4.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, prohibiéndose en ambos la realización de trabajos forzados u obligatorios.

• Iris Barceló Ferre
Graduada en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas, por la Universidad de Valencia, ibarfe@alumni.uv.es

de la Constitución española de 1978, a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"[2].

Por otro lado, porque volver a la historia de la penología puede ayudar a comprender mucho mejor la legitimación y función del Derecho penal y de la pena en una sociedad avanzada y democrática. Las dos referencias normativas citadas con anterioridad (Constitución española y Ley valenciana de 10 de noviembre de 2017) son por sí solas demostrativas del tortuoso camino que ha debido recorrerse hasta llegar a la visión garantista de nuestros días en la comprensión del Derecho penal y de las penas. Ha sido una larga evolución histórica, en la que influyen muy diversos factores, y tomar como punto de referencia el inicio del proceso codificador y los Códigos decimonónicos permite situarnos en el siglo XIX, que supone el fin del Antiguo Régimen y el tránsito, nada fácil (por la gran inestabilidad política del período), hacia el Estado liberal, en el que progresivamente irán perdiendo justificación y legitimidad los trabajos forzados[3]. Detenerse en la naturaleza o función utilitaria (mano de obra barata al servicio del Estado)[4] y en el carácter especialmente aflictivo (pena corporal, dolor físico) puede arrojar luz sobre los planteamientos penológicos del momento presente, cuyo problema sigue siendo lograr la mayor prevención general y especial.

Los estudios sobre la Historia del Derecho penal vienen sucediéndose en España con una enorme vitalidad en las últimas décadas[5], publicándose toda una suerte variada de libros y artículos que examinan la realidad criminal desde la perspectiva histórica-jurídica. Junto a los crímenes y el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, la penología, el estudio del significado y función de las sanciones previstas en la legislación y su materialización práctica, ha ocupado un papel ciertamente relevante, dando a conocer una realidad instalada muchas veces en el mayor de los rigores y arbitrariedades posibles.

2 La norma valenciana está pensando, sin duda, en la utilización por el régimen franquista de los presos en la construcción de las obras públicas.
Inicialmente, el sistema se diseñó con el exclusivo fin de castigar a los que habían luchado en el bando republicano, pero a partir de mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se extendió a toda clase de penados, con el fin de seguir disponiendo de una mano de obra barata y sumamente dócil. Al respecto, Olaizola Elordi, J.: "Trabajo forzado y ferrocarril. Destacamentos Penales y construcción en infraestructuras ferroviarias", p. 1. El documento se encuentra disponible en http://www.docutren.com/HistoriaFerroviaria/Malaga2006/pdf/III04.pdf

3 Como bien sintetiza Olaizola Elordi, J.: "Trabajo", cit., p. 2, "el trabajo forzado de los penados, habitual en otros periodos históricos, fue perdiendo protagonismo en la ordenación penal española a lo largo del siglo XIX, quedando limitado a comienzos del siglo XX a los presidios situados en las posesiones españolas en el norte de África".

4 Apremiada por las exigencias naval y militar, la utilidad, como bien señala Salillas, R.: *Evolución penitenciaria de España,* reimpresión facsímil, Imprenta clásica española, tomo I, Madrid, 1918, p. 9, "es la gran modificadora de las penas".

5 Es lugar común referirse a la obra de Tomás Y Valiente, F.: *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992, como la obra que despierta el interés más reciente por la perspectiva histórico-jurídica del Derecho penal.

El Derecho penal se manifiesta, desde el análisis histórico, como un instrumento al servicio de la política criminal y esta última como una parte de la política general del Estado, convirtiendo a las normas penales en un instrumento político. El estudio histórico de la penología pone de relieve que junto a la finalidad intimidatoria de la pena (castigo o represión), había otras finalidades, más o menos encubiertas, que iban en la dirección de reportar algún beneficio o utilidad para el Estado (penas "utilitarias"). Así, no solamente se castiga para mantener el orden social y político, sino también para nutrir al Estado de una mano de obra barata que le permita obtener unos recursos de los que está necesitado[6]. En este sentido, destacan las penas de trabajos forzados, surgiendo de esta manera una clara vinculación entre el orden criminal y el económico, conformándose el Derecho penal como un instrumento al servicio del Estado, obteniendo dinero para las arcas públicas[7]. Los presos cumplen una función utilitaria; es lo que se llama el utilitarismo punitivo: sentenciar al preso a servir forzosamente al Estado. La pena de trabajos forzados[8] es, en origen, consecuencia de un modelo de justicia cruel y arbitrario como el

6 Al respecto, Silva Forné, D.: "La codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2001, p. 238, que habla del fin utilitario de la pena.

7 Así, por ejemplo, la pena de minas está directamente relacionada con el entramado económico del Estado. El producto que se extraía en la de Almadén, el mercurio, era indispensable para amalgamar la plata americana. Por tanto, el trabajo en las minas es un anillo más de la cadena productiva americana. Las minas de Almadén, abandonadas desde época romana, se recuperaron para la explotación a principios del siglo XVI cuando se descubrió que el azogue mejoraba la plata que se traía de América: al respecto, Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Dykinson, Universidad de Jaén, Madrid, 2013, p. 32.
Penar en las minas de mercurio era especialmente duro. Como relata Prior Cabanillas, J.A.: *La pena de minas: los forzados de Almadén, 1646-1699*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2003, p. 111, el naturista inglés Guillermo Bowles calculó que en las antiguas y ricas minas manchegas sufrieron condena unos dos mil hombres durante los dos siglos y medio que duró la pena de minas, desde mediados del siglo XVI hasta 1799. Las terribles faenas que tuvieron que acometer, entre las que destacaba la limpieza del desagüe de azogue, provocaron una alta mortalidad, cuya probabilidad era del cuarenta por ciento.

8 Aquí nos referimos a la pena de trabajos forzados en sentido estricto, pues en un sentido amplio englobaría también a la pena de galeras (una pena privativa de libertad, en la que se obliga al reo a trabajar en el remo de los barcos de la flota real). Conviene, pues, tomar en consideración esta precisión, para delimitar correctamente nuestro objeto de estudio.
Con independencia de lo anterior, es evidente la íntima conexión entre la pena de galeras y la de trabajos forzados. Dicha conexión se manifiesta en diferentes momentos históricos. Así, como relata Rodríguez Ramos, L.: "La pena de galeras en la España Moderna", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, p. 269, "suprimida la pena de galeras, según testimonio de una carta del fiscal del Consejo del Rey (1749), fueron destinados los galeotes con condenas en ejecución, en base a su condena original y pendiente, a las minas de Almadén, presidios de África y destierro de la Corte, de sus patrias y del lugar en que cometieron sus delitos. Posteriormente a los arsenales de la Armada". También, en la misma dirección, puede verse la descripción de García Valdés, C.: "La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, t. LXXXII, pp. 41-42: "nuestros presidiarios han pasado de ser remeros en las galeras a ser mineros en las minas de Almadén, desempeñándose también como bomberos en los arsenales de la Marina. El magnífico y lúcido resumen de nuestro antiguo devenir penitenciario de Salillas contiene toda la historia del antiguo periodo, hasta los presidios africanos. Y la imagen gráfica del gran penitenciario español, escrita en 1888, se corresponde gráficamente con la realidad. Nadie en tan pocas líneas ha sabido trazar la esencia del penitenciarismo de antaño. De "servir a remo y sin sueldo en los barcos del Rey", a extraer el venenoso polvo de azogue o mercurio de la tierra y, en fin, a achicar continuamente el agua de los buques en los puertos de la armada, se pasa a las obras de fortificación de las plazas del norte de África, posesiones españolas en territorio hostil y guerrero. El presidio mayor será Ceuta, auténtica "ciudad penitenciaria" la llama el cronista y los menores: Melilla, Alhucemas, peñón de Vélez de la Gomera e islas Chafarinas".

del Antiguo Régimen[9], que posteriormente se mantiene en los primeros textos codificados hasta desaparecer por su imposible adaptación al Estado liberal[10].

Este estudio pretende aproximarse a la pena de trabajos forzados en la configuración que recibe por los textos codificados de siglo XIX (Códigos penales aprobados en los años 1822, 1848 y 1870). Estamos inmersos en el Derecho penal liberal, concebido sobre las ideas de los más destacados ilustrados y reformadores, e intentaremos situarnos en el contexto de la época y del pensamiento penal dominante, con alguna referencia puntual a los cambios políticos, sociales y económicos que se vivían y que tuvieron reflejo en las diferentes reformas legislativas[11]. Como veremos, los trabajos forzados muestran en los Códigos decimonónicos una evolución que, en términos generales, oscila desde el trabajo como penalidad en sí misma hasta el trabajo como elemento integrante de las penas de privación de libertad. La explotación del trabajo productivo de los penados ya no se justifica cuando se implanta un sistema penitenciario con regímenes progresivos de cumplimiento de condenas que defienden (al menos, en el plano de las declaraciones formales) el valor corrector del trabajo ocupacional[12]; se cambia así el sentido desfavorable del trabajo (finalidad de expiación, disciplinaria, prevención del ocio) por un sentido beneficioso (tratamiento) para el penado.

Un breve apunte para concluir la introducción y como justificación añadida a la elección del tema: Sellín[13] decía que los historiadores del Derecho penal han descuidado el estudio de los trabajos forzados, que son la forma original de la privación de libertad: "… el trabajo forzado es de antiguo origen; que persiste como un tipo separado de privación de libertad aún después de la declinación de las penas capitales y corporales, como nosotros entendemos hoy esos términos; que cuando inventamos el sistema penitenciario copiamos el trabajo forzoso e hicimos de él – con frecuencia - la parte principal de este sistema".

9 Véase lo dicho en una nota anterior sobre la pena de minas. A la dureza de la reclusión y el trabajo físico, se suma el riesgo de las enfermedades relacionadas con el contacto con los productos extraídos de la mina.

10 Curiosamente vuelve a renacer con el régimen franquista, en pleno siglo XX, que la reinventa con una severísima penalidad, con viejos (utilitarismo) y nuevos fundamentos ideológicos (retribución, corrección, redención), utilizando a los presos como si formaran parte de un botín de guerra. La comunicación de la historia de los trabajos forzados entre los siglos XVI y XIX con el régimen franquista es objeto de estudio por Oliver Olmo, P.: "Historia y reinvención del utilitarismo punitivo", en *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, coord. Gastón Aguas, J.M. / Mendiola Gonzalo, F., Instituto Gerónimo de Urtáriz, 2007, pp. 18 y ss.

11 No obstante, por las propias características de este trabajo y la delimitación de su objeto (la regulación positiva de la pena de trabajos forzados en los primeros Códigos penales españoles) no es posible entrar en un análisis profundo del marco histórico e ideológico en el que se produce la codificación penal y el abandono del Derecho penal del Antiguo Régimen, de la mano del reformismo ilustrado y de las ideas Montesquieu, Beccaria y Lardizabal, entre otros, y que solamente de manera tangencial citaremos.

12 Es evidente la distancia conceptual entre los trabajos forzados, que serán objeto de nuestro estudio, y el trabajo resocializador del penado. En la época a la que nos vamos a referir y figurando el trabajo forzado dentro del elenco de las penas del Código, es claro que no estamos tratando la redención de penas por el trabajo.

13 Sellín, T.: "Reflexiones sobre el trabajo forzado", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, pp. 509.

II. METODOLOGÍA, TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO.

La metodología empleada en la realización del presente trabajo viene determinada por el objeto del trabajo (los trabajos forzados en el proceso codificador del siglo XIX), siendo el método empleado el análisis de las fuentes legislativas y doctrinales[14].

En cuanto a las fuentes legislativas, se toman como referencia los tres Códigos del siglo XIX: el de 1822, el de 1848-1850 y el de 1870; en el caso del Código de 1822, su preparación está muy bien documentada: el proyecto, los informes que sobre él dieron varias entidades, las modificaciones operadas en el proyecto (entre ellas, una relativa a los trabajos perpetuos, como luego veremos) en virtud de estos informes y el diario de las sesiones en las que se discutió y aprobó artículo por artículo. La legislación penitenciaria española del XIX, coetánea a la Codificación penal, presenta también interés, en tanto que adapta el cumplimiento de la pena.

Por lo que se refiere a las fuentes doctrinales, junto a los autores de la época codificadora se ha utilizado una extensa bibliografía de autores más próximos en el tiempo, tanto penalistas como historiadores, que han estudiado las características del Derecho penal codificado, y donde podemos encontrar referencias concretas a la pena objeto de nuestro trabajo.

La codificación es el movimiento de la técnica jurídica que más ha influido en el Derecho actual. La creación de Códigos se debe al trabajo de juristas ilustrados que quisieron superar la etapa recopiladora de la Edad Moderna, cuyas normas tenían graves carencias. Sin embargo, el camino seguido por las ideas liberales surgidas de las corrientes ilustradas fue, con frecuencia, obstaculizado por las bases absolutistas derivadas del Antiguo Régimen[15].

14 Lalinde Abadía, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, Ariel, Barcelona, 1983, dedica las primeras páginas de su Manual a reflexionar sobre la investigación de la Historia del Derecho. Así, describe (pp. 5 y 6) que una primera fase de la investigación consiste en la búsqueda de los datos, que pueden aparecer en forma muy distinta, entre los que destacan los que reciben el nombre genérico de "documentos". El gran impulso del conocimiento histórico, prosigue este autor, se ha obtenido mediante el empleo del método histórico-crítico, caracterizado por construir la historia sobre la base de los documentos, previa sumisión de éstos a un riguroso examen técnico en cuanto a su veracidad y autenticidad, y a su lado se aplican otros métodos, como el intuitivo, el sociológico, el etnológico, etc., válidos en su mayor parte para ser aplicados donde no es posible el histórico-crítico a causa de la falta de documentos.

15 La Codificación puede ser contemplada desde diversos ángulos: a) Como técnica: frente a la recopilación, que es una mera yuxtaposición de normas legales de épocas y procedencias diferentes, ordenadas por materias y no exentas de contradicciones, la codificación se presenta como un sistema de reglas nuevas, orgánicamente subordinadas y coordinadas, y con pretensiones de generalidad y plenitud; b) Como ideología: la codificación se articula a partir de los postulados del racionalismo de los siglos XVII y XVIII y es aprovechada por la burguesía liberal decimonónica para plasmar sus aspiraciones básicas; c) Como proceso: la codificación identifica fundamentalmente aquel proceso cultural e histórico, iniciado en la segunda mitad del siglo XVIII, que propició la promulgación en la Europa continental del siglo XIX de los Códigos legislativos. Sobre este planteamiento, Verdera Server, R.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 28.

Respecto a la estructura del trabajo, se ha optado por la más sencilla posible. En primer lugar, se alude a la penología anterior al proceso codificador, describiendo las principales características de los trabajos forzados en Roma y en el Antiguo Régimen, por considerar que son los dos momentos históricos más relevantes anteriores a la Codificación. En segundo término, se aborda el tratamiento concreto en los Códigos penales del siglo XIX, que son, como ya se ha dicho, los de 1822, 1848-1850 y 1870. Unas conclusiones, que resumen los resultados alcanzados, y una relación de libros, capítulos de libro y artículos, cierran este estudio.

III. BREVE REFERENCIA A LA PENOLOGÍA ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN.

Por lo que se refiere a Roma[16], existían los trabajos forzados en minas (*damnatio in metallum*)[17], sobre todo en canteras o en minas de azufre, en servicios en la explotación de la minas (*damnatio in opus metalli*)[18] o en otros trabajos accesorios menos graves y de menos peligro (*damnatio in ministerium metallicorum*)[19] como la condena a la ejecución forzosa de obras tales como la limpieza de las alcantarillas, arreglos de las vías o labores en los baños públicos, que en caso de ser perpetua llevaba consigo la pérdida de la ciudadanía[20].

Desde la antigüedad clásica se designaban como *codex* a las recopilaciones ordenadas de leyes, cuyo ejemplo paradigmático era el Código de Justiniano. Con la afirmación de los Estados nacionales y la consolidación del absolutismo monárquico, la idea moderna de la codificación recibe un nuevo impulso, para centralizar el poder a costa de los particularismos feudales, buscando reordenar la legislación vigente y tender en lo posible a la unificación. Al respecto, Silva Forné, D.: "La codificación, cit., p. 249.

16 Sobre este planteamiento, Téllez Aguilera, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 27 y ss.; López Melero, M.: "Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal", *Anuario Facultad de Derecho* – Universidad de Alcalá V (2012), p. 405. También puede verse una breve descripción histórica en Sellín, T.: "Reflexiones", cit., pp. 509 y 510.

17 D. 48.19.8.4: "Otra pena es la que priva de libertad, por ejemplo, cuando se condena a alguien a una mina o a trabajos forzados en ella. Las minas son muchas en número, pero no todas las provincias tienen las suyas, y las que no las tienen mandan los reos a las que tienen minas" (*Ulp. 9 de off. proc.*); D. 48.19.8.5: "Compete especialmente al prefecto de la ciudad el derecho de condenar a una mina, como se declara en una epístola de 'Septimio' Severo, de consagrada memoria, dirigida a Fabio Cilón" (*Ulp. 9 de off. proc)*; D.48.19.8.6: "La diferencia entre la condena a una mina y la condena a trabajos forzados en una mina está exclusivamente en las cadenas: a los condenados a una mina se ponen cadenas más pesadas y a los condenados a trabajos forzados en una mina, menos pesadas, y los que se escapan de estos trabajos son condenados a una mina, y los que se escapan de la condena a una mina son castigados más severamente (*Ulp. 9 de off. proc)*; los textos se encuentran en *El Digesto de Justiniano*, t. III, versión castellana por D'ors, A./ Hernández- Tejero, F. / Fuenteseca, P. / García-Garrido, M. / Burillo, J., Aranzadi, Pamplona, 1968, pp. 731 y 732.

18 D. 48.19.28.6: "Adriano, de consagrada memoria, dio un rescripto en estos términos: "No se debe condenar a nadie temporalmente a trabajos forzados en una mina, pero el que lo sea, aunque haga un trabajo de mina, no debe considerarse que ha sido condenado a una mina, pues conserva su libertad lo mismo que los condenados a trabajos forzados a perpetuidad". Por tanto, también las mujeres condenadas a esa pena dan a luz hijos libres" (*Call. 6 de cog.*); el texto se encuentra en *El Digesto de Justiniano*, t. III, cit., p. 737.

19 D. 48.19.8.8: "Las mujeres suelen ser condenadas al servicio de los mineros a perpetuidad o temporalmente, y de la misma manera en las salinas; y cuando se las condena a perpetuidad quedan destinadas a ser esclavas de la pena, pero si lo son temporalmente, conservan la ciudadanía (*Ulp. 9 de off. proc.*)"; el texto se encuentra en *El Digesto de Justiniano*, t. III, cit., p. 732.

20 D. 48.19.34: "Un esclavo no puede ser condenado a trabajos forzados en una mina a perpetuidad, y mucho menos temporalmente; pero si se le hubiese condenado por error a trabajos forzados en una mina por un tiempo, respondí que debe ser restituido a su dueño al transcurrir el tiempo. (1) Respondí que también se

Vemos, ya desde los comienzos en Roma, que el propósito del trabajo forzado es la explotación de la mano de obra de los delincuentes en beneficio del Estado, sin idea alguna por su reforma[21].

Dando un salto considerable en el tiempo, hay que señalar que la penología de los siglos XIII a XVIII en España destaca por tener un fin intimidatorio y de castigo[22], por una desigualdad personal ante la ley penal[23], por una desproporción entre el delito y la pena[24], y por el arbitrio judicial que se manifiesta en la libertad del juez para determinar la pena[25]. Entre el abanico de las penas, destaca, por su gran dureza y frecuente utilización práctica, la pena de trabajos forzados.

Siguiendo la tradición romana, en las Partidas se contempla la pena de trabajos forzados como un castigo a imponer por delitos graves, consistente en que el condenado esté en hierros para siempre, cavando en los metales del Rey o labrando o sirviendo a los que lo hicieren. Así consta en la Partida VII, Ley IV del Título XXXI (*Quantas maneras son de pena*), al establecer la relación de penas: "Siete maneras (1) son de penas, por que pueden los Judgadores escarmentar a los facedores de los yerros. E las quatro son de los mayores, e las tres de los menores. La primera es, dar a los omes pena de muerte (2), o de perdimento de miembro. La segunda es, condenarlo que este en fierros (3) para siempre cauando en los metales del Rey, o labrando en las otras su lauores (4), o sirviendo (5) a los que lo fizieren…. Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos (9) tan solamente en ella, fasta que sean judgados…"[26]. Adviértase que el texto configura a los trabajos forzados como un medio o forma por el cual

aplica la pena de delación, en virtud del sentir del senadoconsulto, a los que movieron al delator por medio de persona interpuesta" (*Pap. 16 resp.*); el texto se encuentra en *El Digesto de Justiniano*, t. III, cit., p. 739.

21 Sellin, T.: "Reflexiones", cit., p. 510.

22 La pena no persigue la corrección moral o educación cívica del reo, sino el escarmiento y castigo del culpable, castigo que debe, además, ser disuasorio y ejemplificativo para los demás miembros de la sociedad. Precisamente, para conseguir ese fin intimidatorio se considera como requisito indispensable la publicidad de la pena. Así lo resume Tomás y Valiente, F.: *El Derecho*, cit., p. 355, al señalar que las dos finalidades de la pena eran "la de castigar o escarmentar al culpable y la de dar ejemplo, atemorizando a los demás. Por tanto, un fin vindicativo y otro intimidatorio".

23 Existe una sociedad estamental, con clases privilegiadas (nobleza y clero) y no privilegiadas (pueblo llano). En esta sociedad, dice Tomás y Valiente, F.: *El Derecho*, cit., p. 319, "los hombres no eran jurídicamente iguales entre sí, sino que por su inclusión en uno u otro estamento, gozaban de más o menos o ningún privilegio, y por tanto no eran iguales tampoco ante la ley penal".

24 Son elocuentes las palabras de Pacheco en la introducción a su obra sobre el Código penal de 1848 cuando se refiere a la crueldad de la legislación criminal que llega hasta la codificación: "La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas, o valor de una peseta en Madrid"; en Pacheco, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Edisofer, Madrid, 1999, p. 77.

25 Los jueces disponían de libertad para aplicar las normas penales e incluso para concretar ellos mismos (actuando como complemento y otras veces en sustitución de la ley) qué conductas eran constitutivas de delito, decidiendo con discrecionalidad las penas a imponer. Al respecto, Nieto García, A.: *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 214 y 215.

26 Véase el texto en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. IV, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848, pp. 467 y 468.

podía el delincuente redimirse y corregirse ("escarmentar los yerros"), mientras que la cárcel tiene un fin exclusivamente de custodia, en espera de juicio[27].

En las Partidas, la pena de trabajos forzados no solo suponía una privación de libertad, como se acaba de ver, sino también la pérdida del derecho del condenado a perpetuidad a ser instituido heredero. Así lo señala Partida VI, Ley IV del Título III (*Quien non puede ser establescido por heredero*): "Non puede ser establescido por heredero, ningun ome que se desterrado por siempre, a quien dizen en latin, Deportatus: nin otrosi, los que son judgados a penar de cauar en las mineras de los metales del Rey para siempre, por yerro que fizeron; pero estos atales, que fuesen condenados en los metales, o lauores del Rey, bien podrían auer otras mandas que les algunos mandassen, o fiziessen en sus testamentos…"[28].

Ahora bien, como expresamente reconocen las Leyes de Toro, sí podía testar el condenado con relación a los bienes que no le hubiesen sido confiscados. Señala la Ley IV: "Mandamos que el condenado por delicto á muerte civil, ó natural; pueda facer testamento y codicillos, ó otra qualquier ultima voluntad, ó dar poder á otro que lo faga por él, como si no fuese condenado: el qual condenado, y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delicto fueren confiscados, ó se ovieren de confiscar, ó aplicar á nuestra camara, ó á otra persona alguna"[29].

27 Masferrer Domingo, A.: *Tradición y reformismo en la Codificación Penal Española*, Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2003, p. 180, señala el origen de la pena privativa de libertad en el siglo XVI y aunque con anterioridad existían las cárceles, lo cierto es que su función era netamente de custodia, inspirada en la frase de Ulpiano ("la cárcel debe ser para retener a los hombres y no para castigarlos") y reproducida fielmente en las Partidas.

28 Véase en el texto en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. IV, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848, p. 29.

29 Texto recogido en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. VI, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849, p. 559.
En el comentario a esta Ley IV, señala Gómez casos y situaciones en los que el condenado puede testar, unas veces porque se trate de bienes no confiscados, otras porque, incluso verificándose la total confiscación de su patrimonio, se realice el testamento para otros fines (nombramiento de tutor o sustituto pupilar) o para disponer de bienes que adquiera después de la sentencia condenatoria: "1. Por derecho civil y de Partidas el condenado à muerte natural ó civil, qual es la deportación, galera &c. se hacía siervo de pena, inhábil é inestable; y esto aun antes que la sentencia se executase; bien que por el de autenticas, el sentenciado á muerte civil, siendo persona bien nacida queda ileso de aquel borron (n. 1. y 2.). Mas nuestra ley quarta de Toro deroga lo expresado, considerando esento de dicha servidumbre de pena asi á el condenado á muerte natural, como civil, bien sea ó no bien nacido, qual es el siervo que consigió libertad, el expurio y otros; quedando hábil para testar, fundar mayorazgo, hacer mejoramientos á sus hijos, y demás que le parezca de los bienes que no le hubieren sido confiscados (n. 3. y 4.). Igualmente tiene facultad, aun verificada la confiscacion de toda su hacienda, para formalizar testamento con otros fines; v.g. á efecto de proveer á sus hijos de Tutor, ó substituto pupilar: ó que el heredero suceda en los bienes que el tal condenado adquiera despues de la sentencia, á cuyo caso no se estiende en duda la confiscacion, como ni tampoco á los que se le debiesen al reo *sub conditione*, que provenga de ultima voluntad, y no de contrato; porque en el primer caso no es transmisible el derecho condicional á el heredero ó fisco, y si lo es en el segundo (n. 5.). 2. Pueden verificarse muchos casos en que desde la sentencia hasta su execucion medie intervalo suficiente para contemplar capaz al reo condenado de succeder á otro *ex testamento* ó *ab intestato*: Primero quando se apeló de dicha providencia, ó aunque no (38 39) se hubiese interpuesto apelacion, se esté en el término de ella. Segundo: Si la execucion de la sentencia de muerte se suspenda porque el reo tenga que dar cuentas de alguna administracion, o por estar preñada la delinquente: Tercero: Quando se escape de la prision; y otros casos que pudieran proponerse (n. 6.). En todos los quales es capaz el condenado de adquirir herencia, legado ó fideicomiso, transmitir á sus herederos &c; pues concediendosele la faccion

Desde el siglo XVI, la Monarquía destinó a importantes grupos de presos a servir en las minas de azogue, a la construcción de plazas fortificadas y, ya en el siglo XVIII, a los arsenales de Ferrol, Cartagena y Cádiz[30]. Representan claramente, en este momento histórico, la aplicación de un criterio utilitarista, no radicando su finalidad en la privación de libertad, sino en la realización de un trabajo al servicio de determinados intereses: en el caso de las minas reales de mercurio, por la necesidad de fundir la plata que llega de América; en el caso de las plazas fortificadas de África, por proteger territorios fronterizos con los musulmanes; en el caso de los arsenales, por la realización de duros trabajos en astilleros de la flota (en particular, las bombas de achique). Tienen los trabajos forzados, además, un claro antecedente en la pena de galeras[31], que no trataremos aquí, pero sí conviene apuntar que debido a la disminución de la demanda de galeotes, producida a partir del siglo XVII, se hizo necesario suprimir la pena de galeras y sustituirla por la de trabajos forzados que sirvieran de castigo y repercutieran en rentabilidad para la Corona. Es sobre todo a partir de la abolición de la pena de galeras, cuando las penas de trabajos forzados experimentaron un gran auge, y ello debido a que las condenas que impusieron la pena de galeras fueron conmutadas por penas de trabajos forzados en las minas de Almadén, en los arsenales de Cartagena, la pena de servir en el ejército real durante un número de campañas o los presidios en África; las normas de Derecho penal recogidas en la Novísima Recopilación eran durísimas, destacando, la Real Pragmática de 12 de marzo 1771[32], bajo el reinado de Carlos III, que incorporaba una clasificación de los internos por clases: una primera clase dirigida a aquéllos que manifestaran un ánimo perverso, en razón de la perversidad presunta, con destino a presidios africanos, y una segunda clase, destinada para los delincuentes más reincidentes, los incorregibles, que eran trasladados a los presidios de los arsenales de Marina[33]. Lo cierto es que dieron un

activa de testamento que es mas, se le debe permitir la pasiba, asunto á la verdad de menos importancia; comprobandose esto mismo de que el impúbero, religioso, dado en rehenes, mentecapto y otros, se hallan prohibidos de testar, y sin embargo pueden heredar; ademas de requerirse la capacidad del Testador en los mismos tiempos que en el heredero: conviene á saber: en el de la institución, en el de la muerte, y en el de la adicion respecto del último; porque el primero se supone haber ya fallecido. Y aunque esta ley quarta es correctoria, y por lo mismo no es extensiva á los casos que no expresa: como es igual ó menor, qual es la testamentifaccion pasiva respecto de la activa se verifica lo contrario (n. 7. R.). Y últimamente puede el condenado aun á muerte natural, celebrar contratos, obligarse, y adquirir derecho de ellos; mayormente cuando estos pueden intervenir en los testamentos, cuya faccion no se le niega á aquel (n. 8)". *Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gomez a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Madrid, 1785, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1981.

30 Véase Sainz Guerra, J.: *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004, p. 323. Efectivamente, con el paso de la Edad Media a la Edad Moderna, durante la época de los Reyes Católicos y de los de Habsburgo (siglos XVI y XVII), los gobernantes utilizaron a los encerrados como mano de obra barata, y esta situación se mantuvo hasta el siglo XIX. Al respecto, López Melero, M.: López Melero, M.: "Evolución", cit., p. 410.

31 Sobre el particular, Figueroa Navarro, M.A.: *Los orígenes del penitenciarismo español*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 21.

32 La motivación fundamental de la Pragmática, señala Salillas, R.: *Evolución penitenciaria de España*, reimpresión facsímil. Imprenta clásica española, tomo II, Madrid, 1918, p. 148, es evitar la deserción de los presidiarios de África, pasándose a los moros y después renegando.

33 Novísima Recopilación, Ley VII del Título XL del Libro XII (*Destino de los reos de varios delitos á los arsenales del Ferrol, Cádiz y Cartagena, para evitar su desercion á los moros*). D. Cárlos III, en el Pardo por pragm. de 12

de Marzo de 1771.

(a) "Conformándome con el parecer de mi Consejo he mandado expedir la presente en fuera de ley y pragmática-sancion, como si fuese hecha y promulgada en Córtes; pues quiero, se esté y pase por ella sin contravenirla en manera alguna, para lo qual, siendo necesario derogo y anulo todas las cosas que sean ó ser puedan contrarias á esta: por la qual, para evitar la desercion en los presidios, y las demas funestas conseqüencias que hasta aquí se han experimentado, con total abandono de la Religion, con que algunos desesperados compran á un precio tan fatal su aparente libertad, y obviar la contagiosa mezcla de personas ménos viciadas con los reos mas abandonados, cuyo promiscuo trato los reduce á una absoluta incorregibilidad.

1. Mando, que en las condenas de todos los reos de delitos y casos á que corresponda pena aflictiva, que no pueda ni deba extenderse á la capital, se distingan en adelante dos clases: una de delitos no qualificados, que aunque justamente punibles, no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexion, arrebato de sangre, ú otro vicio pasagero; como las heridas, aunque graves, en riña casual, simple uso y porte de armas prohibidas, contrabando, y otros que no refunden infamia en el concepto político y legal: y la otra clase de delitos feos y denigrativos, que sobre la viciosa contravencion de las leyes suponen por su naturaleza un envilecimiento y baxeza de ánimo con total abandono del pundonor en sus autores; quales son todos aquellos delitos y casos, por los quales según las leyes del Reyno se aplicaba la pena de galeras, mientras las hubo, ya fuese por la esencia de los mismos delitos, ya por el mal hábito de su repeticion exclusivo de probable esperanza de enmienda en tales vicios consuetudinarios de daño efectivo á la Sociedad.

2. Que los reos de la primera clase, en quienes no cabe fundado rezelo de desercion á los moros, deban ser condenados á los presidios de Africa por el tiempo determinado que les prefinieren los Tribunales competentes, el que nunca pueda exceder del término de diez años; y que puestos en sus destinos, no dando allí motivo de otra calidad, sean tratados sin opresion ni nota vilipendiosa, aplicándoles únicamente á las utilidades de la guarnicion y obras de los mismos presidios; cuya moderacion de penalidades, y separacion total de los que podrían corromperlos, les pondrán mas adelante el abominable pensamiento de pasarse á los moros.

3. Que los delinqüentes de la segunda clase, á quienes, como va insinuado, corresponde la pena de galeras, y cuya mayor corrupcion y abandono hace mas temible su desercion y fuga á los moros, por el entero olvido de sus primeras obligaciones á la Religion y á la Patria, sean precisamente destinados á los arsenales del Ferrol, Cádiz y Cartagena, donde se les aplique indispensablemente por los años de sus respectivas condenas á los trabajos penosos de bombas y demas maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos; sin arbitrio ni facultades en los Gefes de aquellos Departamentos para su soltura ni alivio, á menos de preceder para lo primero expresa Real órden mia, y concurrir para lo segundo causa de grave enfermedad, en cuyo caso deban ser tratados con humanidad que fuere practicable; celando siempre, como corresponde, el cumplimiento de Justicia en la custodia de estos reos para la vindicta pública, y asegurar que los pueblos queden desembarazados de unos sujetos calificados de perniciosos á la Sociedad.

4. Que para la proporcionada distribucion y dotacion de los mismos arsenales deban dirigirse á los del Ferrol los reos condenados á esta pena por la Chancillería de Valladolid, Consejo Real de Navarra, Audiencias de Galicia y Asturias, y por todos los Jueces, aunque sean de fuero privilegiado, del territorio de estos Tribunales; á los arsenales de Cádiz los de los reynos de Andalucia, provincia de Extremadura y islas de Canarias; y á Cartagena los de Castilla la Nueva, reyno de Murcia y Corona de Aragon.

5. Que atendida la penalidad y afán de estos trabajos cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vienen sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los Tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno; sino que á los mas agravados, y de cuya salida al tiempo de la sentencia se rezele algun grave inconveniente, se les pueda añadir la calidad de que no salgan sin licencia; y segun fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales por el tiempo expreso de su condena, el Tribunal superior, por quien fuere dada ó consultada la sentencia, pueda despues con audiencia Fiscal proveer su soltura; la que deba cumplimentarse por los Intendentes de dichos arsenales, con presentacion del testimonio del decreto de libertad proveido por los competentes Tribunales y demas Jueces, que la aplicacion de los reos á los trabajos de bombas de los arsenales solo puede verificarse en el de Cartagena, por no haberlas en el del Ferrol y Cádiz.

6. Y para que no se haga un uso perjudicial á las saludables providencias que van tomadas, entendiéndose tal vez que por la subrogacion de la pena de arsenales en lugar de la de galeras pueden continuar los Jueces en el arbitrio de comunar con aquella otras penas mayores, dexando de aplicar la capital en muchos casos correspondientes, y cortar de raíz todos los principios introducidos, ya sea por una piedad mal entendida, ó por una intempestiva y abusiva inteligencia de algunas leyes del Reyno, que ocasionadas sin duda de temporal urgencia, se han traido despues á una perpetua y dañosa práctica; mando asimismo á todos los Jueces y Tribunales con el mas sério encargo, que á los reos por cuyos delitos, segun la expresion literal ó equivalencia de razón de las leyes penales del Reyno, corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar el extremo de una nimia indulgencia, ni de una remision arbitraria: declarando como declaro ser mi Real intención, que no pueda servir de pretexto, ni traerse á conseqüencia para la conmutacion ni minoracion de penas la ley segunda, ni lo prevenido en la sexta de este titulo (b) … y asimismo declaro, que sin embargo de estas leyes y otras correlativas providencias, y

destino práctico a los penados (a costa de la salud y vida de muchos de ellos), pero no fueron útiles para su corrección, como la realidad demostró: un jurista como Álvarez Posadilla denunciaba en el siglo XVIII que la mezcla de los penados en los arsenales no sirviera nunca para la corrección, sino para generalizar la corrupción de todos, solicitando la sustitución de estos castigos por otros que sirvieran al fin deseado[34].

Así, pues, la legislación vigente en España al comienzo del proceso codificador era la contenida en la Novísima Recopilación, siendo las Partidas de aplicación supletoria[35]. Se trataba, como se ha visto, de una normativa procedente de la Edad Media, que Pacheco describiría tiempo después, diciendo que "todos los absurdos,

de cualquier práctica fundada en ellas, es mi voluntad, que se haga cumplimiento de justicia segun la natural calidad de los delitos y casos, sin dar lugar á abusos perjudiciales á la vindicta pública (3) y á la seguridad, que conforme á la nativa institucion de las leyes deben gozar los buenos en sus personas y bienes por el sangriento exemplar y público castigo de los malos.

7. Y finalmente mando, que cuando en algun caso sobre las mismas leyes, que ahora he resuelto se guarden, ocurriere duda muy grave por la variacion substancial de los tiempos, ú otras circunstancias dignas de atencion que necesite mi Real declaracion, los Tribunales la consulten al mi Consejo, para que, haciéndomelo presente, declare lo más justo".

Otras normas a destacar:

Novísima Recopilación, Ley X del Título XL del Libro XII (*Restablecimiento de las galeras en la Real Armada; y destino á ellas de los reos que lo merezcan*). El mismo por Real órden de 31 de Dic. de 1784, y céd. del Consejo de 16 de febrero de 85.

"Con el objeto de esforzar por todos los medios el corso contra los Argelinos, para que evidencien el poco fruto de sus piraterías, he resuelto restablecer en mi Real Armada las galeras; y he dado las providencias convenientes para su apronto y conduccion á Cartagena, por los medios que tengo acordados; á cuyo fin es mi Real voluntad, que los Tribunales y Justicias del Reyno sentencien al servicio de galeras, como se practicaba antiguamente á los reos que lo meresiesen (4). (4): "Por Real órden de 18 de octubre de 1749, con motivo de haberse extinguido la esquadra de galeras, resolvió S.M., que á los reos, á quien por sus delitos se aplicaba á ellas, se les destinase á servir en las minas de Almaden, y á los de mérito mas leve por gastadores de los presidios de Africa; y que este último castigo se aplicase tambien á aquellos que, aunque merecedores de la pena de minas, no podian ser recibidos en ellas, por exceder del número que permite su trabajo; precediendo en unos y otros delinqüentes la vergüenza pública ó azotes; y quedando á la prudencia de los Tribunales la determinacion del tiempo de condena, y la circunstancia de que no puedan, aunque hayan cumplido, obtener su libertad sin la licencia respectiva, la cual deberá darse con consideración al delito y delinqüente".

Novísima Recopilación, Ley XI del Título XL del Libro XII (*Aplicacion á galeras de los reos condenados á bombas*). El mismo por Real órden de 1 de Junio de 1787.

"Restablecidas en la Armada las galeras, y suprimido el trabajo de las bombas de cadena para desaguar los diques de Cartagena con el establecimiento de las de fuego, ha quedado por consiguiente sin aplicacion los reos de delitos graves, que por falta de aquellas se condenaban á estas; y como una y otra fatiga han sido reputadas por de una propia naturaleza, he tenido á bien determinar, que en lo sucesivo se condenen á galeras los delinqüentes que hasta aquí se han sentenciado á bombas; bien entendido, que como las circunstancias pueden hacer eventualmente necesario el uso de estas, ha de expresarse, que en tales casos han de sufrir tambien esta fatiga, considerarándose una misma con aquella".

Los textos citados se encuentran en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. X, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850, pp. 148 a 151.

34 Así, dice Álvarez Posadilla, J.: *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, 1797, p. 35, (citado por Sainz Guerra, J.: *La evolución,* cit., p. 323, nota 91), que "bueno sería que se inventasen otros castigos equivalentes, y que se corrigiesen más a los delincuentes, a los menos para aquellos sujetos que han cometido delitos no feos, que conservan pundonor, para que no se corrompieran con las malas compañías".

35 Al abrirse el siglo XIX, dice Rodríguez Devesa, J.M.: *Derecho penal español, Parte General*, edición revisada y puesta al día por Serrano Gómez, A., Dykinson, Madrid, 1991, p. 94, "están en vigor legalmente la *Novísima Recopilación* (1805), los *Fueros* y las *Partidas*, por este orden, que fue el de la prelación que estableció el Ordenamiento de Alcalá (28 febrero 1348). En realidad, las fuentes eran sólo las Pragmáticas y las Partidas".

todas las crueldades, que distinguían nuestra legislación criminal desde hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente"[36].

El reformismo ilustrado español de las últimas décadas del siglo XVIII adhería al iusnaturalismo racionalista y a la teoría del pacto social (en sus distintas versiones). Estos pensadores van a juzgar críticamente la situación de la Administración de Justicia y de las leyes penales españolas, elaborando propuestas de reforma, basadas en su propia experiencia profesional (así, entre otros, LARDIZABAL)[37]. Como indica TOMÁS Y VALIENTE[38], se trata de reformar desde arriba, legislando; como tecnócratas de la Monarquía, respetan el poder absoluto, pero aprovechan su posición para llevar a cabo reformas legislativas.

Entre las influencias que en materia penal se comenzaban a sentir en la época, destacaban las de MONTESQUIEU Y BECCARIA, que tuvieron un notable predicamento entre los intelectuales del fin del siglo XVIII (entre ellos, destacaría LARDIZÁBAL) y una fundamental importancia para los codificadores de 1822[39]. Supusieron un punto de inflexión entre el reinado de las penas de muerte y corporales a fines del siglo XVIII y el predominio de penas privativas de libertad a partir del siglo XIX. Para MONTESQUIEU[40], el legislador se preocupa, en un Estado moderado, más por prevenir que por castigar los delitos, y las penas que impone son moderadas, pero no por ello menos eficaces, puesto que los relajamientos de las costumbres de los pueblos proceden de la impunidad de los crímenes y no de la moderación de las penas. Para BECCARIA[41], que se inspira en el anterior y es el gran difusor del pensamiento ilustrado, el objetivo de la pena es la intimidación, pero guiada por la

36 PACHECO, J.F.: *El Código*, cit., p. 77.

37 Como señala HERNÁNDEZ MARCOS, M.: "Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787", *Res pública*, 22, 2009, p. 42, "el discurso teórico, pues, no surge, por así decir, antes y con independencia de las necesidades concretas de los tribunales y de los juicios, o por articulación de las mismas dentro de un sistema "abstracto" de pensamiento racional, sino, muy al contrario, al hilo precisamente de las exigencias de reforma planteadas desde la práctica judicial, y se despliega por ello a impulsos eclécticos, sometido a veces al vaivén oportunista que imponen las circunstancias imprevisibles de la praxis jurídica".
LARDIZÁBAL publica *Discurso sobre las penas* en 1782, pronunciándose sobre los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad y proporcionalidad con el delito cometido. Sigue distinguiendo la prisión preventiva (cárcel) de la punitiva (arsenales y presidios), las cuales deben tener como finalidad la corrección del preso y, respecto de los que son incorregibles, que cumplan una función utilitaria como la de los trabajos públicos y el servicio de armas; al respecto, LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas, Universidad de Cádiz*, Cádiz, 2001, pp. 110 y ss.

38 TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El Derecho,* cit., pp. 104 y ss.

39 El soporte dogmático de la codificación penal y del rechazo a las ideas del Antiguo Régimen se encuentra en el reformismo ilustrado y en el pensamiento de MONTESQUIEU Y BECCARIA, entre otros: se preconizaba el espíritu de moderación, la proporcionalidad de las penas y su carácter preventivo, rechazándose la brutalidad imperante, la crueldad del sistema penitenciario y la práctica de la tortura. Al respecto, RAMOS VÁZQUEZ, I.: "El Derecho Penal de la Ilustración", en VV.AA., *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 43 y ss. También, sobre el reformismo ilustrado como precedente de la codificación, puede verse TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 493 y 494.

40 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes (trad. de M. Blázquez y P. de Vega)*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 68.

41 BECCARIA, C.: *Tratado de los Delitos y de las Penas* (edición facsímil de la traducción de Juan Antonio De Las Casas, Madrid, 1774), Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 52.

utilidad, no a través de la crueldad, separándose así radicalmente de la intimidación general preconizada por los prácticos y la legislación del Antiguo Régimen, basada en la profusión de prácticas aterrorizantes; concluirá su obra, caracterizando la pena adecuada de una manera que resume perfectamente su aportación: "para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes'"[42].

En el ámbito penitenciario, con las tensiones propias del momento (entre el antiguo rigorismo y las tendencias reformistas antes apuntadas), se dictan la Ordenanza de Presidios Navales de 1804 y el Reglamento General de los Presidios Peninsulares de 12 de septiembre de 1807, resultado de una práctica penitenciario-militar, que encajaba en la lógica de un sistema en el que los reos servían a los usos militares de la Monarquía[43]. A principios del siglo XIX desaparecen la pena de minas (1801) y la de galeras (1803), enviando a partir de ese momento los penados a los presidios navales, donde trabajarían manejando bombas de achique de los diques bajo la autoridad de la Armada, y a arsenales militares, donde se les emplearía en trabajos de fortificación bajo la autoridad de jefes del Ejército de Tierra[44].

Si Beccaria, como hemos visto, había influenciado la nueva ciencia jurídico-penal moderna, en el ámbito penitenciario es Howard quien puede ser considerado como el creador del nuevo Derecho penitenciario[45]. Ahora bien, a diferencia del primero, Howard no pretendía modificar los cimientos de la justicia penal, ni tenía un propósito revolucionario; su preocupación por el estado de las cárceles tenía un fundamento estrictamente humanitario, de clemencia, de misericordia. Howard visitó la mayoría de las prisiones, hospitales y casas de corrección existentes en Europa[46], y proponía fundamentalmente humanizar las cárceles, construyéndolas de nueva planta según los principios de utilidad, sencillez, higiene, economía y decoro, así como mejorar el trato que recibían los presos. Ambos objetivos se erigieron en proyectos programáticos de la Ilustración europea, aunque su gran aportación no fue tanto impulsar la reforma de las cárceles, como dotar de

42 Beccaria, C: *Tratado*, cit., p. 112.

43 Sobre el tema, ampliamente, véase Fernández Bermejo, D.: *Individualización científica y tratamiento en prisión*, Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, Madrid, 2014, pp. 83 y ss. (norma de 1804), y 94 y ss. (norma de 1807).

44 Véase Fernández Artiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 59.

45 Su obra de más proyección e influencia es la de *The State of the Prisons in England and Wales*, editada por primera vez en 1777. La referencia bibliográfica consultada es Howard, J.: *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (Londres, 1789), traducción y estudio de García Ramírez, S., Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

46 Visitó España en 1783 para redactar su obra sobre el estado de las cárceles, prisiones u hospitales. Tiene una referencia puntual y bastante positiva a la prisión del Prado, donde se recluían a los reos que "trabajaban en la construcción de caminos, puentes, etc.": véase Howard, J.: *El estado,* cit., pp. 340 y ss.
Sobre la visita de Howard, puede verse un buen resumen en Salillas, R.: *Evolución*, cit., t. *I*, pp. 102-131.

relevancia, por primera vez en la historia de la penalidad, al reo, al delincuente, al hombre, anticipando una mirada subjetiva del Derecho penal que aún tardaría mucho tiempo en fraguar[47].

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1822.

Como de manera muy gráfica señaló Antón Oneca[48], el Código penal de 1822 fue palenque en que lucharon las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración.

La elaboración del Código se hizo de manera bastante rápida. El 26 de agosto de 1820 las Cortes designan – a los efectos previstos por el art. 258 de la Constitución de 1812[49] - una Comisión encargada de elaborar un Código Criminal; esta inicia sus trabajos el 9 de noviembre y con gran celeridad presenta un proyecto de Código el 22 de abril del año siguiente. Se solicitó opinión del proyecto a Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados, etc., fijándose un plazo muy breve para recepcionar los dictámenes que elaboraran. En función de las observaciones recibidas, la Comisión introduce algunas variaciones, entre las que destaca la supresión del art. 48, que establecía la marca con hierro cadente al reo condenado a trabajos perpetuos[50] (lo que suponía la eliminación de una de las penas infamantes del Antiguo Régimen)[51]. De esta forma el proyecto se presenta a las Cortes extraordinarias el 1 de noviembre de 1821.

Son notables las supervivencias del Antiguo Régimen. Este es uno de los rasgos distintivos del primer Código penal español. Pacheco[52] dice de él que "es un código científico. La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba intensamente la situación penal de la nación. Pero es a veces demasiado duro; transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas, muy vivas aún en aquella edad, y casi borradas en la que corremos; es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el

47 Véase la síntesis de estas ideas de Howard en Caro, F.: "John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII", *Eguzkilore-27*, 2013, especialmente pp. 154 y ss.

48 Antón Oneca, J.: "Historia del Código Penal de 1822", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, núm. 2, p. 263.

49 "El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la monarquía". Por este texto, señalaba Jiménez de Asúa, L.: *Manual de Derecho penal. Volumen Primero. Introducción*, Editorial Reus, Madrid, 1933, p. 138, que la historia de nuestra codificación se inicia en las Cortes de Cádiz, siendo la codificación penal obra de la Revolución. Ahora bien, no deja de ser cierto que la preocupación por acometer la codificación de la legislación criminal es anterior y consecuencia del pensamiento ilustrado, destacando el antecedente del Plan de Código Criminal de 1878, tal y como puede verse en Casabó Ruiz, J.R.: "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, t. XXII, fasc. II, pp. 313 y ss.

50 El art. 48 del proyecto decía: "El reo condenado a trabajos perpetuos será marcado públicamente en la espalda por el ejecutor de la justicia con un hierro ardiente…".

51 Al respecto, Antón Oneca, J.: "Historia del Código penal de 1822", *cit*., p. 268.

52 Pacheco, J.F.: *El Código*, cit., p. 83.

mérito legislativo, a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario. Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoleón". Por su parte, Quintero Olivares[53] explica la dureza del Código por las presiones que soportó a través de informes de Universidades y Audiencias, que mayoritariamente reclamaban más dureza y más concesiones a las leyes penales históricas.

En efecto, la penología que recoge el Código (Capítulo III del Título Preliminar, denominado "De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas") y, en particular la referida a los trabajos forzosos, es especialmente severa[54].

La pena de trabajos perpetuos se incluye en el art. 28 como pena principal, en segundo lugar e inmediatamente después de la pena de muerte, distinguiéndose de la pena de obras públicas, que figura en quinto lugar, pero también dentro del elenco de las penas corporales y como pena principal[55]. La pena de trabajos perpetuos se aplica en veintiún casos[56].

En la presentación ante el Congreso del proyecto, y en el punto concreto relativo a la pena de trabajos perpetuos, se relata, como objeción, la impugnación de la perpetuidad que realizan la Universidad de Cervera, las Audiencias de Mallorca, Galicia, Sevilla, Cataluña y Madrid, y D. Antonio Pacheco; a este respecto, Calatrava[57] trata de suavizar ante la Cámara la naturaleza perpetua de la pena, cuando dice que "los trabajos perpetuos … no tienen de perpetuo sino el nombre, excepto para el delincuente absolutamente incorregible", refiriéndose

53 Quintero Olivares, G.: *Pequeña historia penal de España*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 32 y 33.

54 La califica "de tintes ancestrales" García Valdés, C.: "La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, t. LXXXII, p. 49.

55 Art. 28: "A ningun delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. *Penas corporales.* Primera. La muerte. Segunda. La de trabajos perpetuos. Tercera. La de deportación. Cuarta. La de destierro o estrañamiento perpetuo del territorio español. Quinta. La de obras públicas. Sesta. La de presidio. Sétima. La de reclusion en una casa de trabajo. Octava. La de ver ejecutar una sentencia de muerte. Novena. La de prision en una fortaleza. Décima. La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado. *Penas no corporales.* Primera. La declaracion de infamia, á cuya clase pertenece tambien la de ser declarado indigno del nombre español, ó la de confianza nacional….".

56 Siguiendo a Salillas, R.: *Evolución*, cit., t. II, pp. 382 y 383, son los arts. 226, 282, 343, 379, 381, 388, 389, 390, 634, 635, 636, 638, 641, 648, 651, 667, 672, 730, 787, 791 y 792, que corresponden a los delitos de usar fraude o dolo en la justificación de la imposibilidad física o moral del Rey; reos de sedición de primera clase; los incendiarios en cuadrilla de malhechores; falsificadores de moneda, de sellos o firmas reales o que utilicen sellos verdaderos en documento falso o abusen de los que tengan en depósito; envenenador; el que golpeare, ultrajare o maltratare de obra a su padre, madre u otro ascendiente en línea recta; los salteadores que hirieren o maltrataren de obra causando enfermedad o incapacidad, que pase de treinta días, o causaren otras vejaciones; rapto, no apareciendo la persona robada; funcionario público o ministro religioso que abusaren de niño o niña; ladrones reincidentes, o que roben hiriendo o maltratando a las personas; piratas y ladrones con violencia y fuerza; incendiarios y que causaren estragos en edificio o lugar habitado y en embarcación para hundirla o vararla.

57 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 17 de diciembre de 1821, núm. 84, p. 1335.
Todas las referencias de este trabajo al Diario de Sesiones de las Cortes se encuentran disponibles en http://www.congreso.es/est_sesiones

a la posibilidad de rebajar la pena contemplada en otros preceptos, concluyendo que "no hay tal perpetuidad en esta pena sino para el hombre que en el plazo de diez años es incapaz de dar pruebas de enmienda ni arrepentimiento; y hombres de esta clase creo que no habrá ninguno que quiera que vuelvan a la sociedad".

La pena de trabajos perpetuos lleva consigo otra pena, que es la infamia (art. 30)[58], y a los condenados se le tiene por muertos para todos los efectos civiles (art. 53)[59]. A la dureza de la pena, sobre cuya ejecución hablaremos más adelante, se le añade, pues, la llamada muerte civil, que viene, en la práctica, a privar de la condición de persona al condenado: se le conceden nueve días desde la notificación de la condena para arreglar sus asuntos y hacer testamento y disponer de sus bienes, pierde la patria potestad sobre sus hijos y ve disuelto su matrimonio. La muerte civil fue objeto de una amplia discusión por la comisión redactora, tal y como se refleja en las actas de la sesión del día 21 de diciembre de 1821. Hubo voces muy críticas, como la de Dolarea, que considera el precepto injusto y contrario a la letra y espíritu de la Constitución y a los sentimientos de humanidad: "…la pérdida de todos los derechos de propiedad, y la entrada en el goce de ellos de los hijos, herederos y sucesores, como en el caso de muerte natural, mirada como se debe, con respecto a semejantes reos propietarios de los bienes, no es otra cosa en la sustancia y en sus efectos que una confiscación verdadera, pues le priva de todos; y aunque la aplicación es a los herederos e hijos, y no a favor del fisco, como comúnmente se establecía en las leyes antiguas, esta accidental diferencia no muda la sustancia de la cosa ni en su fondo ni en su resultado"[60]; la de Milla[61],

58 Art. 30: "Ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpetuos y la de muerte por traicion. En las demás no hay infamia sino cuando la ley la declare espresamente al delito".

59 Art. 53: "Los reos condenados á trabajos perpetuos, deportación ó destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, despues de nueve días contados desde la notificacion de la sentencia que cause ejecutoria; los cuales se les conceden para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo á las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias á que estuvieren sujetos; entendiéndose que podrán llevar consigo en dinero y muebles todo aquello que les seria lícito disponer en testamento, aun teniendo herederos forzosos. Pasado dicho término sin testar ni disponer de sus bienes, acciones y derechos, todos lo que hubiere poseido en España pasarán a sus herederos legítimos como en el caso de abintestato. El reo perderá en ella todos los derechos de la patria potestad y los de la propiedad, escepto en lo que lleve consigo; y si estuviere casado se considerará disuelto el matrimonio en cuanto á los efectos civiles, y el otro cónyuge y los hijos y sucesores entrarán en el goce de sus derechos como en el caso de muerte natural. Pero la espresada disolucion del matrimonio no tendrá efecto ó dejará de tenerle, siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en su destierro ó deportacion. Desde el momento de la notificacion de la sentencia será incapaz el reo de adquirir cosa alguna en España por razon de sucesión ni por otro título; pero el deportado podrá en el lugar de su deportacion adquirir lo que gane por su trabajo ó industria. La gracia que conforme al artículo 144 obtenga el deportado para ejercer los derechos civiles ó alguno de ellos en el lugar de su deportacion, no será nunca con respecto á lo pasado, sino únicamente para lo venidero desde la gracia en adelante".

60 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 21 de diciembre de 1821, núm. 88, p. 1392.

61 "Un infeliz hombre que se considera como muerto para todos los efectos civiles, a quien afligen inmediatamente todas las consideraciones de una separación eterna de su familia, de todas sus relaciones de amistad, de sus hijos, de su Patria, cuyo amor inspira sentimientos tan dulces y tan tiernos a todos los hombres; a este hombre, digo, lleno de todas estas amargas consideraciones, y las que acompañan a quien sufre la pérdida de sus bienes, no solo se les priva de ellos, sino que hasta el consuelo de ser socorrido y auxiliado con lo que es suyo se le quita. ¿A qué grado de desesperación no induciremos a este infeliz reo,

que considera que con la muerte civil se ataca "lo más sagrado de la sociedad, que es la propiedad, la patria potestad y la familia"; y la de Romero Alpuente[62], que considera excesivo el art. 53, pues "con quitar al delincuente solo los derechos de ciudadano, bastaba".. En cambio, Calatrava[63] defiende que, una vez aprobadas las penas perpetuas, el condenado a ellas deba considerarse por muerto para todos los efectos civiles, y apunta que las objeciones de los informantes al art. 53 se han producido por tenerlo demasiado favorable al reo.

Los condenados a obras públicas no sufren la declaración de infamia y son considerados, conforme al art. 70, en estado de interdicción civil, lo que supone el nombramiento de un curador que les represente y administre sus bienes[64]. La pérdida de capacidad de obrar, es, pues, mucho menor en el caso de la interdicción civil.

El régimen de ejecución de la pena de trabajos perpetuos se encuentra en los arts. 47 y 48, mientras que el art. 55 se ocupa de la pena de obras públicas.

Las condiciones que se describen para los trabajos perpetuos son especialmente severas: así, conforme al art. 47, llevan constantemente una cadena, se ocupan de las labores más duras y penosas y nadie podrá dispensarlas salvo en el caso de enfermedad, no permitiéndose más descanso que el necesario[65]; y se les destina, según el art. 48, a los trabajos de más riesgo y gravedad en caso de fuga[66]. En el Congreso, se pone de manifiesto la discusión en torno a lo que deba establecer el Código y los reglamentos respectivos, planteándose cierta disparidad de criterios:

apurando en él hasta las heces de la amargura y del dolor? Enhorabuena que este hombre se considere como muerto civilmente para obtener oficios en la sociedad, etc. (veo que a esto se ha hecho acreedor por el delito); pero ese hombre, ¿qué delito puede haber cometido para que se le quiera despojar de aquello que por justos títulos ha adquirido, aquello que le ha costado su sudor y su trabajo, para que no le quede un pan que comer?"; véase *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 21 de diciembre de 1821, núm. 88, p. 1394.

62 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 21 de diciembre de 1821, núm. 88, p. 1397.

63 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 21 de diciembre de 1821, núm. 88, p. 1393.

64 Art. 70. "Los condenados a obras públicas, presidio o reclusion serán considerados durante el tiempo de su condena en estado de interdicción judicial por incapacidad física y moral, y se les nombrará curador que represente su persona y administre sus bienes en los mismos términos que se debe hacer con los dementes y demas que se hallen en igual caso".

65 Art. 47: "Los reos condenados á trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento mas inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los mas duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá mas descanso que el preciso".

66 Art. 48. "El que condenado á trabajos perpetuos, y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare antes ó despues de estar en los trabajos, será destinado a ellos, si se le aprehendiere, á los de mas riesgo y gravedad por espacio de cuatro meses á un año, sin mas proceso ni diligencia que el reconocimiento de la identidad de la persona, y con especial encargo de que se vigile mas estrecha y severamente su conducta".

así, considera Martínez De La Rosa[67] que no debe expresar el Código penal si los condenados deben llevar la cadena y fijar el descanso que han de tener, por ser detalles de ejecución que corresponden a materia reglamentaria. Otra cuestión que se suscitó es la relativa al descanso, defendiendo Calatrava[68] la expresión "descanso preciso" del proyecto, al igual que Romero Alpuente[69], que describió las irregularidades que en torno a estas condenas se practicaban en la vida cotidiana y la necesidad urgente de evitarlas a través de una ley como la que se proponía pues, a la par, evitaba la utilización tendenciosa de los reglamentos; en defensa de que a los condenados se les diera sólo el descanso preciso, como indicaba el texto, explicó que en esta cuestión reinaba en el momento "la arbitrariedad más escandalosa e insultante, porque para el pobre los trabajos son cuanto pueden ser duros y penosos, son mortales; pero al señorito, que puede comprar relaciones de amistad, de empeño o de favor con sus pesos duros, hace los trabajos blandos y se burla de los penosos. ¿Y cuál es la causa? La falta de una ley que fije los casos únicos y comunes a ricos y pobres de estas dispensas. Así, en adelante, no se deberán al favor, al empeño, al hombre venal y corrompido como hasta aquí, sino a la ley".

Para los reos de obras públicas, cuya pena no podía pasar de veinticinco años[70], el art. 55 prescribe también que trabajen encadenados (aunque con una cadena más ligera que la de los condenados a trabajos perpetuos) y de manera pública en caminos, canales, construcción de edificios, aseo de calles, plazas y paseos públicos, etc., no pudiendo ser dispensados del trabajo sino en caso de enfermedad, ni tener más descanso del estrictamente necesario[71]. Su situación, al igual que el reo de trabajos perpetuos, se ve agravada en caso de fuga[72].

67 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 20 de diciembre de 1821, núm. 87, p. 1377.

68 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 20 de diciembre de 1821, núm. 87, p. 1378.

69 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 20 de diciembre de 1821, núm. 87, p. 1378.

70 Art. 54: "La pena de obras públicas no podrá pasar de veinte y cinco años".

71 Art. 55: "Los reos sentenciados á obras públicas serán inmediatamente conducidos á los establecimientos de esta clase, procurándoles que sean los mas inmediatos al pueblo en que se hubiere cometido el delito. Estos reos saldrán a trabajar públicamente y sin escepcion en los caminos, canales, construccion de edificios, aseo de calles, plazas y paseos públicos, sujetos de dos en dos con una cadena mas ligera que la de los condenados a trabajos perpetuos. Durante el tiempo de su condena nadie podrá dispensarles del trabajo sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá mas descanso que el preciso".

72 Art. 58: "Los que despues de habérseles notificado la sentencia de obras públicas que cause ejecutoria se fugaren antes ó despues de llegar á su destino, sufrirán un recargo de cuatro meses á un año; y los que sentenciados á presidio se fugaren en igual caso, serán destinados á obras públicas por todo el tiempo que les falte de su condena primitiva, sin que respecto de unos y otros se necesite mas proceso ni diligencia que el reconocimiento de la identidad de la persona. Si despues de la fuga cometieren otro delito que no sea caso de reincidencia, y á que esté señalada pena corporal de tiempo determinado, sufrirán también todo este en obras públicas en cuanto quepa en los veinte y cinco años de su mayor duración; pero si escediere de estos en mas de ocho el tiempo de la primitiva condena junto con el del nuevo delito, sufrirán los reos diez años de obras públicas, y despues serán deportados. Si el nuevo delito mereciere pena de deportación, se le impondrá la de trabajos perpetuos, y si esta, la de muerte. Pero en todo caso de reincidencia se procederá con arreglo al capítulo quinto de este título".

Otras penas privativas de libertad del Código, como reclusión o presidio, conllevan también la realización de trabajos, pues no se quiere tener al condenado sin ocupación constante y efectiva (arts. 57 y 60)[73]. Aquí el trabajo forzoso es la forma concreta de cumplir la pena de reclusión o presidio; en esta línea, de situar al trabajo forzoso en la ejecución de las penas, se va a mover el Código del 48, como luego veremos.

Algunas disposiciones suavizan el marcado rigor de las disposiciones del Código sobre trabajos perpetuos y obras públicas, cuando se trata de mujeres, menores de diecisiete años, mayores de setenta años y sacerdotes. Se les excluye de estas penas y se les impone penas sustitutorias: así, para el caso de las mujeres, si cometen delito que lleva aparejado la pena de trabajos perpetuos, sufrirán la pena sustitutoria de deportación, y si cometen delito penado con obras públicas, sufrirán el tiempo respectivo en una casa de reclusión[74]; para el caso de los menores de diecisiete años y de los mayores de setenta años en el momento de la ejecución (art. 64)[75], también sus penas se ven sustituidas por otras menos gravosas (arts. 65 y 66)[76]; y lo mismo sucede en el caso de los sacerdotes (art. 69)[77].

73 Art. 57: "Los reos condenados á presidio seran conducidos inmediatamente al que se designe en la sentencia; y en él, sin cadena ni otras prisiones á menos que las merezcan por la mala conducta que observen, seran destinados al servicio de hospitales, oficinas ó establecimientos públicos, reparacion ó construccion de obras y limpieza de la poblacion, segun la calidad de cada uno, con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupacion constante y efectiva, en lo cual no habrá nunca esencion, dispensa ni rebaja".

Art. 60: "El reo condenado á reclusion será conducido desde luego á la casa mas inmediata, y en ella, sin poder salir nunca hasta que cumpla el tiempo de su condena, trabajará constantemente en el oficio, arte u ocupacion para que sea mas proporcionado sin prisiones, á no ser que las merezca por su mala conducta, segun los reglamentos, y con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupacion efectiva y proporcionada, en lo cual no habrá nunca rebaja, esencion ni dispensa. El importe de lo que ganare, despues de rebajársele lo necesario para su alimento y vestido, se le reservará para entregárselo puntualmente al terminar su condena, ó para suministrarle algun estraordinario que apetezca en ciertas épocas del año".

74 Art. 67: "Las mugeres no podrán ser condenadas á trabajos perpetuos, obras públicas ni presidio. Si cometieren delito á que esté impuesta la pena de trabajos perpetuos, serán deportadas, y si incurrieren en la de obras públicas o presidio, sufrirán en tiempo respectivo en casa de reclusion".

75 Art. 64: "En ningun caso se podrá imponer pena de muerte ni de trabajos perpetuos, deportacion, presidio, obras públicas, infamia ni destierro al que cuando cometió el delito fuere menor de diez y siete años cumplidos. Al que en la época de la ejecucion pase de setenta años no se podrá tampoco imponer pena de trabajos perpetuos, deportacion, obras públicas ni presidio".

76 Art. 65: "El menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia en delito de pena capital ó de trabajos perpetuos, sufrirá la de quince años de reclusion. Si el delito mereciere deportacion ó destierro perpetuo del reino, sufrirá diez años de reclusion; si obras públicas, presidio o reclusion, sufrirá en esta la cuarta parte á la mitad del tiempo respectivo; si la infamia ó destierro de lugar determinado, uno á tres años en casa de corrección; si prision, confinamiento o arresto, la cuarta parte á la mitad del tiempo respectivo: pudiendo el juez imponérsele, si fuere mas conveniente, en una casa de corrección".

Art. 66: "El mayor de setenta años será destinado á reclusion por el resto de su vida si la pena de su delito fuere de trabajos perpetuos ó deportacion, ó por el tiempo respectivo si fuere de presidio ú obras públicas. El que en estas ó en trabajos perpetuos cumpla la edad de setenta años, pasará a acabar su días ó el resto de su condena en una casa de reclusion, ocupándose en lo que permitan sus fuerzas".

77 Art. 69: "Por honor al sacerdocio, ningun presbítero, diácono ni subdiácono sufrirá tampoco la pena de trabajos perpetuos, ni la de obras públicas. En el primer caso será deportado el reo; y si incurriere en delito de obras públicas, será destinado por igual tiempo á un presidio para servir en los hospitales ó en las iglesias".

Conviene referirse, en último término, a la posibilidad contemplada en el art. 144 del Código, de rebajar la pena en caso de enmienda y arrepentimiento[78]. Ahora bien, lo que no parecía posible, en ningún caso, es subsanar la pérdida de la propiedad y los efectos que respecto a los hijos y al matrimonio se habían ya producido por la muerte civil que lleva aparejada la condena de trabajos perpetuos[79].

En el contexto estrictamente penitenciario, el Código de 1822 introduce nuevas penas privativas de libertad añadidas a las ya existentes y reguladas en la Ordenanza de los Presidios de los Arsenales de Marina de 1804 y el Reglamento de Presidios Peninsulares de 1807, implicando la necesidad de disponer de más lugares adecuados al efecto y de llevar a cabo, en los existentes, las reformas pertinentes[80]. Era necesaria una Ordenanza de presidios para todos ellos, y el Gobierno pretendía así transformar los presidios militares en civiles, hecho que implicaba introducir una corriente más humanitaria y moralizadora al mismo tiempo[81]. Se dicta así la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834, primera norma no militar penitenciaria[82].

La Ordenanza de 1834 mantuvo el mismo espíritu utilitario que el Reglamento de 1807, destinando principalmente los penados a las obras públicas de interés que se estaban desarrollando en la época, siendo los principales destinos de trabajo forzado[83]:

- El Canal de Castilla o de Isabel II, que absorbió el mayor número de presidiarios de la época.

78 Art. 144: "Por medio del arrepentimiento y de la enmienda el condenado á trabajos perpetuos, podrá, despues de estar en ellos diez años, pasar á la deportación…".

79 Lo expone con claridad Dolarea (*Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura extraordinaria 1821-1822, sesión del día 21 de diciembre de 1821, núm. 88, p. 1392): "Se cortan, Señor, a semejantes delincuentes, con ofensa del derecho natural, todas las relaciones que tienen con sus mujeres, con sus hijos, con sus parientes y amigos: con la perpetuidad de la pena a sufrir los trabajos más duros y penosos se les constituye en la imposibilidad de pensar en proporcionarse un alivio tal cual considerable con el arrepentimiento y mudanza de conducta; pues lo que más le impone al reo es la perpetuidad misma, y en mi estimación no son suficientes estímulos del interés individual los medios que se proponen en los artículos 147 en adelante, pues la pérdida de la propiedad de bienes y efectos no puede llegar a subsanarse. Por más que he reflexionado, veo a semejantes desgraciados en un estado de desesperación: perdidos todos esos derechos (que son los más amados que tiene el hombre); sin poder ser testigo, tener ni ejercer cargo ni oficio alguno (que parece que alcanza hasta los más mecánicos), ¿qué puede hacer ni pensar ese hombre? …".

80 Sobre ello, Fernández Bermejo, D.: *Individualización*, cit., p. 98.

81 Son palabras de Fernández Bermejo, D.: *Individualización*, cit., p. 98.

82 Los presidios, según la Ordenanza de 1834, se dividían en tres tipos: presidios correccionales o "depósitos", para condenas cortas hasta 2 años, en las capitales de provincia; presidios peninsulares, para condenas de 2 a 8 años; presidios africanos, para más de 8 años, donde alejar a los delincuentes más peligrosos. A ellos, se añadían los antiguos presidios de obras públicas, aun en funcionamiento. Sobre el tema, Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 210.

83 Al respecto, Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 244.

- Carreteras como la de Alcobendas, las de Cabrillas, la de Ávila a Salamanca, la de Palencia a Sagaz, la de Valladolid a Olmedo, la de Granada a Motril, la de Córdoba a Antequera, la de Jaén a Bailén, la de Bonanza a Puerto de Santa María, la de Logroño a Calahorra, la de Soria a Logroño, o la de Málaga a Loja.

- Puertos como los de Tarragona, Alicante, Puerto Real o Tarifa.

- Obras de fortificación, como la de Jaca, Santoña, Cádiz, Figueras, Cardona y Hostalrich.

- Trabajos de desmonte de tierras, limpieza o policía urbana en general, promovidos por los Ayuntamientos.

El trabajo más generalizado y temido era el de construcción en las grandes obras públicas, elevadas a costa de la vida de muchos de los condenados. Según cuenta la doctrina de la época[84], los propios reos preferían la pena superior (a los presidios africanos) que la inferior a los presidios peninsulares, ya que el trabajo forzado en obras públicas resultaba extenuante y, cuando no los mataba, los dejaba gravemente lesionados o enfermos de por vida.

Para regular más pormenorizadamente el trabajo en obras públicas, en el año 1843 se publicó una importante parte adicional a la Ordenanza de 1834, compuesta de 59 artículos, que trataba exclusivamente "De los confinados que se destinan a los trabajos de obras públicas"[85].

V. EL CÓDIGO PENAL DE 1848-1850.

En 1843 se inicia la elaboración de un nuevo Código, que va a cuajar en el año 1848; en virtud de los reiterados intentos fallidos de renovación legislativa, por esas fechas continuaba vigente la legislación criminal del Antiguo Régimen, a saber, la Novísima Recopilación complementada por los Fueros y las Partidas, como fuentes supletorias, a lo que se unía un amplio arbitrio judicial[86]. En efecto, derogado el Código de 1822 por la reacción absolutista de 1823 y frustrados los intentos posteriores de codificación, estaba vigente el Derecho penal de la Monarquía absoluta, modificado o sustituido tan solo en algunas materias como las concernientes a los delitos de imprenta o a los de carácter político[87].

84 Así lo recoge Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 245.

85 Sobre ello, Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 246.

86 Así, en concreto, Silva Forné, D.: "La codificación, cit., p. 285; Baró Pazos, J.: "El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, tomo LXXXIII, p. 105.

87 Al respecto, Tomás y Valiente, F.: *Manual*, cit., p. 498.

En lo que se refiere al tema que nos ocupa, el Código de 1848 representa un cambio cualitativo con relación al de 1822, porque los trabajos forzados desaparecen del elenco de penas contenido en el art. 24 (aflictivas, correccionales y leves, comunes a las tres clases anteriores, y accesorias).

PACHECO, al comentar este precepto, cita entre las penas desaparecidas las de minas y galeras[88]. Ciertamente, el Código del 48 abre la puerta a la pérdida de importancia, dentro del sistema punitivo, del trabajo forzoso[89].

Ahora bien, siguen estando presentes los trabajos forzados dentro de la ejecución de las penas aflictivas, como puede verse en las de los arts. 94 (cadena perpetua, que se cumple en África, Canarias o Ultramar)[90] y 95 (cadena temporal, que se cumple en arsenales de marina o en obras de fortificación, caminos y canales, dentro de la Península e islas adyacentes)[91]; en efecto, conforme indica el art. 96 "los sentenciados a cadena temporal o perpetua trabajarán en beneficio del Estado: llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura, o asida a la de otro penado: se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio fuera del establecimiento", y, por su parte, el art. 97 precisaba que "los sentenciados a cadena temporal o perpetua no podrán ser destinados a obras de particulares ni a las públicas que se ejecuten por empresas o contratas con

88 En el comentario al art. 24, que comprende la escala general de penas del Código, dedica PACHECO, J.F.: *El Código*, cit., p. 322 unas palabras al descarte de penas que se usaban antes: "Antes, ¡oh! antes, en diversos países del mundo, en diversos períodos de nuestra historia, la lista de los castigos ha sido mucho más rica, si no en número, por lo menos en rigor y severidad. La muerte se ha invocado de mil modos horribles, que si al cabo la producían, la hacían sentir con infinitas variedades y con singulares refinamientos. El suplicio de las *artesas* se halla casi copiado en la ley de Partida, que citamos en las Concordancias. El descuartizamiento después de la muerte, lo hemos visto en nuestros días: el descuartizamiento del hombre vivo se ha usado aún en el siglo anterior. La hoguera, la decapitación, el atenaceamiento, están en nuestras antiguas leyes. Los antiguos usaban la crucifixión. El emparedamiento - ¡el entierro del hombre vivo! – parece haber sido usado en los tribunales de la fe", añadiendo: "Y si descendemos de las penas capitales a las que no son tanto, no dejaremos igualmente de hallar otras horribles memorias. La mutilación de los ojos, de la lengua, de la mano, están en nuestras tradiciones, y en nuestros códigos. El trabajo de las minas y el de las galeras lo están también. La marca, de la que hablábamos poco hace, se ha usado y se usa en diferentes pueblos. Los azotes los hemos visto aplicar hace pocos años".

89 En esta línea de pensamiento, dice TÉLLEZ AGUILERA, A.: "Estudio preliminar", en PACHECO, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 1999, pp. 40 y 41, que "el Código penal de 1848, con su relegación a un segundo plano de las ideas utilitaristas benthamtianas tan de boga en la época, y que con tanto ahínco rebatió Pacheco, nos libró de que nuestra legislación punitiva se viera insuflada por una filosofía que en algunos países, caso de Inglaterra, aun hoy es patente. Con él se apuntilló una política penal en donde el trabajo utilitario era un eje fundamental del sistema punitivo. Atrás quedaron Almadén, los trabajos en obras públicas, los arsenales de marina… Ahora tan sólo se concilia las obras públicas en suelo peninsular en la llamada cadena temporal. El reduccionismo quedaba justificado por los abusos y desórdenes habidos en el trabajo penal en obras públicas. Por supuesto que el trabajo penitenciario seguirá durante muchos años unido todavía a su perfil utilitario, pero éste ya estará vinculado al sistema progresivo, por lo que la utilidad penal propiamente dicha se diluye y el portillo a otros fines de la pena se abre. En este sentido es significativo el hecho de que un año después del Código penal, el 26 de julio de 1849, la primera ley de prisiones hace depender a los establecimientos penales civiles del Ministerio de Gobernación, sacándolos de la órbita del Ministerio de Fomento del que dependían desde 1832".

90 Art. 94: "La pena de cadena perpetua se sufrirá en cualquiera de los puntos destinados a este objeto en África, Canarias o Ultramar".

91 Art. 95: "La pena de cadena temporal se sufrirá en uno de los arsenales de marina, o en obras de fortificación, caminos y canales, dentro de la Península e islas adyacentes".

el gobierno"[92]. De estas duras condiciones que caracterizaban a los trabajos forzados, similares a la servidumbre[93], se podían librar los sentenciados a los trabajos interiores en el establecimiento, si el tribunal lo fijaba en la sentencia que condenaba a cadena perpetua o temporal, en atención a la edad, salud, estado o cualquier otra circunstancia personal (art. 96)[94]. También exonera el Código de los trabajos forzosos a los que habían cumplido 60 años (art. 98)[95] y a las mujeres (art. 99)[96], siendo consideradas estas dos reglas por Pacheco como de "decencia y humanidad", siendo su concepción "tan natural y sencilla que no hay un solo código moderno que no las haya consagrado"[97].

92 Pacheco, J.F.: *El Código*, cit., p. 448, da la justificación de la prohibición legal, basándose en los abusos del pasado y considera la nueva medida como justa y humanitaria: "1. Es un acto insigne de humanidad la consagración de este principio. El desorden y los abusos que hemos presenciado en la materia, de algunos años a esta parte, exigían ese radical remedio. Era menester que cortase la ley de todo punto tamaño escándalo; que pusiese fin a esa esclavitud, la más dura y horrible entre todas las esclavitudes. 2. No acusamos aquí a todas las empresas, a las cuales se han concedido de ahora presidiarios para ejecutar sus obras. Sabemos que algunas, y creemos que algunas más, los han tratado humanamente, si no por caridad ni filantropía, al menos por decoro y por cálculo. Pero la conducta de otras ha sido horrenda. Al ver que ha llegado el caso de formarse causas criminales contra los jefes de tales empresas, ya podrá cualquiera concebir de qué genero habrá sido su conducta. Nosotros, que hemos tenido el deber de examinar un proceso de esta especie, aseguramos que la realidad excedía a todos los temores posibles, y que tan fría y desalmada criminalidad no podía encontrar comparación con ninguna otra de nuestros tiempos. 3. Ahora bien, cuando tales hechos han sucedido; cuando no era de ningún modo imposible su repetición, toda vez que el interés particular podía producirla; cuando todos los recursos que para impedirlo se adoptasen podían ser burlados por el mismo interés, como no fuese la prohibición absoluta de tales concesiones; claro está que sólo con ella cumpliría el Código sus deberes, y garantizaría la existencia de unos hombres desgraciados y criminales, pero a los que no ha querido arrancársela. Su castigo legal es la cadena, tal como en estos artículos se define; y cuando se entregan a empresas particulares, bien puede ser, pues que ya lo ha sido, una cadena más dura. ¿Quién no aprobará, por consiguiente, lo que la humanidad y la justicia han inspirado de común acuerdo?".

93 Al respecto, Iñesta Pastor, E.: *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 559, al decir que "el individuo incurría en una situación similar a la servidumbre, al estar obligado al cumplimiento de trabajos forzados mediante cadenas o grilletes al pie pendiente de la cintura o asida a la de otro penado".

94 Art. 96: "Los sentenciados a cadena temporal o perpetua trabajarán en beneficio del Estado: llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura, o asida a la de otro penado: se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno fuera del establecimiento.

Sin embargo, cuando el tribunal, consultando la edad, salud, estado, o cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente, creyere que éste debe sufrir la pena en trabajos interiores del establecimiento, lo expresará así en la sentencia".

95 Art. 98: "El condenado a cadena temporal o perpetua que tuviere, antes de la sentencia 60 años de edad, sufrirá la condena en una casa de presidio mayor. Si los cumpliere estando ya sentenciado se le trasladará a dicha casa presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia".

En los debates de la Comisión de Códigos, se dudó en fijar la edad de 60 años para dar por terminados los trabajos. VILA apuntó la posibilidad de rebajar la edad, "porque el hombre a los 60 años está muy débil ya y luego nuestro país no concede tan larga vida como los del norte". Sin embargo, se consideró mantener esa edad, zanjando la cuestión Vizmanos de la siguiente manera: "Paréceme que sería preferible usar un número redondo, 60 años es la época de la ancianidad". Véase las Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal, sesión del 29 de octubre de 1844 en Lasso Gaite, J.F.: *Crónica de la Codificación Española*, 5. *Codificación Penal*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 559.

96 Art. 99: "Las mujeres que fueren sentenciadas a cadena temporal o perpetua, cumplirán su condena en una casa de presidio mayor, de las destinadas para las personas de su sexo".

97 Pacheco, J.F.: *El Código*, cit., p. 450. El comentario completo a los arts. 98 y 99 es el siguiente: "1. Las reglas que se fijan en estos artículos 98 y 99 son reglas de decencia y de humanidad. Su concepción es tan natural y sencilla que no hay un solo código moderno que no las haya consagrado. Tanto la vejez como la debilidad del sexo, deben eximir de ciertas durísimas condenas. Nuestra ley, fiando la primera a los 60 años, y no a los 70 como algunas otras, ha tenido presente la naturaleza de nuestro clima, donde en efecto se envejece más pronto. Ya el código de Brasil había dispuesto lo mismo. 2. En cuanto a la pena sustituida, parécenos que lo es el presidio justamente. El presidio corresponde a la misma escala, y por tanto no se sale de la analogía; y además, según esta nueva ley, sus trabajos son interiores, pudiéndolos así sufrir el anciano y la mujer".

Vemos, pues, que al condenado a cadena perpetua y temporal se le sometía a las penalidades de estos arts. 94, 95 y 96: como dice PACHECO[98], en su comentario a los tres preceptos, "se ve sujeto a duros y penosos trabajos, lleva una cadena al pie, no recibe auxilios de fuera del establecimiento, y, si su condena es perpetua, se ve trasladado para cumplirla a remotas, ultramarinas regiones". Estas penalidades, que califica el comentarista al Código del 48 como "de las más altas" y "graves y terribles" encuentran su justificación en la necesidad de no multiplicar de modo inconveniente la pena de muerte: "Los grandes crímenes es menester que con castigos proporcionados se penen. Al bandido, al pirata, al rematadamente facineroso, que ha envilecido su espíritu en el fango del crimen, es necesario imponerle semejantes penas"[99]. Conviene asimismo señalar que la cadena perpetua y temporal conllevaba otras penas accesorias[100], entre las que destaca la interdicción civil, que priva de la patria potestad, de la autoridad marital y de la administración y disposición de los bienes por actos *inter vivos*[101], pero cuyos efectos no son equiparables a la muerte civil del Código de 1822, que aplicaba al hombre vivo, condenado a trabajos forzados, todos las consecuencias legales de la muerte natural; siendo comprensibles las censuras que provocó la muerte civil del anterior Código, PACHECO defiende la interdicción civil: "El que está sujeto a ella puede adquirir, por los medios reconocidos y comunes; puede disponer de sus bienes por testamento o última voluntad; puede contraer lazos de familia, que si se aflojan bajo ciertos aspectos, subsisten en todos los restantes. No es una pena ciega y de odio, es una pena reflexiva y de cálculo, la que en este particular adopta nuestra ley"[102].

98 PACHECO, J.F.: *El Código*, cit., p. 447.

99 PACHECO, J.F.: *El Código*, cit., p. 447.
Adviértase que, en la escala del art. 24, la cadena perpetua sigue a la pena de muerte.

100 Las penas de cadena perpetua y temporal tenían otras accesorias. En el caso de la primera, el art. 52 disponía las siguientes: "1ª. Argolla en el caso de imponerse la pena de cadena perpetua a un co-reo del que haya sido condenado a la pena de muerte por cualquiera de los delitos de traición, regicidio, parricidio, robo o muerte alevosa, o ejecutada por precio, recompensa o promesa. Esta pena no tendrá efecto cuando el que haya de sufrirla sea ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano del reo sentenciado a muerte, mayor de sesenta años, o mujer. 2ª. Degradación en el caso de que la pena principal de cadena perpetua fuere impuesta a un empleado público por abuso cometido en el ejercicio de su cargo. 3ª La interdicción civil. 4ª Inhabilitación perpetua absoluta. 5ª Sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante la vida del penado, en el caso de haber obtenido indulto de la pena principal"; en el caso de la segunda, el art. 55 disponía: "1ª. Interdicción civil del penado durante la condena. 2ª Inhabilitación absoluta perpetua para cargos o derechos políticos, y sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante aquel mismo tiempo y otro tanto más, que empezará a contarse desde el cumplimiento de la condena".

101 Art. 41: "La interdicción civil priva al penado, mientras la está sufriendo, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes, y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos.
Se exceptúan los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos".

102 El comentario completo al art. 41 de PACHECO, J.F.: *El Código*, cit., pp. 343-345, es el siguiente: "1. La interdicción civil no es jamás nuestro Código una pena principal. Nunca puede imponerse como único castigo: siempre ha de aparecer, siempre se ha de usar como accesorio de otros primordiales. Varios artículos, y en particular los del 52 al 55 nos dirán específicamente en qué casos. 2. He aquí, pues, una primera diferencia entre esta interdicción y la inhabilitación de que hablábamos en los artículos anteriores. La inhabilitación, como también la suspensión, son penas principales al mismo tiempo que accesorias; si a veces acompañan a la de presidio, a la de reclusión o a la de cadena siendo una agravación de la penalidad, a veces también se imponen solas, y ellas de por sí son las que forman esta. 3. De tal circunstancia se infiere por qué la pena de interdicción civil no tiene duración señalada. Su término es siempre el del castigo en

La lectura del Diario de la Sesiones de las Cortes de la legislatura en que se aprueba el Código del 48 permite darse cuenta de la existencia de voces muy críticas con el mantenimiento de esta situación, en la que se somete a duros y penosos trabajos forzados al condenado por cadena perpetua. Se crítica tanto el trabajo forzado como el carácter perpetuo de la pena[103]. Así, del Diputado Gómez De La Serna se opone al trabajo forzado "porque repugna a las costumbres de nuestros tiempos", considerando que dichos trabajos llevaban a la desmoralización y eran contrarios a la idea de corrección, y defendía su sustitución por el aislamiento por la noche y trabajo común por el día, concluyendo con una frase demoledora: "Yo hubiera querido que los señores de la Comisión se hubieran elevado en esta parte a la altura del siglo"[104]. Y de la misma opinión era el Diputado Alonso que, si bien

cuya compañía se impone, perpetua, si aquel es perpetuo, temporal si aquel es temporal, nunca tiene un plazo propio suyo, como que no está dotada de una exigencia singular y propia. 4. Pero lo que distingue, no externa sino esencialmente, a la interdicción de la inhabilitación, es la materia sobre que recaen una y otra. Esta segunda afecta a los cargos o destinos que desempeñan, y a los derechos políticos que corresponden o pueden corresponder a los delincuentes. La primera alcanza sólo a derechos civiles, y no por cierto a todos los de este carácter, sino a los que ha cuidado de expresar el artículo que examinamos. 5. Porque es necesario observar aquí, que siguiendo el sistema que proponíamos nosotros al tratar de las inhabilitaciones, no se ha contentado o no ha querido limitarse la ley en este punto al uso de una fórmula general, bajo la que se comprendieran los derechos sujetos a interdicción. Por el contrario, los ha expresado, y creemos que, en hacerlo así, se ha conducido con sumo acierto. 6. Los derechos civiles de que se priva al penado por la interdicción, son los siguientes: 1°, el de patria potestad; 2°, el de autoridad marital; 3°, el de la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, ningún otro cabe en la idea de interdicción; aun entre estos, la ley puede limitar a dos o a uno solo el efecto de la pena. 7. Tal es por lo menos la idea que arroja naturalmente este artículo 41. Sin embargo, el 374 del mismo Código señala como pena accesoria de ciertos delitos la *interdicción* del derecho de ejercer la tutela y la de pertenecer al consejo de familia. ¿No constituye esto una contradicción con la doctrina del presente artículo? ¿No la hay, en que aquí sólo se señalen tres efectos como posibles de esta pena, y que allí encontremos otros dos nuevos?.... 11. Reducida la pena de interdicción civil a lo que la reduce nuestra nueva ley, la razón y la ciencia pueden fácilmente admitirla. Si la una y la otra han clamado y claman contra una pena del mismo orden, que tienen y emplean algunos otros pueblos, es necesario considerar que entre la nuestra y esa otra a que nos referimos, la distancia es poco menos que inconmensurable. Verdad es que la una y la otra se ejercen sobre derechos civiles; pero eso es lo único en que se parecen la interdicción y la *muerte civil*, y la esfera de esos derechos es bastante lata para que en ella puedan caber la justicia y la injusticia. 12. En la muerte civil han querido aplicarse al hombre vivo *todas* las consecuencias legales de la muerte natural. Aquel ser, que todavía existe, que puede existir por muchos años, no tiene ya lazo alguno que lo una con sus semejantes. Ya no es hijo, ya no es padre, ya no es esposo, ya no puede adquirir bienes, ya no puede disponer de los que antes tuviera. Vive, si aquella es vida; pero vive ajeno, no sólo a la sociedad, sino a la naturaleza humana. Todo, absolutamente todo, en el orden del derecho, ha concluido para él. 13. Volvemos a decir que comprendemos las censuras de que ha sido objeto una pena semejante. 14. Pero nuestra ley no atribuye tales efectos a la interdicción. El que está sujeto a ella puede adquirir, por los medios reconocidos y comunes; puede disponer de sus bienes por testamento o última voluntad; puede contraer lazos de familia, que si se aflojan bajo ciertos aspectos, subsisten en todos los restantes. No es una pena ciega y de odio, es una pena reflexiva y de cálculo, la que en este particular adopta nuestra ley. 15. Y esto se verá con más evidencia cuando lleguemos a los casos en que se aplica. Entonces, se advertirá que las pérdidas de derechos en que consiste, son naturales, son análogas, son justas, habida proporción y comparación a lo que se trata de penar. Aun rigorosamente hablando, más que un castigo impuesto a criminales, significan estas penas una protección dispensada a inocentes. Cuando se quita a un padre de familia la potestad marital o paterna, nunca está animada la ley del propósito de dañarle, sino del de hacer bien a su mujer o a sus hijos. Cuando se priva de la libre disposición de sus bienes, *inter vivos*, a un condenado, es por salvar esos bienes, y dejarlos en reserva para los que después deben hacerlo. Lo mismo decimos de la prohibición del derecho de tutela y de la exclusión del consejo de familia. En todo se ve un deseo de protección, más bien que un intento de castigo; precisamente lo contrario de lo que inspira la *muerte civil*. Por eso, nosotros, que hemos estigmatizado a ésta, aprobamos y defendemos la interdicción, bien entendida y aplicada".

103 Como bien señala Sánchez González, Mª D.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 125, una cuestión especialmente problemática fue la de las penas perpetuas, que suscitaron en el Congreso numerosas intervenciones.

104 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura 1847-1848, sesión del día 14 de marzo de 1848, núm. 82, pp. 1769 y 1170: "¡Penas perpetuas, señores! ¿Y qué clase de penas perpetuas? Penas que erizan los cabellos, penas

alababa a la Comisión de Códigos haber reducido en algún caso la pena de muerte, reprochaba a continuación haber establecido, en compensación, una pena mayor, más dura que la propia muerte: "No se me diga que hay hombres que siempre quieren vivir; yo convendré en que habrá hombres estúpidos para los cuales la pena de trabajos perpetuos sea preferible a la de muerte; pero no sucederá eso a hombres reflexivos, a hombres que raciocinen, que están viendo los resultados de esa pena de trabajos perpetuos; esos hombres tienen que desesperarse, porque es peor que condenarles a la muerte"[105]. Por el contrario, partidarios de las penas perpetuas se basaron fundamentalmente en su carácter intimidante y la necesaria corrección con la limitación impuesta en el Código a la aplicación de la pena de muerte: en este sentido, el Diputado PIDAL considera que la perpetuidad de las penas "es … una consecuencia de este sistema suave"[106] y el Sr. SEIJAS, de la Comisión de Códigos, señala como mecanismo corrector de las penas perpetuas la facultad de indultar del Rey, aunque estima que la gravedad de los delitos de las personas que son sentenciadas a tamaño castigo las hace no ser merecedoras de

que a pesar de que soy tan enemigo de la muerte, suplicaría a la comisión que las reemplazara alguna vez por la de la muerte, como por ejemplo, la de obligar a un hombre toda su vida a arrastrar una cadena sin esperanza ninguna, y muchas veces por delitos que no tienen esa importancia que se les quiere dar, ni en el orden moral ni en el político (…) ¿Qué objeto tienen esas penas? Cuando al hombre se le hace arrastrar un grillete por toda su vida, cuando se le expone al oprobio a todas horas, ¿puede conseguirse el fin moral de la pena, que es la enmienda? ¿Cuándo se ha de enmendar ese hombre si no tiene tiempo para enmendarse? Los medios que propone la comisión son diametralmente opuestos a este fin. Señores, el principio religioso reprueba esa pena, que quita al condenado hasta el arrepentimiento. Nuestros sentimientos de sensibilidad la reprueban también, porque yo creo que es imposible considerar tan extinguidos todos los sentimientos de enmiendas y corrección, que se de por supuesto que un hombre no pueda aspirar nunca a más que arrastrar una cadena. Yo quisiera que en este punto se hubieran elevado a la altura del siglo los señores de la comisión; yo quisiera que hubieran adoptado el sistema penitenciario con toda la importancia que tiene, y no que establecen ciertas cosas que hacen imposible que se introduzca en España. Lo hacen imposible, sí. El principio del sistema penitenciario consiste en sustraer al hombre de la vergüenza pública, en hacerle expiar secretamente los delitos que ha cometido para que esto produzca en él una corrección moral. Y qué, ¿es el modo de conseguir esto sacar todos los días a los penados con un grillete a los trabajos públicos? Esa pena de trabajos públicos, ¿no repugna a las costumbres de nuestros tiempos? ¿Y no repugna al sistema penitenciario otra cosa de que he haré cargo, y es esa exposición a la vergüenza, o la pena de argolla que se establece también en el Código? ¿Y no es también contrario a este sistema decirse en el mismo Código que debe ir los presos atados de dos en dos, es decir, del modo más a propósito para desmoralizar a un criminal, en el caso que tuviera algún resto de sentimientos que los volviera a la carrera de la moralidad? Señores, es menester reconocer que el sistema de la comisión se opone a todo el sistema penal que actualmente profesan los primeros jurisconsultos de Europa. El sistema que debía adoptarse como más análogo al siglo y más conforme a nuestras costumbres, es el del silencio y aislamiento por la noche y trabajo común por el día; y si no se adoptara este podría elegirse otro, porque se han ensayado varios en Europa y en América, y por más que se quieran desacreditar esos sistemas, son muy superiores al que se propone, y algo prueba en su favor el desorden que reina en los establecimientos penales sujetos a los castigos públicos, en contraposición al orden y a la moralidad de aquellos otros en que se ha establecido un sistema penitenciario".

105 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura 1847-1848, sesión del día 15 de marzo de 1848, núm. 83, p. 1789.

106 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura 1847-1848, sesión del día 14 de marzo de 1848, núm. 82, pp. 1778: "La perpetuidad de las penas, es, pues, una consecuencia de este sistema suave. Es muy duro, se dirá, el que a un hombre se le castigue para siempre, que no se le deje esperanza ninguna; pero, señores, aunque en menor escala, eso mismo puede decirse de todas las penas; todas son muy duras para el individuo a quien se imponen; sobre todas se pueden hacer las mismas declamaciones y excitar la misma sensibilidad; pero en medio de esto juzgo que nadie querrá que queden impunes los delitos, y justamente, tratándose de la perpetuidad de las penas, eso que tanto horroriza a S.S. constituye la bondad de la pena, porque de los grandes delitos no se retrae a los hombres sino por grandes penas, y tal vez la perspectiva de esa perpetua pena alejará en muchos hombres el deseo de cometer el delito".

ninguna consideración[107]. El Ministro de Gracia y Justicia, Arrazola[108], defendió, por último, de manera general, el carácter perpetuo de las penas, sin detenerse en ningún caso concreto. Estas diferentes intervenciones en la Cámara Baja ponen de manifiesta el extenso debate que suscitó las penas perpetuas, que también fueron rechazadas por el Colegio de Abogados de Madrid, por considerar que producían la desesperación del condenado y ser contrarias a la idea de corrección y enmienda: "Cerrando la puerta del todo al porvenir, reduce al penado a una desesperación horrorosa, género de muerte menos sangriento que el que se impone en un cadalso, pero más cruel, porque es más lento y hace pasar al que la sufre por una dilatada y pavorosa agonía: quitando para siempre de la sociedad al delincuente cuando consiste en cadena o reclusión, no se propone la reforma, y hace bien, porque en vano enseñaría a cumplir sus deberes al que, separado del resto de los hombres, no ha de estar nunca en el caso de cumplirlos"[109].

La reclusión perpetua y temporal eran otras dos penas aflictivas en cuya ejecución se mencionaba el trabajo forzado, aunque no es aventurado deducir que sus características, en cuanto a dureza y penosidad, serían muy diferentes al trabajo forzado de la pena de cadena; lo que busca la reclusión es la privación de libertad y el cumplimiento del encierro en un lugar alejado del domicilio, a lo que se añade el trabajo dentro del establecimiento para evitar la ociosidad. Para la

107 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura 1847-1848, sesión del día 15 de marzo de 1848, núm. 83, p. 1796: "… no hay ejemplo solo de los indultados de la pena de muerte y que vienen a trabajos forzados que no sea siempre criminal. Y ¿por qué? Porque su conciencia le dice: me han concedido todo lo que me pueden conceder, la vida; me ha faltado la esperanza. Con estos no se puede lograr arrepentimiento, son bestias feroces. Vamos a los otros. Se expidió una circular en 1828 por el Ministerio de Gracia y Justicia en Francia, que llevado de ese sentimiento filantrópico que ha invadido todos los países decía que todos los condenados a trabajos forzados perpetuos en el momento que hubiesen cumplido diez años con buena conducta fuesen puestos en una lista por los directores de los establecimientos con la nota expresiva de esta conducta, y desde luego quedasen sujetos a otros diez años, con la condición de que si cumplían cinco con la misma buena conducta, podrían obtener la gracia por entero. Y ¿qué sucedió, señores? Una cosa terrible; que los unos se desesperaban por lo largo de la condena, y los otros, que estaban seguros de salir de allí y a quienes se les señalaba un tiempo en que concluir su condena, que creían al principio perpetua, estaban soñando con el día de verse en libertad; pero ¿en qué disposición, señores? Decían: nosotros saldremos, y ya verá la sociedad cómo nos vengamos de ella. Con estos criminales, señores, no se puede tener ninguna consideración, y así es que los directores se vieron obligados a poner sus informes, diciendo que ninguno merecía obtener la gracia que se les quería conceder. Vea, pues, el Congreso el peligro que hay de tratar de resolver así, como por incidencia, estas cuestiones facultativas, especiales, trascendentales, en las que es menester tener en cuenta un cúmulo inmenso de datos. ¿Y habremos faltado al sistema penitenciario porque en el Código se ponen penas perpetuas y penas graves como la de la cadena? No, señores, no hemos faltado; contamos con el indulto".

108 *Diario de Sesiones de las Cortes*, legislatura 1847-1848, sesión del día 15 de marzo de 1848, núm. 83, p. 1802: "Señores, no parece sino que este es el primer Código en que hay penas perpetuas; lo contrario, sí, puede decirse, que es la regla general. Cuanto más se economice la pena de muerte, no hay otro contrapeso, sí ha de tener tutoría la sociedad, más que la perpetuidad de la pena. Y, señores, ¿es esto un fenómeno entre nosotros? La antigua retención impuesta, por ejemplo, a un anciano de 50 años, ¿no podía llegar hasta la perpetuidad? ¿Estaba prohibida la acumulación de las penas, que también podía llegar a componer una pena perpetua? En principio nunca ha estado prohibida entre nosotros semejante acumulación; yo he conocido un reo muy joven que en diversas condenas tenía 32 años de presidio; casi no tenía otros tantos de edad, y si con la muerte no hubiera pagado este tributo a la justicia, habría tenido que sufrir un encierro perpetuo; y la ley lo permitía, y la ley lo dejaba correr".

109 *Informe dirigido al Gobierno de S.M. por Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código Penal, con arreglo a las cuarenta y seis preguntas contenidas en la circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de abril de 1851*, Imprenta a cargo de Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1852, p. 20.

reclusión perpetua, que debía cumplirse establecimiento situado dentro o fuera de la Península, y en todo caso lejano del domicilio del penado, señalaba el art. 100 que "todos los condenados a esta pena están sujetos a trabajo forzoso en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento. El trabajo, disciplina, traje y régimen alimenticio serán uniformes". Para la reclusión temporal, disponía el art. 101 que "se cumplirá en la misma forma que la reclusión perpetua, pero dentro de la Península e Islas Baleares o Canarias". A diferencia de la cadena perpetua y temporal, que están asociadas al trabajo en lugares públicos, el trabajo de la reclusión se realiza dentro del establecimiento, siendo un trabajo interior, y el comentario de PACHECO a los arts. 100 y 101 ilustra esta distinta filosofía[110].

Finalmente, las penas de presidio mayor, menor y correccional también se cumplían mediante trabajos forzados. El art. 104, tras señalar el lugar de cumplimiento de la pena, decía que "los condenados a presidio estarán sujetos a trabajo forzoso dentro de los límites del establecimiento que sufran la pena"[111], y el art. 105 concretaba el destino del producto de ese trabajo: 1º) Para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito; 2º) Para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen; 3º) Para proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención, si lo merecieren; y para formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida de presidio[112].

110 En concreto, señala PACHECO, J.F.: *El Código*, cit., pp. 451 y 452: "1. Pasamos aquí a una pena correspondiente a distinta escala que la anterior. Dejamos la idea del trabajo público, como fundamental, para recaer en la del encierro. En vez de la cadena, tenemos la reclusión. 2. No es esto decir que los reclusos hayan de permanecer ociosos ocupados cada cual en lo que les plugiere. Se ha de trabajar, dice el artículo, que aquellos establecimientos, y el trabajo ha de ser uniforme. Si por esta palabra no se ha entender una igualdad absoluta, es decir, que todos trabajen en esteras o en zapatos, se da a entender, sí, una analogía de ocupación, y una identidad de régimen respecto a ellas. Una casa de reclusión ha de ser una comunidad bien dirigida y ordenada, en la que ninguno se exima de las reglas comunes y de la disciplina general. 3. Los artículos que examinamos previenen que la reclusión se debe cumplir en un punto lejano del domicilio del penado. Tenemos, pues, en este particular una excepción que no se ha consignado sin su motivo. En todas las penas que consisten en algo público, se busca que el lugar de su ejecución sea lo más próximo posible al lugar en donde fue el delinquimiento: esa circunstancia contribuye poderosamente a la ejemplaridad. Pero aquí no se trata de un castigo que se haya de sufrir públicamente: aquí el trabajo es interior; y el verdadero castigo, en la pérdida de libertad es en lo que principalmente consiste. Sin duda alguna, el mal de esta pérdida se agrava con el alejamiento de aquellos lugares en que de continuo habitamos. Ser encerrado en la cárcel de nuestro pueblo, es un mal mayor que ser encerrados en nuestra casa: serlo a una distancia de cien leguas o pasado el mar, lo es también mayor que el serlo en aquella cárcel. Por eso, por aumentar el mal de esta pena, se dice que siempre se procurará tal lejanía: por eso se dice también que la reclusión temporal se ha de sufrir en la Península o islas adyacentes, mientras que para la perpetua, que es más grave, se autoriza toda la extensión de nuestro territorio.4. Lo único que tenemos que añadir es la expresión de nuestro sentimiento porque no se haya hecho más uso de estas penas, y de todas las de su escala, comparativamente con las anteriores y las de la suya. La tendencia en nuestra civilización nos lleva de tal modo a ese sistema, que creemos bien que antes de mucho ha de ser esta serie la general, quedando las restantes, es decir, las escalas 1ª y 3ª solamente para casos de excepción".

111 Art. 104: "Las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales deberán estar situados: para el presidio mayor, dentro de la Península e islas Baleares o Canarias; para el menor, dentro del territorio de la Audiencia que lo imponga; y para el correccional, dentro de la provincia en que tuviese su domicilio el penado, y en su defecto en la que hubiere cometido el delito.
Los condenados a presidio estarán sujetos a trabajo forzoso dentro de los límites del establecimiento en que sufran la pena".

112 Se manifiesta así claramente el principio de la expiación característico de la pena del Código del 48. Así lo señala ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, núm. 3, p. 489.

En su comentario a los arts. 104 y 105, Pacheco destaca la necesidad de distinguir entre reclusión y presidio, pues en ambos casos el trabajo se realiza en el interior del establecimiento, diferenciándose de la cadena, donde el trabajo es público; también apunta, con relación al art. 105, que falta un precepto de este tipo en la cadena y en la reclusión, con lo cual parece indicarse que en estos dos casos el penado trabaja exclusivamente en beneficio del Estado[113].

En definitiva, el Código de 1848 mantiene los trabajos forzados, aunque no como pena principal, sino como modo concreto de cumplimiento de determinadas penas. Es un salto cualitativo importante, y lo cierto es que la larga discusión parlamentaria y las voces autorizadas de rechazo al trabajo forzado y al carácter perpetuo de la pena que lo conlleva parecen ya anunciar su declive, que todavía tardará años en materializarse. El trabajo forzoso realizado en público, que mezcla fines expiatorios y utilitaristas, dará paso, con los años, al trabajo en talleres de

También se destaca la necesidad de que no permanezcan ociosos: al respecto, Sainz Guerra, J.: *La evolución,* cit., p. 325.

113 El comentario a los arts. 104 y 105 de Pacheco, J.F.: *El Código*, cit., pp. 457 y 458, es el siguiente: "1. La palabra *presidio* significa en su origen fortaleza, lugar fortificado. De aquí vino la frase "trabajar en presidio", como "trabajar en fortificaciones". Después, aquella expresión ha ido perdiendo su significado recto y propio, para no conservar sino las ideas de la condena y del trabajo. A Cádiz no se le llama un presidio, aunque es una plaza fuerte: si se le llama tal a Ceuta o Melilla no consiste en sus murallas, sino en que han sido constantemente grandes depósitos de condenados a trabajos, de *presidiarios*. 2. Nuestro Código ha conservado las palabras, pero ha modificado su significado. El trabajo de lo que se llama presidio no es un trabajo de fortaleza, no es siquiera un trabajo público, como lo fue el de los presidios internos o peninsulares. El trabajo público sólo corresponde a la *condena* (rectius: *cadena*): el que se señala aquí como propio de los presidios se ha de cumplir en los mismos establecimientos. Al que no es más que *presidiario*, no han de sacarlo a la calle para que trabaje. 3. De esta doctrina de la ley, y de no contener alguna más explicación, se sigue un notable inconveniente, a saber: que no se diferencian lo bastante, según sus definiciones, el *presidio* y la *reclusión*: que aparte el tiempo en que duran la una y la otra pena, por lo que es su naturaleza misma, parecen completamente homogéneas. Ahora bien, esto es un defecto, pues que el *presidio* y la *reclusión* corresponden a dos distintas escalas, cuyas ideas fundamentales no pueden, no deben ser unas propias. En la *reclusión*, ya lo hemos dicho, debe dominar la idea del encerramiento; en el *presidio* la dureza del trabajo. 4. Creemos que los reglamentos que el Gobierno formará para el régimen de tales casas pondrán en ese defecto el remedio oportuno. Es necesario que la conciencia pública no confunda los establecimientos de ambas clases: de otro modo se perdería la utilidad de haberlos concebido y decretado. En buena hora que no sea público el trabajo del *presidio*, para no confundirlo con el de la *cadena*; pero es menester que tampoco se confunda con el de la reclusión. Dénsele distintos accidentes, que conserven en el ánimo común la antigua y justa repugnancia que inspira su nombre. No tratemos al responsable de delitos viles con la misma delicadeza que al de delitos, permítase la expresión, decentes. 5. El art. 105 dispone lo que se ha de hacer con el producto del trabajo de los presidiarios: reglas sencillas y naturales. La satisfacción de su responsabilidad civil debe ser lo primero hasta completarla; después viene la indemnización al establecimiento que los sustenta; en último lugar, como es justicia, sus personales ventajas. No sabemos si se habrá echado de menos en las penas de cadena y de reclusión un precepto semejante. Si así fuere, haremos observar que el encadenado y el recluso trabajan sólo en beneficio del Estado".

la prisión que persigue un objetivo correccionalista[114]. Como señala Oliver[115], en los años cincuenta del siglo XIX el público apenas podía ya ver el trabajo de los destacamentos de prisioneros, que estaba abolido de facto, lo que no quiere decir – por supuesto – que pueda considerarse extinguido todo forzamiento en la actividad de los establecimientos penitenciarios.

En el ámbito penitenciario, la Ley de Prisiones, publicada el 26 de julio de 1849, mantuvo la clasificación del Código penal de 1848. El título V establecía que los reos sentenciados, tanto a cadena perpetua como temporal, ingresarán provisionalmente en los presidios de la Península, Baleares y Canarias hasta trasladarse a sus respectivos penales. Permite la reunión en un mismo establecimiento de los condenados a reclusión perpetua o temporal, en otro los de presidio mayor, menor o correccional, y en otro todos los de prisión. Así, el art. 23 establecía que "los reos sentenciados a cadena perpetua como temporal, ingresarán provisionalmente en los presidios de la Península, Baleares y Canarias hasta que puedan trasladarse oportunamente a sus respectivos penales, que para los primeros serán el presidio de Ceuta y menores de África", "y para los segundos los arsenales y obras públicas y fortificación a que se les aplique". En la Península, Baleares y Canarias cumplirán condenas, además, los condenados a reclusión perpetua o temporal; a presidio y prisión mayor, menor o correccional[116].

114 Para Ramos Vázquez, I..: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 248, la causa que realmente acabó con el sistema del trabajo forzoso de obras públicas fue la paulatina potenciación del régimen de talleres o manufacturas presidiales.
El trabajo en "los obradores", que estableció la Ordenanza de 1834 con carácter subsidiario con respecto al principal régimen de obras públicas, fue adquiriendo mayor relevancia, destacando la obra del Coronel Montesinos en Valencia, que tomó posesión en 1836 del presidio de las Torres del Cuarte. La principal aportación de Montesinos fue decantar el régimen de trabajo intramuros en los presidios, y no extramuros o en obras públicas, potenciando el desarrollo del trabajo manufacturero; para el fin de la "corrección moral" de los penados, los talleres eran en su opinión un instrumento fundamental, y en esta creencia, no dudó en advertir al Ministro de Fomento de los perniciosos efectos del sistema de obras públicas (que, sin embargo, él mismo cumplía enviando presidiarios a obras de fortificación peninsulares o África en cumplimiento de la Ordenanza), y ponerle de relieve las virtudes reformadoras que, en cambio, tenía el trabajo industrial. Al respecto, Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., pp. 250 y ss.

115 Oliver Olmo, P.: "Historia", cit., pp. 22 y 23.

116 Véase Fernández *Individualización*, cit., p. 128.
Para Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 275, son méritos de la Ley de Prisiones de 1849: 1) Confirmar definitivamente la separación de los establecimientos penales en dos áreas: la de las prisiones civiles y la de las militares, aquéllas dependientes del Ministerio de la Gobernación y éstas del de la Guerra. El de Marina siguió con la competencia de los presidios navales y de los arsenales; 2) Que unificó normativamente por primera vez en nuestro país, la problemática de las cárceles y la de las prisiones, hasta entonces por caminos diferentes, ocupándose de forma conjunta de presidios, prisiones, cárceles de Audiencia, cárceles de partido y depósitos municipales; 3) Que consolidó definitivamente el término "prisión" para designar los establecimientos de privación de libertad; 4) Que disipó la polémica sobre el sistema penitenciario español, cuestión que el Código había dejado sin resolver, pronunciándose a favor de un sistema propio, de clasificación y carácter progresivo. El sistema celular o de aislamiento, como ya quedar dicho en los debates parlamentarios sobre el Código penal, estaba "desterrado" y los resultados del sistema de Auburn aún estaban por ver.

V. EL CÓDIGO PENAL DE 1870.

El Código de 1870 viene a reproducir, con algunas variantes de poca importancia, el esquema de penas de prisión y trabajo combinados del de 1848, por lo que nuevamente aparecen los trabajos forzados asociados a las penas de cadena, reclusión y presidio. Ahora bien, aunque las penas perpetuas conservan su denominación en el nuevo Código, ya no son equiparables a las existentes en el texto anterior, pues la inclusión del indulto a los treinta años las eliminó definitivamente[117]; en efecto, dispone el art. 29 que los condenados a las penas de cadena y reclusión perpetua "sean indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta u otras circunstancias graves no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno", norma que es calificada de caritativa[118] y que, sin duda, se encuentra en la línea de la llamada humanización del Código del 70[119], porque se va dejando atrás la idea de que el reo se "pudra" durante su condena, para dar paso a una concepción más moderna, como es la rehabilitación del condenado.

En la doctrina encontramos planteamientos favorables a la pena de privación de libertad combinada con el trabajo forzoso del delincuente. En este sentido, dicen Gómez De La Serna Y Montalbán[120] que "es una de las que más reúnen las circunstancias que debe tener presente el legislador. Extraordinariamente visible, tanto por el mayor o menor rigor de los trabajos como por su duración; ejemplar, porque está a la vista de todos y al alcance de todas las inteligencias; cierta, porque la falta de libertad afecta a todos; análoga, cuando los delitos porque se impone han sido el resultado de la vagancia o de la ociosidad; igual hasta cierto punto, porque en la latitud que queda al juez puede corregir las desigualdades notables de la pena; altamente moral y correctiva, porque más que ninguna se presta

117 Como dicen Mapelli Caffarena, B./ Terradillos Basoco, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 70, "en nuestro país la cadena perpetua deja de serlo a partir del CP de 1870, que, aunque mantiene la denominación, prevé la concesión de indultos a los treinta años (art. 29)"

118 Un comentarista del Código como Buenaventura muestra su complacencia a esta disposición, aunque en sus resultados prácticos haya de ser de escasísimo valor. Así, dice: "La pena perpetua es la pena de la desesperación ¿Qué interés tiene en mejorar sus costumbres el que sabe que, sean las que quieran y que cumpla bien o mal los deberes que se le impongan, su destino ha de ser siempre el mismo, vivir entre los hierros y morir con ellos? El que interrogando al porvenir no puede escuchar otra respuesta que la de sufrir hasta la muerte, no puede tener más que dos pensamientos, la fuga a toda costa o el suicidio lento pero seguro, desafiando el rigor de los padecimientos. La reforma ha dado un gran paso inspirando a los penados el afán del indulto: poniendo un término a los sufrimientos, despierta en el hombre el más dulce de los consuelos, la esperanza de un estado mejor. Cuando la vida regular del hombre tranquilo y acomodado puede calcularse de setenta años, ¿Qué esperanza de vida y de indulto le puede quedar al que ingresa en el presidio a la edad de cuarenta años destinados a sufrir y padecer perpetuamente? Alabamos la medida como principio, pero deseamos ver en ella alguna excepción en favor de la edad y buena conducta de los penados". Al respecto, Buenaventura Selva, N.: *Comentarios*, cit., pp. 42 y 43.

119 Antón Oneca, J.: "El Código penal de 1870", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, núm. 4, pp. 241 y ss., destaca que los autores del Código, educados en las ideas de la Ilustración, entre las cuales tuvieron lugar preferente las de mitigación de las penas, se ocuparon en limar las aristas demasiado duras de los Códigos del 48 y del 50.

120 Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. III, Librería de Sánchez, Madrid, 1877, pp. 94 y 95.

a la enmienda del delincuente, debería producir los mejores resultados, si una administración inteligente y previsora hiciera desaparecer los males que pululan en nuestras prisiones, consiguiendo así que el aislamiento de noche, el silencio y el trabajo común de día, y la meditación a que este sistema se acomoda, llegaran a extinguir las malas costumbres de los delincuentes, que se despertara en sus almas el amor a la virtud, y que salieran con instrucción, con capacidad y con hábitos de trabajo. A esta clase de penas de prisión y trabajo combinados, pertenecen las que en el Código están designadas con los nombres de cadena, de reclusión y de presidio…".

En lo que se refiere a la regulación concreta, veremos que la cadena, la reclusión y el presidio, que conforman las denominadas penas de internamiento, se diferencian por su duración, por el lugar al que se destina el reo y por la severidad del régimen penitenciario aplicado en la pena[121].

Las penas de cadena se cumplirán en cualquiera de los puntos destinados a este objeto, en África, Canarias o Ultramar (art. 106)[122] y los sentenciados a ellas, conforme al art. 107, párrafo 1º, "trabajarán en beneficio del Estado, llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura; se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio fuera del establecimiento", añadiendo el art. 107, párrafo 2º: "Sin embargo, cuando el tribunal consultando la edad, salud, estado o cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente, creyere que este debe cumplir la pena en trabajos interiores del establecimiento, lo expresará así en la sentencia"[123]; se prohibía en el art. 108 el destino a obras de particulares o las públicas que se ejecuten por empresas o contratas con el Gobierno[124]. En la

121 El informe sobre la reforma del Código, del que se hace eco Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Burgos, 1872, p. 126, ya puso de manifiesto que la cadena perpetua, la cadena temporal, la reclusión perpetua, la reclusión temporal, el presidio mayor, el presidio correccional y el arresto mayor, que son calificadas todas como penas diferentes, no constituyen en realidad más que tres penas, la prisión con trabajos públicos, la prisión con trabajos dentro del establecimiento penitenciario y la prisión sin trabajo.

122 Como ponen de manifiesto Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos*, cit., p. 154, nota 1, se había olvidado el Código de decir en el art. 106 dónde debía cumplirse la cadena temporal, supliéndose dicha omisión en las rectificaciones publicadas en la Gaceta del 21 de enero de 1871.

123 El art. 107 del Código de 1870 viene a reproducir prácticamente el mismo contenido del art. 96 del Código penal de 1848, aunque suprime las palabras "o asida a la de otro compañero" al referirse a la forma de llevar las cadenas. Para Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos*, cit., p. 154, dicha supresión es muy acertada, pues "la naturaleza de los trabajos a que se dedican los condenados a cadena, y la circunstancia que establece la ley de que, o lleven *la cadena pendiente de la cintura, o asida a la de otro penado*, destruyen por su raíz cualquier sistema penitenciario que pudiera adoptarse para la reforma moral de los rematados; porque estas circunstancias son incompatibles con el sentimiento de vergüenza que se debe procurar inspirarlos, y con el de aislamiento durante la noche y silencio de día; bases reconocidas como las más acreditadas de los sistemas penitenciarios. Y si bien con la supresión a que nos hemos referido, estos inconvenientes no han cesado del todo, en alguna parte por lo menos se han disminuido".

124 Venía, pues, a reproducirse la prohibición que ya figuraba en el Código del 48 en el art. 97. Así, decía el art. 108 que "los sentenciados á cadena temporal ó perpétua no podrán ser destinados á obras de particulares ni á las públicas que se ejecutaren por empresas ó contratas con el Gobierno".
Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos*, cit., p. 155, relatan el origen de la prohibición en los "abusos escandalosos, que con ultraje de la humanidad y de las costumbres hemos visto cometer en nuestros días", estimando que "no es el interés particular, ansioso frecuentemente de ganancias sórdida e ilegítimas,

misma línea de benevolencia e indulgencia con los ancianos que ya tenía el Código del 48 en su art. 98, el art. 109 del nuevo Código permite al que hubiere cumplido 60 años cumplir la condena en una casa de presidio mayor[125]. La cadena perpetua y la temporal llevaban como pena accesoria la interdicción civil (arts. 54 y 55) que, conforme al art. 43, "priva al penado, mientras la está sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración, de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos"[126].

En consecuencia, la situación del condenado a cadena seguía siendo la de un ocupado en los trabajos más duros y penosos, sin recibir recompensa por su trabajo, que exclusivamente sería para el Estado, sin poder recibir auxilio extraño, y privado de la autoridad marital, de la patria potestad y de la administración y disposición de sus bienes, sin más excepción que la de testar[127].

al que debe abandonarse la dirección y los trabajos de los penados: personas elegidas por la austeridad de sus costumbres y por sus sentimientos humanos, no incompatibles con la entereza de carácter ni con el rigor necesario para el orden de los establecimientos penales, son las que deben dirigirlos con independencia absoluta de empresarios particulares". Los autores relatan (pp. 155 y 156, nota 1) "que la ley de 18 de julio de 1866 llegó a alterar en parte muy esencial este artículo del Código, al establecer que el Estado podría utilizar el trabajo de los sentenciados a estas penas, aunque las obras se hiciesen por empresas o contratas con el Gobierno. Desde luego, temimos que esta disposición daría lugar a lamentables abusos que no siempre lograría evitar la vigilancia de la administración, a pesar de que de esta había de depender exclusivamente la subsistencia, régimen y disciplina de los penados. El Código reformado ha obrado acertadamente no admitiendo semejante excepción a la regla general, y dejando vigente en toda su integridad la expresada prohibición".

125 Art. 109: "El condenado á cadena temporal ó perpétua que tuviere ántes de la sentencia sesenta años de edad, cumplirá la condena en una casa de presidio mayor.
Si los cumpliere estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa-presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia".
Para Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos*, cit., p. 155, se trata de una exención justa concedida a la vejez, que encierra su justificación en el sentimiento universal y en la consideración de que de otro modo la pena degeneraría en la muerte, ejecutada de un modo lento e inhumano. En la misma dirección, incide Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 487: "Un sentimiento de consideración y de piedad ha dado vida a este artículo. El hombre de más de 60 años no tiene, por regla general, las condiciones físicas necesarias para poder ser sometido a los fatigosos trabajos inherentes a la pena de cadena. En una casa de presidio mayor, dedicado también al trabajo, pero a un trabajo menos duro dentro del establecimiento, expiará mejor su delito. Un anciano arrastrando en público una cadena produce mal efecto. La duda no puede caber para nadie en la adopción del principio; solo podrá existir en la determinación de la época de la vida donde este beneficio debe empezarse a disfrutar. Unos, quizá quisieran dilatarla hasta los 70 años, como hacen la mayor parte de los Códigos extranjeros, otros, como el nuestro, fijarla en los 60".
En el caso de las mujeres, que tenían una disposición similar a la transcrita para los mayores de sesenta años en el Código del 48, el Código de 1870 opta por reemplazarla por lo que se ordena en el art. 96: "Cuando las mujeres incurran en delitos que este Código castiga con las penas de cadena perpétua ó temporal, ó con las de presidio mayor ó correccional, se les impondrán respectivamente las de reclusion perpétua ó temporal, prision mayor ó correccional".

126 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 236, da un juicio positivo del precepto: "Merece, por consiguiente, nuestra entera aprobación que el Código actual, repitiendo en esencia lo escrito en el año 1848, y continuando inspirándose en teorías que ya se habían hecho bastante lugar entre nosotros, no conservase el triste recuerdo de aquellos tiempos en que la *muerte civil* fue un precepto que tuvo vida y produjo muy dolorosos resultados".

127 Como Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 482, "la cadena debe ser, por lo tanto, una pena durísima que de día y noche aflija y sujete y oprima al delincuente que sobre él pese dominando sus fuerzas y sus instintos feroces, deprimiendo sus bríos o conteniendo sus pasiones por medio de la sujeción del hierro y del trabajo".

Groizard[128] considera que si a la reforma del Código le hubiese precedido la de las prisiones, podría haberse adoptado el sistema portugués, que había ya sustituido en 1867 los trabajos públicos por trabajos dentro del establecimiento, pero no ha sido posible: "Sin la previa construcción y conveniente organización de los necesarios establecimientos penitenciarios, empresa de todo punto irrealizable hoy en nuestra patria, disposiciones análogas a las de la ley portuguesa conducirían unas veces a la impunidad y otras a arbitrarios, rigorosos y desproporcionados castigos", idea que reafirma al comentar los arts. 106 y 107, cuando dice que "mientras no preceda una reforma completa de nuestro sistema de prisiones, que había enormes desembolsos al Tesoro público, irrealizable por ahora atendida su apurada situación, la necesidad de sostener la pena de cadena es evidente y por todos sentida, toda vez que es imposible que sea sustituida por ninguna pena verdaderamente penitenciaria que labre eficazmente sobre los grandes criminales, con esperanza de hacerles sentir enérgicamente la reprobación general que sus actos merecen, obteniendo su enmienda o regreso al estado de derecho"[129].

El trabajo de los sentenciados a cadena perpetua y temporal es público y ha de tener lugar fuera del establecimiento. Para Groizard[130] "la ley lo da a entender así, pero no lo dice de modo directo y expreso. La ley lo da así a entender porque establece que cuando el Tribunal, consultando la edad, salud, estado o cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente, creyere que este debe cumplir la pena de trabajos interiores del establecimiento, lo exprese así en la sentencia. De lo que lógicamente se deduce que no habiendo esta excepcional declaración judicial los condenados a cadena deben ser empleados en trabajos fuera del establecimiento. Otro artículo, el 108 … corrobora esto mismo".

Para la reclusión perpetua y temporal, dispone el art. 110 que "se cumplirán en establecimientos situados dentro o fuera de la Península", añadiendo que "los condenados a ellas estarán sujetos a trabajo forzoso en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento".

128 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 126.

129 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 482.

Si razones presupuestarias y de otra índole práctica no aconsejan prescindir del trabajo forzado público, fuera del establecimiento, ello no es, sin embargo, obstáculo para que se deslice críticas. Así, señala el autor citado (pp. 483 y 484) como un gran inconveniente que es incompatible con "todo sentimiento de honor y toda idea de reforma y enmienda. El grado de perversidad de todos los condenados a cadena, no es tal, sin embargo, que la sociedad pueda suponer con razón que en ellos se han extinguido para siempre la propia estimación y toda esperanza de reforma. Nosotros hubiéramos limitado el trabajo al interior de las prisiones, o hubiéramos consentido a lo más que hicieran sonar el grillete del presidiario sometidos a los trabajos públicos solo los que hubieran sido condenados a cadena perpetua". Crítica que Groizard (p. 484) extiende también al producto del trabajo, que considera no debe ser entregado en su totalidad al Estado: "Consagraríamos una pequeña parte de él a constituir un fondo de reserva que le entregaríamos al salir del establecimiento, si durante el tiempo de su condena había observado buena conducta y cumplido con los deberes reglamentarios. De este modo crearíamos en el penado un estímulo poderoso para consagrarse a sus tareas mientras permaneciera en el establecimiento, y le facilitaríamos al salir de él un recurso que le sirviera de mucho para salvar las dificultades de su situación y encontrar medios de subsistencia".

130 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p.483.

Desaparece, con esta redacción, la diferencia que marcaba el Código del 48 respecto al lugar de cumplimiento de la pena y al hecho de prescribir un mayor alejamiento del domicilio para la el caso de la reclusión perpetua[131].

La pena de reclusión, dice Groizard[132], "no lleva en sí ni la aflictiva pena de los hierros, ni la ignominia del trabajo público inherente a la cadena. No pertenece a la primera, sino a la segunda escala. No domina en ella la idea de la expiación por el trabajo, sino de la expiación por el encerramiento", concluyendo que "el condenado a ella debe permanecer encerrado en el establecimiento y sujeto a su disciplina y régimen. El trabajo es un accesorio de la pena y debe redundar en provecho del Estado". Emiten un juicio positivo sobre esta pena Gómez De La Serna Y Montalbán[133], ya que "se presta muy favorablemente a la introducción de un buen sistema penitenciario, que esperamos ver adoptado en los establecimientos en que ha de sufrirse" y critican que no se haya utilizado más "en muchos casos en que se ha acudido a otras más penosas y menos morales y correctivas".

En lo que se refiere a la pena de presidio, que también se cumple mediante trabajos forzados dentro de establecimiento, conviene destacar que se ha suprimido, con respecto al Código del 48, la pena de presidio menor, aunque no por ello deja de calificarse, con cierta impropiedad, con el nombre de presidio mayor la pena más grave de esta clase. Conforme al art. 113, "las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados, para el presidio mayor dentro de la Península e Islas Baleares o Canarias, y para el correccional dentro de la Península", añadiendo que "los condenados a presidio estarán sujetos a trabajos forzosos dentro del establecimiento en que cumplan la condena".

El comentario de Groizard[134] a este art. 113 es muy clarificador: la antigua y durísima pena de presidio, consistente en trabajos públicos en fortificaciones, caminos, canales y puertos, no debe confundirse con la que el Código designa con este nombre; aquella tiene muchas mayores analogías con la de cadena. La de presidio, añade el autor citado, es otra menos grave y aflictiva, y "su índole característica es el trabajo dentro del establecimiento".

En el art. 114 se indica el destino del trabajo del presidiario: "1º Para hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos, proveniente del delito; 2º Para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionaren; 3º Para proporcionarles alguna

131 Esta indeterminación de la ley es criticada por Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 491. Era preferible, a su juicio, el Código del 48 en este punto, al exigir que la reclusión temporal se hubiese de sufrir dentro de la Península e Islas Baleares o Canarias, y dejaba libertad al Gobierno para señalar el punto del territorio en que había de extinguirse la perpetua.

132 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., pp. 490 y 491.

133 Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos*, cit., p. 156.

134 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 501.

ventaja o ahorro durante su detención, si lo mereciesen, y para formarles un fondo de reserva, que se les entregará a su salida del presidio, o a sus herederos, si fallecieren en él"; no se trata, como ya vimos a propósito del Código del 48, de un trabajo en beneficio del Estado, como es el que caracteriza al que va unido a la cadena y la reclusión, sino de aplicar su producto al cumplimiento de determinadas atenciones[135].

Entre las clasificaciones del elenco de penas del Código, que son muchas y variadas, y la realidad de una administración sin recursos, hay una enorme distancia. El sofisticado sistema del Código, que exige gran número de establecimientos penitenciarios, choca inexorablemente con las condiciones económicas en que se encuentra la España de finales del siglo XIX. Son muy gráficas las explicaciones de Groizard[136], al comentar la pena de presidio: "Los penados a toda clase de presidio, lo que es más, los sentenciados a reclusión y aun a cadena, juntos han sufrido y sufren todavía sus condenas. En este punto, entre la teoría y la práctica hay un abismo. Nuestra ley es la más adelantada en Europa, es la que más clasifica, la que más penas establece, la que mayor número de establecimientos exige. Nuestra administración por el contrario es la más atrasada y pobre; amontona

135 Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos*, cit., pp. 157 y 158, elogian las disposiciones del art. 114: "Justo es que el penado resarza en cuanto pueda el mal que ocasionó con su delito: justo es que manteniéndose por cuenta de su trabajo no sea una carga pesada para la sociedad, a la que ofendió con su conducta; y moral y conveniente, que con sus economías se cree un depósito, con el cual al salir de la prisión no carezca de medios de subsistencia y propenda por lo tanto a incurrir en nuevos delitos: los ensayos hechos en los últimos tiempos en algunos establecimientos penales respecto a este fondo de reserva, acreditan su conveniencia". Estos mismos autores (p. 158) se plantean la duda de si el orden que señala el precepto da preferencia al primer objeto sobre el segundo, y al primero y al segundo sobre el tercero, o si todas las diferentes aplicaciones deben ser satisfechas por prorrateo. Su opinión es que "el orden gradual con que los puso la ley, que es el más natural y el más justo, indica la prelación respectiva de cada una de estas obligaciones, de modo que hasta no estar completamente satisfecha una, no debe hacerse aplicación a la siguiente. El tenor literal de la ley desecha toda interpretación, a nuestro juicio". Ciertamente, esta última cuestión fue polémica, pues se defiende, desde otras posiciones, una aplicación simultánea del producto del trabajo a los tres objetos indicados: así, en concreto, Langle Rubio, E.: *Código penal de 17 de junio de 1870*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1915, p. 192.
Otros comentaristas del Código se muestran, en cambio, partidarios del establecimiento de una caja de indemnizaciones, cuestionando la eficacia de la disposición. Así, para Buenaventura Selva, N.: *Comentarios*, cit., pp. 65 y 66: "Esta disposición justifica la razón con que apetezco el establecimiento de una caja de indemnización. El legislador comprende también, que el producto de los trabajos de los penados debe responder ante todas cosas, a la indemnización de los daños causados por el delito, ¿Pero bastará el miserable haber de un presidiario para atender a tan graves reparaciones? ¿Se ha calculado bien la inmensa contabilidad que es necesario establecer para que esta disposición del Código sea efectiva? Aun siéndolo, ¿servirá de algo al perjudicado, y liquidará este cuando menos por semestres para entregarle una mezquina suma, que de nada le aprovecharía, y establecer una serie de operaciones entre las casas penales, y los juzgados donde se hubieren cometido los delitos, que sería más costosa para el Estado que hacer la indemnización directamente? Creo, por lo tanto, que sería más fácil y positivo reasumir los trabajos de los penados y una parte de las penas pecuniarias, formar con ellos una caja de indemnizaciones, y hacerlas el Estado por su cuenta, y en el momento siguiente a la perpetración de los delitos, adquiriendo por ello todos los derechos civiles pertenecientes a los perjudicados contra los bienes de los delincuentes".

136 Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código*, cit., p. 501.
Por estas y otras razones, el autor citado (p. 502) propone reducir el catálogo de penas: "Entre las penas de presidio y la de reclusión, fuera de su duración, no existen diferencias de ningún género. El trabajo forzoso dentro del establecimiento constituye a la vez la índole de unas y otras. La circunstancia de que en la reclusión todo el producto de ese trabajo redunde en beneficio del Estado, y de que en los presidios, una parte de él sea solo la que utilice la Hacienda, no es bastante para legitimar la formación de dos penas".

indistintamente a los penados en sus establecimientos haciendo ilusorio el complicado y artístico sistema de nuestro derecho escrito".

El panorama penitenciario apunta, en su práctica diaria y más allá de lo que digan a las normas del Código penal, a una progresiva desaparición de los trabajos forzosos, al menos en su histórica consideración de trabajo público, fuera del establecimiento penitenciario. Como señala SAINZ GUERRA[137], desde la vigencia del Código penal de 1870, los trabajos a los que los presos estaban obligados y que tenían relación con los destinos propios de la prisión, se realizarían en adelante dentro de la misma, pues se entendía que el trabajo en obras públicas era deprimente y vejatorio para los presos al quedar expuestos a la curiosidad pública.

Con el triunfo político del retribucionismo y del correccionalismo como alternativas penitenciarias, algo que se reforzaba con la incorporación al sistema de la experiencia correccional de las casas-galera femeninas, iba a terminar la era del utilitarismo penal[138]. Ya no se justificaba la explotación del trabajo productivo de los penados. Se estaba implantando un sistema penitenciario con regímenes progresivos de cumplimiento de condenas que decían defender el valor corrector del trabajo ocupacional. Desde que se promulga el Código Penal de 1870 se promueve con más decisión el reparto de oficios y destinos entre la población reclusa, aunque en la práctica el fomento del aprendizaje laboral se haría a trancas y barrancas, de hecho no adquirió cierta importancia hasta la década de los ochenta y sólo en algunas prisiones[139].

En el tramo final del siglo XIX, destaca en la rama penitenciaria la figura de Concepción ARENAL, que creó un nueva corriente científica, propia y original. Con respecto al castigo o la pena, consideraba que debía ser capaz de educar o corregir moralmente; debía ser principalmente correccional, aunque no de forma exclusiva[140]. Su preocupación humanitaria por un trato digno a los presos se concreta en su propuesta de suprimir la cadena: "la cadena debe desaparecer del Código Penal y de las prisiones, como todo lo que es cruel y degradante"[141]. Recuérdese que el Código de 1870 todavía tenía en su texto la ejecución de la cadena a través de trabajos forzados, por lo que su figura y opinión debe ser

137 SAINZ GUERRA, J.: *op.cit.*, p. 325. Este autor indica, además, que las características de los trabajos forzados públicos atentaban contra la reeducación del recluso, beneficiaban exclusivamente al Estado y a las empresas concesionarias, y perjudicaban a la población libre al aumentar el desempleo.

138 Sobre ello, "Historia", cit., p. 23.

139 Al respecto, LLORCA ORTEGA, J.: *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX. Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 275 y 276.

140 ARENAL, C.: *Estudios penitenciarios*, en Obras Completas, tomo 2, parte 3, Capítulo II (citado por RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 313, nota 967).

141 ARENAL, C.: *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, 5 vols., en Obras Completas, tomos 18-22 (citado por RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria*, cit., p. 314, nota 972).

considerada como una de las claves determinantes para la desaparición posterior de los trabajos forzados.

VI. CONCLUSIONES.

Primera. El objeto y fin de la pena plantea un debate jurídico interesante. A las notas características de la pena del Antiguo Régimen, de castigo, escarmiento o intimidación, se unirá, con las condenas a trabajos forzados, la nota de utilidad, en tanto que son castigos útiles para los intereses reales. En la segunda mitad del siglo XVI, como consecuencia de las necesidades político-militares de la Corona, se produce, por la simple vía de la conmutación de penas, un desplazamiento de las penas corporales hacia la pena de trabajos forzados; la alternativa a la muerte no es la privación de la libertad para procurar la enmienda o corrección del delincuente, sino los trabajos forzados, que nada tienen que ver con la compasión o la humanidad. La penalidad utilitarista tiene importantes manifestaciones en el Derecho Penal del Antiguo Régimen.

Segunda. En el año 1771, Carlos III publicó una importante pragmática que ha sido considerada como la primera verdadera reforma penitenciaria. Influenciada por el pensamiento ilustrado y por la situación existente en el Norte de África de huídas continuas de presos al bando moro, en ella se distinguían dos tipos fundamentales de delincuentes: los "no cualificados", para los que se establecía la pena de presidio en alguno de los de África por el tiempo que determinasen los tribunales, con un máximo de diez años; y los delincuentes "cualificados", sin "probable esperanza de enmienda", para los que se consolidó la nueva pena de arsenales, siendo estos delincuentes destinados a cualquiera de los tres arsenales de Ferrol, Cádiz y Cartagena por el tiempo que determinasen sus sentencias, para "los trabajos penosos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre a la cadena de dos en dos". Los "forzados" cumplían condena en establecimientos regidos y custodiados por militares, y todas las cuestiones disciplinarias o de régimen interno se resolvían por los oficiales militares al cargo de los presidios o arsenales.

A finales del siglo XVIII se restableció temporalmente la pena de galeras, conviviendo durante un tiempo (hasta principios del siglo XIX) con la de arsenales y presidios. El cumplimiento de las penas se llevaba a cabo mediante el uso militar de los penados en galeras, en labores defensivas y de fortificación en los presidios de África, y en el achique y limpieza de buques en los arsenales de la Marina.

Tercera. Por las mismas fechas, también a finales del siglo XVIII, los arsenales perdieron su importancia y entraron en una época de decadencia, y a las labores de fortificación que se realizaban en los presidios militares se añadieron los

trabajos en obras públicas en la península, creándose así los primeros presidios de obras públicas. Los presidios militares de África y los presidios civiles de obras públicas peninsulares se unifican en la Ordenanza de Presidios Navales de 1804, donde se mezclan fines utilitaristas y de corrección, y estas mismas características se plasman posteriormente en el Reglamento de 1807.

Cuarta. La aportación de la Constitución de 1812 al Derecho penal es importante, con variaciones fundamentales en la consideración del delito y el castigo. Comienza a considerarse el delito como una acción antijurídica contraria a una ley procedente de la voluntad popular y su sanción se vincula a la defensa de la seguridad y no a la venganza del rey. Se plasma, por otro lado, el ideal codificador, iniciándose un proceso de codificación de la legislación penal, que dará como resultado, en el siglo XIX, la aparición de tres Códigos: 1822, 1848 y 1870.

Quinta. El Código penal de 1822 incluye como pena corporal principal la de trabajos perpetuos y la de obras públicas. Representan la continuidad del Código con la línea utilitarista del Reglamento de 1807, pues son penas de corte utilitario. El trabajo en sí mismo es la penalidad.

El condenado a trabajos perpetuos lleva cadena, realiza las labores más duras y penosas, y nadie podrá dispensarla salvo en caso de enfermedad, no permitiéndose más descanso que el estrictamente necesario. Tiene como pena accesoria la de infamia y se le considera muerto para todos los efectos civiles.

Al condenado a obras públicas se le considera en estado de interdicción civil y se le nombra un curador que represente su persona y administre sus bienes.

Otras penas privativas de libertad, como la reclusión o el presidio, conllevan también la realización de trabajos forzados u obligatorios.

Se dicta, en el ámbito penitenciario, la primera norma no militar, la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834, que mantiene el mismo espíritu utilitario, destinando principalmente a los penados a las obras públicas de interés que se estaban desarrollando en la época.

Sexta. En el Código penal de 1848 los trabajos forzados desaparecen del elenco de penas. Ya no son pena principal como en el Código de 1822. Se abre así la puerta a una progresiva pérdida de su importancia en el sistema punitivo, aunque siguen estando presentes dentro de la ejecución de las penas de cadena perpetua y temporal, reclusión perpetua y temporal, y presidio mayor y menor; en los casos de cadena y reclusión, el beneficio del trabajo era para el Estado, mientras que en el caso de presidio estaba destinado al alivio de sus penalidades y a la creación

de un fondo de reserva en su beneficio, después de cubrir la responsabilidad civil derivada del delito y los gastos ocasionados al establecimiento penitenciario.

Al condenado a cadena perpetua y temporal se le somete a duros y penosos trabajos, lleva una cadena al pie, no recibe auxilios fuera del establecimiento y si la condena es perpetua se ve trasladado para cumplirla a remotas y ultramarinas regiones. Como pena accesoria, el condenado a cadena perpetua y temporal tiene la interdicción civil, habiendo desaparecido la muerte civil.

Séptima. Mantiene el Código Penal de 1870 buena parte del esquema del 48. Hay, sin embargo, diferencias notables, pues las penas dejan, en realidad, de ser perpetuas, al existir posibilidad de indulto a los treinta años, quizás como consecuencia de la discusión y el rechazo que ya se manifestaba a propósito de los debates parlamentarios del Código de 1848, donde se consideraba el carácter perpetuo como contrario a la idea de corrección y enmienda.

La cadena perpetua y temporal conlleva, en su ejecución, la realización de trabajos forzosos en beneficio del Estado, y como pena accesoria sigue existiendo la interdicción civil. Los trabajos se realizan en público.

La reclusión perpetua y temporal conlleva también trabajos forzosos para beneficio del Estado, que se realizan dentro del establecimiento.

Desaparece el presidio menor, pero el presidio mayor y el correccional siguen ejecutándose a través de trabajos forzados, dentro del establecimiento en manufacturas o talleres, destinándose el producto del trabajo a hacer efectiva la responsabilidad civil, a reparar los gastos ocasionados al establecimiento y a proporcionar alguna ventaja o ahorro al condenado.

La idea del utilitarismo penal, la obtención de grandes beneficios para el Estado a través del trabajo de los penados, que ya se había desterrado en el anterior Código de 1848, quedaba también al margen del espíritu del Código de 1870, en el que solamente se mantuvieron algunas penas de trabajos forzados fuera de la prisión en las penas de cadena o reclusión. El trabajo obligatorio dentro de la prisión que acompañaba al resto de penas privativas de libertad parece abrir definitivamente la puerta hacia una incipiente consideración del trabajo penitenciario como un elemento para la corrección y posterior reinserción del delincuente.

Octava. Este trabajo sobre la historia de la pena de trabajos forzados en los Códigos penales del siglo XIX pretende ser una reflexión sobre su papel en la penología. Es clara la naturaleza utilitaria de la pena, a la que se suman otras notas, secundarias, que inciden en el carácter especialmente aflictivo (pena corporal,

dolor físico) de la pena. En definitiva, son un modo de explotar al condenado, ocasionándole grandes sufrimientos físicos y psíquicos. La historia de esta pena demuestra que nunca debe acudirse a la aflictividad del penado.

Será, pues, la evolución de la teoría de la pena y de sus fines la que transformará la visión del trabajo de los penados. En la medida en que se abandonen fines retributivos (castigo impuesto al delincuente) y utilitaristas (explotar la energía del penado en beneficio del Estado), aparecerán nuevas fases históricas en las que el trabajo penitenciario se asocia a la consolidación de la pena privativa de libertad como pena por excelencia, dándose cada vez más importancia al concepto de humanización del trabajo, adoptando el principio resocializador de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, núm. 2, pp. 263 y ss.

ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, núm. 3, pp. 473 y ss.

ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1870", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, núm. 4, pp. 229 y ss.

BARÓ PAZOS, J.: "El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2013, tomo LXXXIII, pp. 105 y ss.

BECCARIA, C.: *Tratado de los Delitos y de las Penas* (edición facsímil de la traducción de Juan Antonio De Las Casas, Madrid, 1774), Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código Penal Reformado*, Imprenta Española, Madrid, 1870.

CARO, F.: "John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII", *Eguzkilore-27*, 2013, pp. 149 y ss.

CASABÓ RUIZ, J.R.: "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, t. XXII, fasc. II, pp. 313 y ss.

FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica y tratamiento en prisión*, Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, Madrid, 2014.

FIGUEROA NAVARRO, M.A.: *Los orígenes del penitenciarismo español*, Edisofer, Madrid, 2000.

GARCÍA VALDÉS, C.: "La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, t. LXXXII, pp. 37 y ss.

Gómez, A.: *Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gomez a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Madrid, 1785, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1981.

Gómez De La Serna, P. / Montalbán, J.M.: *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. III, Librería de Sánchez, Madrid, 1877.

Groizard y Gómez De La Serna, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Burgos, 1872.

Hernández Marcos, M.: "Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787", *Res pública*, 22, 2009, págs. 39 y ss.

Howard, J.: *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (Londres, 1789), traducción y estudio de García Ramírez, S., Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Iñesta Pastor, E.: *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Jiménez De Asúa, L.: *Manual de Derecho penal. Volumen Primero. Introducción*, Editorial Reus, Madrid, 1933.

Lalinde Abadía, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, Ariel, Barcelona, 1983.

Langle Rubio, E.: *Código penal de 17 de junio de 1870*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1915.

Lardizábal y Uribe, M.: *Discurso sobre las penas, Universidad de Cádiz*, Cádiz, 2001.

Lasso Gaite, J.F.: *Crónica de la Codificación Española*, 5. *Codificación Penal*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

Llorca Ortega, J.: *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX. Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

López Melero, M.: "Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal", *Anuario Facultad de Derecho* – Universidad de Alcalá V (2012), págs. 401 y ss.

Mapelli Caffarena, B. / Terradillos Basoco, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996.

Masferrer Domingo, A.: *Tradición y reformismo en la Codificación Penal Española*, Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2003.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes (trad. de M. Blázquez y P. de Vega)*, Altaya, Barcelona, 1993.

Nieto García, A.: *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 214 y 215.

Olaizola Elordi, J.: "Trabajo forzado y ferrocarril. Destacamentos Penales y construcción en infraestructuras ferroviarias". http://www.docutren.com/HistoriaFerroviaria/Malaga2006/pdf/III04.pdf

Oliver Olmo, P.: "Historia y reinvención del utilitarismo punitivo", en *Los trabajos forzados en la dictadura franquista*, coord. Gastón Aguas, J.M. / Mendiola Gonzalo, F., Instituto Gerónimo de Urtáriz, 2007, págs. 18 y ss.

Pacheco, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Edisofer, Madrid, 1999.

Prior Cabanillas, J.A.: *La pena de minas: los forzados de Almadén, 1646-1699*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2003.

Quintero Olivares, G.: *Pequeña historia penal de España*, Iustel, Madrid, 2017

Ramos Vázquez, I.: "El Derecho Penal de la Ilustración", en VV.AA., *Estudios de Historia de las Ciencias Criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 43 y ss.

Ramos Vázquez, I.: *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Dykinson, Universidad de Jaén, Madrid, 2013.

Rodríguez Devesa, J.M.: *Derecho penal español, Parte General*, edición revisada y puesta al día por Serrano Gómez, A., Dykinson, Madrid, 1991.

Rodríguez Ramos, L.: "La pena de galeras en la España Moderna", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, págs. 259 y ss.

Sainz Guerra, J.: *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004.

Salillas, R.: *Evolución penitenciaria de España,* reimpresión facsímil, Imprenta clásica española, tomo I, Madrid, 1918.

Salillas, R.: *Evolución penitenciaria de España*, reimpresión facsímil. Imprenta clásica española, tomo II, Madrid, 1918.

Sánchez González, Mª D. del M.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

Sellin, T.: "Reflexiones sobre el trabajo forzado", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, págs. 505 y ss.

Silva Forné, D.: "La codificación penal y el surgimiento del Estado liberal en España", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2001, págs. 233 y ss.

Téllez Aguilera, A.*: Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.

Téllez Aguilera, A.*:* "Estudio preliminar", en Pacheco, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 1999.

Tomás y Valiente, F.: *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992.

Tomás y Valiente, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2008.

Verdera Server, R.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Otros recursos.

El Digesto de Justiniano, t. III, versión castellana por D'ors, A. / Hernández-Tejero, F. / Fuenteseca, P. / García-Garrido, M. / Burillo, J., Aranzadi, Pamplona, 1968.

Informe dirigido al Gobierno de S.M. por Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del Código Penal, con arreglo a las cuarenta y seis preguntas contenidas en la circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de abril de 1851, Imprenta a cargo de Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1852.

Los Códigos Españoles concordados y anotados, t. IV, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848.

Los Códigos Españoles concordados y anotados, t. VI, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849.

Los Códigos Españoles concordados y anotados, t. X, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850.

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA Y EN EL CINE DE LOS ÓSCAR

THE ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES REFLECTED IN THE JURISPRUDENCE AND IN THE CINEMA OF THE OSCAR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 586-601

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

Dra. María José SALAR SOTILLOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El paso del tiempo y los grandes avances técnicos han dado lugar a que se puedan tener hijos no solo de forma biológica o por adopción sino también mediante otras técnicas o tratamientos médicos que facilitan el embarazo cuando éste no se consigue de forma natural. Actualmente, los principales tratamientos de fertilidad son la inseminación artificial y la fecundación in vitro (FIV). En este artículo se abordan las técnicas de reproducción asistida desde dos puntos de vista: el fílmico, analizando algunas películas que han sido nominadas a los Óscar en época reciente; y el jurídico, viendo la regulación legal y algunas de las sentencias más relevantes existentes hasta la fecha sobre este tema.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; jurisprudencia; películas; Derecho de Familia.

ABSTRACT: *The passage of time and the great technical advances have led to the possibility of having children not only biologically or through adoption, but also through other techniques or medical treatments that facilitate pregnancy when this is not achieved naturally. Nowadays, the main fertility treatments are artificial insemination and in vitro fertilization (IVF). In this article the assisted reproduction techniques are approached from two points of view: the movie one, analyzing some films that have been nominated to the Oscars recently; and the legal one, seeing the legal regulation and some of the most relevant sentences existing to date on this subject.*

KEY WORDS: *Criminal codification; penalty; forced labor.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.- III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.- IV. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU VISIÓN EN EL CINE DE LOS ÓSCAR.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Sin lugar a dudas, los retos que se derivan de la reproducción asistida es uno de los temas que más debates provocan en nuestros días puesto que contienen una carga ética y moral, además de la jurídica. Con las técnicas de fecundación in vitro se ha planteado la discusión sobre el comienzo de la vida humana y las implicaciones morales y éticas de la manipulación de embriones.

En este trabajo se pretende abordar las técnicas de reproducción asistida desde dos puntos de vista: el fílmico, analizando algunas películas que han sido nominadas a los Óscar en los últimos 50 años; y el jurídico, atendiendo a su regulación en el ordenamiento jurídico español, y a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (en adelante TC), como del Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), puesto que ambos son un importante observatorio de la realidad humana.

II. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Antes de entrar a realizar un diagnóstico de las TRHA en el cine y en la jurisprudencia del TC, entendemos fundamental recordar el marco teórico que las rodea en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera ley de Reproducción Humana Asistida en España es de hace 30 años: la Ley 35/88 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida[1] que abrió las puertas a la progresiva desprotección jurídica de la vida embrionaria. Las dos claves principales de la misma es que no se exige estar en pareja para

1 Publicado en: B.O.E. núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

• Dra. María José Salar Sotillos
Profesora Agregada de Ética y Deontología Empresarial y Profesional y de Antropología, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir", mariajose.salar@ucv.es

poder acceder a las mismas y tampoco se exige esterilidad o infertilidad (sí se exige para el caso de que los gastos puedan ser sufragados por la Seguridad Social). Además, introduce la categoría de "preembrión" -también denominado "embrión preimplantatorio"- y alega, para justificar tales prácticas, criterios terapéuticos y de prevención de enfermedades.

Tras sucesivas reformas, las técnicas de reproducción asistida se encuentran hoy reguladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)[2], una de las leyes más completa y permisiva, en la cual se redefine la maternidad y la paternidad como un derecho que la sociedad debe satisfacer[3]. Su Exposición de Motivos señala que con ella se quiere dar nuevas posibilidades de solución al problema de la esterilidad[4] e introduce importantes novedades como el diagnóstico genético preimplantatorio, los bebés medicamento, la nulidad del contrato de gestación por sustitución, etc.

En general, esta ley permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida a todas las personas mayores de 18 años y con capacidad de obrar y decidir. Además, en España no importa el estado civil o la orientación sexual de los pacientes para ello.

Las tres técnicas básicas de reproducción asistida que se llevan a cabo diariamente en España son:

1º) La inseminación artificial (IA)

2º) La fecundación *in vitro* convencional (FIV)

3º) La microinyección espermática de espermatozoides (ICSI)

Además de éstas, también existen otras técnicas complementarias permitidas, como el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para la detección de embriones genéticamente alterados, o la ovodonación (óvulos de donante).

La LTRHA suscitó mucha polémica puesto que técnicamente no regula bien la institución de la filiación, pero altera definitivamente el panorama, planteando numerosos interrogantes que han llegado al TC. Es importante destacar, por la gran polémica que ha planteado el tema, que, en relación a la maternidad subrogada (también conocida como "vientre de alquiler"), en su artículo 10[5] esta ley señala

2 Publicado en: B.O.E. núm. 126, de 27/05/2006.

3 Cfr. Sánchez Maillo, C.: "Matrimonio y familia en España: crónica de una disolución anunciada", en Contreras, F. J. (ed.): *Debate sobre el concepto de familia*. Madrid, CEU Ediciones, 2013, p. 219.

4 La esterilidad no tiene cura, pero plantea otras opciones como la donación de gametos.

5 Artículo 10: "1. 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.

que el contrato de gestación por sustitución es nulo y que la filiación materna se determina por el parto. Además, aparece tipificada como delito en el artículo 221 del Código Penal la conducta de quienes, "mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación". Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto, se castiga a "la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero"._

Por lo tanto, como hemos comentado, también las mujeres solteras y las parejas lesbianas pueden buscar el embarazo en España a través de la reproducción asistida gracias a la donación de semen. Sin embargo, las parejas de hombres y los hombres solteros no pueden acceder a la paternidad biológica ya que la gestación subrogada no está permitida en la legislación española.

Esta ley fue modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo[6], reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas -también denominada Ley de Identidad de Género- que ha introducido un artículo a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida que permite a las mujeres lesbianas casadas ser madres de los hijos in vitro de su esposa, sin necesidad de adopción. De esta manera, las mujeres lesbianas casadas podrán dar su consentimiento para que el encargado del Registro Civil determine a su favor la filiación respecto del nacido[7]. De este modo, "se da carta de naturaleza a lo que se llama 'doble maternidad legal', es decir, el reconocimiento de dos mujeres como progenitoras, por igual (sin que medie adopción), de un hijo".

Con la legalización de las TRHA, se certifica la nueva realidad social en la que sexualidad y procreación están totalmente desligadas, proceso que se inició con la píldora anticonceptiva.

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".

6 Publicado en B.O.E. núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

7 Disposición adicional primera. Adición de un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. "3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última 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".

III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

Tras ver dónde se regulan estas técnicas, vamos a entrar ahora a señalar su proyección en la jurisprudencia, pues son los Tribunales los que deben resolver y dar respuesta, en muchos casos incluso la primera respuesta, a los conflictos y cuestiones que surgen de estas nuevas realidades.

Una sentencia relevante en esta materia es la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, del Tribunal Constitucional, que viene a resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el mes de febrero del año 1989, contra la Ley 35 /1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA en adelante). En ella el TC señaló que "La fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar" [FJ 13]. "Es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas de la Ley" [FJ 13].

Sin embargo, el Tribunal hace referencia también a una finalidad complementaria a la fecundación artificial: "La prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando el recurso a las mismas cuente con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas". De esta manera, la fecundación artificial o asistida sobrepasa su objetivo inicial -procurar descendencia a parejas estériles- para dirigirse a otros objetivos como la selección embrionaria o la generación de materia prima destinada a la experimentación[8].

El Tribunal Supremo por su parte, sentó su jurisprudencia en la conocida y muy estudiada Sentencia 247/2014, de 6 de febrero, que confirma la cancelación de la inscripción de la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución en California, solicitado por dos varones españoles. De sus fundamentos jurídicos nos interesa destacar dos aspectos. En primer lugar, que el TS considera que el hecho controvertido contraviene el orden público español porque resulta incompatible con las normas de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia [FJ tercero nº 7 y 10]. En concreto, la mercantilización que supone la filiación de un menor a favor de quien lo encarga mediante contrato para su gestación, atenta contra la dignidad de la mujer gestante y del niño, puesto que "cosifica" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos.

8 Cfr. Requero, J. L.: "Derecho a la vida y vida "preembrionaria"", *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 213-228.

Además, en segundo lugar, señala que existen en nuestro ordenamiento jurídico fórmulas para acceder a la filiación, en el caso que nos ocupa; en concreto dos: la paternidad biológica, que puede reclamar judicialmente el comitente que sea padre genético; y la posterior adopción, que puede intentar el cónyuge (cualquiera que sea su sexo)[9]. "Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El artículo 10 de la 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 la adopción o el acogimiento familiar permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar" [FJ quinto, nº 11].

Esto parece ir en contra de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordó este tema dictando dos sentencias el 26 de junio de 2014 en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia), en las que declara que viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) el no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, alegando motivos de orden público internacional. Para el TEDH, el interés del niño es el que debe prevalecer y su filiación, una vez inscrita en el Estado de nacimiento, debe permanecer inalterada. Esto creó precedente para toda la Unión Europea, por lo que el Ministerio de Justicia ordenó en el mes de julio de 2014 a los Consulados españoles que efectuaran la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución.

Sin embargo, el ATS 2 febrero 2015, rec. nº 245/2012, resolviendo un incidente de nulidad de actuaciones, ha considerado que la solución adoptada por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 no es contraria a la jurisprudencia del TEDH, ya que "la sentencia de esta Sala protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares 'de facto' mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores" [10].

Además, recientemente, en sentencia del 24 de enero de 2017, la Gran Sala del TEDH dictó sentencia en el caso Paradiso y Campanelli vs. Italia (II)[11], revocando la sentencia anterior en la que consideraba que Italia había ido en contra del CEDH

9 Cfr. De Verda y Beamonte, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero 2016, pp. 349-357.

10 Para más información sobre este interesante caso vid., "¿Hijos de dos progenitores del mismo sexo? Reflexiones sobre los límites de la ficción jurídica", en Aparisi Miralles, A. (coord.): *Estudios sobre género y derecho,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

11 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº recurso 25358/12, Paradiso y Campanelli vs. Italia (II), de 24 de enero de 2017.

al no permitir la custodia del bebé a un matrimonio italiano que decidió acudir a Rusia para poder ser padres por gestación subrogada. Con esta nueva sentencia, el TEDH considera que la decisión de los tribunales italianos no viola el art. 8 y determina en su sentencia que las autoridades de Italia pueden legítimamente quitar la custodia de un hijo obtenido de manera ilegal a través del pago de un vientre de alquiler[12] (acto prohibido por el derecho italiano)[13].

Por nuestra parte, compartimos la visión de los magistrados del TEDH cuando señalan que "la subrogación gestacional, remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana. Constituye un trato degradante, no solo para el niño, sino también para la madre sustituta" ya que ambos son tratados no como fines en sí mismos, sino como medios para satisfacer los deseos de otras personas. Y si además hay remuneración de por medio, el niño habrá sido víctima de la trata de personas al ser encargado y comprado por los solicitantes, como una mercancía[14].

IV. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU VISIÓN EN EL CINE DE LOS ÓSCAR.

Desde sus inicios, el cine se ha proclamado como un poderoso instrumento de aproximación a la realidad del hombre. Las películas no son solo objeto de contemplación para el disfrute y el entretenimiento, sino que, dentro de su amplia variedad, constituyen una representación del mundo que nos rodea[15]: nos informan de la realidad, de la vida, de nosotros mismos. "Veinticuatro fotogramas por segundo que recrean la realidad, eso son las películas"[16].

Pero el cine también influye en la sociedad, y es que las películas proponen modelos de vida y actitudes frente a los problemas de la sociedad.

Esta realidad queda perfectamente acreditada con el cine de los Oscar, por ello, de entre todo el elenco cinematográfico, las películas a las que vamos a hacer

12 O *gestación/maternidad subrogada* como se le denomina actualmente.

13 En España esta técnica tampoco está permitida en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Artículo 10. Gestación por sustitución:
1. 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.
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.

14 En el mismo sentido, cfr. Aznar Lucea, J.: "Maternidad subrogada. Visión actual", en *Bioética Press*, Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, publicado el 7 abril 2017.

15 Cfr. Marías, J.: "Reflexión sobre el cine", Discurso del académico electo Excmo. Sr. D. Julián Marías (Leído en el acto de su Recepción Pública el día 16 de diciembre de 1990). Sobre el tema de la representación de la realidad cfr. Torregrosa, M. (coord.): *Imaginar la realidad. Ensayos sobre la representación de la realidad en el cine, la televisión y los nuevos medios,* Comunicación Social, Zamora, 2010.

16 Ledesma Abia, J. R. y Ortiz Vivanco, J. A.: *Adolescentes con personalidad. La educación del carácter a través de la pantalla, Vol. 1, Ideales,* ACP, 2010, p. 4.

referencia en este apartado son de las que han sido nominadas a los Premios de la Academia ya que entendemos que es el más representativo, el más influyente y el que más se ve. Se trata de una referencia obligatoria cuando se habla de cine en la sociedad actual.

El cine contemporáneo ha venido a reflejar la nueva realidad social en la que sexualidad y procreación están totalmente desligadas. El avance de la ciencia ha hecho posible dos separaciones, primero fue la lucha de la mujer por la sexualidad sin reproducción con la ayuda de la medicina anticonceptiva y ahora podemos decir que luchan por su reverso: reproducción sin sexualidad, con la medicina reproductiva[17]. El tiempo y los grandes avances técnicos han dado lugar a que se puedan tener hijos no solo de forma biológica o por adopción, sino también mediante otras técnicas o tratamientos médicos que facilitan el embarazo cuando éste no se consigue de forma natural. Y es que la infertilidad, es el principal motivo por el que se acude a las técnicas de reproducción asistida.

Aunque no sea uno de sus temas más explorados, la infertilidad también ha sido tratada por la industria del cine en varias ocasiones. Hollywood ha retratado una amplia galería de personajes que trataban de adaptarse a este golpe psicológico y al estigma (muchas veces puramente autoimpuesto) que conlleva[18]. Es por ello que encontramos películas como *Secretos y Mentiras* (1996), *Las horas* (2002) o *Juno* (2007), que tratan el tema de la infertilidad y el sufrimiento que esa imposibilidad de tener hijos conlleva para los padres, llevándoles, en muchas ocasiones, a buscar otras opciones para tenerlos.

El drama costumbrista *Secretos y mentiras*[19] (1996), está cargando de las emociones y los sentimientos que suelen aflorar en las relaciones familiares y "retrata a la perfección el ambiente de secretismo y culpa que solía acarrear hasta hace muy pocos años"[20] la infertilidad. El pesimismo del no poder tener hijos se revela en la reunión final, en la que Mónica (la mujer del hermano de Cynthia) reconoce que el odio y rencor hacia su cuñada, Cynthia, es fruto de la envidia de muchos años puesto que ella no puede tener hijos. La revelación de este secreto ayuda a romper por fin ese muro que las separaba y se abrazan.

En el largometraje *Las horas* (2002), que nos cuenta una jornada en la vida de tres mujeres que viven en épocas y lugares distintos, podemos ver también esa insatisfacción por no poder tener hijos en la amiga y vecina de Laura, Kitty, a la que

17 Cfr. Martínez de Aguirre, C.: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia.* Madrid, Ediciones Rialp, 1996, p. 19.

18 Cfr. Rodríguez, R.: *Infertilidad en el cine: 5 películas sobre la "enfermedad invisible"* (fecha de consulta 8/2/2016).

19 La película nos narra la historia de Hortense, que fue dada en adopción poco tiempo después de nacer y decide buscar a su madre biológica tras el fallecimiento de su madre adoptiva. Cuando por fin la encuentra, resulta ser una mujer soltera (Cynthia) que trabaja en una fábrica y que tiene otra hija. V. http://www.docutren.com/HistoriaFerroviaria/Malaga2006/pdf/III04.pdf

20 Cfr. Rodríguez, R.: *Infertilidad*, cit.

le han detectado un tumor en el útero. Se deduce que tal vez no pueda tener hijos ya que en la conversación en la cocina le dice "Tú tienes suerte. Una no puede llamarse mujer hasta que es madre. Lo más irónico es que tengo de todo, excepto lo que más deseo".

El matrimonio de Mark y Vannessa, en la película *Juno* (2007), agotados por el desgaste de haber intentado tener hijos sin éxito, y a un paso de recibir el bebé de Juno, se acaba rompiendo. Mark descubre que "no está preparado para ser padre", por la misma razón que no puede serlo Juno: todavía no ha madurado lo suficiente[21]. En este caso ellos se habían decantado por la adopción.

Aunque no es uno de los temas centrales de la maravillosa película *Up* (2009), de Pixar, en los primeros minutos del film, en los que se nos hace un resumen de la vida matrimonial de Carl y Ellie, se deja entrever que no pueden tener hijos porque vemos la ilusión con la que preparan la habitación para un futuro hijo y la tristeza que conlleva la conversación con el médico que les da una mala noticia que podría ser que han perdido al niño y que ella no puede volver a quedarse embarazada[22].

Vemos por tanto que en todos estos films subyace el deseo de tener hijos y la tristeza vital que conlleva el no poder tenerlos. Históricamente, quizás, siempre han nacido más hijos de los deseados. Hoy sin embargo nos encontramos con que posiblemente nacen menos de los deseados. Se ha pasado de 2,78 hijos por mujer en 1976, a 1,36 en 1990[23] y 1,33 en 2015[24].

Esta disminución de la natalidad puede estar relacionada con el retraso en la edad de acceso a la maternidad que supone más problemas de fecundidad y el acceso por tanto a las técnicas de reproducción asistida (y a la adopción, aunque en menor número).

Hoy en día, muchas mujeres retrasan su maternidad por la necesidad de afianzar una carrera profesional antes de ser madres[25] y, tal vez a causa de ello,

21 Cfr. Marín Murillo, F.: "Adolescentes y maternidad en el cine: "Juno", "Precious" y "The Greatest", *Comunicar*, núm. 36, v. XVIII, 2011, pp. 115-122.

22 Cfr. Porto Pedrosa, L.: *Proceso de socialización y cine de animación de Disney y Pixar: estudio del tratamiento y la recepción de los conflictos emocionales en la audiencia de 5 a 11 años*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2014.

23 Iglesias de Ussel, J.: "La familia española en el contexto europeo", en Rodrigo, M. J. y Palacios, J.: *Familia y desarrollo humano*. Madrid, Alianza editorial, 2014, pp. 92-114.

24 Cfr. Gobierno de España: *Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017*, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015. [en línea], p. 16. Es la tasa más baja de Europa, junto a Italia, mientras aumenta el número de hijos en los países nórdicos.

25 Cfr. Marre, D.: "Cambios en la cultura de la adopción y de la filiación. Familias. Historias de la sociedad española (siglos XIII-XXI", en Chacón, F. y Bestard, J. (eds.): *Familias. Historia de la sociedad española (del final de la edad media hasta nuestros días*), Cátedra, Madrid, 2011, pp. 893-952. El texto se encuentra disponible en https://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf

como señala Diana Marre, se ha producido un aumento progresivo en la demanda de congelación de óvulos por mujeres de entre veinte y treinta años de edad para disponer de ellos cuando se hayan estabilizado laboralmente, como un mecanismo de regulación de la fertilidad. También se observa un crecimiento en la demanda de tratamientos de reproducción asistida en mujeres que se encuentran alrededor de los cuarenta, cuando prácticamente han agotado sus reservas de óvulos disponibles[26].

Como ya comentamos, los principales tratamientos de fertilidad, en la actualidad, son la inseminación artificial (IA) y la fecundación in vitro (FIV), aunque las películas nominadas a los Óscar, únicamente nos muestran el primero.

En *Hannah y sus hermanas* (1986), comedia dramática de Woody Allen que narra la historia de tres hermanas de caracteres muy diferentes que mantienen entre sí una estrecha relación, vemos que Hannah y su primer marido, Mickey (Woody Allen), no pueden tener hijos, como les comunica el médico, que añade que pueden adoptar a un niño o acudir a un método de inseminación ya que "por experiencia puedo decirles que muchos excelentes matrimonios pierden su estabilidad y se destruyen cuando existe una incapacidad para tener hijos". Finalmente, optan por la inseminación y le piden a un amigo que les dé esperma para una inseminación artificial, aunque saben que es algo anómalo: "Creo que es una cuestión para tu psicoanalista y el mío", "Y para mi abogado". Finalmente, como señala Mickey "diste a luz a los hijos de mi exsocio: gemelos. Eso nos trajo problemas, pero ya nos estábamos distanciando. Ahora en vez de ser marido y mujer no somos más que buenos amigos. El amor es totalmente imprevisible".

En la película *Las horas* (2002), Clarissa decidió constituir una familia monoparental a través de la inseminación artificial como se deduce de su conversación con Laura Brown. Es la liberación de la mujer que ya no necesita al hombre para satisfacer su deseo de ser madre, lo que se ha venido a llamar "derecho a la maternidad", sin necesidad de varón.

Laura: "Usted tiene una hija".

Clarissa: "Sí, pero no conocí al padre de Julia".

Laura: "¿Tanto deseaba tener un hijo?"

Clarissa: "Así es".

26 Cfr. Marre, D.: "Los silencios de la adopción", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, pp. 110-111.

Tras el título de *Los chicos están bien* (2010) [27], encontramos otra comedia dramática que narra el caso de una pareja de lesbianas que tienen dos hijos por inseminación artificial. Sólo en esta película se muestra la otra cara de la IA: el deseo de los hijos de conocer a su desconocido padre, el donante.

Por tanto, del análisis de las películas se desprende la clara separación entre sexualidad y reproducción que se da en la actualidad que comenzó con la legalización de los métodos anticonceptivos y que tiene su máximo exponente en las TRHA representadas en las películas por la inseminación artificial, cada vez más habitual.

Las familias que se representan conforme nos vamos acercando al s. XXI, son de corte moderno y reivindicativo, por ello en los films se reflejan los distintos tipos de familias, desde las más tradicionales hasta las más modernas y menos convencionales. Encontramos que el deseo de tener hijos se plantea tanto en parejas heterosexuales (*Hannah y sus hermanas, Juno, Up*), como en mujeres solteras (*Las horas*) o parejas homosexuales (*Los chicos están bien*) …

V. REFLEXIONES FINALES.

La conexión de dos disciplinas diversas con su metodología propia, como son el cine y el Derecho, ha constituido una riqueza en esta investigación. Al lograr entrelazar los diferentes temas se entiende cómo se involucran unos con otros: las técnicas de reproducción asistida como institución, la cinematografía y la jurisprudencia como representación de la realidad social. En el siglo XXI, en plena sociedad de la información, el avance de la ciencia y del saber no se concibe ya sin un carácter interdisciplinar.

Del paralelismo entre ambas se deriva que hay un incremento en la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Así nos lo muestra el cine (aunque se centra fundamentalmente en la Inseminación Artificial) y así lo demuestran las sentencias que van surgiendo para regular estos casos.

Otro tema importante tratado, han sido los grandes avances médicos y biológicos que han permitido la separación de la sexualidad y la reproducción. El primer paso se dio con la aprobación de los anticonceptivos en 1978 (la píldora anticonceptiva), pero ha sido fundamentalmente la legalización de las técnicas de reproducción asistida lo que ha reafirmado esa separación. La medicina

27 Nic (Annette Benning) y Jules (Julianne Moore) son una pareja de lesbianas que viven con sus dos hijos adolescentes: Joni (Mia Wasikowska) y Laser (Josh Hutcherson), ambos fruto de la inseminación artificial. Lo que obsesiona a los dos chicos es conocer a su padre biológico, un tal Paul (Mark Ruffalo), que donó su semen a una clínica cuando era joven. Recién cumplidos los 18 años, Joni se acoge al derecho de solicitar información sobre su padre y decide llamarle (FILMAFFINITY).

anticonceptiva supuso la lucha de la mujer por la sexualidad sin reproducción y podemos decir que la medicina reproductiva supone su reverso: reproducción sin sexualidad.

Esto nos revela la incoherencia de la sociedad actual que por un lado no quiere hijos porque oprimen y quitan libertad ("los hijos podrían limitar la libre expansión de uno mismo"[28]) y por otro se revela ante la imposibilidad de tener hijos a edades tardías, sin pareja o con pareja del mismo sexo, pues se considera que existe un derecho positivo a tener hijos a cualquier precio y "se observa una tendencia creciente a concebir la generación de un hijo como un instrumento para la afirmación de sí mismos, que hay que obtener con cualquier medio"[29]. En la constelación familiar actual, el deseo de descendencia es un deseo subjetivo fruto de una elección a diferencia de lo que sucedía en la familia tradicional donde era un deseo natural que venía dado por la misma característica de la relación conyugal[30].

Frente a este panorama urge recuperar la ecología humana, y con ella la conciencia de que el derecho positivo a la maternidad y la paternidad no lo tienen las madres y los padres, sino los hijos[31]. Solo así se atendería adecuadamente al principio tan citado, pero también tan ignorado del "interés del menor".

28 XIV Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos sobre *La vocación y la misión de la familia en la Iglesia y en el mundo contemporáneo*, *Instrumentum laboris* (2015), 7 [fecha de consulta: 4 de abril de 2017].

29 Ibídem, 8.

30 Cfr. Bestard, J.: "Familia y transformaciones en el parentesco", en Chacón, F. y Bestard, J. (dirs.): *Familias*, cit., p. 978. El documento se encuentra disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20150623_instrumentum-xiv-assembly_sp.html

31 Garibo, A. P.: "Hijos de padre anónimo ¿Una nueva categoría discriminatoria?", en Ballesteros, J., Fernández, E. (coord.): *Biotecnología y posthumanismo,* Aranzadi, 2007, Pamplona, pp. 487-503.

BIBLIOGRAFÍA

Aznar Lucea, J.: "Maternidad subrogada. Visión actual", en *Bioética Press*, Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, publicado 7 abril 2017.

Bestard, J.: "Familia y transformaciones en el parentesco", en Chacón, F. y Bestard, J. (eds.): *Familias. Historia de la sociedad española (del final de la edad media hasta nuestros días*), Cátedra, Madrid, 2011.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero 2016.

Garibo, A. P.: "Hijos de padre anónimo ¿Una nueva categoría discriminatoria?", en Ballesteros, J., Fernández, E. (coord.): *Biotecnología y posthumanismo.* Aranzadi, 2007, Pamplona.

Iglesias de Ussel, J.: "La familia española en el contexto europeo", en Rodrigo, M. J. y Palacios, J.: *Familia y desarrollo humano*. Madrid, Alianza editorial, 2014.

Ledesma Abia, J. R. y Ortiz Vivanco, J. A.: *Adolescentes con personalidad. La educación del carácter a través de la pantalla,* Vol. I, *Ideales,* ACP, 2010.

Marías, J.: "Reflexión sobre el cine", Discurso del académico electo Excmo. Sr. D. Julián Marías (Leído en el acto de su Recepción Pública el día 16 de diciembre de 1990).

Marín Murillo, F.: "Adolescentes y maternidad en el cine: "Juno", "Precious" y "The Greatest", *Comunicar*, núm. 36, v. XVIII, 2011.

Marre, D.: "Cambios en la cultura de la adopción y de la filiación. Familias. Historias de la sociedad española (siglos XIII-XXI", en Chacón, F. y Bestard, J. (eds.): *Familias. Historia de la sociedad española (del final de la edad media hasta nuestros días*), Cátedra, Madrid, 2011.

Marre, D.: "Los silencios de la adopción", *Revista de Antropología Social,* núm. 18, 2009.

Martínez de Aguirre, C.: *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia,* Madrid, Ediciones Rialp, 1996.

PORTO PEDROSA, L.: *Proceso de socialización y cine de animación de Disney y Pixar: estudio del tratamiento y la recepción de los conflictos emocionales en la audiencia de 5 a 11 años*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2014.

REQUERO, J. L.: "Derecho a la vida y vida *preembrionaria*", *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006.

RODRÍGUEZ, R.: *Infertilidad en el cine: 5 películas sobre "la enfermedad invisible"* [en línea].

SÁNCHEZ MAILLO, C.: "Matrimonio y familia en España: crónica de una disolución anunciada", en Contreras, F. J. (ed.): *Debate sobre el concepto de familia*, Madrid, CEU Ediciones, 2013.

TORREGROSA, M. (coord.): *Imaginar la realidad. Ensayos sobre la representación de la realidad en el cine, la televisión y los nuevos medios,* Comunicación Social, Zamora, 2010.