

JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ
Coordinador

LA
RESPONSABILIDAD
CIVIL
EN LAS RELACIONES
FAMILIARES

ALGARRA PRATS, E.	LÓPEZ SÁNCHEZ, C.
ARRIGO, T.	MORENO MARTÍNEZ, J. A.
BARCELÓ DOMÉNECH, J.	MÚRTULA LAFUENTE, V.
B. BUSTOS MORENO, Y.	RAMOS MAESTRE, A.
DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.	SESTA, M.
FEMENÍA LÓPEZ, P. J.	VALLÉS AMORES, M. L.
LARROUMET, C.	VISINTINI, G.

Dykinson, S.L.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D, DER 2009-11267,
financiado por el Ministerio de Ciencia e Investigación

© Copyright by
Los Autores
Madrid, 2012

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9031-713-6

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besing@terra.es

JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ
Coordinador

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Esther ALGARRA PRATS
Tommaso ARRIGO
Javier BARCELÓ DOMÉNECH
Yolanda B. BUSTOS MORENO
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ
Christian LARROUMET
Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ
Virginia MÚRTULA LAFUENTE
Áurea RAMOS MAESTRE
Michele SESTA
María Luisa VALLÉS AMORES
José Ramón de VERDA Y BEAMONTE
Giovanna VISINTINI

 *Dykinson, S.L.*

*A D. Manuel Albaladejo,
por su excelencia universitaria y humana*

ABREVIATURAS

AA VV	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Audiencia Provincial
Arch. giur. civ.	Archivo giuridico civile
ATS (AATS)	Auto(s) del Tribunal Supremo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
Cass.	Cassazione civile
Cass. civ.	Chambre civile (Cour de cassation)
Cass. crim.	Chambre criminelle (Cour de cassation)
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CSP	Code de la Santé Publique
D	Recueil Dalloz
Danno e resp.	Danno e responsabilità
DG	Revista Diritto e giustizia
DPyC	Derecho Privado y Constitución
FF	Forum Familienrecht
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Giur. it	Giurisprudenza italiana
Giur mer	Giurisprudenza di merito
Giust.civ.	Giustizia Civile
Dir.fam.per	Il diritto de famiglia e delle persone
JUR	Jurisprudencia Aranzadi Westlaw
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOVG	LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LRCSVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor
LRJAP-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine Juridique)
NGCC	La Nuova giurisprudenza civile commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDPC	Revista Derecho privado y Constitución
REDC	Revista española de Derecho Constitucional
Resp. civ. et ass.	Responsabilité civile et assurances
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
RGD	Revista General del Derecho
Riv.dir.civ	Rivista di diritto civile
Riv.crit.dir.priv.	Rivista critica di diritto privato
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RRCCS	Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de Droit Civil
Rev. Int. dr. Comp.	Revue Internationale de Droit Comparé
SAP (SSAP)	Sentencia (s) de Audiencia Provincial
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
Th.	Thèse
TGI	Tribunal de grande instance
Trib	Tribunale civile
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES CONYUGALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL.....	11
<i>Esther Algarra Prats</i>	
DANNI PERMANENTI ALLA PERSONA E TECNICHE DI RISARCIMENTO	61
<i>Tommaso Arrigo</i>	
EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR	79
<i>Javier Barceló Doménech</i>	
EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO CAUSADO POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO EN LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL	129
<i>Yolanda B. Bustos Moreno</i>	
RESARCIMIENTO DE DAÑO MORAL POR INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA INTIMIDAD DEL OTRO CÓNYUGE.....	161
<i>Jose Ramón de Verda y Beamonte</i>	
DAÑOS POR VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES	195
<i>Pedro José Femenía López</i>	
INCOHERENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DE SUS HIJOS EN DERECHO FRANCÉS	239
<i>Christian Larroumet</i>	
DAÑOS CAUSADOS POR LOS PADRES A LA SALUD O INTEGRIDAD FÍSICA DE SUS HIJOS MENORES	247
<i>Cristina López Sánchez</i>	

RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS DE LOS FAMILIARES DEL LESIONADO Y SU CONSIDERACIÓN POR LAS DISTINTAS JURISDICCIONES	295
<i>Juan Antonio Moreno Martínez</i>	
RESARCIMIENTO Y VALORACIÓN DEL DAÑO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL <i>MOBBING</i> CONYUGAL	331
<i>Virginia Múrtula Lafuente</i>	
LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS	383
<i>Áurea Ramos Maestre</i>	
INFRACCIÓN DE LOS DEBERES FAMILIARES Y RESPONSABILIDAD: LA EXPERIENCIA ITALIANA	409
<i>Michele Sesta</i>	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS EN LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA.....	437
<i>María Luisa Vallés Amores</i>	
DAÑO BIOLÓGICO, MORALE ED ESISTENZIALE NELL'AMBITO DEI DANNI RIFLESSI DA MORTE DI UN CONGIUNTO E DA LESIONI PERSONALI DI UN FAMILIARE	477
<i>Giovanna Visintini</i>	

DAÑOS CAUSADOS POR LOS PADRES A LA SALUD O INTEGRIDAD FÍSICA DE SUS HIJOS MENORES

CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Miguel Hernández

Sumario: I. La intrusión del Derecho de daños en el Derecho de familia. Especial referencia a la relación paternofilial. II. Delimitación del tema. Razones que justifican su estudio. III. Autonomía del menor y consentimiento informado. IV. Responsabilidad de los padres por los daños que ocasionen a la salud o a la integridad física de los hijos menores. 4.1. El deterioro de la salud del hijo. 4.1.1. Enfermedades contraídas por contagio. 4.1.2. Enfermedades contraídas por los hábitos de vida de los padres. 4.1.3. Enfermedades contraídas por la falta de diligencia de los padres. 4.1.4. Un caso especial: la negativa a las vacunas infantiles. 4.2. Actos que afectan a la integridad física de los hijos menores. 4.2.1. Conflicto de derechos: el derecho a la integridad física del menor vs el derecho a las creencias religiosas de los padres. 4.2.1.1. Los Testigos de Jehová. 4.2.1.2. La mutilación genital. 4.2.2. Tratamientos o intervenciones de carácter médico. El beneficio del menor. 4.2.2.1. Cirugía plástica. 4.2.2.2. Ensayos clínicos. 4.2.2.3. Interrupción voluntaria del embarazo. 4.2.2.4. Donación de órganos, donación de células y tejidos y donación de sangre. V. Representación del menor para iniciar acciones contra sus padres. VI. En suma, por último o finalmente.

I. LA INTRUSIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN PATERNOFILIAL

Por muy controvertido que en otro momento pudiera parecernos el binomio responsabilidad civil y Derecho de familia, hoy nos encontramos ante una realidad que, en todo caso, precisa de ciertos límites a partir de los cuales podamos aplicar remedios que tradicionalmente venían adscritos al Derecho de daños, a aquellas relaciones familiares que a su vez permitan una armoniosa traslación.

Efectivamente, en los últimos años hemos asistido al abandono de la consideración de la inmunidad familiar a favor del reconocimiento y aplicación del Derecho de Daños a las relaciones jurídicas de tipo familiar. Esa inmunidad que tiempo atrás ha

venido protegiendo a la familia con el objeto de no alterar la paz del grupo ha empezado a ser cuestionada, hasta el punto en que hoy, como mucho, se tiende a sustituir las inmunidades por privilegios¹. Los privilegios son elaborados más casuísticamente y en ellos el juicio de responsabilidad pasa a depender, bien de la configuración y contenido de los deberes y potestades familiares, o bien de estándares de cuidado y criterios de imputación confeccionados a medida de cada tipo de relación familiar².

Como hemos apuntado, una de las razones que favorecería la inmunidad en este contexto era que si se admitían reclamaciones entre familiares, la tranquilidad familiar o la intimidad doméstica serían turbadas³. Tal era así que cuando el causante del daño y la víctima formaban parte de la misma familia, no se acudía a la normativa aplicable a los ilícitos civiles, quedando por tanto esa actuación en una zona de irrelevancia jurídica al menos para el Derecho civil⁴. Una razón realmente insuficiente si se piensa que entre los cónyuges, y entre los padres e hijos, no se concibe la irresponsabilidad penal⁵.

Junto a ello, y en lo que a la *parental immunity* se refiere, su origen se sitúa en la jurisprudencia estadounidense⁶ y se justifica, además de en el mantenimiento de la paz familiar, en las siguientes razones: la suficiencia de las sanciones penales o de las específicas del Derecho de familia, la necesidad de otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a los hijos, el perjuicio que se causaría a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio de los padres, la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premoriencia de éste y, por último, en la analogía con la inmunidad conyugal. De todas estas razones, sólo la que hace referencia a la discrecionalidad de los padres merece alguna consideración. Y ello porque el mantenimiento de la paz

¹ La inmunidad permite la total exención del recurso a las normas de responsabilidad civil, que las hace inaplicables por el hecho de que el daño se cause entre personas pertenecientes a una familia; en cambio el privilegio modifica el normal empleo de las citadas normas indemnizatorias alterando las reglas en él previstas ya que no se trata de una exención total, sino parcial, así, VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, p. 20.

² En este sentido, FERRER RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret* 4/2001, p. 8, disponible en <http://www.indret.com>

³ Entre otros *vid.* SAMBRIZZI, E.A.: *Daños en el Derecho de familia*, Buenos Aires, 2001, p. 1; GÜNTHARDT DE LEONARDI, E.: «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia, educación y tenencia», *Revista de Derecho de daños*, 2001-2, p. 220; BASILE, C.A.: «El derecho de los niños y el daño generado por sus padres», disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/24853/el-derecho-de-los-ninos-y-el-dano-generado-por-sus-padres> (fecha de consulta 13.10.2012).

⁴ PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 3 y 4.

⁵ Así, RESCIGNO, P.: «Inmunidad e privilegio», *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 438.

Como señalan M.B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS y A.M. PÉREZ VALLEJO, «no parece verdadera paz o armonía familiar la que se sostiene sobre la injusticia de dejar sin reparar un daño frente al que reaccionaría el ordenamiento de no existir relación familiar entre responsable y perjudicado», *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012, p. 5.

⁶ Casos *Hewelleite vs George* de 1891, *MC Kelvey vs Mc Kelvey* de 1903 y *Soller vs Soller* de 1905, en VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 21; MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 19-20.

familiar ya ha quedado descartado como argumento; la suficiencia de las sanciones penales o de las específicas del Derecho de familia no siempre resulta ser así, pues de lo contrario no estaríamos planteándonos esta cuestión; el perjuicio que se causaría a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio de los padres tampoco es una razón de peso porque deja de lado la posibilidad de que existiera un seguro de responsabilidad civil; la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premoriencia de éste constituye un supuesto remoto; y, en último lugar, la analogía con la inmunidad conyugal tampoco nos parece suficiente por cuanto que no se puede tratar de la misma forma situaciones que no son iguales, pues no olvidemos que uno elige a su cónyuge mientras que los hijos o padres, según el prisma desde el cual se mire, no se eligen.

Por si fuera poco, la familia del pasado constituía un grupo cerrado: la individualidad de sus miembros estaba subordinada a la idea de la familia como unidad, concepción que hoy día ha perdido su razón de ser. Y es que el cambio de concepción social, con una significativa disminución de los poderes de los padres en relación con sus hijos, en definitiva, la evolución del Derecho de familia, ha conducido a situar por encima de todo lo demás la autonomía de la persona con respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. De tal modo que podemos decir que la familia se ha convertido en una estructura abierta, en la que sus miembros son ante todo personas que a veces necesitan que la tutela prevista por el ordenamiento jurídico se haga efectiva en relación con otros familiares.

Es por ello por lo que el interés de la unidad familiar debe ser reconciliado con las exigencias individuales y no determinar el sacrificio de los intereses personales. El sujeto familiar es sobre todas las cosas una persona y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño doloso o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar⁷. Es más, se ha abandonado progresivamente la consideración de que el menor era un objeto de Derecho sometido al peso de la patria potestad, para abrirse paso hacia una nueva concepción entendiendo que éste es una persona titular de derechos plenamente tutelados en el ámbito de la familia y de la sociedad⁸. No tiene sentido privar de tutela a un miembro de la familia sólo porque el daño haya sido causado por otro familiar.

⁷ En este sentido, PATTI, S., *op. cit.*, pp. 118 a 121; véase igualmente D'ANGELO, A.: «Il resarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter C.P.C.», *Familia*, 2006-I, p. 1044.

⁸ ROMERO, M.: «I bambini malati», en *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affidato, Adozione*, dir. P. Cendon, vol. III, Cedam, Milani, 2011, p. 805.

En igual sentido, CASSANO, G.: «Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità», Artículo 23.05.2006, disponible en <http://www.altalex.it>; MÉNDEZ COSTA, M.J.: «La pietas familiae en la Responsabilidad civil», en *La responsabilidad*, Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, dir. A.A. Alterini y R.M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 531; GÜNTHARDT DE LEONARDI, E., *op. cit.*, pp. 218-219; FERRER, F.A.M.: «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación», *Revista de Derecho de daños*, 2002-2, p. 337; MEDINA, G., *op. cit.*, pp. 20-21; ROCA I TRÍAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J.A.

Y es precisamente este contexto el que nos permite plantear hoy en día la extensión del Derecho de daños a las relaciones de familia. En nuestro país, parte de la doctrina y una tímida jurisprudencia se están haciendo eco de estos planteamientos, que igualmente se han extendido en otros países en donde incluso las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales son más abundantes.

En concreto, hasta hace pocos años en Estados Unidos el progenitor no estaba sujeto a ninguna reclamación de responsabilidad en relación con sus hijos menores⁹. No obstante, el principio de la inmunidad de los padres en relación con los hijos nunca ha sido admitido en el Derecho inglés. La razón para no admitir la inmunidad en el Derecho inglés se basa sobre todo en la naturaleza de la relación entre padre e hijo, que tiene su origen en el vínculo de sangre y no en el consenso. Falta el acto de voluntad que justifica la pérdida de autonomía de los cónyuges y de donde derivaba la inmunidad entre esposos. Entre padres e hijos no existe la identidad que caracteriza la relación conyugal y constituye el fundamento de la inmunidad¹⁰. El hijo, ha gozado por tanto desde siempre en el Derecho inglés de una propia identidad jurídica¹¹, por lo que la patria potestad no ha impedido la acción del hijo contra sus padres por el resarcimiento del daño ocasionado.

Asimismo, durante mucho tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicional italiana¹² han excluido la posibilidad de reconocer la tutela cuando se trataba de perjuicios causados entre parientes. Para saber si existía o no responsabilidad se aplicaban reglas sociales no escritas en lugar de reglas jurídicas¹³. Es decir, la regla de la inmunidad no fue reflejada en la jurisprudencia, ni tampoco fue codificada, sino que únicamente se afirmó en el plano de las reglas consuetudinarias¹⁴. A pesar de ello, en el Derecho italiano actual se admite la aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual en las relaciones familiares. Por ello, no sería exacto afirmar que el art. 333 del *Codice civile* (referido a los casos en los que la conducta de los padres es perjudicial para los hijos y como consecuencia de ello el juez puede

Moreno Martínez, Madrid, 2000, p. 540; COLÁS ESCANDÓN, A.M.: «Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia», en *Derecho de Daños*, coord. M.J.Herrador Guardia, Sepin, 2011, Madrid, p. 315.

Como recoge A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, se ha llegado a decir que el menor en la práctica era considerado como la “expectativa de un individuo” por lo que sólo el tiempo le permitía consagrarse como un ser humano verdadero y propio, «Daños sufridos y causados por niños», *Revista de Derecho de daños*, 2001-2, p. 8.

⁹ MALONE, W.S.: *Torts in a nutshell. Injuries to family, social and trade relations*, West Publishing, St. Paul, Minn., United States of America, 1979, p. 51.

¹⁰ PATTI, S., *op. cit.*, pp. 97-98.

¹¹ Así se recoge en ROCA I TRÍAS, E., *op. cit.*, pp. 535-536.

¹² A propósito del Derecho italiano, señala M. SESTA que se trata de un tema que en años recientes ha conocido una profunda evolución, primero a partir de la monografía fundamental de PATTI (*Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984), después a través de la jurisprudencia y por último cuando el legislador ha recogido en pocas líneas la tendencia jurisprudencial, «L'evoluzione delle relazioni familiari e l'emersione di nuovi danni», en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Michele Sesta, Utet, Torino, 2008, p. XXI.

¹³ SELLA, M.: *I danni non patrimoniali*, en Trattati a cura de P. Cendon, Giuffrè, Milano, 2010, p. 584.

¹⁴ PATTI, S., *op. cit.*, pp. 40-41 y 121.

adoptar ciertas medidas) desempeñe en materia de relaciones entre padres e hijos, la misma función que en materia de responsabilidad extracontractual ocupa el art. 2043 del *Codice*. Aquel artículo atribuye al juez poderes específicos pero no excluye la sanción general del resarcimiento del daño causado. De hecho, si la norma excluyera la posibilidad del resarcimiento del daño nos hallaríamos ante un trato de favor para el padre responsable, lo que constituiría un resultado ciertamente contrario con la finalidad del instituto¹⁵. Por esta razón, ya en 1984 afirmaba PATTI¹⁶ que se había superado la regla de la inmunidad, puesto que la nueva consideración de la posición de la persona en el grupo conllevaba no consentir limitaciones a su tutela. El núcleo familiar ya no es un núcleo cerrado ni es extraño a cualquier intervención procedente del exterior, de forma que el art. 2043 del *Codice civile* se puede aplicar en relación con los casos donde hay vínculos familiares.

Por su parte, la doctrina española se ha preocupado escasamente por los daños que puedan ocasionarse entre sí las personas unidas por vínculos familiares. Y ello en parte porque el Derecho de daños se aviene mal con el Derecho de familia, en atención a que éste último está inspirado en principios que exceden de cuestiones meramente patrimoniales, como el interés y el bien común de la familia, la protección del menor, los vínculos de solidaridad o el altruismo, principios que parecen contrarios a cualquier reclamación jurídica entre las partes involucradas¹⁷. Con todo, nada parece impedir la aplicación de las normas de responsabilidad civil por los daños que se causen entre sí los miembros de una familia, no sólo cuando esos daños sean constitutivos de un delito o una falta, sino también cuando sean constitutivos simplemente de un ilícito civil.

No obstante, a diferencia de lo anterior, en el Derecho alemán encontramos algunas peculiaridades. El BGB contiene normas particulares en relación con la normativa general de responsabilidad civil, estableciendo un deber de diligencia privilegiado en el ámbito matrimonial y paterno-filial. En concreto, el § 1664 BGB establece que «En el ejercicio de la patria potestad los padres deberán emplear la misma diligencia que empleasen en sus propios asuntos». Ello supone que los padres en este caso únicamente tendrán que responder de los daños causados si infringen este nivel de diligencia, o lo que es lo mismo, si actúan con dolo o culpa grave, no teniendo que responder por cualquier clase de culpa. Este privilegio, unido al hecho de que el Derecho alemán establece un sistema cerrado de responsabilidad civil donde por aplicación del principio de tipicidad sólo tienen cabida los ilícitos civiles previstos en su § 823¹⁸, lleva a rechazar en términos generales la aplicación de las normas de

¹⁵ *Ibid.*, pp. 121 y 122.

¹⁶ *Ibid.*, p. 40.

¹⁷ VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, p. 17.

¹⁸ Según recoge el § 823.1 BGB: «Aquel que con dolo o culpa cause un daño antijurídico a la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizar el daño que resulte».

responsabilidad al Derecho de familia¹⁹. Pero es que mientras que el Derecho alemán se caracteriza por un sistema cerrado de responsabilidad civil, en el Derecho español tenemos un sistema de cláusula abierta (art. 1902 CC), lo cual contribuye a la extensión de las normas previstas para la responsabilidad extracontractual a las relaciones familiares.

En efecto, ante la ausencia en el Código civil de una regulación concreta para estos casos, hemos de acudir al art. 1902 CC. Si en el Código civil no hay previsión expresa, tampoco en la jurisprudencia encontramos un número considerable de sentencias que apunten en esta dirección, pues no ha sido hasta hace bien poco cuando las primeras demandas de responsabilidad civil en relación con el Derecho de familia llegaban a los tribunales. En concreto, en el año 1999 el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez al respecto²⁰ en relación con la reclamación de daños solicitada a la esposa por ser los hijos fruto de una infidelidad. No obstante, no acontece igual con la responsabilidad civil derivada del delito²¹ y con aquellos casos en los que se constata la infracción de un derecho a la personalidad²², casos en los que sí se ha exigido y reconocido por los tribunales la correspondiente responsabilidad. En relación con el tema que ahora nos ocupa, los daños causados por los progenitores a la salud o integridad física de sus hijos, la Sala Primera del Tribunal Supremo hasta el momento no ha tenido ocasión de pronunciarse.

Es en esta tensión donde nos hemos venido moviendo durante los últimos años, hasta que parece haberse abierto un camino sin retorno en pro de la aplicación de la responsabilidad civil entre familiares, no sin antes trazar los límites que en cada supuesto se estimen necesarios.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA. RAZONES QUE JUSTIFICAN SU ESTUDIO

Los menores de edad pueden ser víctimas de daños variopintos que les podrían posibilitar accionar contra sus progenitores por la responsabilidad resultante a propósito de cada uno de esos daños. Por citar sólo algunos ejemplos que nos permitan

¹⁹ Si bien es cierto que también el BGB prevé determinadas situaciones especialmente regladas en el Derecho de familia, *vid.* VARGAS ARAVENA, D., *op. cit.*, pp. 34 y 35.

²⁰ Con dos sentencias, de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) y de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726).

²¹ El art. 116 CP establece que «Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios». Y es que si hubiera malos tratos o abandono del menor y como consecuencia de ello ese menor sufriera daños en su salud o integridad física, la responsabilidad civil sería indiscutible porque derivaría del delito. Entre otros, véanse los arts. 153, 173, 226, 229 y 233 del Código Penal.

²² Por otro lado, la especial vulnerabilidad de los menores hace que exista una panoplia muy amplia de medidas pensadas para su protección. En relación con la protección de sus derechos de la personalidad serán aplicables los remedios generales previstos por la ley, incluidas las acciones de responsabilidad civil, MARTÍN CASALS, M./RIBOT, J.: «Daños en Derecho de familia: un paso delante, dos atrás», *ADC*, tomo LXIV, 2011-2, pp. 513 y 549.

comprender la extensión de las posibilidades, esos hijos menores de edad podrían dirigirse contra el progenitor que no les hubiera reconocido precisamente por esa falta de reconocimiento. También contra el progenitor que obstaculizara las visitas con el otro progenitor o, por el contrario, contra el progenitor que no ejerciera su derecho de visita. Igualmente, la demanda podría dirigirse contra la madre que no hubiera revelado la identidad del padre biológico, contra el progenitor que ejerciera la patria potestad de forma abusiva con actos de violencia intrafamiliar, o cuando los padres le hubieran transmitido alguna enfermedad genética. E incluso por la deficiente administración de sus bienes, por atentar contra su intimidad, o quizá también por haberlo ubicado en una situación desfavorable conforme a las pautas culturales de la sociedad, etc.²³

Todo eso y mucho más. En concreto, el presente estudio hace referencia a los daños que pueden sufrir los hijos menores en su salud o en su integridad física como consecuencia de la actuación de sus progenitores, quedando por tanto fuera aquellos supuestos en los que el daño lo han causado los propios menores. Únicamente nos interesa ahora saber qué ocurre cuando ellos son las víctimas del daño causado no por un tercero, sino por sus propios padres.

Pocas veces uno se encuentra con un tema de investigación tan apasionante como arriesgado. Apasionante por cuanto que la temática que se encierra en las páginas que siguen a esta introducción está cargada de unos tintes tan distintos que confieren notas de máximo interés a la problemática inherente al propio planteamiento de la cuestión. Planteamiento que, junto a esos tintes tan diversos caracterizados por la variedad de circunstancias que los matizan, la casuística con la que nos encontramos o, mejor, nos podríamos encontrar, es de una riqueza, en cuanto al número, considerable. De ahí la necesidad de abordar este tema tan arriesgado con cautela, es decir, con los límites necesarios para evitar que la institución de la responsabilidad civil pueda derramarse y ser utilizada para indemnizar en todo caso. Obviamente esta afirmación resulta burda sobre todo si no se afina en su formulación, pues qué duda cabe que para que pueda haber responsabilidad han de darse los presupuestos necesarios: acción u omisión, culpa, daño y relación de causalidad. Además, la imputación objetiva constituye un elemento a tener muy en cuenta en estos casos de responsabilidad de los padres por daños a la salud o integridad de los hijos, a través del criterio del riesgo general de la vida, tal y como veremos en las líneas que a continuación siguen.

De modo que, una vez que ya hemos planteado la cuestión de la injerencia del Derecho de daños en las relaciones de familia, vamos a acotar su ámbito de estudio, y a partir de ahí formularemos supuestos en donde los menores podrían reclamar a sus progenitores, o a uno de ellos, los daños causados a su salud o integridad física. A tal efecto, no puede pasar inadvertido que la casuística en este trabajo está en gran parte provocada con el objeto de poder avanzar en el estudio, pues lo cierto es que

²³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pp. 34-38.

además de las reticencias del Tribunal Supremo a la hora de aplicar el art. 1902 CC a las situaciones de familia, si descendemos a la consideración de las relaciones entre padres e hijos en conexión con las acciones de responsabilidad por daños a la salud de los segundos contra los primeros, nos encontramos ante un contexto poco –o, mejor, nada– propenso a este tipo de reclamaciones.

En efecto, es probable que un menor de edad sufra un daño en su salud o integridad física e incluso que ese perjuicio lo padezca dentro del contexto familiar por una acción u omisión de sus progenitores. Pero de ahí a que ese menor de edad sometido a patria potestad dirija una demanda contra sus progenitores por los daños sufridos, hay una gran distancia, máxime si se tiene en cuenta que en el Código civil ninguna norma recoge expresamente esta posibilidad, si bien es cierto que tampoco la niega. La escasa probabilidad²⁴ de que prosperasen las demandas se podría ver avalada por las siguientes razones.

En primer lugar, porque los padres tienen el deber jurídico (art. 154.1 CC) y moral (indiscutiblemente) de velar por sus hijos y, desde luego, si en algún momento los hijos han podido sufrir algún daño como consecuencia de una actuación culpable de los padres, éstos últimos harán todo lo posible por reparar ese daño. Y no sólo porque lo diga la ley, sino porque en circunstancias normales los padres van a proteger más aún, si cabe, a ese hijo y hasta puede ocurrir que se vuelquen más en él por estar más necesitado de cuidados, lo que desincentivaría cualquier intento de demanda contra ellos. A no ser, claro está, que se den las circunstancias adecuadas para hacerlo sin contravenir la regla de moralidad que habitualmente inhibe la interposición de una acción judicial contra las personas con quienes se convive, lo que puede ocurrir, por ejemplo, porque los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil, o porque precisamente se haya roto dicha convivencia o los lazos de afecto, como suele ocurrir en una crisis matrimonial o a raíz de la comisión de un delito²⁵.

En segundo lugar, no sin cierta dificultad podrían prosperar este tipo de reclamaciones debido a que dada la edad de los menores, éstos necesitan que sus representantes legales sean quienes actúen en juicio por ellos (art. 162 CC), y si los dos padres son responsables del daño que sufre el hijo, no parece que pueda prosperar esta reclamación. Es por ello por lo que cabe traer a colación que el art. 163 CC (y en sentido parecido el art. 299.1 CC) establece que cuando el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados se les nombrará a esos hijos un defensor para que los represente en juicio y fuera de él, pues si el conflicto sólo existiera con uno de los progenitores, será el otro el encargado de representar al hijo menor.

²⁴ Igualmente, apuntan M. MARTÍN CASALS y J. RIBOT que aunque nada impide dirigir una acción de reclamación de daños en nombre de los hijos menores por los daños causados por alguno de sus progenitores, cuestión distinta es que este tipo de acciones en la práctica lleguen a plantearse, ya que el perjudicado y el causante de los daños van a compartir, por razón de la convivencia y por el deber legal y moral de los progenitores de velar por sus hijos y atenderles, las consecuencias negativas del evento dañoso, *op. cit.*, p. 548.

²⁵ Así, FERRER RIBA, J., *op. cit.*, p. 3; en el mismo sentido, PATTI, S., *op. cit.*, p. 109.

Otra cosa ocurriría en aquellos casos en los que los padres estuvieran separados o divorciados, en definitiva que no vivieran juntos y el hijo pasara la mitad del tiempo con cada uno de ellos (custodia compartida) o se atendiera al régimen de guarda y custodia establecido. Y ello porque en este caso sí que puede ocurrir, máxime si las relaciones entre los padres no son buenas, que el progenitor que no hubiera causado ese daño dirija una demanda de responsabilidad contra el otro progenitor en representación de su hijo menor de edad. Considero que precisamente en estos casos serán más frecuentes las reclamaciones porque el otro progenitor será el que, como representante del menor, interponga la correspondiente demanda. En todo caso no se debe olvidar que los padres podrán separarse o divorciarse, pero su vínculo de filiación subsistirá y con él todas las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad. Incluso, tal y como señala el art. 110 CC, el padre y la madre aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos.

La siguiente razón que abona la escasa probabilidad de que cobren fuerza las demandas de hijos contra padres en estos casos, se resume en que la patria potestad comprende derechos y obligaciones que en muchos supuestos otorgan cierta discrecionalidad a los padres, por ejemplo a la hora de elegir colegio, religión, lugar de residencia... etc. Precisamente por ello, en materia médica son muchos los conflictos potenciales que se pueden plantear: desde la elección del médico o centro de salud, a la administración de un tratamiento o medicina, pasando por una posible donación de médula ósea, una transfusión de sangre, etc. Y si por un lado se conceden parcelas de discrecionalidad a los padres para que con sus decisiones actúen en interés de sus hijos, no parece lógico permitir, por otro lado, que se les pueda demandar después por una mala elección.

Qué duda cabe que atendidos los profundos vínculos afectivos que genera la relación paternofamiliar, lo más razonable es atribuir amplios poderes a los padres asumiendo que éstos son las personas que se hallan en mejor posición para señalar qué es lo mejor para sus hijos²⁶. Efectivamente, el ejercicio de la patria potestad debe acometerse siempre en interés del menor atribuyendo a los progenitores, como no podía ser de otro modo (art. 39.3 CE), una amplia autonomía en cuanto a las decisiones relativas a la crianza y educación de sus hijos²⁷. Esto mismo deberá tenerse en cuenta al valorar la diligencia exigible en cada caso, la del buen padre de familia, atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Como decimos, si esos factores quedan a discreción de los padres, luego no parece tener demasiado sentido permitir que precisamente por su elección puedan los hijos pedirles responsabilidad. Es más, no puede desconocerse que muchas veces se podría caer en el error de pretender indemnizar cuando no es posible la imputación objetiva del daño, en concreto porque se debería aplicar el criterio del riesgo general

²⁶ FERRER RIBA, J., *op. cit.*, p. 17.

²⁷ MARTÍN CASALS, M./RIBOT, J., *op. cit.*, p. 559.

de la vida, pues en algunos de los casos que expondremos nos vamos a encontrar con situaciones en las que el riesgo creado debe ser asumido por la víctima del daño, por ser un riesgo con una intensidad equivalente al peligro que supone el hecho mismo de vivir en sociedad.

En cuarto lugar, no se puede olvidar que en el propio ordenamiento civil hay previstas medidas para aquellos casos en que la violación de las obligaciones paternofiliales sea flagrante. En concreto, si nos preguntamos acerca de las consecuencias jurídico civiles que el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad lleva consigo, nos encontramos con que entre las sanciones civiles que se podrían imponer en estos casos estaría la pérdida de la patria potestad (art. 170 CC), la desheredación (art. 854 CC) y, por último, entre las causas de indignidad para suceder a los hijos, señala el art. 756 CC que son incapaces de suceder por causa de indignidad los padres que hubieran abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos. Parece que el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, en el doble sentido de que se debe aplicar únicamente en defecto de reglas específicas de cada sector y de que sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho²⁸. Es decir, resulta conveniente intentar que los conflictos en el Derecho de familia se resuelvan con criterios de Derecho de familia, no con criterios de responsabilidad civil, pues si se aplica el art. 1902 CC para todo, se corre el riesgo de desnaturalizar la función judicial, que no es otra que la de aplicar la ley. Pero eso no significa que no se pueda aplicar nunca el art. 1902 CC, habrá que estar al caso concreto.

Interesante reflexión realiza FERRER RIBA a este respecto al señalar que hay que tener también en cuenta las dificultades de implementar la compensación intrafamiliar de los daños y los problemas que pueden derivarse de la solvencia limitada de quienes causan el daño, factores que explican el recurso frecuente a remedios distintos del resarcitorio, como la adopción administrativa o judicial de medidas de protección, el cambio del régimen de guarda o la privación de la potestad²⁹. Como digo, a pesar de ello podría plantearse, puesto que no existen razones de peso que justifiquen lo contrario, una demanda por daños junto a esas otras medidas previstas expresamente.

La quinta razón es de carácter patrimonial, por cuanto que parece poco práctico solicitar la indemnización a un patrimonio (el del progenitor o progenitores causantes del daño) que, en circunstancias normales, irá a parar al propio hijo como heredero legítimo. A no ser que existiera un seguro de responsabilidad civil, o tantos hermanos que hicieran peligrar el reparto del patrimonio entre los coherederos.

Por último, me parece fundamental atender al reconocimiento de la capacidad natural del menor para poder avanzar en este trabajo. Especialmente en materia de

²⁸ MARTÍN CASALS, M./RIBOT, J., *op. cit.*, p. 528.

²⁹ *Op. cit.*, p. 18.

salud el derecho a la autonomía de los menores de edad se encuentra ligado al consentimiento informado. Teniendo en cuenta lo anterior, expresa o implícitamente se ha venido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos la idea de una «mayoría anticipada para el acto médico» que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de alcanzar la mayoría de edad generalmente recogida en las leyes³⁰. Y ello porque si atendemos a la concreta edad de los hijos, muchas demandas de responsabilidad civil contra sus progenitores por los daños que hubieran podido sufrir en su salud o integridad física quedarían fuera de la órbita de este estudio, ya que en materia de autodeterminación del menor en relación con el consentimiento informado, 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 art. 9.3.c) establece que cuando se trate de menores emancipados o en cualquier caso con 16 años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, posibilitando incluso que los menores con suficiente capacidad también puedan decidir por sí mismos, aunque no tuvieran 16 años.

Como corolario de lo anterior y después de ir a la deriva durante algún tiempo parece que podemos arribar a buen puerto. Por el momento de una isla, pero con posibilidades, puesto que aunque los contornos para la aplicación del Derecho de daños al Derecho de familia son en ocasiones ciertamente controvertidos, no por ello resultan imposibles. De ahí que en los casos en que los padres causen un daño a la salud o integridad física de algún hijo no resulte fácil saber si ese hijo reclamará a sus padres ni tampoco si, en su caso, la demanda tendrá éxito, pues estamos pisando sobre un terreno casi sin explorar.

En todo caso, a la hora de dar entrada al Derecho de daños en las relaciones familiares no pretendemos apoyarnos en criterios frágiles ni pasar por alto los elementos esenciales de la responsabilidad. Pero es que en el momento actual, seguir manteniendo la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil dentro del ámbito familiar, resentiría la propia justicia y conduciría no sólo a la impunidad del autor del daño, sino a una falta de tutela jurídica para el damnificado³¹. Podríamos decir que una nueva dimensión de los deberes de los padres está empezando a calar en la sociedad —que no aún en la jurisprudencia— en relación con los principios de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de paternofiliales, en particular en los casos en los que el padre ha causado un daño a la salud o a la integridad física de los hijos.

³⁰ Igualmente, FAMA, M.V.: «“Vivir y dejar morir...” El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-I, p. 170.

³¹ En el mismo sentido, MEDINA, G./HOOFT, I.: «Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense)», en *Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez*, Santa Fe, 1990, p. 332.

Pues bien, sabedores de todo ello y con un pronóstico más que reservado nos adentramos en la materia. Se podría decir que contra viento y marea, pues no hemos encontrado sentencias significativas en este ámbito, más que alguna (en sede penal) relativa a las transfusiones de sangre de menores de edad cuyos padres son Testigos de Jehová, y tampoco la doctrina se ha preocupado demasiado por este tema ya que cuando se refiere a la responsabilidad de los progenitores por daños a sus hijos ya nacidos, la mayoría de estudios giran en torno a la posible responsabilidad del progenitor que no reconoce a su hijo, del progenitor que no ejercita su derecho de visitas o del que, desde la óptica contraria, impide que así se realice.

III. AUTONOMÍA DEL MENOR Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

La salud de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad es responsabilidad de los padres, lo que supone que éstos deberían velar por sus hijos hasta que se extinguiera la patria potestad y que, en su caso, podrían llegar a responder de los daños que sufrieran los menores, siempre y cuando esos daños hubieran sido consecuencia directa de una actuación culposa o dolosa de los progenitores y se dieran los demás presupuestos legales. Lo primero no plantea dudas. Sin embargo, en relación con la segunda afirmación hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho se confiere al menor de edad autonomía para llevar a cabo ciertos actos, es decir, paulatinamente se le va concediendo cierto margen de actuación en el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo cual se hace más evidente al llegar a la adolescencia³². En tal caso, si se les está reconociendo capacidad para decidir acerca del tratamiento o intervención médica que van a recibir, después no parece lógico que puedan accionar contra los progenitores por los daños resultantes de esa elección para la que el ordenamiento les presupone capaces.

Es importante atender a que la capacidad que se le reconoce al menor en algunos ámbitos no sólo depende de una determinada edad, sino que hay que ver si éste ha alcanzado o no suficiente madurez³³. Durante la minoría de edad la capacidad no siempre es la misma sino que las dosis de voluntad van progresivamente aumentando. Desde el momento en que se atribuye cierta relevancia jurídica a los diversos grados de capacidad natural, se está insinuando que entre la incapacidad y la capacidad de obrar existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada. De manera que aunque la regla general es que la plena capacidad de obrar se adquiere con el cumplimiento de los dieciocho años, no se debe olvidar que el propio Código

³² LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 167. Igualmente, FAMA, M.V., *op. cit.*, p. 169; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 973-974. Para más detalle véanse DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 189; JORDANO FRAGA, F., «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984, pp. 891-2.

³³ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, pp. 228-230.

civil reconoce capacidad al menor para la realización de determinados actos que enumera en distintas partes de su articulado. Otro claro ejemplo de ello lo constituye la consideración de la capacidad del menor en relación con el consentimiento informado³⁴. Por lo tanto, como cuestión previa habrá que saber si el menor puede entrar a formar parte del proceso de toma de decisión, puesto que de ser así, nada podrá reclamar después a sus padres por los daños que pudieran derivarse de la actuación médica.

En concreto, según el art. 162.2 CC «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». La exclusión en relación con los derechos de la personalidad responde a una razón obvia: el carácter personalísimo de estos derechos que exige el máximo respeto, tanto en su titularidad como de su ejercicio³⁵. Asimismo, según el art. 5.1 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 «Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo». Y 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 art. 2, párrafo número 2 hace referencia a que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere normalmente el previo consentimiento de los pacientes.

Para poder prestar válidamente el consentimiento informado no se exige la mayoría de edad, siendo suficiente con que el paciente menor esté emancipado o haya alcanzado la edad de 16 años³⁶, o incluso también se tiene en cuenta que tenga suficiente capacidad. Es por ello que, atendiendo al tenor literal del art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, cuando se trate de menores que no sean capaces ni intelectual ni emocional-

³⁴ Señala M.A. DE LAS HERAS GARCÍA, que la expresión «consentimiento informado», fruto de la traducción literal de la misma expresión anglosajona es incorrecta e inadecuada y en todo caso debería sustituirse por otra más extensa y apropiada, a saber, «consentimiento legitimador del paciente, enfermo, usuario o cliente informados», *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, t.II, Dykinson, Madrid, 2005, p. 661.

³⁵ ARANDA RODRÍGUEZ, R.: *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 29.

El legislador desconoce en el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002 la teoría de los derechos de la personalidad, ya que es doctrina general que cuando un menor carece de la suficiente capacidad natural corresponde a los titulares de la patria potestad el ejercicio de los derechos de la personalidad, pero no como representantes legales –puesto que estos derechos están excluidos de la representación legal según el art. 162 CC– sino en cumplimiento de su deber de velar y cuidar al menor, así, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia...*, cit., p. 195; id.: «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paternofiliales», en *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, dir. M. Yzquierdo Tolsada/M. Cueno Casas, Aranzadi, 2011, p. 782.

³⁶ Si se contemplara sólo al menor emancipado se daría la paradoja de que un menor con 14 años y emancipado por matrimonio tendría derecho a ser informado, mientras que un menor que no estuviera emancipado pero se encontrara próximo a la mayoría de edad, no tendría ese derecho, así, ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 91.

mente de comprender el alcance de la intervención, los padres o representantes serán quienes tomen la decisión oportuna y presten el consentimiento aunque, si el menor tuviera 12 años, el representante legal del menor tendrá que escuchar su opinión. En tal caso, los padres o representantes deberán inclinarse por la mejor opción en relación con la salud del menor³⁷. Así, cuando el menor no tenga suficiente madurez y los padres presten el consentimiento a un acto médico arriesgado y potencialmente dañoso o rechacen uno indispensable, o una cura tradicional en favor de un tratamiento experimental, habrá que valorar en cada caso si el perjuicio que sufre el menor en su salud a causa de la elección equivocada de los padres, puede estar o no justificado³⁸.

Una interpretación *a contrario* de este artículo, conduce a que si el menor tiene suficiente madurez para comprender el alcance del tratamiento o intervención podrá prestar su consentimiento, incluso por debajo de la edad fijada³⁹. En estos casos no siempre es sencillo determinar si el paciente menor de edad es o no capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. La fórmula empleada por la Ley 41/2002 en su art. 9.3.c) es general y vaga al no precisar una edad concreta⁴⁰. Se trata de una expresión tan amplia que nos obliga a comprobar en cada caso si el menor reúne las condiciones de madurez.

Por último, si el menor estuviera emancipado (es decir, a partir de los 14 años si lo estuviera por matrimonio), o en todo caso cuando tenga 16 años, será él mismo quien preste el consentimiento y por tanto quien decida acerca de su salud, señalando el art. 9.3.c) *in fine* de la Ley 41/2002 que en caso de actuación de grave riesgo para la salud del menor, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la adopción de la decisión. Es decir, *sensu contrario*, si la actuación no es de grave riesgo los padres no serán informados⁴¹, salvo que el paciente lo consienta (art. 5.1 Ley 41/2002). Se trata de un supuesto excepcional que pretende compatibilizar el derecho a la intimidad del menor –menor maduro– con el deber de sus representantes legales –padres o tutor– de velar por él⁴².

Consultando otros Derechos, vemos como la tendencia actual es la de considerar al menor no como una categoría absoluta, sino como una persona que en ciertos

³⁷ En el caso de los padres que son Testigos de Jehová y rechazan una transfusión necesaria para su hijo, la negativa al tratamiento constituiría un ejercicio abusivo de la patria potestad, *vid.* por todos, ROMEO CASABONA, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 453.

³⁸ FACCI, G.: «La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali», en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Utet, Torino, 2008, p. 244.

³⁹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», *cit.*, p. 785.

⁴⁰ *Id.*: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia...*, *cit.*, p. 203.

⁴¹ En este caso sólo se hace referencia a los padres, no a otro tipo de representación, lo cual es criticable desde un punto de vista de técnica legislativa. Así, CANO HURTADO, M.D.: «Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el Derecho Estatal y en el Derecho Valenciano», en *La protección del menor*, dir. A. Vallés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 101.

⁴² *Ibid. loc. cit.*

casos va a dar sobrada cuenta de su madurez. Así, en Bélgica el art. 12 de la Ley de 22 de agosto de 2002 comienza por aplicar el régimen común de la patria potestad: los derechos de un paciente menor de edad son ejercidos en principio por sus representantes legales. Sin embargo, en razón de la naturaleza estrictamente personal de los mismos, se hace referencia al menor «capaz de apreciar razonablemente sus intereses» que puede, en tal caso, ejercer sus derechos de paciente y sobre todo consentir válidamente el acto médico. El criterio subjetivo que permita valorar esa «aptitud para apreciar razonablemente sus intereses» será examinado en cada caso por el médico, en función de factores como la edad, inteligencia, madurez, personalidad, educación, situación familiar, el medio social del joven paciente, la naturaleza del tratamiento o del acto médico y sus consecuencias. Al igual que la Ley 41/2002, esta Ley belga no se contenta con tomar en consideración la opinión del menor, sino que le confiere una verdadera autonomía en el ejercicio de sus derechos como paciente, desde el momento en que es considerado capaz para valorar razonablemente sus intereses. Ello significa que un menor puede oponerse con éxito a un tratamiento o a una intervención que solicitan sus padres pudiendo incluso proceder a la elección médica (tratamiento o intervención) que sus padres no aprueban⁴³.

Tampoco en Francia se descende a señalar edades concretas, limitándose el art. L.1111-2, párrafo quinto, del *Code de la Santé Publique* a señalar que los menores de edad pueden recibir información y participar en la toma de decisiones que le conciernan, atendiendo a su grado de madurez. Y el art. L.1111-4 CSP en su párrafo sexto señala que ha de contarse con el consentimiento del menor de edad si tiene suficiente capacidad para manifestar su voluntad y participar en la decisión. En el caso en que el rechazo de un tratamiento por parte de quien ostenta la patria potestad pueda entrañar consecuencias graves para la salud del menor, el médico dispensará los cuidados indispensables⁴⁴.

Como hemos señalado, la propia Ley 41/2002 en el último inciso del art. 9.3.c) establece que en caso de actuación de grave riesgo los padres han de ser informados y su opinión será tenida en cuenta a la hora de tomar una decisión. Me parece lógico que los padres tengan que ser informados de la intervención puesto que al fin y al cabo siguen siendo los titulares de la patria potestad, pero ello tiene una importante excepción en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la

⁴³ NOTTET, A.: «Mineurs et droits personnels», *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/2010, pp. 26-27.

⁴⁴ En sentido parecido, el último párrafo del art. R.1112-35 CSP establece que cuando la salud o la integridad física del menor se vean comprometidas por el rechazo del representante legal del menor o la imposibilidad de obtener su consentimiento, el médico responsable del servicio puede solicitar al Ministerio público que adopte las medidas de asistencia que le permitan dar los cuidados necesarios.

Además, el médico puede prescindir del consentimiento de los representantes cuando el propio menor expresamente se oponga, con el objeto de guardar secreto acerca de su estado de salud, si bien se exige que el médico se esfuerce por obtener el consentimiento de los representantes; en el caso en que el menor mantenga su oposición, el médico podrá llevar a cabo el tratamiento o la intervención, aunque en este caso el menor tendrá que estar acompañado de una persona mayor de edad de su elección (art. L.1111-5 CSP, en su párrafo primero).

interrupción voluntaria del embarazo. En concreto, el art. 13 de dicha Ley establece que «En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas (...)», y aunque en el mismo artículo se prevé que «Al menos uno de los representantes legales (...) deberá ser informado de la decisión de la mujer», finalmente el artículo concluye señalando que «Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

En definitiva, como el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002 por un lado otorga capacidad de decisión suficiente al menor emancipado o, en todo caso, a partir de los 16 años e incluso por debajo de edad si tuviera suficiente capacidad y, por otro lado establece que en caso de grave riesgo los padres deberán ser informados, nos preguntamos qué sucedería si hubiera discrepancia entre la opinión del menor y sus progenitores. Con arreglo a una interpretación literal del artículo parece que ha de prevalecer la voluntad del menor⁴⁵. Es decir, si se produce un conflicto entre la voluntad de un menor al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres, la voluntad del menor prevalecerá sobre cualquier otra, no sólo porque lo exprese el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, sino también porque así se desprende del art. 162 excepción 1ª del Código civil, a tenor del cual quedan fuera de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pudiera realizar por sí mismo. En este caso, como la Ley otorga valor a la voluntad del menor para decidir en relación con una decisión de carácter médico, no serían sus progenitores sino él mismo quien pondría en peligro su vida y, siendo esto así, no podría reclamar después nada a sus padres. En todo caso, nos surge la duda de si sería posible acudir al Juez con el objeto de que dictase las disposiciones que considerase más oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, posibilidad que se podría extraer del art. 158.4 CC, lo cual no parece que pueda ser un criterio general a seguir en todo caso, pero en ciertos casos podría evitar males mayores, sobre todo si lo que está en juego es la propia vida del menor de edad.

De forma que si nos preguntamos acerca de la responsabilidad de los padres en relación con lo que podríamos denominar «decisiones equivocadas» respecto a la salud del menor, esa responsabilidad sólo podría exigirse cuando en el momento de la elección el menor no tuviese suficiente madurez para consentir la actuación médica. Por el contrario, si el menor tuviera 16 años o estuviera emancipado, o siendo menor de esa edad tuviera suficiente capacidad para decidir sobre los cuidados relacionados con su salud, su voluntad se situará en primer plano y, por lo tanto, será responsable de sus propias decisiones.

⁴⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia...*, cit., p. 202.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS QUE OCASIONEN A LA SALUD O A LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS HIJOS MENORES

El hecho de ser los padres quienes han de proteger la salud de sus hijos menores comporta tomar decisiones cotidianas, con todas las dudas y preocupaciones que ello conlleva. En muchas ocasiones esas decisiones se limitan a proteger la salud del menor, mientras que en otras surgen otros intereses, interfiriendo en esa relación. Por ejemplo, si los padres pertenecen a una determinada religión, como la de la Ciencia Cristiana, y sus hijos padecen alguna enfermedad infecciosa, lo más probable es que decidan no suministrarles antibióticos, puesto que los científicos cristianos utilizan la oración como su primera opción, por encima de la medicina, ya que consideran que la curación sólo se produce a través de la completa sumisión a Dios. Otro tanto ocurriría con los Testigos de Jehová. Y, religiones aparte, también puede haber padres osados que, decididos a que sus hijos se hagan resistentes, opten por no suministrarles analgésicos para calmar dolores aparentemente leves. En definitiva, de la elección de los padres dependerá la salud de los hijos, si bien es cierto que los padres no tienen un poder absoluto, en el sentido de que no pueden pedir un tratamiento que los médicos no consideren en interés del paciente, ni tampoco negarse a uno que, a buen seguro, sería aconsejable para salvaguardar la salud del hijo menor⁴⁶, aun cuando entren en juego otros derechos, pues el derecho a la vida está por encima del resto.

Como sabemos, en nuestro texto constitucional se encuentran recogidos el derecho a la salud y el derecho a la integridad física. Así, el art. 15 CE se refiere al derecho a la integridad física y moral. Por otro lado, el derecho a la salud al que aquí nos referimos sería el derecho a la salud individual, comprendido dentro del derecho a la integridad, y no el derecho a la salud recogido en el art. 43 CE (artículo formulado entre los principios rectores de la política social y económica). Junto a estos dos derechos, el art. 39 CE se refiere a la protección de la familia y el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos. Por otro lado, también en el Derecho internacional encontramos normas que dan pie a este trabajo. El art. 4 de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 señala que «El niño (...) Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud». Y el art. 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989 consagra la responsabilidad primordial de los padres en la crianza y desarrollo de sus hijos advirtiendo que «su preocupación fundamental será el interés superior del niño» (art. 3).

De modo que como proteger la salud del menor conlleva garantizar su derecho a la vida, hemos de partir de que tanto el derecho a la integridad como el derecho a la

⁴⁶ BRIDGE, C.: «Parental powers and the medical treatment of children», en *Family Law Towards the Millennium: Essays for P M Bromley*, ed. Caroline Bridge, Butterworths, London, Edinburgh and Dublin, 1997, pp. 296-297.

salud son derechos que merecen protección. Tal es así que si se causare algún daño a estos derechos constitucionales, ese daño debería ser resarcido precisamente porque se agreden bienes directamente tutelados en la Constitución⁴⁷. El derecho a la salud, vale la pena recordarlo, tiene tutela pública en la doble acepción de derecho a la salud pública y de derecho a la asistencia sanitaria, pero también en su sentido privado, es decir, como derecho subjetivo a la salud tutelable inmediatamente en relación con quien pueda causar un daño⁴⁸.

4.1. El deterioro de la salud del hijo

Referirnos a la responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos no deja de ser una hipótesis altamente infrecuente que sin embargo no por ello desmerece nuestra consideración, sino todo lo contrario. Ya hemos puesto de manifiesto en otro lugar que los hijos en raras ocasiones van a demandar a sus padres por los daños que hubieran sufrido en su salud, puesto que si no hay privación de la patria potestad es con ellos con quienes van a tener que seguir conviviendo y, ya mayores de edad, probablemente hayan olvidado ese episodio. Por ello, en circunstancias normales en las que un hijo de forma puntual sufre un daño por la actuación u omisión de sus padres, probablemente en el caso de que los padres estén separados o divorciados será donde proliferen las demandas, en el sentido de que el padre que no ha sido el causante del daño demandará, en representación del hijo menor, al progenitor culpable para obtener así la correspondiente indemnización por los daños sufridos.

Una vez que nace un hijo los padres han de asegurarse de que recibe un cuidado médico adecuado y han de procurar no exponerlo a experiencias o sustancias que dañen su salud. Tal es así que una madre que no acude al médico cuando su hijo tiene fiebre muy alta y reiterados vómitos llegando incluso a la deshidratación, deja al descubierto su comportamiento negligente. Igualmente, los padres que rechazan la medicina convencional por razones de conciencia se pueden encontrar con la respuesta del Derecho⁴⁹. En todo caso y aún habiendo sufrido el hijo menor un daño en su salud, no siempre sus progenitores van a tener que responder. Para que nazca esa obligación han de concurrir los elementos constitutivos de la responsabilidad civil en cada uno de los supuestos que nos planteemos: una acción u omisión realizada con consciencia y voluntad, un daño o menoscabo de un bien patrimonial o personal, una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, y la culpabilidad. La culpabilidad supone que quien causa un daño ha de haber actuado con dolo (cuando

⁴⁷ Así se manifiesta la mayoría de la doctrina italiana, por todos, SESTA, M.: *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 392-393; D'ANGELO, A., *op. cit.*, p. 1047.

⁴⁸ FERRANDO, G.: «Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza», *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 47.

⁴⁹ Asimismo, BRAZIER, M.: «Parental responsibilities, foetal welfare and children's health», en *Family Law Towards the Millennium: Essays for P M Bromley*, Butterworths, London, Edinburgh and Dublin, 1997, p. 263.

el agente material se ha representado la actividad dañosa y ha aceptado sus consecuencias) o culposa (cuando el agente no adopta las medidas de cuidado que hubiera empleado una persona diligente –buen padre de familia– o el patrón de conducta del ciudadano medio, en previsión y para evitar el daño que finalmente se ha causado). La antijuridicidad del daño es un requisito que mantiene divida a la doctrina, pues mientras la mayoría entiende que debe haberse vulnerado un derecho subjetivo o un interés legítimo jurídicamente protegido y que dicha vulneración no esté amparada por ninguna causa de justificación⁵⁰, últimamente se viene afirmando que es suficiente con la presencia de un daño sin que la antijuridicidad añada nada relevante al mismo⁵¹.

Ahora nos vamos a referir a los daños que sufren los hijos menores al padecer enfermedades como consecuencia de la falta de diligencia de los progenitores, si bien también podrían analizarse los daños por enfermedades o hábitos contraídos debido a una educación defectuosa por parte de los padres (anorexia, bulimia⁵², tabaco, alcohol, estupefacientes, etc.), pero eso lo dejaremos para otro momento. En tal caso el supuesto de hecho sería distinto, pues tendríamos que referirnos a daños en la salud de hijos ya adolescentes que, como consecuencia tanto de la educación que han podido recibir en el seno de su familia como de la propia conformación de su personalidad, son testigos directos del deterioro de su propia salud. En concreto, entre los deberes y facultades que comprende el art. 154 CC en relación con la patria potestad de los padres se encuentra el deber de educar y procurar una formación integral a los hijos. Pues bien, en algunos casos la educación de los padres puede contribuir a que el hijo sufra daños en la salud. Pero no en todos los casos, ni mucho menos. El problema entonces reside en saber hasta qué punto serían los padres o el propio menor que conforme va creciendo va adquiriendo mayor madurez y con ella mayores cotas de autodeterminación⁵³, los causantes de ese daño. En muchos de estos casos nos podríamos encontrar ante un caso de concurrencia de causas o de culpas.

⁵⁰ PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al art. 1902 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 2122.

⁵¹ Por todos, PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al art. 1902 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. C. Paz-Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/ P. Salvador, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo II, Madrid, 1993, p. 1995.

⁵² En la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª), de 28 de noviembre de 2007, el Tribunal con buen criterio resuelve que no se puede hablar de la responsabilidad de la Administración pública señalando en el fundamento jurídico tercero que «La joven, como ocurre con cierta frecuencia a su edad, tiene un problema de bulimia, en la misma medida en que otras jóvenes sufren de anorexia. Pero que esto sea así, es algo por completo ajeno a las responsabilidades de un centro docente. En el mejor y más directo caso, sería responsabilidad de los padres. Si estos no han advertido el problema, ¿cómo puede pedirse que lo adviertan los profesores? La función de éstos en enseñar» (JUR 2008, 1333177).

⁵³ Cuando el menor fuma o se droga nos encontramos ante un comportamiento autolesivo, es decir, se convierte en víctima de sí mismo, BAUSILIO, G.: «Gli adolescenti», en *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affido, Adozione*, dir. P. CENDON, Cedam, Milani, 2011, p. 664.

En aras de saber si es posible reclamar responsabilidad a los progenitores y una vez constatado que se ha causado un daño y existe relación de causalidad entre el comportamiento del progenitor o progenitores y el daño causado al hijo menor, nos preguntamos por la imputación subjetiva y si, por tanto, podría prosperar una demanda contra los padres. El dolo y la culpa son los dos criterios o factores de atribución de responsabilidad que vamos a tener en cuenta.

4.1.1. *Enfermedades contraídas por contagio*

Si la enfermedad de los hijos ha sido contraída por contagio, al mismo tiempo habrá que distinguir según que el contagio se produzca de un tercero o de los propios padres. Claro está, no siempre será fácil averiguarlo y ante la falta de prueba no podrá condenarse a los padres. Pero si tuviéramos clara la fuente de transmisión y pudiera probarse que esa enfermedad procede de un contagio de los padres, lo primero que habría que hacer, por sentido común, es diferenciar según la gravedad de dicha enfermedad. De no revestir gravedad alguna, el supuesto de hecho no merece consideración alguna (por ejemplo un simple resfriado). De lo contrario, si se tratase de una enfermedad grave (por ejemplo el síndrome de inmunodeficiencia adquirida), deberíamos comprobar si se dan los requisitos de la responsabilidad: acción u omisión mediante la cual se causa un daño a un hijo (contagio de enfermedad), relación de causalidad entre el acto y el daño, así como comprobar si los padres se han representado la actividad dañosa y han aceptado sus consecuencias (dolo) o han actuado con negligencia.

Si un hijo menor se viera contagiado por una enfermedad grave que padece alguno de sus progenitores, el otro podrá solicitar la correspondiente indemnización en representación de su hijo menor, siempre que se pruebe que el comportamiento fue culposo. Es decir, dependiendo de la gravedad de la enfermedad, habría o no responsabilidad del progenitor en cuestión según cuál sea el criterio de imputación que defendamos. La culpa, a nuestro entender, es un criterio suficiente, atendiendo a la diligencia del buen padre de familia que contempla el art. 1104 CC⁵⁴, así como a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Es decir, se podría imputar esa responsabilidad a los padres que no hubiesen sido diligentes y no hubiesen actuado como lo habría hecho una persona con un patrón de conducta que podríamos llamar normal. En la responsabilidad extracontractual el modelo de diligencia es un modelo abstracto que se basa en la diligencia media, la diligencia ordinaria de un hombre normal o de una persona razonable, de acuerdo con un tipo medio⁵⁵. Al menos eso es lo que expresa el segundo párrafo del art. 1104 CC, donde se recoge un criterio que

⁵⁴ El modelo de diligencia del art. 1104 CC, pensado para las obligaciones contractuales, es también aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, por todos, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V, La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 275; LLAMAS POMBO, E.: «Comentario al art. 1104 del Código Civil», en *Comentarios al Código civil*, dir. A. Domingo Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1212.

⁵⁵ Díez-PICAZO, L., *loc. cit.*

podríamos llamar subsidiario por cuanto que hace referencia a un patrón que en todo caso será tenido en cuenta cuando la propia obligación no exprese la diligencia concreta⁵⁶. En concreto, para poder salvar la contradicción entre los dos párrafos del art. 1104 CC, hay que dar primacía al modelo abstracto del buen padre de familia, que encuentra su concreción o adecuación a las circunstancias que rodean cada obligación en el modelo concreto establecido en el párrafo primero. La diligencia del buen padre de familia es un modelo universalmente accesible y por lo tanto inexcusable, que no adquiere verdadero contenido hasta que no se pone en relación con una determinada obligación. No se trata de un concepto que fije una determinada diligencia, sino el nombre de la diligencia que ha de prestarse en cada caso⁵⁷.

Pero es que, además, el razonamiento no puede quedar estancado en este punto sino que considero que habría que dar un paso más y examinar si el daño causado por el contagio de la enfermedad es consecuencia de la creación de un riesgo permitido. Para comprobarlo acudiríamos a los llamados criterios de imputación objetiva, en aras de determinar si existe o no un resultado objetivamente imputable a la acción u omisión producida. En concreto, dentro de estos criterios, según el criterio del riesgo general de la vida, cuando el daño sea consecuencia, no de un riesgo o peligro no permitido, sino de un riesgo general de la vida o de un pequeño riesgo que todos tienen que soportar, no debería declararse la responsabilidad del que lo crea.

Y es que en la vida de relación de los seres humanos, toda actividad lleva consigo la creación de riesgos, es decir, de probabilidades de que se produzcan resultados dañosos que todos los seres humanos deben asumir por el propio beneficio que les supone formar parte de un cuerpo social. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva hay un nivel de riesgo permitido, por debajo del cual el daño no es imputable objetivamente a la actividad creadora del riesgo⁵⁸. El intérprete que acomete el enjuiciamiento de un supuesto en el que la víctima ha padecido el daño en una situación de acontecer cotidiano, tiene una fórmula tópica a la que acudir, fórmula que le permitirá plantearse las preguntas precisas para solventar el caso, concretamente si la negligencia que se pretende imputar al demandado (progenitor o progenitores) es una conducta creadora de un riesgo que socialmente se considera general de la vida, así como si la víctima ha actuado con la diligencia exigida⁵⁹. Si en otro lugar hemos considerado la capacidad natural del menor, también en este punto hay que señalar que a partir de cierta edad podría exigírsele que él también fuera diligente y adoptase

⁵⁶ Como por ejemplo ocurre en el art. 164 CC, donde se establece que «Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios (...)».

⁵⁷ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, p. 1214; BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, *passim*.

⁵⁸ PEÑA LOPEZ, F.: «El alcance del principio de los “riesgos generales de la vida” como criterio de exclusión de la responsabilidad civil», en *Derecho de daños*, coord. M.J. Herrador Guardia, Sepin, Madrid, 2011, p. 168; Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 317.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 169, 172 y 184.

las medidas oportunas, pues de lo contrario podríamos encontrarnos ante una compensación de culpas.

En estos casos, si finalmente la conducta de los progenitores fuera considerada como un riesgo general de la vida, no cabría la imputación objetiva del daño a la salud o integridad física de los hijos menores a los padres.

4.1.2. *Enfermedades contraídas por los hábitos de vida de los padres*

La salud se protege desde el mismo momento en que se produce el nacimiento, siendo fundamentales los hábitos o costumbres de los progenitores. De hecho, si alguno de éstos fuma, los hijos podrían tener más probabilidades de sufrir un cáncer⁶⁰ o, en el mejor de los casos, importantes enfermedades respiratorias. Y si los padres optan por seguir una dieta alimenticia extrema, los menores –que, como sabemos tienen una demanda nutricional muy diferente a la de los adultos debido a que su organismo está en constante crecimiento– podrían sufrir importantes daños.

A la hora de pedir responsabilidades, habría que saber si es posible que un hijo entable, a través de su representante o cuando cumpla la mayoría de edad, la correspondiente acción contra el progenitor o progenitores que le han causado un daño –en este caso continuado– en su salud, al haber contraído una enfermedad que puede ser consecuencia de los hábitos de vida de éstos. Parece que si se dan los presupuestos legales y se trata de una conducta culposa no habría inconveniente en solicitar esa indemnización. Es decir, habría que ver caso por caso si los padres emplearon la diligencia media para evitar el daño, atendiendo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En el caso de los padres fumadores, el límite a la libertad de actuación de los progenitores se encuentra en la propia salud del niño⁶¹. De entrada la conducta no siempre podría considerarse culposa, máxime si se atiende al modelo o patrón del buen padre de familia, matizado con las circunstancias de tiempo y lugar (hace unos años no existía la misma publicidad negativa del tabaco que ahora) o atendiendo a las personas (no es lo mismo que el hijo esté sano o padezca alguna enfermedad como por ejemplo una bronquitis crónica).

Junto a la culpa, otro factor a tener en cuenta podría ser el de la probabilidad de que ese daño se produjera. Por ejemplo, si los padres proporcionan a sus hijos una dieta extrema, es bastante probable que el niño sufra ciertas carencias que pueden afectar el desarrollo de su salud, mientras que el menor que convive con fumadores no siempre va a desarrollar una enfermedad relevante. Por lo que mientras en este segundo caso no siempre habría un comportamiento culposo con arreglo al modelo de conducta aplicable, en el caso de los padres que privan a sus hijos de una alimenta-

⁶⁰ BRAZIER, M., *op. cit.*, p. 264.

⁶¹ ATIENZA NAVARRO, M.L.: «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», en *Daños en el Derecho de familia*, coord. J.R. De Verda y Beamonte, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 52.

ción equilibrada, habría que comprobar si se sigue ese estándar de comportamiento, que de entrada nos parece que más bien no.

4.1.3. *Enfermedades contraídas por la falta de diligencia de los padres*

Por último, en este abanico de posibles (y a veces utópicas) demandas de responsabilidad de los hijos frente a sus progenitores, se abren un sinnúmero de posibilidades, pues nos podemos encontrar con padres que no deciden acudir al médico para las revisiones rutinarias o cuando el hijo padece una sintomatología preocupante, o también con padres que suministran de forma equivocada la medicación a sus hijos o, incluso, fuera del campo de la medicina, podría darse el caso de que los progenitores causaren daños a sus hijos con alimentos en mal estado, suposiciones que pueden ayudarnos a extraer alguna que otra conclusión.

De todos modos, este abanico que ofrecemos es más hipotético que real, pues en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo no hemos encontrado ninguna sentencia que nos pueda servir de referencia. Y en muchos de los casos se iría por la vía penal al ser la conducta constitutiva de un delito. Una vez más se pone de manifiesto tanto las reticencias de los tribunales a la hora de admitir estos daños como la reserva de las propias víctimas a la hora de dirigir una demanda contra sus progenitores. Porque incluso si es uno de los progenitores el que se dirige contra el otro, a no ser que las relaciones personales entre ellos sean escasas o nulas, veo pocas probabilidades de que el progenitor que no ha causado el daño se aventure a defender el interés de su hijo menor contraviniendo el interés del otro cónyuge.

Así las cosas, nos podríamos encontrar con padres que por la razón que sea no acuden al médico cuando aparecen síntomas relevantes que pudieran ser indicadores de una alteración importante y como consecuencia el hijo sufre importantes daños. ¿Qué habría hecho un buen padre de familia en tal caso? Depende, obviamente, de la gravedad y persistencia de los síntomas, pudiendo llegar a ser culpable siempre y cuando los daños causados fueran de cierta entidad.

Imaginemos ahora que los padres deciden por su cuenta medicar al hijo menor y, o bien equivocan la dosis o, en el peor de los casos, le suministran un medicamento contraindicado para la enfermedad que en realidad padece el menor. O incluso, que tras salir de la consulta del médico, confunden la dosis aconsejada por el facultativo o la que aparece descrita en el prospecto del medicamento. En este caso, al constatar si la actuación de los padres ha creado un riesgo no permitido de que el daño se produzca, parece que debemos concluir que existe una relación de causalidad, si bien es cierto que habrá que comprobar en cada caso si los padres actuaron con la diligencia que les era exigible.

Otro tanto sucede cuando los progenitores hayan proporcionado a sus hijos comidas en mal estado, en cuyo caso, antes de plantearnos si la conducta de los padres fue culpable, a su vez deberíamos establecer diferencias. Por un lado, si se tratase de intoxicaciones alimentarias, por ejemplo una salmonelosis, desde mi punto de vista

estaríamos de nuevo ante un riesgo general de la vida. Pero si los padres ofrecen a sus hijos alimentos cuya fecha de consumo tope ya ha caducado o productos que no han pasado los controles oportunos, no estarían cumpliendo con la diligencia media y en esos casos sí que podría exigírseles la reparación de daños, incluso porque su conducta podría ser considerada dolosa (se han podido representar las consecuencias de tomar ese producto caducado y las aceptan). Lo anterior, claro está, en el caso de que se pudiera probar con claridad cuál fue el origen del daño y de que, efectivamente, ese daño fuera susceptible de resarcimiento.

4.1.4. *Un caso especial: la negativa a las vacunas infantiles*

Las vacunas tienen una finalidad profiláctica, en el sentido de que a través de ellas se inyecta a una persona un virus o principio orgánico convenientemente preparado, con el objeto de preservarla de una enfermedad determinada. Durante el siglo XX la vacunación ha sido una de las medidas de mayor impacto en salud pública, puesto que con su administración se ha conseguido disminuir e incluso a veces erradicar la enfermedad y la mortalidad por enfermedades infecciosas durante la infancia. En relación con ello, debemos señalar que por motivos de salud pública los padres suelen vacunar a sus hijos con las conocidas como vacunas obligatorias, salvo que existan contraindicaciones médicas reconocidas. Pero, en puridad, no deberíamos hablar de vacunas obligatorias y vacunas no obligatorias, pues ninguna ley obliga a ello, así es que para evitar confusiones prefiero hacer referencia a ellas como vacunas sistemáticas (aquellas cuyo objetivo es proteger a las personas susceptibles y obtener también la inmunidad de grupo) y vacunas optativas o no sistemáticas (aquellas que no forman parte de un programa de salud pública y se basan en circunstancias personales, ambientales o de otro tipo que rodean al paciente, por ejemplo viajes internacionales, profesión etc.).

En España, como en la mayoría de países europeos, la vacunación es voluntaria, si bien es cierto que en épocas anteriores sí que se estableció la obligatoriedad para algunas de ellas, de forma que los padres que las negasen para sus hijos estaban sujetos a sanciones económicas e incluso penales si lo hicieran en épocas de epidemia. Actualmente sólo existe una recomendación para los padres de seguir los calendarios vacunales sistemáticos. Como dato de esa no obligatoriedad, basta decir que el calendario vacunal ha venido siendo diferente para cada comunidad autónoma tanto en el tipo de vacunas como en las edades recomendadas, si bien con la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, esta cuestión debería equipararse (arts. 6 y 19)⁶². En principio son por tanto recomendables, pero no son obligatorias, salvo

⁶² Según el art. 6 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, referido al derecho a la igualdad «4. Este derecho se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales». Por otro lado, el artículo 19 de la misma Ley, en materia de prevención de problemas de salud establece que «3. El Consejo Interterritorial del Sistema

cuestiones de salud pública⁶³, siendo responsabilidad de los padres entender y aceptar los beneficios que un buen programa de vacunación conlleva tanto para sus hijos como para los demás miembros de la comunidad.

No ocurre lo mismo en Francia, donde actualmente el *Code de la Santé Publique* establece algunas vacunas como obligatorias (contra la difteria, el tétanos, la poliomielitis y la tuberculosis) en los arts. L.3111-2, L.3111-3 y L.3112-1 CSP, estando previstas, para el caso de negarse los progenitores a alguna de esas vacunas obligatorias, disposiciones como multas y penas de prisión (art. L.3116-4 CSP).

Dicho esto, nos preguntamos si podría derivarse responsabilidad hacia los padres por no haber vacunado a su hijo, o por haberlo vacunado o, incluso por haberlo vacunado en presencia de un estado febril y por tanto en una situación de limitación de las defensas inmunitarias, lo que aconsejaba su retraso. Ciertamente, se pueden sufrir daños permanentes a causa del rechazo de los padres a someter al hijo a las vacunas obligatorias. O puede que también suceda lo contrario (aunque en tal caso la demanda probablemente iría contra la Administración). Todo ello, claro está, en el entendido de que esos daños que hubieran causado al hijo fuesen graves (por ejemplo, debilitamiento del sistema inmunitario, esterilidad, síndrome de fatiga crónica, epilepsia, autismo, enfermedades cardiovasculares, enfermedades degenerativas, etc.).

Los progenitores pueden decidir no vacunar a sus hijos por cualquier razón (se me ocurren dos: negligencia y objeción de conciencia). En esta elección se valorarán cuestiones como la libertad individual, la efectiva utilidad o nocividad de la vacuna, la evolución normativa y sanitaria en el exterior, la falta de coercibilidad legal en materia de infracción del calendario de vacunas⁶⁴, etc. Y es que muchas veces los padres están convencidos de que el bienestar de sus hijos aumenta cuando éstos quedan a

Nacional de Salud acordará: a) Un calendario único de vacunas en España. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla sólo podrán modificarlo por razones epidemiológicas».

⁶³ A través de los medios de comunicación tuvimos noticia de una decisión judicial pionera en nuestro país por resolver la colisión que se había producido entre el derecho individual a la vacunación y un problema de salud pública. Los hechos tienen su origen ante la negativa de algunos padres de vacunar a sus hijos tras la aparición de treinta y seis casos positivos de sarampión vinculados a un colegio granadino. En concreto, la Delegación de Salud envió cartas individualizadas por burofax a los padres de los alumnos que, o no estaban vacunados, o no habían presentado las cartillas de vacunación. De esos padres, algunos contestaron que los vacunarían, otros presentaron las cartillas actualizadas, los padres de cinco menores se negaban a vacunarlos y otros tantos ni siquiera contestaron. De ahí que la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía solicitase el amparo judicial y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada, en su sentencia de 24 de noviembre de 2010, dictara la primera sentencia en España en la que se obliga a administrar un medicamento a personas sanas en aras de evitar un problema de salud pública mayor, acordando la vacunación forzosa de la dosis de la vacuna triple vírica de los treinta y cinco niños que resultaron no estar vacunados (RJCA 2010, 841). En concreto el Juez aplicó la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, cuyo art. 3 establece que «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

⁶⁴ MONTANARI, M.: «Il danno da vaccinazioni», en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Michele Sesta, Utet, Torino, 2008, p. 589.

salvo de los riesgos que conlleva la vacunación rutinaria⁶⁵. Precisamente a causa de los riesgos ínsitos a la vacuna, a veces los padres se resisten a someter al hijo menor a la vacunación. En particular quienes no lo cumplen invocan el estado de necesidad, en cuanto que sostienen que la vacuna expone al menor a un inminente peligro de daño grave a la salud, evitable sólo con su rechazo. Para configurar ese estado de necesidad afirman que es irrelevante que las complicaciones de la vacuna sean insignificantes en términos porcentuales, en cuanto que siempre existe una pequeña posibilidad de consecuencias nocivas para la salud. Por lo que no siempre es fácil determinar si puede subsistir una responsabilidad de los padres por los daños sufridos por el hijo como consecuencia de la no sujeción a la vacuna: en concreto, podría considerarse legítima la conducta de los padres, con la consiguiente irresponsabilidad, en las hipótesis de un rechazo ocasionado por un hecho objetivo que, en el caso particular, hiciera que la vacuna fuera peligrosa para el menor⁶⁶. Pero esta afirmación no justificaría una irresponsabilidad general, sino sólo en ese caso. En el resto habría que comparar la conducta de los progenitores con la del buen padre de familia que, atendiendo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, nos obligaría a descender algo más antes de apresurarnos a tomar una decisión en torno a la responsabilidad o irresponsabilidad de los padres. De entrada, si valoramos las circunstancias de lugar y tiempo, parece que en el momento actual un buen padre de familia seguiría las recomendaciones sanitarias y vacunaría a su hijo, máxime si se parte de una familia con un nivel socio educativo medio. Y si se atiende a las circunstancias personales, por ejemplo que el hijo sufriera alguna enfermedad que hiciera más aconsejable aún la vacuna, con más motivo los padres tendrían que responder en el caso de que el hijo les reclamara el resarcimiento de daños, pues cualquier padre en esas circunstancias de tiempo, lugar y, sobre todo, personas, debería haber vacunado al menor.

4.2. Actos que afectan a la integridad física de los hijos menores

El derecho a la integridad es un derecho fundamental que aparece recogido en el art. 15 CE y tiene su origen en el respeto al derecho a la vida y a su sano desarrollo. En su triple faceta (física, psíquica y moral) este derecho conlleva que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica. En concreto, la integridad física implica la preservación de las partes, órganos y tejidos del cuerpo, por lo que el bien protegido es la vida humana, pero no en el sentido de derecho a la existencia, sino como derecho a no sufrir menoscabo en su dimensión corporal. Toda persona tiene derecho a ser protegida contra aquellas agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndolo o causándole un daño a su salud.

⁶⁵ BRIDGE, C., *op. cit.*, p. 306.

⁶⁶ FACCI, G., *op. cit.*, pp. 237-238.

4.2.1. *Conflicto de derechos: el derecho a la integridad física del menor vs el derecho a las creencias religiosas de los padres*

4.2.1.1. Los Testigos de Jehová

Ciertos movimientos religiosos imponen rituales y códigos de conducta que pueden ser incompatibles con el bienestar físico, moral o psicológico de los menores. El problema surge cuando por motivos religiosos los progenitores rechazan consentir particulares tratamientos, como por ejemplo las transfusiones de sangre o hemoderivados.

En estas hipótesis, en general referidas a los Testigos de Jehová, se debe primar el derecho a la salud –y a veces a la vida– del menor. Las referencias religiosas que los padres utilicen para orientar su propia vida pueden tener consecuencias relevantes en el ejercicio de la patria potestad. Pero lo que no se puede es defender las elecciones de los progenitores que, motivadas por sus propias creencias, pongan en peligro la salud del menor. En tales casos, un juez podrá declarar que el menor que no tiene suficiente capacidad para adoptar por sí mismo decisiones en el ámbito médico está desprotegido y proceder a nombrarle un defensor que autorice el tratamiento necesario, por muy contrario que pudiera ser a la fe que profesan los padres⁶⁷. De forma que la respuesta a la cuestión de si la potestad de los padres puede extenderse hasta el punto de condicionar a partir de sus creencias religiosas los derechos de los menores, no puede ser más que negativa⁶⁸.

En estos casos las posibles soluciones dependerán de la capacidad del menor a la hora de decidir acerca de los tratamientos médicos a recibir. Si el menor no es capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención –art. 9.3.c) Ley 41/2002– no puede prestar consentimiento informado debiendo ser sus representantes quienes decidan por él. Es lógico pensar que los padres decidirán atendiendo a lo que más convenga a la salud de sus hijos, pero podría suceder que dichos padres se negasen al tratamiento médico o a la intervención por motivos religiosos. En todo caso, el art. 154 CC dispone que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica», de donde se deduce que los padres en todo caso tendrían que proteger la salud de sus hijos por encima de todo.

Como ya vimos en otro lugar, si el menor de edad no tiene suficiente capacidad no puede ejercer sus derechos de la personalidad (art. 162 CC); es decir, no podrá ejercer por sí mismo su libertad religiosa ni prestar consentimiento en el ámbito médico. Ahora bien, como los progenitores siguen siendo los titulares de la patria potestad,

⁶⁷ En igual sentido, BOTTA, R./GIOVETTI, G.: «Diritto di famiglia», en *La colpa nella responsabilità civile*, vol. II, coord. G. SEBASTIO en *Il diritto civile nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, Utet, Torino, 2006, p. 105.

⁶⁸ Asimismo, RUSCELLO, F.: *I rapporti personali fra coniugi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 512.

deben velar por el menor y actuar siempre en su beneficio y de acuerdo con el libre desarrollo de su personalidad.

El consentimiento al tratamiento o intervención que tiene como objetivo mejorar la salud o incluso salvar la vida del menor no es sino un deber derivado de la patria potestad⁶⁹. De lo contrario, es decir, si los padres se niegan a que el menor reciba un tratamiento o se le practique una intervención beneficiosa para su salud, nos preguntamos si, llegado el caso, se le podría exigir responsabilidad a éstos, pues como decimos, el derecho a la libertad religiosa de los padres no puede constituir una causa de justificación de la lesión⁷⁰. En todo caso no parece que los padres hayan actuado con dolo. En efecto, si en el sentido común parece que debe prevalecer el valor de la vida y de la salud contra un pronóstico de enfermedad y muerte, no es posible atribuir a los padres que, por motivos religiosos se opongan a la ejecución sobre sus hijos de ciertas prácticas terapéuticas, una voluntad de querer infligirles mayores sufrimientos. Se ha señalado que los padres que creen en una fe religiosa viven en una perspectiva de eternidad. Incluso la muerte, en la dimensión de la fe, no es el fin, sino un inicio, un pasaje, un cambio, pues aunque a la vista del resto parece que mueren, lo que hay es una inmortalidad. Desde esta óptica de la fe, para los creyentes amar a sus hijos es ante todo mantenerlos en esa dimensión de eternidad⁷¹. Por lo que, en todo caso, ese comportamiento sería culposo.

No cabe exigir a un progenitor que en el ejercicio de la patria potestad prescinda de sus creencias, pero sí puede exigirse que se comporte de un modo diligente –diligencia media, buen padre de familia– cuando ejercite el deber de velar por la salud de sus hijos, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso en cuestión. Algún autor entiende que su comportamiento no sería reprochable, si ante la necesidad de que a su hijo se le realice una intervención o tratamiento ese progenitor se preocupa por buscar otros hospitales o facultativos que apliquen una medicina alternativa⁷². Sin embargo, en este caso entiendo que ni siquiera podemos entrar a valorar las circunstancias concretas del caso porque ese padre no alcanza el nivel de la diligencia media que sería exigible.

Igualmente, no hay que olvidar que el art. el 158 CC señala en su apartado 4º que el juez podrá dictar «las demás disposiciones que considere oportuno, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», y entre esas circunstancias que pue-

⁶⁹ DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 340.

⁷⁰ Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 198.

⁷¹ BOTTA, R./GIOVETTI, G., *op. cit.*, p. 106.

⁷² Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia...*, *cit.*, p. 198-199. Además, esta autora defiende que en este tipo de reclamaciones paternofiliales sólo es posible exigir una indemnización cuando exista dolo o culpa grave, *vid.* pp. 789, 801, 808, 809, entre otras.

den dar ocasión a la intervención judicial se puede admitir la salud⁷³, máxime cuando se trata de una intervención o tratamiento vital, necesario para salvar la vida del menor. Por ello cuando los padres se nieguen alegando motivos religiosos, es preciso solicitar una autorización judicial para llevar a cabo el tratamiento⁷⁴.

En este sentido, el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás». Una cosa es adoptar una decisión personal en la que se admite un tratamiento médico en aras del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y otra es decidir sobre la vida de un tercero, más aun cuando es el propio hijo, a quien se debe proteger por encima de todo. Porque ante ese conflicto entre el derecho a la libertad de religión y el bien del niño (carente de discernimiento) entiendo que el ordenamiento ofrece una única solución posible, esto es, defender que por muy legítimos que sean los intereses de los padres, debe prevalecer el interés superior del menor, máxime cuando lo que está en juego es su propia vida⁷⁵.

En cambio, la cuestión no está tan clara cuando el menor tiene capacidad para rechazar un tratamiento que le salvaría la vida, pues como sabemos, en el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, si el menor es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención –y en todo caso desde los 16 o desde que esté emancipado–, prevalecerá su voluntad frente a la de sus padres, no pudiendo luego exigir a éstos responsabilidad civil. En tales casos, si el menor tiene suficiente capacidad podrá prestar su consentimiento antes de cualquier tratamiento o intervención. Al hilo de esto conviene recordar que hace unos años un menor de 13 años, Testigo de Jehová, se oponía –también sus padres– a que se le practicara una hemotransfusión, lo que derivó en el fallecimiento de dicho menor (STS Sala penal, de 27 de junio 1997 –RJ 1997, 4987– y sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 julio –RTC 2002, 154–)⁷⁶. Un menor de 13 años puede tener capacidad natural suficiente

⁷³ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: «Comentario al art. 158 CC», en *Comentario del Código Civil*, dir. C. Paz-Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/ P. Salvador, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, Madrid, 1991, p. 554.

⁷⁴ DE LAMA AYMÁ, A., *op. cit.*, p. 340.

⁷⁵ DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia*, Iustel, Madrid, 2009, p. 299.

⁷⁶ La negativa de los padres a la transfusión planteó la duda de su posible responsabilidad penal que el TS consideró existente (condenó a los padres por un delito de homicidio con la atenuante de arrebató u obcecación e informe favorable para un indulto parcial) y el TC negó con base en la libertad religiosa de los padres, siendo relevante la oposición que manifestó el menor a que se le practicara la transfusión. No es necesario entender que el menor tenía suficiente capacidad natural para exculpar a los padres, ni tampoco parece que en realidad el TC afirme que la libertad religiosa de los padres prima sobre la vida del hijo, pues más bien parece decir que aunque los padres se negaron a consentir la transfusión en un primer momento por motivos religiosos, después, cuando el juez la autorizó, no se opusieron a su práctica, sino que entonces fue el propio menor quien la rechazó, DE LAMA AYMÁ, A., *op. cit.*, p. 344.

para ejercer por sí mismo el derecho a la libertad religiosa sin que quepa la representación legal de los padres. Pero lo que no puede ser es que se confunda esa capacidad para ejercer la libertad religiosa con la capacidad de negarse a recibir un tratamiento que le salvaría la vida, pues el grado de madurez exigido en uno y otro caso no es el mismo⁷⁷. El deber de velar por la vida y la salud de los hijos no puede quedar alterado por las creencias subjetivas de los progenitores. Ese deber de protección de la vida y de la salud de los hijos menores debe medirse atendiendo a pautas objetivas, las pautas que derivan del nivel de atención sanitaria existente en cada momento y lugar⁷⁸.

Esto mismo ocurre en países como Italia o Francia. En Francia, cuando la salud o la integridad física de un menor esté en peligro por el rechazo del representante legal o por imposibilidad de recoger su consentimiento, el médico responsable del servicio puede dirigirse al Ministerio público con el fin de provocar aquellas medidas que le permitan proporcionar los cuidados requeridos (arts. R.1112-35 y L.1111-4 CSP). El juez de menores, informado del peligro que corre un menor como consecuencia de una decisión de los padres, puede intervenir en la elección de un tratamiento médico pasando por alto el rechazo de los padres testigos de Jehová de autorizar una transfusión sanguínea del hijo.

En Italia, la doctrina⁷⁹ pone de relieve lo problemático que resulta saber si existe responsabilidad en el caso de que los padres rechacen un tratamiento sanitario indispensable, como el caso del rechazo de la transfusión de sangre por motivos religiosos, o el caso de una cura convencional, prefiriendo un tratamiento experimental⁸⁰.

El TC manteniendo que se debe practicar al menor el tratamiento médico debido, delimita el grado de responsabilidad que se le puede exigir a los padres que deciden sobre la vida de su hijo en el caso de que se nieguen a la transfusión por ir en contra de sus propias creencias, *vid.* TOMÁS JIMÉNEZ, N.: «La religión y la aplicación de técnicas alternativas», en *Tratado de Derecho de la familia*, dir. M. Yzquierdo Tolsada/M. Cueno Casas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 492.

⁷⁷ Por ello hay que analizar si el menor tiene capacidad para consentir o rechazar una transfusión y en caso de tenerla, si es aceptable que rechace un tratamiento médico que le salvará la vida alegando motivos religiosos, DE LAMA AYMÁ, A., *op. cit.*, p. 342.

⁷⁸ El estado social y de derecho no debería permitir que en nuestro país falleciera un niño de 13 años por el hecho de que tanto él como sus progenitores se nieguen a aceptar una transfusión de sangre; es inconcebible que ni los médicos ni la autoridad judicial fueran capaces de poner remedio a tal resultado, así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 11/2002, BIB 2002\1639, disponible en <http://www.westlaw.es>

⁷⁹ RUSCELLO, F., *op. cit.*, p. 508.

⁸⁰ Una menor de 10 años de edad padecía una leucemia linfoblástica y estaba siendo tratada con quimioterapia en la sección de oncología de la Clínica Pediátrica del Hospital Civil de Brescia, cuando sus padres decidieron suspender el tratamiento para llevar a cabo el método *Di Bella*. Según los médicos, las posibilidades de curación siguiendo con la quimioterapia eran del ochenta por cien, mientras que no existía ningún dato científico sobre la eficacia del llamado método *Di Bella* en la cura de esta enfermedad en pacientes menores, y que incluso los resultados de los estudios llevados a cabo en relación con tumores de personas adultas han dado resultados negativos. De ahí que en opinión de los médicos la actuación de los padres comporte graves riesgos para la salud de la menor y, por tanto, en ausencia de terapia alternativa (y válida) subsiste la urgente necesidad de reactivar el protocolo interrumpido con el fin de no frustrar los resultados obtenidos y el sufrimiento a que la menor ha sido expuesta. Por ello el Tribunal de Menores de Brescia en su Decreto de 28 de di-

En todo caso, también en Italia existe una previsión normativa, pues el art. 333 del *Codice civile* establece que cuando la conducta de los padres no sea tan grave como para privárseles de la patria potestad (tal y como prevé el art. 330 de este mismo Código) pero sea perjudicial para el hijo, el juez, atendiendo a las circunstancias podrá adoptar los procedimientos convenientes e incluso disponer el alejamiento del menor de la residencia familiar. Cuando la elección se base en motivos extraños a la salud, como por ejemplo se adopte atendiendo a las convicciones religiosas de los progenitores, es indudable que el daño que pudiera derivarse sería injusto, en cuanto que entre la salud o la vida del hijo por un lado, y la libertad de conciencia y religión de los padres, por otro lado, ha de prevalecer la salud, cualquiera que sea la escala de valores de estos últimos⁸¹. La Corte Constitucional italiana ha destacado que «la potestad de los padres está reconocida en el art. 30, párrafos I y II de la Constitución⁸² no como su libertad personal, sino como derecho-deber que encuentra en el interés del hijo su función y su límite». Es precisamente éste el fundamento constitucional de los arts. 330 y 333 del *Codice*, que permiten que el juez –cuando los padres no cumplen con sus obligaciones llegando a perjudicar al menor– pueda intervenir para que tales obligaciones se cumplan, bien privándoles de la patria potestad cuando los perjuicios causados al hijo menor sean más graves (art. 330 Cc), o bien limitando su ejercicio si el perjuicio fuera menos grave (art. 333 Cc)⁸³.

ciembre de 1998 señala que vale la pena adoptar medidas que restrinjan la patria potestad en aras de asegurar que la menor reanude inmediatamente el tratamiento de quimioterapia interrumpido. La decisión fue apelada por los padres, que reivindicaban el derecho a la libre autodeterminación en la elección sobre la salud de su hija. Mediante el Decreto de App. Brescia de 13 de febrero de 1999 se confirmó la sentencia del Tribunal de Menores de Brescia de 28 de mayo de 1998, señalando que «no está fuera de lugar llamar a los padres de la menor a los deberes que emergen con claridad, aunque dolorosamente, en los ojos de todos aquellos que tienen posiciones ideológicas que se fundamentan principalmente en ayudar a la menor a afrontar con confianza las etapas posteriores de la quimioterapia. Recuérdese que un ostracismo obstinado sólo constituiría una fuente de riesgo adicional sin sentido alguno para la menor, de ahí la advertencia de este Tribunal». Finalmente, el Tribunal de Menores de Brescia por Decreto de 22 de mayo de 1999 decide archivar el procedimiento, destacando, entre otras, las siguientes razones: 1) la menor demostró una determinación y lucidez que no suele estar presente en menores de su edad; 2) la quimioterapia no puede ser practicada de forma coactiva, ya que se trata de una terapia prolongada (unos dos años) que requiere el apoyo de la familia; 3) una acción coactiva tendría efectos perjudiciales para la menor y probablemente repercutiría de forma negativa en el desarrollo de la enfermedad. De ahí que el Tribunal al mismo tiempo que reafirma la validez de las razones ya expuestas considera oportuno recordar a los padres la grave responsabilidad que asumen en el plano moral y jurídico con su persistente violación de la orden de la autoridad judicial, pero no puede más que señalar la falta de herramientas para asegurar a la menor «el derecho a recibir una terapia que deriva de la evidencia de la investigación científica». Vid. NGCC 2000-I, pp. 204 a 211, con nota de GRIFASI, G.: «Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori», pp. 211 a 218.

⁸¹ FACCI, G., *op. cit.*, pp. 244-245.

⁸² Según el párrafo I del art. 30 de la Constitución italiana «Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los nacidos fuera del matrimonio» y según el párrafo II «En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá lo necesario para que se cumpla la función que éstos desempeñan».

⁸³ Corte Costituzionale 27 marzo 1992, n. 132. *Giust. Civ.*, 1992, tomo II, parte prima, pp. 1671-1672.

En cualquier caso, el problema no surgirá en los casos en que los facultativos debieran actuar de forma urgente por existir un riesgo inmediato grave en la salud del paciente, ya que precisamente por tratarse de una situación de urgencia, los padres no tendrían ocasión de poner en peligro la vida o salud de los hijos. Y ello porque el art. 9.2.b) de la Ley 41/2002 autoriza que en tales supuestos los médicos lleven a cabo las intervenciones indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente o de quienes le representan.

4.2.1.2. La mutilación genital

Otra práctica que atenta contra el derecho a la integridad y comporta la violación de ese derecho fundamental es la mutilación sexual (masculina o femenina), que consiste en la extirpación de los órganos sexuales, la mayor parte de las veces debido a motivos religiosos. A pesar de que se viola el derecho a la integridad física, esta práctica tiene un fuerte predicamento en las tradiciones y en la identidad cultural de quienes la practican.

A este respecto hay que indicar que el art. 3.2 de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social señala que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales para justificar la realización de actos o conductas que fueran contrarios a las mismas. Asimismo, en relación con la mutilación genital femenina, la Exposición de Motivos de la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, señala que «El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos».

Igualmente, el art. 149.2 CP establece que quien cause a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años, de manera que al estar considerado este supuesto como un delito de lesiones, es la vía penal en donde se resuelven estos supuestos, salvo algún caso de declaración de desamparo de menores para evitar que viajen con sus padres a sus países de origen (Gambia, Guinea...) y eliminar así la posibilidad de que allí se le practicara la ablación. Entre estas sentencias en las que la entidad pública declara en situación de desamparo preventivo a la menor y asume su tutela para impedir que acuda a su país de origen y una vez allí «con independencia de su voluntad e incluso de la de su madre, sea sometida a una práctica que, además de atentar a su integridad corporal, puede causarle evidentes efectos psicológicos y afectar a su futura plenitud sexual»

destaca la SAP Barcelona, sección 18ª, de 11 de mayo 2010 (AC 2010,1040). En otros casos se adoptan medidas judiciales de protección del menor *ex art.* 158 CC⁸⁴.

En este sentido, muy significativa fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (sección 1ª, jurisdicción penal)⁸⁵, por dejar claro que en ningún momento podía deducirse que si la mutilación genital se llevaba a cabo en el país de origen, la Justicia española no iba a ser competente para el caso, pues ello supondría hacer caso omiso del principio de extraterritorialidad de la ley, que rige ante la mutilación genital femenina, tal y como recoge la LO 3/2005, de 8 de julio. Es decir, en España la mutilación genital femenina está penalizada aunque se hubiera realizado fuera del territorio español. Según se puede leer en el fundamento jurídico primero de la sentencia «Resulta evidente que para la sociedad española la ablación del clítoris supone una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona».

En todo caso, al estar tipificada la conducta en el Código penal, nos encontraríamos ante una responsabilidad civil derivada del delito cometido.

4.2.2. *Tratamientos o intervenciones de carácter médico. El beneficio del menor*

La integridad física de la persona, y en algunos casos también su salud, tienen diferentes manifestaciones, por ejemplo en relación con la cirugía plástica, la interrupción del embarazo, la donación de órganos, la participación en ensayos clínicos, etc. En cada uno de estos supuestos es importante conocer si la intervención o tratamiento que se va a practicar se puede llevar a cabo en un menor de edad y, si fuera así, si se realiza en su interés, pues de lo contrario, si no aparece claramente ese interés, se abriría una puerta hacia la responsabilidad civil de los progenitores.

4.2.2.1. Cirugía plástica

Uno de los campos donde nos surgen algunas dudas es el de la cirugía plástica, en donde habría que diferenciar las distintas situaciones que se podrían dar. Por un lado, los padres que deciden someter a un hijo menor de edad a una operación estética

⁸⁴ Auto AP Girona, sección 2ª, de 2 de julio 2007 (AC 2008, 750); auto AP Girona, sección 2ª, de 11 de febrero 2004 (AC 2004, 845); auto AP Barcelona, sección 19ª, de 13 de marzo 2012 (JUR 2012, 164191); auto AP Zaragoza, sección 5ª, de 13 de mayo 2005 (JUR 2005, 121602).

⁸⁵ La Audiencia de Teruel condenó a seis años de prisión al padre de la niña que, ocho meses después de su nacimiento, fue sometida a una ablación de clítoris en Gambia, y a otros dos años a la madre al entender que incurrió en una conducta errónea al desconocer que esta práctica era ilícita en España. La sentencia argumenta que el matrimonio (ambos cónyuges de nacionalidad gambiana) decidió «puestos de común acuerdo bien directamente o bien a través de una persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin», extirpar el clítoris a su hija motivados por sus creencias religiosas y culturales. La Audiencia consideró que el padre era conocedor de la prohibición de la práctica de la ablación en España, pero no su esposa, por lo que rebajó la condena que solicitada para ella por el fiscal (ARP 2011, 1364). En relación con esta sentencia resulta muy ilustrativa la sección de «Palabras» de Antonio Lucas que el 20 de noviembre de 2011 se publicaba en el Diario El Mundo bajo el título de «Ablación».

cuando éste no tiene suficiente capacidad, podría decirse que no actuarían en interés del menor si fuera meramente por capricho, es decir, deberían darse elementos objetivos más que justificados para llevar a cabo esa intervención (por ejemplo cuando se lleva a cabo una otoplastia u operación de orejas, que se puede realizar desde edades tempranas). De hecho, últimamente asistimos a un incremento notable de la cirugía estética entre los adolescentes, pues ya se está extendiendo en nuestro país la práctica que se veía en Estados Unidos o algunos países de Latinoamérica de cambiar el regalo tradicional de cumpleaños por una intervención estética⁸⁶. Aunque lo cierto es que a esas edades tan jóvenes las operaciones pueden provocar problemas en su desarrollo, no hay una regulación legal que impida llevarlas a cabo y, como sabemos, el art. 9.3.c) 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 establece que en relación con los menores de edad sólo se ha de otorgar el consentimiento por representación cuando no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

El auge de la cirugía estética entre adolescentes ha dado lugar a que algunas Comunidades Autónomas hayan regulado este tema. Así ha ocurrido con el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad. Efectivamente, la Junta de Andalucía, consciente del problema de salud que supone la extensión indiscriminada de procedimientos quirúrgicos de carácter puramente estético entre la población adolescente, ha publicado este Decreto con el fin de regular esta actividad cuando se practique sobre jóvenes menores de edad, reduciendo su aplicación a aquellos casos justificados y documentados, donde exista una relación razonable entre el riesgo y el beneficio de la intervención. El objetivo de esta medida pasa por valorar el nivel de madurez del menor y descartar los desórdenes que contraindiquen la operación. Para ello, todos los menores de 18 años que quieran someterse a una intervención de este tipo tendrán que pasar previamente un examen psicológico (art. 5). En España, excepción hecha de la comunidad autónoma andaluza, esta cuestión no está regulada por ley⁸⁷, lo cual podrá generar un turismo

⁸⁶ Aproximadamente un diez por cien de las operaciones de cirugía estética que se practican en España se realizan en menores, en algunos casos por una verdadera patología, mientras que en otros se llevan a cabo por capricho. Información disponible en el periódico *El País*, en un reportaje de 4 de febrero de 2008 de M.R.SAHUQUILLO titulado «Los menores se enganchan a la cirugía plástica», en http://elpais.com/diario/2008/02/04/sociedad/1202079601_850215.html

⁸⁷ Por el contrario, en Italia se aprobó recientemente una Ley que prohíbe las prótesis mamarias para menores de edad, quedando exentos de la prohibición los casos de malformaciones congénitas. Se trata de la Ley n. 86 de 5 de junio de 2012, publicada en la *Gazetta Ufficiale* n. 148 de 27 de junio en relación con el establecimiento del registro nacional y de los registros regionales de implantes de prótesis mamarias, la obligación de informar a los pacientes, y la prohibición de realizar intervenciones de cirugía de mama a las personas menores de edad. Según dispone esta Ley, los cirujanos podrán ser castigados con multas de hasta

estético de carácter autonómico en busca de aquella comunidad donde los requisitos y controles fueran más laxos.

En todo caso, es problemático saber si subsiste una responsabilidad en caso de que los padres presten el consentimiento a una intervención médica arriesgada y con un presagio de sufrimiento inevitable para el menor, como por ejemplo para corregir una imperfección física⁸⁸. En concreto, podríamos pensar en los casos en los que a niños de corta edad que han nacido con síndrome de down se les somete a intervenciones de cirugía plástica⁸⁹, con el objeto de reducir el tamaño de la lengua (glosoplastia) y atenuar los rasgos achinados de los ojos (cantoplastia). La primera intervención suele realizarse por recomendación médica durante la infancia pero, en el caso de la segunda ¿hay alguna razón objetiva que la haga recomendable? Si no contribuye a mejorar la visión del menor, no queda claro que se realicen en interés del propio menor.

Mención aparte merece la cirugía transexual. Según reza la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la transexualidad constituye una «realidad social que requiere una respuesta del legislador». Asimismo, en su art. 1 señala que «1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo». Y entre los requisitos para acordar la rectificación el art. 4 señala que es necesario que la persona solicitante acredite que le ha sido diagnosticada disforia de género y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Por tanto no es necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo que el tratamiento médico incluya cirugía de reasignación sexual.

Pero ¿qué ocurre con los menores de edad transexuales? De entrada, quedan excluidos de la esta Ley al hacer ésta referencia expresa a los mayores de edad. Claro que, si un menor no puede proceder a la rectificación registral de la mención relativa a su sexo, parece que con mayor razón habría que negarle la operación de reasignación de sexo. O no.

20.000 euros. Esta norma establece que el implante de prótesis mamarias con fines estéticos está permitido sólo para quienes hayan alcanzado la mayoría de edad (art. 2).

⁸⁸ FACCI, G., *op. cit.*, pp. 203 a 246.

⁸⁹ Como el caso de Ophelia, la niña inglesa de dos años nacida con síndrome de down, cuyos padres manifestaron su voluntad de someterla a intervenciones de cirugía plástica. Noticia de 21 de marzo de 2008, Disponible en : <http://www.20minutos.es/noticia/361909/0/cirujano/sindrome/down/>

En España el 21 de mayo de 2006 el periódico *El País* publicó el reportaje «Cirugía para el síndrome de Down», sólo que en este caso Julio Cambolor, tenía 29 años, disponible en http://elpais.com/diario/2006/05/21/sociedad/1148162406_850215.html

También en Argentina hay algún caso, véase el reportaje publicado el 12 de septiembre de 2009 en el Diario Perfil de Buenos Aires (Argentina) por MARQUEZ, S./YLARRI, P.: «La chica con Down que fue operada para no ser diferente», disponible en http://www.perfil.com/contenidos/2009/09/12/noticia_0054.html

En opinión de algunos médicos puede ser aconsejable que la intervención se realice antes de alcanzar la edad adulta. Concretamente, en España hace un par de años se llevó a cabo el primer cambio de sexo en un paciente menor de edad, no sin antes solicitar la autorización del juez⁹⁰, pues para llevar a cabo dicha intervención no es suficiente con el consentimiento de los padres. Y ello porque según dispone el art. 156 CP el consentimiento emitido de forma válida, libre, consciente y expresa exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, así como esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que ese consentimiento se hubiera obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el consentimiento prestado por éstos ni por sus representantes legales.

De modo que nos plantearíamos la pregunta inversa, es decir, ¿qué ocurriría en el caso de que los padres obstruyeran este posible reconocimiento de una disforia de género? Sin duda, los daños que pudiera sufrir el menor en tal caso, merecen ser tenidos en cuenta, máxime cuando en una sociedad como la nuestra desde el año 2005 está reconocido el matrimonio homosexual en una Ley que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad y a la que recientemente (6 de noviembre de 2012) el Tribunal Constitucional le ha dado un amplio respaldo.

Tampoco en el ordenamiento italiano se recoge referencia alguna en estos casos a menores de edad. La Ley n. 164 de 1982 no disciplina expresamente la hipótesis en que se trate de un menor y el problema ha tenido distintas soluciones en la jurisprudencia⁹¹. En concreto, ante el silencio de la ley en relación con la edad mínima y la posibilidad de admitir la representación de los padres, como la identidad sexual constituye un derecho de la personalidad, no se admite la representación, por lo que no se estima la demanda de los padres que pretendían obtener la autorización a la intervención de rectificación de sexo sobre su hijo menor⁹². Sin embargo, en otras ocasiones la jurisprudencia se ha mostrado más abierta al autorizar que se llevara a cabo una operación quirúrgica, hasta el punto de tener que suspender temporalmente la patria potestad de los padres que se oponían a dicha operación, si bien es cierto que en este segundo caso la problemática no era la misma pues el menor padecía un acusado pseudohermafroditismo femenino⁹³.

⁹⁰ Véanse noticias publicadas en *El País*, el 13 de agosto de 2009, con el título «El primer cambio de sexo de un menor en España, a la espera de un fallo judicial», disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/08/13/actualidad/1250114403_850215.html; y el 1 de enero de 2010, con el título «Primer cambio de sexo a un menor realizado en España», disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/11/actualidad/1263164414_850215.html

⁹¹ MASTRANGELO, G.: «El consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenne: ruolo degli esercenti la potestà genitoriale, garanzia dei diritti del minore e tutela del medico», *Giur. mer.*, n.5. 2010, p. 1471.

⁹² *Tribunale di Catania*, Decr., 17 de marzo de 2004, *Dir. fam. per.* 2004, pp. 455 a 460.

⁹³ *Tribunale per i Minorenni di Potenza*, Decr. 29 de julio de 1993, *Dir. fam. per.*, 1993, pp. 1199 a 1206.

Y como se suele decir, la realidad a veces supera la ficción, pues aunque los padres deben velar y cuidar de sus hijos, qué entienda cada progenitor por esa obligación puede dejarnos ciertamente perplejos. Como muestra un botón, pues no hace mucho saltó la alarma de que una madre inyectaba cada tres meses a su hija de 8 años toxina botulínica (botox es el nombre comercial) con el objeto de que se convirtiera en modelo y estrella de cine⁹⁴. Se trata de un tratamiento puramente estético, no médico, pero nos permite ver cómo esa menor es una candidata a presentar trastornos alimentarios, problemas físicos y de conducta social, entre otros. Como era de esperar, las autoridades de San Francisco (California), donde la madre residía, le retiraron la custodia⁹⁵. Esta toxina, que actúa paralizando temporalmente los músculos, bloqueando la transmisión nerviosa y haciendo que el músculo se relaje, no está considerada como de aplicación segura en niños –salvo indicación médica, por ejemplo en casos de espasticidad– ya que pueden desplazarse a la garganta e interferir con la respiración e incluso deformar un rostro joven. *When she's a superstar earning millions, she'll always be grateful for what I did when she was so young*, es todo lo que a esta madre negligente se le ocurre decir, sin ser consciente de los daños que ha podido causar a esa menor.

4.2.2.2. Ensayos clínicos

En segundo lugar, en relación con la participación en ensayos clínicos con medicamentos, hay que tener en cuenta que la propia legislación prevé que los menores de edad no sean sometidos a experimentos que puedan ser llevados a cabo con adultos. Pero muchos de esos resultados no se pueden extrapolar automáticamente a los menores, pues el incremento de los conocimientos y terapias de enfermedades propias de la infancia sólo puede lograrse, a veces, con experiencias realizadas en los propios menores.

Debemos recordar que la Ley 41/2002 en su art. 9.4 señala que «La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación»⁹⁶. De ahí que tengamos que acudir a la normativa específica. En concreto, el art. 4 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos establece que sólo se podrán realizar ensayos clínicos en menores de edad cuando la investigación guarde relación directa con al-

⁹⁴ La noticia fue publicada el 24 de marzo de 2010 en el Diario *The Sun*, y está disponible en <http://www.thesun.co.uk/sol/homepage/woman/3485305/I-give-my-girl-8-Botox-for-pageant.html>

⁹⁵ Con el título «Retiran la custodia de la madre que inyectaba botox a su hija» se puede leer esta noticia de 17 de mayo de 2011 en <http://www.publico.es/televisionygente/376797/retiran-la-custodia-de-la-madre-que-inyectaba-botox-a-su-hija>

⁹⁶ Este artículo fue modificado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Con anterioridad, el artículo también hacía referencia a la interrupción voluntaria del embarazo. En sentido parecido se pronuncia la disposición adicional segunda de la Ley 41/2002.

guna enfermedad que padezca el menor, o bien dicha investigación sea de naturaleza tal que sólo pueda ser realizada en menores y existan datos que permitan prever que los beneficios esperados superan los riesgos, o que el riesgo que conlleva el ensayo es mínimo. En tal caso, la obtención del consentimiento informado ha de ajustarse a lo especificado en el artículo 7.3, a saber, que cuando el sujeto del ensayo sea menor de edad la decisión deberá adoptarse teniendo en cuenta que es necesario el consentimiento informado previo de sus padres o representantes legales, así como que ese consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor. Además, cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar su consentimiento para participar en el ensayo. Y, por último, habrá que poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de estos ensayos con menores⁹⁷. En todo caso, la voluntad de los representantes legales queda supeditada a los casos en que esté en juego la salud del menor y el tratamiento a realizar esté científicamente aceptado⁹⁸.

De manera que si se cumplen todas las prescripciones legales, no parece que si el menor llega a sufrir algún daño pueda exigir responsabilidad a sus padres, ya que éstos actuaron precisamente por su bien⁹⁹ y, como señala el art. 4 del RD 223/2004, es preciso que los beneficios esperados superen los riesgos o que el riesgo que conlleve el ensayo sea mínimo, es decir, tal y como lo habría hecho una persona con diligencia media, en definitiva, un buen padre de familia.

4.2.2.3. Interrupción voluntaria del embarazo

Nos preguntamos ahora cómo se puede ver afectado el derecho a la salud de una menor si se le obliga a continuar con un embarazo que no desea o, por el contrario, si se le obliga a abortar en contra de su voluntad. Ello le puede acarrear graves consecuencias a su salud psíquica, sin descartar los daños corporales que en su caso también podría sufrir como consecuencia de un embarazo o parto de riesgo. En España, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, recoge en su art. 13 entre los requisitos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo¹⁰⁰, que en el caso de las mujeres de 16

⁹⁷ Según el art. 60.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (los arts. 58 a 62 regulan los ensayos clínicos en humanos) «(...) En el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal previa instrucción y exposición ante el mismo del alcance y riesgos del ensayo. Será necesario, además, la conformidad del representado si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo».

⁹⁸ TOBIÁS, J.W.: «Responsabilidad civil derivada de la experimentación en seres humanos», en *La responsabilidad*, Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, dir. A.A. Alterini y R.M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 163.

⁹⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia... cit.*, p. 214.

¹⁰⁰ En Francia, el art. L.2212-7 del *Code de la Santé Publique* (modificado por la Ley nº 2001-588 de 4 julio) señala que si la mujer es una menor no emancipada en principio se necesita el consentimiento de los titulares de la patria potestad o de los representantes legales. Sin embargo, este artículo continúa señalando que la menor podrá abortar no sólo en contra de la opinión de los titulares de la patria potestad o representantes

y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas (apartado cuarto). Y aunque la propia norma a continuación señala que al menos uno de los representantes legales deberá ser informado de la decisión de la mujer, acto seguido establece que «Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo».

Por tanto las menores a partir de los 16 años decidirán si continúan o no con el embarazo, sin que en tal caso pueda plantearse una demanda de responsabilidad contra sus padres. El problema se sitúa ahora por debajo de esa edad, ya que el art. 13 apartado tercero de la LO 2/2010 señala que es necesario que la interrupción voluntaria del embarazo se realice «con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica». Ello supone que si la menor tiene suficiente capacidad, en principio debería poder decidir por sí misma, tal y como se desprende del art. 9.3.c) de la Ley 41/2002. No obstante, como está en juego no sólo su salud sino también la vida de otra persona, ante un posible conflicto entre la opinión de la menor y la de sus representantes, en este caso entiendo que habría que acudir al juez, quien deberá valorar qué interés merece mayor protección e intentar prevenir cualquier tipo de daño para la menor¹⁰¹.

Por último, cuando la menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención que se le va a practicar (lo cual en este caso resulta difícil porque quien tiene relaciones sexuales sin precauciones en cierto modo asume el riesgo que se puede derivar), el consentimiento lo dará su representante legal después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos. Ante cualquier demanda de responsabilidad que la hija pudiera emprender contra sus progenitores, habrá que atender a la diligencia que éstos emplearon al tomar la decisión de que se le practicara o no un aborto a la menor. Las propias convicciones religiosas de los padres no deberían interferir en la toma de decisión, y ello porque su decisión únicamente sería correcta e irreprochable si actuasen pensando en el beneficio que la medida adoptada supondrá para la menor.

4.2.2.4. Donación de órganos, donación de células y tejidos y donación de sangre

Una vez visto lo anterior, vamos a referirnos ahora a los tratamientos médicos en los que se cuestiona el beneficio directo que los mismos van a suponer para el menor.

legales, sino también incluso sin haber hablado antes con ellos, si bien en este caso se exige que la menor esté acompañada de una persona mayor de edad de su elección.

¹⁰¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», *cit.*, p. 807.

Parece que la edad requerida en el menor se eleva de forma proporcional cuando no se deriva un beneficio para su salud, pues a propósito de estos supuestos (como en el caso de la donación de órganos y la donación de sangre) no basta con tener 16 años o estar emancipado, sino que se exige haber alcanzado la mayoría de edad¹⁰², a excepción de algunos casos, como veremos a continuación.

En lo que a la donación de órganos se refiere, según la legislación española el menor de edad no puede ser donante. En estos casos hay que ser mayor de edad, por lo que ni el menor ni sus representantes pueden consentir la donación [art. 4.a) de la Ley 30/1979 de 27 octubre de extracción y trasplante de órganos y art. 9.1.a) y d) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos]. Y por ello mismo no se podría plantear supuesto alguno de responsabilidad civil de los padres en estos casos.

Sin embargo, en Bélgica la Ley de 13 junio de 1986 sobre la donación y trasplante de órganos, modificada en varias ocasiones, la última por una Ley de 3 de julio de 2012, establece que el menor a partir de los 12 años¹⁰³ puede consentir en la donación de un órgano, siempre que la donación no tenga consecuencias graves para el donante y el órgano se destine a un hermano o hermana (art. 7). Dicho de otra forma, sus padres no pueden imponerle la intervención contra su opinión pero puede suceder a la inversa, es decir, el menor de 12 años puede pasar por alto la negativa de los padres, lo cual no deja de ser una hipótesis teórica en la medida en que el trasplante no puede hacerse más que en provecho de un hermano o de una hermana del donante menor. Ello significa que en el Derecho belga el menor de 12 años puede disponer de su derecho a la integridad física en estos casos¹⁰⁴.

En otro orden de cosas, en materia de donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos, el art. 7.1 párrafo cuarto del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre establece que no podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En tales casos, será el representante legal quien otorgue el consentimiento. El requisito de que la indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor

¹⁰² P. DE COSSÍO RODRÍGUEZ se refiere a la mayoría de edad sanitaria simple (los 16 años o los 14 años si está emancipado) y a la mayoría cualificada (los 18 años, pues para poder adoptar válidamente algunas decisiones concernientes a la propia salud se exige haber alcanzado la mayoría de edad legal y no haber sido incapacitado judicialmente), «El consentimiento informado», en *Tratado de Derecho de la familia*, dir. M. Yzquierdo Tolsada/M. Cueno Casas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 413-414.

¹⁰³ La Ley de 7 diciembre de 2001 modificó el art. 7 de la Ley de 13 de junio de 1986, en el sentido siguiente: donde se hacía referencia a los menores de 15 años, debía sustituirse por menores de 12 años.

Incluso en la Ley actual se prevé que si el donante tuviera menos de 12 años es necesario que tenga capacidad para manifestar su opinión (art. 7 § 2.2).

¹⁰⁴ NOTTET, A., *op. cit.*, pp. 24-25.

se introduce *ex novo* en esta regulación, mientras que los dos únicos requisitos exigidos con arreglo a la regulación anterior eran que existiera una relación genética entre el donante y el receptor, así como que se escuchara al propio menor¹⁰⁵. Con la omisión referida a la relación genética ¿acaso el legislador está pensando en familias recompuestas? Pero es que aun suponiendo que se tratara de un hermano ¿es razonable que los padres consientan la donación de médula ósea de un hijo menor de edad para salvar la vida de otro hijo? Esa medida no parece que se lleve a cabo tomando en consideración el interés del hijo menor donante. Con todo, se podría argumentar que los beneficios psicológicos para este menor serían sustanciales y el trauma psicológico que seguramente le supondría la negativa a la donación justificaría una respuesta positiva para el interés del hijo¹⁰⁶.

En Francia el art. L.1241-3 CPS establece que, a falta de otra solución posible, un menor puede ser donante de células hematopoyéticas en beneficio de sus hermanos e, incluso, de forma excepcional la donación de estas células recogidas de la médula ósea puede hacerse en beneficio de un primo hermano, tío o sobrino, pero en todo caso hay que asegurarse de que la donación no supondrá ningún riesgo para el menor teniendo en cuenta su edad o su desarrollo. El menor ha de haber sido informado, con el objeto de obtener su voluntad siempre y cuando tuviera suficiente capacidad, ya que si se opusiera no podría llevarse a cabo.

Por último, en relación con la donación de sangre¹⁰⁷, igualmente se exige ser mayor de edad, tal y como establece el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. En su Anexo II se refiere a los criterios de selección de los donantes de sangre total y componentes sanguíneos, y en su apartado “A” señala que cada centro de transfusión sanguínea ha de establecer los criterios de selección de donantes tanto para la donación homóloga como para la donación autóloga, los cuales serán revisados y actualizados periódicamente. En circunstancias excepcionales, el médico responsable podrá autorizar donaciones de donantes que no cumplan los criterios de edad (el límite de edad comprende de los 18

¹⁰⁵ Según señalaba el apartado 2 del art. 7 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos (vigente hasta el 12 de noviembre de 2006): «Los menores de edad pueden ser donantes de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea. En estos dos últimos casos exclusivamente para las situaciones en que exista relación genética entre donante y receptor y siempre con previa autorización de sus padres o tutores».

¹⁰⁶ BRIDGE, C., *op. cit.*, p. 307.

¹⁰⁷ En Bélgica la Ley de 5 julio 1994 relativa a la sangre y derivados de la sangre de origen humano, en relación con los menores señala que sólo pueden ser donantes en caso de extrema necesidad y con autorización escrita y firmada de los padres, pero si están en disposición de dar su opinión, el médico lo tendrá en cuenta (art. 9 párrafo 3). En caso de oposición de los padres, es difícil imaginar que un médico lleve a cabo la donación que consiente el menor, desde el momento en que la propia ley exige la autorización de los padres. En el caso contrario, si los padres dan su consentimiento y el menor se opone, la ley no obliga al médico a respetar esa oposición. Esta solución ha sido criticada, NOTTET, A., *op. cit.*, pp. 25-26.

a los 65 años), peso (en principio el peso corporal debe ser mayor de 50 kilogramos), etc.

En definitiva, en los casos en que la regla general es que se alcance la mayoría de edad para poder ser donantes, al no encontrarnos ante personas menores de edad no se plantearía la posible responsabilidad de los padres. Sólo en aquellos casos en los que excepcionalmente se autoriza a los padres a prestar su consentimiento para llevar a cabo la donación podríamos preguntarnos si la elección fue acertada, pero en todo caso considero que los progenitores siempre podrían alegar un estado de necesidad, en el sentido de que el Derecho otorga la posibilidad de dañar o poner en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico que por lo menos tenga igual trascendencia jurídica, y poder así quedar exonerados de responsabilidad.

5. Representación del menor para iniciar acciones contra sus padres

Según establece el art. 162.2 CC los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores que no estén emancipados, salvo en aquellos casos en los que exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Lo anterior se completa con el art. 163 CC al señalar que cuando el padre y la madre tuvieran un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él, y si el conflicto de intereses existiera sólo en relación con uno de los progenitores, corresponderá al otro representar al menor o completar su capacidad¹⁰⁸.

En parecido sentido, el art. 299.1 CC se refiere al defensor judicial como un cargo al que se puede acudir cuando entren en conflicto los intereses del menor con los de sus padres. Se trata de un cargo temporal y la delimitación objetiva de ese conflicto incluye intereses muy diversos en la práctica, siendo comprensiva de «todo asunto, negocio o pleito»¹⁰⁹. Efectivamente, los menores no tienen reconocida capacidad procesal para iniciar por sí mismos una acción contra sus padres, en este caso para reclamarles una indemnización por los daños. En tales casos, sería el otro padre, el que no intervino en la producción del daño, el que podría iniciar la acción en representación de su hijo menor; puesto que, de haber sido ambos padres los causantes del ilícito, bien será un defensor judicial quien actúe en representación del menor, o bien será el propio menor quien, una vez alcanzada la mayoría de edad, dirija una demanda contra sus padres.

¹⁰⁸ En relación con esto último, señala J.A. MORENO MARTÍNEZ que hubiera sido preferible también en este caso designar un defensor judicial por estimar que aun cuando el otro progenitor no posea un interés incompatible con el menor, resulta inconveniente que éste, en representación de su hijo menor, tenga que defender un interés que perjudica a su cónyuge o viceversa, de modo que para evitar esa conflictividad en las relaciones conyugales la solución podría haber sido que también en ese caso se designase un defensor judicial, *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989, p. 146.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «El defensor judicial», *RCDI*, 1930, p. 257.

En cuanto a la primera opción, la doctrina ha puesto de manifiesto que si la víctima es un menor de edad sujeto a la potestad de los presuntos responsables resulta muy problemática la exigencia de responsabilidad ante la dificultad, a menudo insalvable, que supone tener que encargar el ejercicio de la acción a un defensor judicial¹¹⁰. En cuanto a lo segundo, habría que tener en cuenta que la acción para exigir la responsabilidad por las obligaciones que se derivan de la culpa o negligencia prescribe al año (art. 1968 CC), plazo que en este caso empezaría a contar desde que el menor cumpliera la mayoría de edad, o a partir de que se manifestara el daño, pues según el art. 1969 CC el tiempo para el cómputo de la prescripción comenzará a contarse, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones correspondientes. El art. 1969 CC recoge la conocida teoría de la *actio nata*, es decir, es preciso que la acción haya nacido. Por lo que si no se hubiera ejercitado la acción por uno de los padres o por el defensor, el hijo menor podría reclamar daños en el plazo de un año desde que cumpliera la mayoría de edad. Una razón más para que este tipo de demandas se alcen en contadas ocasiones, pues ya se sabe que el paso del tiempo condena al olvido o, dicho más llanamente, que el tiempo lo cura todo.

VI. EN SUMA, POR ÚLTIMO O FINALMENTE

En nuestro sistema de responsabilidad civil el art. 1902 CC se refiere a la culpa sin más y aunque hay posturas que defienden que en relación con los daños aplicados a las relaciones de familia sólo es posible exigir una indemnización cuando exista dolo o culpa grave, no es ése el sentido de la norma. Efectivamente, el art. 1902 CC nada especifica en relación con la culpa, pero no ocurre lo mismo con el art. 1104 CC que, como sabemos, señala que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y que cuando la obligación no señale expresamente la diligencia a seguir, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia –no se me ocurre mejor contexto para aplicar este concepto indeterminado–.

De forma que si los padres sólo respondieran de los daños causados en la salud o integridad física de sus hijos menores por culpa leve, estaríamos elevando de forma considerable el nivel de diligencia que les resulta exigible, mientras que, por el contrario, si sólo respondieran por culpa grave, estaríamos siendo más flexibles al considerar que la diligencia exigible es mucho menor. Pero nuestro Código civil no diferencia ni gradúa la culpa, sino que se limita a remitir a ese modelo de conducta.

En suma, debemos atenernos al concepto de negligencia que recoge el Código civil. No hay razones suficientes que avalen un tratamiento benévolo a favor de los progenitores que causan daño a la salud o integridad física de los hijos menores. En

¹¹⁰ FERRER RIBA, J., *op. cit.*, p. 3.

primer lugar, porque eso no es lo que dice nuestro Código civil. Y, en segundo lugar, porque razones como que se podría quebrar la armonía, la paz o la estabilidad de la familia hoy en día carecen de la justificación que otrora tuvieran. Ahora lo que resulta fundamental es tener en cuenta si la actuación de los progenitores lesiona algún interés que está protegido en la Constitución, lo que efectivamente ocurre en este caso donde están en juego el derecho a la integridad, el derecho a la salud y, en algunos casos, el derecho a la vida¹¹¹. Además, el daño al que se refiere el art. 1902 CC ha de suponer una lesión de cierta gravedad, quedando fuera del concepto de daño resarcible las simples molestias, inconvenientes o incomodidades propios de la misma convivencia familiar entre padres e hijos¹¹².

Por último, obligada referencia merece el hecho de que a pesar de que no sean frecuentes estas reclamaciones de daños de hijos frente a sus progenitores negligentes, no por ello desmerecen atención. La discrecionalidad que se otorga a los padres en el ejercicio de la patria potestad ciertamente no puede constituir el trampolín hacia la responsabilidad, sino más bien al contrario, es decir, en todo caso debería suponer un obstáculo. Y, en todo caso, vale la pena recordarlo, el terreno mejor abonado para que proliferen estas demandas vendrá de la mano de padres atrincherados contra sus ex cónyuges.

Finalmente, y a pesar de los inconvenientes que se pueden adivinar, avanzar por este camino resulta un reto que requerirá mesura, templanza y grandes dosis de objetividad. Del postulado tradicional que negaba la posibilidad de ofrecer tutela resarcitoria a las conductas lesivas entre familiares, hemos dado paso a una cauta apertura dirigida a comprobar que sí que es posible aplicar la tutela aquiliana en estos casos. A estas alturas deberíamos estar de acuerdo en que las relaciones de familia no pueden servir de pretexto para que los daños causados entre los miembros de una misma familia no sean susceptibles de indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA RODRIGUEZ, R.: *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

ASENSIO SÁNCHEZ, M.A.: *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012.

¹¹¹ SESTA, M.: *Filiazione, adozione, alimenti...*, cit., pp. 392-393; ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 76.

¹¹² Igualmente, SESTA, M.: *Filiazione, adozione, alimenti...*, cit., pp. 392-393; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B./PÉREZ VALLEJO, A.M., op. cit., p. 21; ATIENZA NAVARRO, M.L., op. cit., p. 67.

En relación con la posible legitimación de los hijos para reclamar a los padres que incumplen el régimen de visitas, señalan C. GONZÁLEZ BEILFUSS y M. NAVARRO MICHEL que hay que ser especialmente cauto. Parece evidente que si la conducta del padre es especialmente grave el hijo estará legitimado para reclamar, pero no todo incumplimiento ha de comportar necesariamente una indemnización. La insatisfacción del menor no puede elevarse a la categoría de daño, que desembocaría en una guerrilla intrafamiliar sin fin, vid. «Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», *RJC*, 2010-3, p. 830.

- ATIENZA NAVARRO, M.L.: «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», en *Daños en el Derecho de familia*, coord. J.R. De Verda y Beamonte, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 41 a 78.
- BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BASILE, C.A.: «El derecho de los niños y el daño generado por sus padres», disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/24853/el-derecho-de-los-ninos-y-el-dano-generado-por-sus-padres> (fecha de consulta 13.10.2012).
- BAUSILIO, G.: «Gli adolescenti», en *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affido, Adozione*, dir. P. CENDON, Cedam, Milani, 2011, pp. 635 a 655.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 11/2002, BIB 2002\1639, disponible en <http://www.westlaw.es>
- BOTTA, R./GIOVETTI, G.: «Diritto di famiglia», en *La colpa nella responsabilità civile*, vol. II, coord. G. SEBASTIO, en *Il diritto civile nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, Utet, Torino, 2006.
- BRAZIER, M.: «Parental responsibilities, foetal welfare and children's health», en *Family Law Towards the Millennium: Essays for P M Bromley*, Butterworths, London, Edinburgh and Dublin, 1997, pp. 263 a 293.
- BRIDGE, C.: «Parental powers and the medical treatment of children», en *Family Law Towards the Millennium: Essays for P M Bromley*, ed. Caroline Bridge, Butterworths, London, Edinburgh and Dublin, 1997, pp. 295 a 330.
- CANO HURTADO, M.D.: «Actuaciones médicas en pacientes menores de edad: su regulación en el Derecho Estatal y en el Derecho Valenciano», en *La protección del menor*, dir. A. Vallés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 87 a 129.
- CASSANO, G.: «Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità», artículo di 23.05.2006, disponible en <http://www.altalex.it>
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: «Comentario al art. 158 Cc», en *Comentario del Código Civil*, dir. C. Paz-Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/ P. Salvador, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 554-555.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M.: «Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia», en *Derecho de Daños*, coord. M.J.Herrador Guardia, Sepin, 2011, Madrid, pp. 313 a 378.
- D'ANGELO, A.: «Il resarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 7009-ter C.P.C.», *Familia*, 2006-I, pp. 1031 a 1051.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P.: «El consentimiento informado», en *Tratado de Derecho de la familia*, dir. M. Yzquierdo Tolsada/M. Cueno Casas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 406 ss.
- DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M.A.: *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, t.II, Dykinson, Madrid, 2005.
- DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia*, Iustel, Madrid, 2009.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, coord. J.R. De Verda y Beamonte, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 28, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 103 a 174.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V, La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- FACCI, G.: «La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali», en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, Utet, Torino, 2008, pp. 203 a 246.

- FAMA, M.V.: «“Vivir y dejar morir...” El derecho a la muerte digna de niños y adolescentes: alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental», *Derecho de familia*, 2007-I, pp. 155 a 179.
- FERRANDO, G.: «Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza», *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 37 a 87.
- FERRER RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret* 4/2001, disponible en <http://www.indret.com>
- FERRER, F.A.M.: «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación», *Revista de Derecho de daños*, 2002-2, Menor dañino y Menor dañado, pp. 317 a 347.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C./NAVARRO MICHEL, M.: «Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», *RJC*, 2010-3, pp. 805-832.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «El defensor judicial», *RCDI*, 1930, pp. 193 y ss.
- GRIFASI, G.: «Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori», *NGCC.*, 2000-I, pp. 211 a 218.
- GÜNTHARDT DE LEONARDI, E.: «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia, educación y tenencia», *Revista de Derecho de daños*, 2002-2, Menor dañino y menor dañado, pp. 205 a 230.
- JORDANO FRAGA, F.: «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984 pp. 883 a 904.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «Daños sufridos y causados por niños», *Revista de Derecho de daños*, 2002-2, Menor dañino y menor dañado, pp. 7 a 56.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.
- MALONE, W.S.: *Torts in a nutshell. Injuries to family, social and trade relations*, West Publishing, St. Paul, Minn., 1979.
- MARIN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: «Aplicación del régimen de daños al incumplimiento del régimen de visitas», en *Daños en el Derecho de familia*, coord. J.R. De Verda y Beamonte, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 17, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 179 a 201.
- MARTIN CASALS, M./RIBOT, J.: «Daños en Derecho de familia: un paso delante, dos atrás», *ADC*, tomo LXIV, 2011-2, pp. 503 a 561.
- MASTRANGELO, G.: «El consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenne: ruolo degli esercenti la potestà genitoriale, garanzia dei diritti del monore e tutela del medico», *Giur. mer.*, n. 5, 2010, pp. 1462 a 1476.
- MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- MEDINA, G./HOOF, I.: «Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense)», en *Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez*, Santa Fe, 1990, pp. 231 a 282.
- MÉNDEZ COSTA, M.J.: «La *pietas familiae* en la Responsabilidad civil», en *La responsabilidad*, Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, dir. A.A. Alterini y R.M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 526 a 535.
- MONTANARI, M.: «Il danno da vaccinazioni», en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Michele Sesta, Utet, Torino, 2008, pp. 574 a 594.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- NOTTET, A.: «Mineurs et droits personnels», *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/2010, pp. 15 a 43.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al art. 1902 del Código civil », en *Comentario del Código Civil*, dir. C. Paz-Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/ P. Salvador, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo II, Madrid, 1993, pp. 1971 a 2003.
- PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.
- PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al art. 1902 Cc», en *Comentarios al Código Civil*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 2120 a 2124.

- «El alcance del principio de los “riesgos generales de la vida” como criterio de exclusión de la responsabilidad civil», en *Derecho de daños*, coord. M.J. Herrador Guardia, Sepin, Madrid, 2011, pp. 149 y ss.
- RESCIGNO, P.: «Inmunidad e privilegio», *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, pp. 415 a 445.
- ROCA I TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- «La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. J.A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, pp. 533 a 566.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», en *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, dir. M. Yzquierdo Tolsada/M. Cueno Casas, Aranzadi, 2011, pp. 765 a 885.
- ROMEO CASABONA, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMERO, M.: «I bambini malati», en *Trattato dei nuovi danni, III, Uccisione del congiunto. Responsabilità familiare. Affido, Adozione*, dir. P. Cendon, vol. III, Cedam, Milani, 2011, pp. 805 a 814.
- RUSCELLO, F.: *I rapporti personali fra coniugi*, Giuffrè, Milano, 2000.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B./PÉREZ VALLEJO, A.M.: *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 951 a 974.
- SAMBRIZZI, E.A.: *Daños en el Derecho de familia*, Buenos Aires, 2001.
- SELLA, M.: *I danni non patrimoniali*, en *Trattati a cura de P. Cendon, Giuffrè, Milano, 2010.*
- SESTA, M.: «L'evoluzione delle relazioni familiari e l'emersione di nuovi danni», en *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Michele Sesta, Utet, Torino, 2008, pp. XXI a XXXV.
- *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Giappichelli, Torino, 2011.
- TOBIÁS, J.W.: «Responsabilidad civil derivada de la experimentación en seres humanos», en *La responsabilidad*, Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, dir. A.A. Alterini y R.M. López Cabana, Buenos Aires, 1995, pp. 155 a 165.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N.: «La religión y la aplicación de técnicas alternativas», en *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, dir. M. Yzquierdo Tolsada/M. Cueno Casas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 477 a 499.
- VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.