

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

**PERSONA Y DERECHO CIVIL: LOS RETOS
DEL SIGLO XXI**

*(Persona, género, transgénero; inteligencia artificial
y animales sensibles)*

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos, Investigador del Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho
Mercantil de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la
Universidad de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad
del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto
Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

PERSONA Y DERECHO CIVIL: LOS RETOS DEL SIGLO XXI

*(Persona, género, transgénero; inteligencia artificial
y animales sensibles)*

CARMEN BAYOD LÓPEZ

(Directora)

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

(Coordinador)



Grupo de Investigación
**GOBIERNO
DE ARAGON**

I.D.D.A

Investigación y Desarrollo
del Derecho Civil de Aragón



tirant lo blanch
Valencia, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Carmen Bayod López , José Luis Argudo Pérez
y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-____-2021
ISBN: 978-84-11475-16-7
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Autores

Gerardo Aguas Valero	Miriam Jiménez Bernal
Óscar Andrés Molina	Miguel L. Lacruz Mantecón
Carmen Bayod López	Fernando Latorre Dena
Carmen Bentué Martínez	Nuria Martínez Martínez
M. ^a Cristina Berenguer Albaladejo	Loreto Carmen Mate Satué
M. ^a Cristina Bueno Maluenda	Elisa Moreu Carbonell
Maria Carmela Venuti	Pablo Muruaga Herrero
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla	Carol Ordovás Morlas
José Ramón de Verda y Beamonte	Rui Prista Cascão
André Dias Pereira	Ángel Pueyo Campos
Martin Ebers	José Javier Pérez Milla
M. ^a Ángeles Egusquiza Balmaseda	Beatriz Serrano Sánchez
Beatriz Extremera Fernández	Marta Susana Lobo
Joaquín Fernández Mateo	Eva Sáenz Royo
MaríaPaz García Rubio	Belén Trigo García
M. ^a José González Ordovas	Antoni Vaquer Aloy
Rubén Herrero Giménez	

Índice

PRESENTACIÓN	25
--------------------	----

CARMEN BAYOD LÓPEZ

ABREVIATURAS	27
--------------------	----

I. TRANSEXUALIDAD, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. PONENCIAS

LA TRANSEXUALIDAD ANTE EL LEGISLADOR ESPAÑOL: <i>DE MINIMIS NON CURAT LEX?</i>	33
--	----

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

I. LA “NUEVA” -Y POLÉMICA- PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA EN ESPAÑA SOBRE TRANSEXUALIDAD: <i>DE MINIMIS NON CURAT LEX?</i>	33
--	----

II. LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO DE LOS TRANSEXUALES FUNDADA EN SU SOLA VOLUNTAD Y ADMITIDA PARA CIERTOS MENORES DE EDAD: CRÍTICAS Y JUSTIFICACIÓN.	37
---	----

1. Su previsión -nada revolucionaria- en el Anteproyecto de Ley “trans”.....	37
--	----

2. Crítica -muy expandida- a tal previsión de reforma: la necesidad del diagnóstico y de un control sobre la madurez y la estabilidad del trans menor de edad. .	42
--	----

3. Posible justificación -formal y sustancial- de la opción de -simple- política legislativa escogida en el Anteproyecto.	43
--	----

III. LA -INJUSTIFICABLE- IRRETROACTIVIDAD DE LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO DE LOS TRANS.	48
---	----

IV. DE LA INJUSTIFICABLE ESCISIÓN ENTRE EL NOMBRE Y EL SEXO ¿O DE LA INMINENTE IRRELEVANCIA JURÍDICA DEL SEXO?: <i>DE MINIMIS NON CURAT LEX.</i>	52
--	----

BIBLIOGRAFÍA.....	56
-------------------	----

**LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
CONSTITUCIONAL: POSIBLES INCOMPATIBILIDADES..... 59**

EVA SÁENZ ROYO

I. INTRODUCCIÓN.....	59
II. EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO	60
1. El principio de igualdad formal: «lo mismo para hombres y mujeres»	60
2. El principio de igualdad material: «lo mismo para los semejantes»	61
3. Las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias basadas en el sexo biológico: especial consideración de la violencia de género y la paridad electoral.....	63
III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS PERSONAS TRANS.....	67
IV. LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO	71
1. Marco legal y jurisprudencial	72
2. Los términos de la polémica: la legitimidad del debate	78
3. La incompatibilidad del derecho a la autodeterminación de género con las políticas de discriminación positiva y medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres.....	80
V. CONCLUSIÓN.....	83
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	84

**CUERPO E IDENTIDAD: A PROPÓSITO DE ALGUNOS DISCURSOS
NORMATIVOS..... 87**

M^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVAS

I. CUERPO Y ORGANISMO.....	87
II. DISCURSOS HACEDORES DEL CUERPO Y LA SEXUALIDAD	88
III. EL INDIVIDUO AUTÓNOMO Y SOBERANO.....	91

Índice	11
IV. LA LIBERTAD COMO COOPERACIÓN.....	97
V. BIBLIOGRAFÍA.....	105

I. TRANSEXUALIDAD, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. COMUNICACIONES

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN ESTRATÉGICO PARA EL FOMENTO DEL RESPETO, LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD LGBT+ EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.....	109
---	-----

**FERNANDO LATORRE DENA, CARMEN BENTUÉ MARTÍNEZ, CAROL ORDOVÁS MORLAS,
ÁNGEL PUEYO CAMPOS,**

I. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN ESTRATÉGICO PARA EL FOMENTO DEL RESPETO, LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD LGBT+ EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA	109
1. Introducción.....	109
2. Metodología.....	111
3. Resultados	113
4. Conclusiones / Discusión.	113
II. BIBLIOGRAFÍA.....	114

IDENTIDAD SEXUAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: INTERSEXUALIDAD Y ASIGNACIÓN DE SEXO EN EL DERECHO ESPAÑOL	117
---	-----

BELÉN TRIGO GARCÍA

I. IDENTIDAD SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES	117
II. PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE MODIFICACIÓN GENITAL.....	120

III. CONSENTIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN GENTAL Y OTRAS INTER- VENCIONES.....	122
3.1. El consentimiento de menores con 16 años cumplidos	124
3.2. El consentimiento de menores entre 12 y 16 años.....	125
3.3. El consentimiento en menores de 12 años.....	126
3.4. Formación y sensibilización sobre la intersexualidad.....	127
IV. LA ASIGNACIÓN DE SEXO DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES Y EL RE- GISTRO CIVIL	128
IDENTIDAD, PERSONALIDAD Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN EDUCATIVA	131
MIRIAM JIMÉNEZ BERNAL, RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ	
I. IDENTIDAD, PERSONALIDAD Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN EDUCA- TIVA.	131
1. Introducción.....	131
2. El libre desarrollo de la personalidad.....	131
3. La identidad y la personalidad en la legislación educativa.....	133
4. Conclusiones.....	137
II. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138
EL DERECHO A LA IGUALDAD DE ACCESO A LA MEJORA COGNITIVA*	141
ELISA MOREU CARBONELL	
I. TRANSHUMANISMO, MEJORA COGNITIVA, CÍBORGS DE MEJORA.....	142
II. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN EN ESTE ÁMBITO	145
III. NEURODERECHOS DE MEJORA COGNITIVA.....	146
IV. Y EN CONCLUSIÓN.....	147
V. BIBLIOGRAFÍA.....	148

II. ¿NUEVAS PERSONAS?

1. PONENCIAS.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UNA SUBJETIVIDAD CIBERNÉTICA..... 151

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UNA SUBJETIVIDAD CIBERNÉTICA..... 151

1. ¿Existe la Inteligencia Artificial?..... 151

2. ¿Puede la Inteligencia artificial ser igual que la humana?..... 154

3. ¿Hay que reconocer personalidad en los entes electrónicos inteligentes?..... 159

4. Entonces, si los robots no son personas ¿Son cosas?..... 164

5. ¿Hay que reconocer a los sistemas inteligentes una cierta subjetividad jurídica? 167

6. ¿Qué problemas intentamos solucionar, en realidad, mediante la personificación de los robots? 170

7. ¿Qué consideración otorgamos los humanos a los entes cibernéticos, y qué efecto producen en nosotros?..... 176

II. BIBLIOGRAFÍA..... 181

EL FUTURO MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL 185

MARTIN EBERS

I. INTRODUCCIÓN..... 185

II. EN BUSCA DE MARCOS JURÍDICOS PARA LOS SISTEMAS DE IA..... 187

1. La promesa y los peligros de las tecnologías basadas en IA..... 187

2. Características problemáticas de los sistemas de IA..... 188

3. El marco jurídico actual..... 189

4. Iniciativas para regular la IA..... 191

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE IA DE LA COMISIÓN EUROPEA.....	193
1. Enfoque horizontal basado en el riesgo para regular los sistemas de IA.....	193
2. Objetivo de la propuesta de la Ley de Inteligencia Artificial. Competencias. Efecto preventivo	194
3. Ámbito de aplicación	195
4. Usos prohibidos de los sistemas de IA (art. 5 LIA)	198
5. Sistemas de IA de alto riesgo	202
6. Obligaciones de los proveedores y usuarios	208
7. Requisitos para los sistemas de IA de riesgo limitado (art. 52 LIA)	210
8. Aplicación de la ley.....	210
9. Relación de la Ley de Inteligencia Artificial con el marco jurídico existente..	211
10. Lagunas normativas de la LIA.....	213
IV. CONCLUSIÓN	214
ENTRE PERSONAS Y COSAS, LOS ANIMALES: ¿DERECHO O DERECHOS DE LOS ANIMALES?.....	217
GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA	
I. GESTACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.....	217
II. LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, COMO OBLIGADA RESPUESTA A NUESTRO DERECHO COMUNITARIO Y AUTONÓMICO.	220
1. Adecuación de la ley española al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la necesaria protección del bienestar del animal -como ser vivo sensible-, consagrada como nuevo principio general del Derecho.....	220
2. Inspiración de la Ley española en algunos Códigos europeos, aunque con olvido de nuestro Derecho autonómico.	224
III. ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ANIMALES COMO BIENES -AUNQUE SINGULARES-.	227

1. Ante todo, la posición prudente de la Ley española, exenta de radicalismos extremos.....	227
2. El bienestar del animal como norma y principio de Orden Público, y su supeditación a los intereses humanos.....	233
3. La “falsa salida” de los animales como inmuebles por destinación en el “nuevo” art. 334 CC y la posible “salida en falso” de los animales como bienes muebles en el “nuevo” art. 346 CC.....	237
4. Repercusión de la consideración del animal como bien singular en materia de embargos y garantías reales: la exclusión -tan solo- de los animales de compañía.....	240
5. A modo de conclusión, y de epílogo abierto: ¿Derecho o derechos de los animales?	248
IV. BIBLIOGRAFÍA	250
NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO DE SUCESIONES.....	253
ANTONI VAQUER ALOY	
INTRODUCCIÓN.....	253
I. EL TESTAMENTO ELECTRÓNICO	255
1. Autenticidad y espontaneidad de la voluntad testamentaria.....	256
2. La conservación del testamento	258
II. EL TESTAMENTO CERRADO CON FIRMA ELECTRÓNICA	259
III. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO CON MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	262
1. La escritura del testamento ológrafo	262
2. El soporte del testamento ológrafo	265
3. La firma.....	269
4. Algunas cuestiones problemáticas.....	269
IV. BIBLIOGRAFÍA	271

II. ¿NUEVAS PERSONAS?

2. COMUNICACIONES: INTELIGENCIA ARTIFICIAL

LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES: ESPECIAL ATENCIÓN A SU CONFIGURACIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN DE SERVICIOS DIGITALES.....	277
--	-----

LORETO CARMEN MATE SATUÉ

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	278
II. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A CONSUMIDORES.....	280
1. Recorrido normativo sobre la consideración de los datos personales como contraprestación	280
2. Aspectos críticos sobre la configuración de los datos personales como contraprestación.....	283
III. BIBLIOGRAFÍA	285

ROBOTS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO SUJETOS DE DERECHO.....	287
---	-----

ÓSCAR ANDRÉS MOLINA, MIRIAM JIMÉNEZ BERNAL

I. ROBOTS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO SUJETOS DE DERECHO	287
1. Introducción.....	287
2. Robótica e Inteligencia Artificial.....	288
3. Ciudadanía y derechos de robots y sistemas de IA: dilemas.....	290
4. Conclusiones.....	293
II. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	294

CUANDO EL CINE RECLAMA AL LEGISLADOR QUE LOS ROBOTS TENGAN PERSONALIDAD JURÍDICA.	295
--	-----

PABLO MURUAGA HERRERO

I. BREVE INTRODUCCIÓN.	295
II. APUNTES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	296
III. NOTAS JURÍDICAS SOBRE LOS ROBOTS.	299
IV. TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES.	302
V. BIBLIOGRAFÍA.....	305

DAÑOS A LA SALUD POR EL USO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	307
--	-----

NURIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

I. INTRODUCCIÓN.....	307
II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: ROBOTS E IA.....	309
III. TIPOLOGÍA DE ROBOTS Y SISTEMAS DE IA EN EL ÁMBITO SANITARIO. .	311
1. En función de su finalidad médica	311
2. En función de su grado de autonomía	313
IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE ROBOTS Y SISTEMAS DE IA EN EL ÁMBITO MÉDICO.....	315
1. La posible aplicación de la Directiva de productos defectuosos	316
2. La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial	317
V. BIBLIOGRAFÍA.....	318

ENTREGA DE DATOS PERSONALES FALSOS COMO RIESGOS PARA SISTEMAS IA.....	321
---	-----

BEATRIZ SERRANO SÁNCHEZ

I. ENTREGA DE DATOS PERSONALES FALSOS COMO RIESGOS PARA SISTEMAS IA	321
1. Introducción.....	321
2. La entrega de datos personales falsos en los contratos de suministro de servicio digital.....	324
4. Entrega de datos personales falsos desde la perspectiva del empresario	331
5. Conclusiones.....	332
II. BIBLIOGRAFÍA.....	333

EFFECTOS DISCRIMINATORIOS DE LAS DECISIONES ADOPTADAS MEDIANTE SISTEMAS DE APRENDIZAJE AUTOMATIZADO.....	335
--	-----

M^a CRISTINA BERENGUER ALBALADEJO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS.....	335
II. VENTAJAS Y RIESGOS DEL USO DE ALGORITMOS EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES: EN PARTICULAR, LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA A GRUPOS VULNERABLES	338
III. POR QUÉ EL ALGORITMO DISCRIMINA.....	340
IV. PRINCIPALES DESAFÍOS QUE PLANTEA LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y MEDIDAS PARA COMBATIRLOS	342
V. REFLEXIONES FINALES.....	345
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	348

LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA EN TIEMPOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL CASO DE LAS DAO	351
---	-----

M.^a CRISTINA BUENO MALUENDA

I. EL OBJETO DE ESTUDIO	351
-------------------------------	-----

II. LA WEB DESCENTRALIZADA Y LAS DAO	353
III. ¿QUÉ ES UNA DAO?	358
1. Descripción de la formación, elementos y funcionamiento de una DAO	359
2. Cuestión de la naturaleza jurídica de una DAO ¿tienen personalidad jurídica?.	363
3. El caso de CityDAO y el Estado de Wyoming.....	367
IV. LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA Y LAS DAO	368
1. La subjetividad tributaria o ¿quién puede ser sujeto de obligaciones tributa- rias?	368
2. La subjetividad tributaria de los entes sin personalidad jurídica del art. 35.4 LGT.....	369
3. ¿Existe ese patrimonio separado susceptible de imposición en una DAO? ¿Podríamos intentar someter a gravamen a la DAO bajo esta modalidad sub- jetiva?	372
V. CONCLUSIONES	376
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	377

II. ¿NUEVAS PERSONAS?

3. COMUNICACIONES: ANIMALES

ANTROPOCENTRISMO DEBILITADO: CONSECUENCIAS Y CORRESPONDENCIAS ENTRE LA ÉTICA ANIMAL Y LA ÉTICA AMBIENTAL...	381
--	-----

JOAQUÍN FERNÁNDEZ MATEO

I. LAS CAUSAS PROFUNDAS DE LA CRISIS ECOLÓGICA	381
II. LA CONSIDERACIÓN MORAL DE LOS ANIMALES	384
III. RELACIONES ENTRE ÉTICA ANIMAL Y ÉTICA AMBIENTAL	387
IV. CONCLUSIÓN	389
V. BIBLOGRAFÍA.....	389

CUESTIONES COMPETENCIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN ANIMAL.... 391**BEATRIZ EXTREMERA FERNÁNDEZ**

I. INTRODUCCIÓN.....	391
II. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN ANIMAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA	393
III. LA PROTECCIÓN ANIMAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	394
1. Carencia de competencias específicas en la Constitución Española	394
2. La extralimitación competencial en materia de protección animal.....	395
3. El Anteproyecto de Ley de Protección y derechos de los animales	397
IV. CONCLUSIONES.....	398
V. BIBLIOGRAFÍA.....	399

III. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA**1. PONENCIAS.**

LA FILIACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO DE LOS PROGENITORES*	403
---	-----

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

I. PUNTO DE PARTIDA: OBSOLESCENCIA DE NUESTRO DERECHO DE FAMILIA.....	403
II. RASGOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN...	405
III. CAMBIOS DE SEXO DEL PROGENITOR Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE SUS HIJOS. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS.....	407
IV. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ¿QUÉ CABE ESPERAR?	416
V. LA RESPUESTA DEL DERECHO ESPAÑOL	419

VI. ALGUNAS PROPUESTAS, TODAVÍA BORROSAS, EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN DE PROGENITORES TRANS	423
EFFECTOS DE LA AUTODERMINACIÓN DE GÉNERO SOBRE EL VÍNCULO MATRIMONIAL.....	429
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.	
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CUESTIÓN.....	429
II. LA PLENA VALIDEZ ESTRUCTURAL DEL MATRIMONIO DEL TRANSEXUAL TRAS LAS LEYES 13/2005, DE 1 DE JULIO Y 3/2007, DE 15 DE MARZO.....	433
III. LA POSIBLE NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ERROR.....	437
IV. LA POSIBILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL POR NULIDAD DEL MATRIMONIO DERIVADA DE LA OCULTACIÓN DE LA TRANSEXUALIDAD.....	443
V. BIBLIOGRAFÍA.....	451
"TRANSGÉNERO Y TRANSEXUALIDAD: AUTODETERMINACIÓN JURÍDICA REGISTRAL DE MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD".....	453
M^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA	
I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS: CONTEXTO INTERNACIONAL....	453
II. PANORAMA ACTUAL DE LA AUTODETERMINACIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD SEXUAL EN ESPAÑA.....	458
1. El punto de partida: la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención relativa al Sexo de las Personas.....	458
2. Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.....	460
3. La STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, y consecuente STS 685/2019, de 17 de diciembre.....	462
III. EL PROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI.....	467
1. Consideraciones generales.....	467

2. Normativa proyectada sobre la rectificación en el Registro civil de la mención del sexo de los menores de edad.....	469
3. La modificación registral de la mención relativa al sexo de las personas con discapacidad.....	478
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	480
AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y FAMILIA EN DERECHO ITALIANO ...	483
MARIA CARMELA VENUTI	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	483
II. AUTODETERMINACIÓN, GÉNERO Y RELACIÓN DE PAREJA: EN PARTICULAR, LA ELECCIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y SU REFLEJO SOBRE EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES CIVILES DEL MISMO SEXO.....	484
III. PAREJAS HOMOAFECTIVAS, AUTODETERMINACIÓN PROCREATIVA, PATERNIDAD.....	487
IV. CONTINÚA: LAS CUESTIONES MÁS DEBATIDAS.....	491
1. Continúa: la situación de los hijos nacidos de parejas femeninas.....	491
2. Continúa: la situación de los hijos nacidos de parejas masculinas.....	492
3. Continúa: la situación de los hijos adoptados en el extranjero con adopción plena.....	497
V. CONCLUSIONES.....	497
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	498
AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN PORTUGAL	499
RUI PRISTA CASCAO, MARTA SUSANA LOBO, ANDRÉ DIAS PEREIRA	
I. ANTECEDENTES.....	499
II. EVOLUCIÓN DEL TEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO	502
III. DERECHO EUROPEO COMPARADO.....	507
IV. DERECHO PORTUGUÉS.....	508

V. LA LEY N° 38/2018, DE 7 DE AGOSTO Y EL DICTAMEN 91/CNECV/2017	510
VI. ANÁLISIS DE LA LEY N° 38/2018	512
1. Adultos y menores de 16 a 18 años	512
2. La persona intersexual	514
3. La ausencia de definiciones.....	514
4. Salud.....	516
5. Educación y enseñanza	516
6. La relación de la Ley n. 38/2018, de 7 de agosto con otras disposiciones legales	517
VII. CONCLUSIÓN	517
VIDA FAMILIAR Y LIBRE CIRCULACIÓN DE DE , DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO	519
DR. JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA	
I. VIDA FAMILIAR MATRIMONIAL Y UNIÓN EUROPEA.....	519
II. VIDA FAMILIAR EN	521
1. Derecho estatal y DUE.	521
2. Vida familiar y Libre circulación de Ciudadanos(as) de	523
3. Asunto <i>Coman</i>	524
4. Caso <i>Banger</i>	527
5. Sentencia Pancharevo.	528
III. VALORACIÓN QUE CONTINUARÁ.....	533

III. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA**2. COMUNICACIONES**

ECTOGÉNESIS Y FILIACIÓN 543

GERARDO AGUAS VALERO

I. CUESTIONES PREVIAS 543

II. CONCEPTO 544

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN 545

IV. RÉGIMEN JURÍDICO 547

V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 549

VI. CONCLUSIÓN 550

Presentación I

El Derecho civil se enfrenta a grandes retos en el siglo XXI.

El Derecho de la persona, contenido permanente del Derecho civil, está dando una vuelta de tuerca a través de la propia concepción del ser humano y la importancia que en su determinación subjetiva juega la autonomía de la voluntad.

La distinción tradicional entre hombres y mujeres, en respuesta a un sexo biológico, se encuentra ahora superada ante la posibilidad de que las personas, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, puedan elegir el sexo emocional e incluso no adscribirse a ninguno de los hasta ahora conocidos, todo ello con una posible respuesta legal a través de diversas propuestas legislativas en ese sentido, que merecen ser analizadas antes de convertirse en Derecho vigente.

No cabe duda que todos estos cambios sociales modifican los límites de la autonomía de la voluntad (la norma imperativa, la moral y el orden público) debiendo el Derecho ofrecer ante esta situación, tanto a nivel civil general, (estado y condición de las personas) como en lo que atañe al Derecho de familia (matrimonio, filiación, etc.) o al Derecho de sucesiones y patrimonial (¿puedo desheredar a un legitimario por modificar su condición sexual o no alquilar un piso de mi propiedad a un transexual?, por ejemplo); así como también analizar su incidencia en aspectos penales (cómo queda afectada, por ejemplo, la violencia de género) o laborales, entre otros, y preguntarnos si este juego del libre desarrollo de la personalidad nos puede permitir hablar de un nuevo Derecho fundamental del ser humano.

Junto a lo anterior, y no de menor importancia, aparecen otros retos: la nueva concepción de los animales como seres dotados de sensibilidad y la inteligencia artificial, con una propuesta de crear una personalidad robótica, exigen una reflexión desde el Derecho civil, la filosofía del Derecho y los Derechos humanos.

Todas estas cuestiones se abordaron en el *I Congreso internacional sobre Persona y Derecho civil: los retos del siglo XXI (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles)*, que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, los días 22 y 23 junio.

El libro que ahora les presento da a conocer los temas allí tratados a través de las ponencias presentadas y las comunicaciones defendidas.

CARMEN BAYOD LÓPEZ

*Catedrática de Derecho civil
Directora del Congreso*

¹ Esta obra se ha elaborado en el marco del grupo de referencia (S.15-F20), sobre Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón, que está *Financiado por el Gobierno de Aragón. Ha contado también con el patrocinio de diversas Instituciones (Justicia de Aragón y Dirección General de Desarrollo Estatuario y programas Europeos del Gobierno de Aragón) y con el Instituto de Patrimonio y Humanidades.*

Abreviaturas

AA.VV.:	Autores varios.
AC:	Actualidad Civil.
ACGC:	Anteproyecto de la Comisión General de Codificación.
ADA:	Anuario de Derecho aragonés.
ADC:	Anuario de Derecho civil.
AJI:	Actualidad Jurídica Iberoamericana.
APDC:	Asociación del Profesores de Derecho civil.
ASECGC:	Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación.
ATS:	Auto del Tribunal Supremo.
BCE:	Boletín de las Comunidades Europeas
BIMJ:	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BJC:	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BMJ:	Boletín del Ministerio de Justicia.
BOA:	Boletín Oficial de Aragón.
BOIB:	Boletín Oficial de las Islas Baleares.
DOG:	Diario Oficial de Galicia.
DOGC:	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.
BON:	Boletín Oficial de Navarra.
BOPV:	Boletín Oficial del País Vasco.
CADC:	Comisión aragonesa de Derecho civil.
CC.AA.:	Comunidades Autónomas.
Cc:	Código civil.
CCCat.:	Código Civil de Cataluña.
CDFA:	Código del Derecho Foral de Aragón.
CE:	Constitución española.
Cfr.:	confróntese.
CNUDMI.:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CP:	Código penal.
CR:	Convenio de Roma

CVDT:	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DA:	Disposición adicional.
DF:	Disposición Final
DIPr.:	Derecho Internacional Privado.
DOCE:	Diario Oficial de la Comunidad Europea.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea.
DOCV:	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana.
EACV/EAV:	Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Valencia
EJE:	Enciclopedia Jurídica Española.
FNN:	Fuero Nuevo de Navarra.
FJ:	Fundamento Jurídico.
Ídem:	La misma obra y página
Ibídem.:	La misma obra y distinta página.
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LEcr.:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO:	Ley orgánica.
NEJ:	Nueva Enciclopedia Jurídica.
Pág.:	Página.
Págs. /pp.:	Páginas.
RDC:	Revista de Derecho civil.
RDCA:	Revista de Derecho civil aragonés.
RDCE:	Revista de Derecho Constitucional Europeo.
RDP:	Revista de Derecho Privado.
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC:	Revista Jurídica de Cataluña.
RJdN:	Revista Jurídica del Notariado.
RJN:	Revista Jurídica de Navarra.
s.d.:	sin datar.
s.l.e.:	sin lugar de edición.
s.p.:	sin paginar.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos humanos.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU:	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 26 de diciembre.
TUE:	Tratado de la Unión Europea.
UE:	Unión Europea.
Vid/vid:	ver.
Vgr./vgr.:	Por ejemplo.
Vs.:	Versus.

<https://dpej.rae.es/contenido/siglas-jur%C3%ADdicas>

I. TRANSEXUALIDAD, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. PONENCIAS

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla: *La transexualidad ante el legislador español: ¿De minimis no curat lex?*

Eva Sáenz Royo *El libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de género*

María José González Ordovás: *Cuerpo e identidad: a propósito de algunos discursos normativos*

LA TRANSEXUALIDAD ANTE EL LEGISLADOR ESPAÑOL: *DE MINIMIS NON CURAT LEX?*

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. LA “NUEVA” -Y POLÉMICA- PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA EN ESPAÑA SOBRE TRANSEXUALIDAD: *DE MINIMIS NON CURAT LEX?* II. LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO DE LOS TRANSEXUALES FUNDADA EN SU SOLA VOLUNTAD Y ADMITIDA PARA CIERTOS MENORES DE EDAD: CRÍTICAS Y JUSTIFICACIÓN. 1. Su previsión -nada revolucionaria- en el Anteproyecto de Ley “trans”. 2. Crítica -muy expandida- a tal previsión de reforma: la necesidad del diagnóstico y de un control sobre la madurez y la estabilidad del trans menor de edad. 3. Posible justificación -formal y sustancial- de la opción de -simple- política legislativa escogida en el Anteproyecto. III. LA -INJUSTIFICABLE- IRRETROACTIVIDAD DE LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO DE LOS TRANS. IV. DE LA INJUSTIFICABLE ESCISIÓN ENTRE EL NOMBRE Y EL SEXO ¿O DE LA INMINENTE IRRELEVANCIA JURÍDICA DEL SEXO?: *DE MINIMIS NON CURAT LEX*. BIBLIOGRAFÍA

I. LA “NUEVA” -Y POLÉMICA- PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA EN ESPAÑA SOBRE TRANSEXUALIDAD: *DE MINIMIS NON CURAT LEX?*

No hace mucho que desde el Ministerio de Igualdad, dirigido por Irene Montero, se ha presentado otro borrador para una nueva Ley “trans”¹ (referida, claro es, al colectivo de transexuales, pero también en general al LGTBI)². No ha sido la primera vez (ya en 2018 UNIDAS PODEMOS había presentado otra propuesta

¹ Que así en parte se titula (como “Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”), lo que, con razón, ha sido objeto de crítica (como luego, en otra nota, se verá): una cosa es que coloquialmente se emplee tal abreviatura y otra bien distinta que lo haga el propio legislador. Tal vez bastaría con las siglas LGTBI, admitidas en diversos textos legales, nacionales y autonómicos, y en cuya “T”, precisamente, se incluyen, entre otros posibles, los transexuales.

² Cuyo texto íntegro y cuya memoria explicativa y justificativa pueden verse en <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/2021/apl-igualdad-efectiva-persona-trans-derechos-lgtbi.aspx>

Para un estudio general, aproximativo y completo a su texto, véanse VELA SÁNCHEZ, AJ (“El cambio de sexo en el anteproyecto de la llamada Ley Trans”, en *Diario La Ley*, n° 10038, de 28 de marzo de 2022); ESTEVE ALGUACIL, L y NONELL I RODRÍGUEZ, A (“Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, en *Indret*, 3-2021, pp. 267-290).

sobre el tema³ y luego otro anteproyecto, muy cercano en el tiempo y similar en su contenido al actual, en 2021⁴). Todo ello ha suscitado mucho revuelo, como lo demuestra su enorme eco en prácticamente todos los medios de comunicación. Curiosamente, en esta ocasión aquel revuelo no solo se ha producido entre los partidos -llamados- de derecha y de izquierda, sino en el propio seno de estos últimos, y dentro del propio Gobierno de coalición, entre PSOE y UNIDAS PODEMOS, así como entre las propias asociaciones feministas y LGTBI, algunas de las cuales se han mostrado reticentes y críticas con ambas propuestas de reforma podemistas⁵.

A esa objeción se ha venido a sumar el CGPJ en su Informe emitido sobre la última propuesta de Anteproyecto, que aunque elogiosa en general con la misma, muestra sus discrepancias en algunas cuestiones cruciales, que aquí abordaremos (sin poder entrar aquí y ahora en tantas otras). En contraste con tal Informe, el Dictamen del CES de España⁶ se mostraría más benévolo valorándolo, en general, “de forma positiva”.

Tal fue para mí la sorpresa, no tanto por la polémica en sí, sino por su aparente inconsistencia, que, os confieso, me vino a la memoria aquel conocido refrán proveniente -según suele creerse- de una conocida obra Shakesperiana: “Mucho ruido y pocas nueces”. Pero que no se me malinterprete. No hablo de

³ Cuyo texto íntegro, más extenso incluso que el de la actual propuesta, puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-220-1.PDF#page=1

⁴ Cuyo texto íntegro, extensísimo también, puede verse en https://es.scribd.com/document/493184846/Borrador-Ley-Trans#fullscreen&from_embed

⁵ Así, entre otras, puede verse en las “Aportaciones de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS al Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, que puede verse completa en https://www.mujeresjuristasthemis.org/images/Themis_Aportaciones_APL_personas_LGTBI_agosto2021.pdf

En tales aportaciones se comienza, precisamente, criticando la expresión de “trans” que el Anteproyecto utiliza desde su mismo título, diciéndose que “Transexual es una persona en quien su identidad sexual no se corresponde con su sexo biológico y genético. Trans es un prefijo que adquiere sentido unido a otra palabra o sintagma (transoceánico, transformación, transexual) y en solitario carece de significado y por tanto no puede ser el objeto de una norma jurídica cuya finalidad es erradicar las discriminaciones basadas en la diversidad sexual o afectiva de las personas”. Tal vez convendría precisar, en cuanto a esto último, que “trans” es un prefijo que, por sí solo, significa “al otro lado de, detrás de o a través de” (según la RAE).

Otra crítica al Anteproyecto de Ley “trans”, también a su misma denominación, viene de manos de “Contra el borrado de las mujeres” en su escrito titulado “Alegaciones sobre el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, que puede verse en https://contraelborradodelasmujeres.org/wp-content/uploads/2021/08/Alegaciones_Anteproyecto_Ley_Igualdad_Personas_Trans.pdf

En su crítica a la denominación “trans”, considera que la de transexualidad ofrece mayor seguridad jurídica, añadiendo que “el término «trans» incluiría a travestis ocasionales, así como a personas de «género fluido», neutro, no binario, hombres que combinan tacones con corbata, hombres que se declaran mujeres sin modificar aspecto alguno, etc.”.

⁶ Que puede consultarse en <http://www.ces.es/documents/10180/5275470/Dic012022.pdf>

“pocas nueces” porque la transexualidad sea, estadísticamente, muy minoritaria⁷. No siempre es cierto aquel fragmento contenido en el Digesto del Emperador Justiniano que decía: *De minimis non curat praetor* (“de lo mínimo no se ocupa el pretor”, el juez), o en otra variante referida a la ley (*de minimis non curat lex*), para decirse que esta tampoco se ocupa de lo mínimo, de lo intrascendente⁸. Que la transexualidad sea un fenómeno minoritario no oculta que en su trasfondo, en su raíz estén en juego la dignidad de la persona (trans), el libre desarrollo de su personalidad, la intimidad y, también, la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, ni de género, ni de orientación sexual; valores y principios todos ellos, consagrados en nuestra Constitución y en la Convención Europea de Derechos Humanos, que, precisamente, son los que fundamentan y legitiman la propuesta de nueva Ley “trans” presentada por el Ministerio de Igualdad, así como a la Ley hoy vigente habida sobre el tema, de 2007 (según puede verse justificado en sus respectivas Exposiciones de Motivos).

La polémica suscitada viene principalmente referida, por un lado, a la posibilidad de que la rectificación del sexo registral (mencionado en el Registro Civil, en otros Registros, así como en todo documento oficial donde se haga tal mención -DNI, Pasaporte, ...-), se pueda hacer ante el encargado del Registro Civil con la sola declaración de voluntad expresa del trans que así lo solicite, sin necesidad, por tanto, de ningún informe médico o psicológico que avale la -llamada- “disforia de género”, ni mucho menos de ningún tratamiento previo, ni psicológico, ni hormonal, ni quirúrgico, como, en cambio, exige, literalmente al menos y salvo algunas excepciones, la ley actualmente vigente desde 2007 (en su artículo 4, frente al art. 37 de la nueva propuesta, en cuyo ap. 4 se dispone que “el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe

⁷ Ya hace tiempo que los doctores ARREDONDO DÍAZ y DE PEDRO CUESTA (en “El fenómeno transexual”, en *AC*, 1989, pp. 633-641), advirtieron que en el mundo padecen el síndrome transexual uno de cada 100.000 hombres, y una de cada 300.000 mujeres. MARTÍNEZ PEREDA (en “El transexualismo en el Derecho español”, en *AC*, 1989 y 1990), por su parte, dice que son transexuales en el mundo uno de cada 30.000 hombres y una de cada 400.000 mujeres. “Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las personas trans representan entre el 0,3 por 100 y el 0,5 por 100 de la población mundial” (dice el Dictamen del CES hecho sobre el Anteproyecto de reforma último presentado por el Ministerio de Igualdad). Por otra parte, son intersexuales entre un 0.1 y un 4 % de la población mundial, según indica LAUROBA LACASA, M^ªE (en “Las personas intersexuales y el Derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, en *Derecho privado y Constitución*, n^º 32, pp. 11-54). Las estadísticas, como se ve, difieren en la cuantía, pero coinciden en mostrar lo minoritario del fenómeno, aunque no por ello debe desatenderse la cuestión, muy problemática, que ello plantea.

⁸ Como puede verse en el Diccionario panhispánico del español jurídico (editado por la RAE), “su trasunto legal es *de minimis non curat lex*. Ambos constituyen una misma regla con dos variantes cuya diferencia obedece a la especialización: la primera forma se aplica en el ámbito jurisprudencial (se excluyen las causas insignificantes del conocimiento de los jueces) y la segunda en el legal (la ley no debe regular los temas banales)”.

médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole”).

Por otro lado, la polémica también se ha centrado en la posibilidad de que tal solicitud se pueda hacer por personas transexuales menores de edad, frente a la ley vigente que, literalmente al menos -insisto-, exige en su artículo primero la mayoría de edad con plena capacidad, distinguiendo aquí la propuesta de UNIDAS PODEMOS (en los restantes apartados de su art. 37) según la edad del menor⁹, para permitirle tal solicitud por sí solo a partir de los 16 años, y si tiene entre 14 y 16 años, con la anuencia y asistencia de sus padres, o, en su defecto, en caso de oposición de tales personas, con la del defensor judicial nombrado *ad hoc* para tal solicitud, o si se trata de una persona con discapacidad con la asistencia de su sistema de apoyo en su caso¹⁰. Semejante proceder se aplicará tratándose de un menor de 12 ó 13 años, aunque en tal caso la rectificación del sexo habrá de tramitarse judicialmente a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en que deba acreditarse que el menor transexual presenta “suficiente madurez” y se encuentra en una “situación estable de transexualidad” (cfr., del Anteproyecto, su Disposición final 7^a, donde se introducen los arts. 26 bis a 26 quinquies en la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

A tal propuesta de cambio, ya hecha en el primer borrador podemista, se opuso el propio PSOE, sobre todo, porque aquella solicitud en la rectificación registral, y oficial, del sexo, hecha por mayores o por menores de edad, se fundara en tan solo su voluntad, sin mayores requisitos ni garantías. Y he ahí la razón de mi sorpresa, porque tal reforma ya había sido tal cual propuesta antes, en 2017, por el propio PSOE ante el Congreso, proponiendo una reforma parcial de la actual Ley de 2007 (de sus arts. 1 y 4¹¹), y no una nueva ley integral, como se propone

⁹ Lo que ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ (p. 279), denominan un “sistema de franjas”.

¹⁰ Art. 37: “1. Toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral del sexo. (...) 2. Las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. (...) En el supuesto de desacuerdo de los progenitores o representante legal, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 300 del Código Civil. (...) 3. Las personas con discapacidad podrán solicitar, con las medidas de apoyo que en su caso precisen, la rectificación registral de la mención de sexo”. Según advierte VELA SÁNCHEZ (p. 4/18, nota 11), habrá que tener en cuenta no el art. 300 CC, sino el art. 235 CC, introducido tras la Ley 8/2021, sobre personas con discapacidad.

¹¹ Cuyo texto, al que como he hecho con los otros aquí manejados me remito, puede consultarse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-91-1.PDF

ahora. ¿Por qué, entonces, aquella crítica? Y, más importante aún, ¿por qué tal coincidencia en ambas propuestas de reforma?

II. LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO DE LOS TRANSEXUALES FUNDADA EN SU SOLA VOLUNTAD Y ADMITIDA PARA CIERTOS MENORES DE EDAD: CRÍTICAS Y JUSTIFICACIÓN.

1. *Su previsión -nada revolucionaria- en el Anteproyecto de Ley “trans”.*

Sí hay, ciertamente, una diferencia entre aquella propuesta socialista de 2017 y la actual podemista de 2021: si aquella, hecha en aquel momento, podía tal vez tildarse de anticipada, la que ahora se propone, en cambio, no hace más que respetar, y consolidar legislativamente, el *statu quo* jurídico ya existente desde hace unos años en el foro sobre el tema trans¹²: por un lado, la posible solicitud de rectificación del sexo oficial por menores de edad está ya avalada por el propio Tribunal Constitucional, que tal cosa admitió en su sentencia 99/2019, de 18 de julio, dictada a instancia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el propio Tribunal Supremo (en su Auto de 10-3-2016, referido, aquel caso, a una niña que desde los 3 años se sentía niño), exigiendo, finalmente, el Tribunal Constitucional en el menor trans solicitante “suficiente madurez” y que se encuentre en una “situación estable de transexualidad” (como así vino, finalmente, a admitir el Tribunal Supremo para resolver aquel caso por él suscitado en su sentencia de 17 de diciembre del mismo año 2019¹³). A similar conclusión había llegado poco antes la -por entonces aún denominada- Dirección General de los Registros del Notariado, en su Instrucción 23 de octubre de 2018, ante diversos recursos gubernativos que planteaban también tal cuestión sobre menores de edad, añadiendo también, para todo caso, en respuesta a tales recursos, la falta de necesidad de aportar informes ni tratamientos médicos, quirúrgicos, ni psicológicos para el cambio -tan solo- del nombre¹⁴ (aunque sin preverlo para el sexo registral).

¹² Para todo cuanto se índice someramente a continuación, permítaseme remitirme a mi más extenso trabajo titulado “La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio)”, en *Revista de Derecho Privado*, 2020, n° 2, marzo-abril, pp. 69-117, con cita de abundante legislación, doctrina y jurisprudencia a la que me remito.

¹³ Que, además, puede verse recensionada por uno de los Magistrados del TS, VELA TORRES, PJ (“Cambio de la mención registral del sexo y del nombre en la persona transexual menor de edad”, en *Diario La Ley*, n° 9588 de 6 marzo 2020).

¹⁴ En efecto, tras una extensa e impecable fundamentación jurídica, terminaba estableciendo “las siguientes directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente al sexo diferente al que

Con ello, sin duda, tanto el Tribunal Constitucional como la Dirección General corregían, derogaban parcialmente lo que en su letra decía, y exigía claramente, la Ley de 2007; lo cual fue muy criticado por algunos juristas de prestigio¹⁵ (incluso en un voto particular compartido por varios Magistrados del propio Tribunal Constitucional y contenido en aquella misma sentencia¹⁶); no lo fue, en cambio, por mí¹⁷ que lo entendí como un modo justificado de -lo que técnicamente en Derecho se llama- interpretación sociológica o evolutiva, en síntesis, por la posibilidad de interpretar las leyes conforme a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas -y- atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” (según dice el Código Civil en su artículo 3.1 acerca de cómo interpretar y aplicar las leyes). Y es que, aunque ya latente en tiempos de la propuesta socialista, de forma coetánea a aquellas decisiones oficiales se había producido un trascendental cambio en la “realidad social” que no podía pasar desapercibido, no ya solo para el legislador, sino ni siquiera para el propio intérprete y aplicador de la ley: con mención en muy diversos textos jurídicos¹⁸, nacionales (sobre todo autonómicos) e internacionales (como son algunas -a decir verdad, muchas- sen-

resulta de la inscripción de nacimiento: Primero. En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Segundo. Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.”

¹⁵ Por todos, y criticando la Instrucción de la DGRyN, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (en “Personas transexuales y estado de derecho”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n° 11, 2018, pp. 19-26).

¹⁶ Fue el Voto particular que hizo la Magistrada D^a Encarnación ROCA TRÍAS, al que se adhirió el Magistrado D. Alfredo MONTOYA MELGAR, al recordar que no es misión del Tribunal Constitucional la de imponer al legislador la opción de política legislativa que considere más oportuna o idónea, ni la de interpretar leyes ordinarias -casi a modo de interpretación auténtica-, alterando su contenido, en lo que el TC considere su más adecuada aplicación a la realidad, sino la de observar si la ley es, o no, conforme a la Constitución.

¹⁷ De nuevo, para mayores detalles y razonamientos, me remito a mi trabajo “La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio)”, en *Revista de Derecho Privado*, 2020, n° 2, marzo-abril, pp. 69-117.

¹⁸ O extrajurídicos, o de *soft law*, como son los conocidos Principios de Yogyakarta, cuyo principio n° 3 insta a los Estados a no exigir la cirugía, la esterilización o el tratamiento hormonal para ver reconocido el género de las personas.

tencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹ y diversas Resoluciones de la ONU, o del Parlamento europeo²⁰, que citan tanto la propuesta socialista de 2017, como la actual podemista de 2021), en 2018 (aunque con entrada en vigor en enero de 2022)²¹ la Organización Mundial de la Salud decidió despatologizar la transexualidad, sacándola del listado oficial de enfermedades mentales, para dejar de estimarla como trastorno y considerarla como condición sexual: una «incongruencia de género» -que así la denomina- entre el sentido y el asignado, que puede darse en edad adulta, en la adolescencia o, incluso, en la infancia²².

¹⁹ Para una visión de su evolución y muy actualizada, entre otros, CERVILLA GARZÓN, M^aD (“La transexualidad en la jurisprudencia del TEDH: apuntes sobre una evolución”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n^o 30, 2021, pp. 21-44), quien, no obstante, advierte en el propio título de su conclusión que a nivel europeo aún hay “mucho camino por recorrer”

²⁰ Por citar alguna, véase la más reciente de 11 de marzo de 2021, sobre transexuales (que cita el Dictamen del CES), o la de 14 de febrero de 2019, sobre personas intersexuales (que cita VELA SÁNCHEZ, p. 15/18). Añádase la Recomendación n^o 2 del Informe sobre el reconocimiento legal del género elaborado por la Comisión Europea en 2020: Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission), *Legal gender recognition in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp. 206-207.

²¹ En lo escrito he querido hacer hincapié, al referir que la nueva consideración médica sobre la transexualidad ha sido de algún modo ya recogida en muy diversos textos jurídicos, como muestra de que no se trata de una nueva realidad social desnuda, sino ya en cierto modo juridificada, integrada en el ordenamiento jurídico. El aplicador del derecho, como jurista, es intérprete de la norma, pero no ha de serlo también de la realidad social no reflejada en la norma; no es sociólogo -decía LIPARI (según nos recuerda LACRUZ en sus *Elementos*)-, como tampoco ha de ser filólogo o lingüista a fin de realizar una adecuada interpretación gramatical de la norma, ni historiador para interpretarla históricamente, ni filósofo para averiguar la lógica del Derecho; ciencias y técnicas todas ellas también interpretables, pero cuyo profundo conocimiento no corresponde dominar al jurista. El único operador jurídico competente para interpretar la realidad social es el legislador que crea normas para cubrir esa realidad social, tomándola el intérprete de la norma tal como le viene dada por el legislador, garantizándose así cierta seguridad, al menos, la certeza de tomar como parámetro social el que admite el legislador y contiene la propia norma. No hay, pues, que confundir interpretación sociológica con sociologismo jurídico.

²² Fundada en diversos estudios de la Medicina que así lo venían defendiendo, ATIENZA MACÍAS, E (en “Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos: transexualidad, cambio de sexo e intersexualidad, ablación y circuncisión”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n^o 12, 2020, pp. 512-535), nos explica (en pp. 519 y 520) que “Reflejo de estas demandas supone la publicación por la OMS de una nueva edición de su manual de enfermedades (el CIE-11, aprobado el 18 de junio de 2018) que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 para sustituir a la vigente desde 1990 (el CIE-10). La nueva edición de esta guía de enfermedades reemplaza el término «transexualismo» por el de «incongruencia de género», definido como condición relacionada con la salud sexual de una persona, en lugar de como un trastorno mental y de comportamiento. No solo cambia el nombre y la situación en el manual (en el capítulo de «condiciones relativas a la salud sexual»), también la definición. Hasta ahora, el CIE-10 calificaba la transexualidad como «un deseo de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, por lo general acompañado de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico, y de deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido». Ahora la definición -para adultos y adolescentes- será: «Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la

Y así lo destaca el más reciente Anteproyecto de Ley “trans” de PODEMOS en su misma Exposición de Motivos, como justificación de su propuesta articulada, cuando, antes incluso de referirse a la evolución habida sobre el tema en la jurisprudencia (nacional e internacional europea), recuerda que “la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11) de 2018, elimina la transexualidad del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de “condiciones relativas a la salud sexual”, lo que supone el aval a la despatologización de las personas trans”, termina diciendo de forma contundente. Un fragmento este que se obvia en el Informe del CGPJ cuando (en su punto 159) critica que la propuesta de reforma permita la rectificación del sexo por la sola voluntad de la persona trans, sea mayor o menor de edad, justificándolo lacónicamente en su Exposición de Motivos cuando se limita a decir que en ella se “regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, reconociendo la voluntad libremente manifestada, despatologizando el procedimiento y eliminando la mayoría de edad para solicitar la rectificación”.

Siendo, pues, tal la nueva realidad social, ¿cómo cabría seguir aplicando entonces una ley, como es la de 2007, que en su literalidad estima la transexualidad como enfermedad o trastorno? El único modo de respetar el espíritu y la finalidad de esa misma Ley (ya inspirada en la dignidad de la persona trans, en su libre desarrollo de la personalidad, en su intimidad y, también, en su igualdad y no discriminación), era ya desde tal cambio considerar derogados aquellos requisitos (de la mayoría de edad y de informes y tratamientos médicos), aunque fuese a costa de estimar vacías de contenido sus normas que -ya solo- en su letra -pero no en su espíritu- así lo exigían, conforme al mecanismo que en Derecho se conoce como derogación tácita de las leyes, que solo opera por vía interpretativa (según permite el Código Civil, ahora en su artículo 2.2).

cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico».”.

Sin embargo, parece interpretar tal dato de distinto modo “Contra el borrado de las mujeres” cuando se alega que “La excusa de la despatologización, empleada para eliminar todo requisito y para impedir la intervención de los profesionales de la medicina, esconde el verdadero objetivo de estas leyes de borrado de las mujeres: legalizar la libre elección del sexo legal, el ficcionado del sexo, para toda la población... El objetivo preferible será siempre la erradicación de la disforia, la aceptación del cuerpo y la sana convivencia con la diversidad de roles y apariencias. En esta línea, la disforia es una patología que produce sufrimiento y está inducida por la cultura sexista y sus mandatos de género, de modo comparable a la anorexia. En concreto, la disforia de género está reconocida en el DSM y en la CIE-11 (Clasificación Internacional de Enfermedades), en esta última con un cambio de nombre, «incongruencia de género». Hemos de proponer la «desestigmatización» de las personas con disforia de género, pero no la negación de sus problemáticas”.

Así las cosas, tal decisión -justa, a mi modo de ver- ya tomada por la vía de la interpretación jurídica ahora tan solo parece confirmarse por la vía legislativa propuesta desde el Ministerio de Igualdad, certificando así aquella previa derogación y haciendo que aquella decisión antes tomada, amén de justa, sea también segura (satisfaciendo, así, los dos pilares de cualquier Derecho que pretenda alcanzar la paz social: justicia y seguridad): por un lado, la propuesta de reforma legal no hace más que decir a la propia letra de la ley lo que ya se venía aplicando en la práctica conforme a su renovado espíritu, aunque introduciendo algunos cambios y novedades, y, por otro, da mayor seguridad, en el tema particular de menores, sin la necesidad de entrar siempre y para cada caso en su madurez ni en la estabilidad de su transexualidad (como decía el Tribunal Constitucional), para fijar una franja de edad en las que presumirlas, o no. En concreto, la propuesta de nueva Ley fija el límite en los 16 años, a fin de permitir a partir de tal edad que el menor solicite la rectificación por sí solo, lo que, en mi opinión, se muestra coherente con los nuevos tiempos, con la pléyade de normas hoy vigentes, en el ámbito nacional y también en el internacional, que permiten al menor de edad actuar por sí solo para tomar decisiones importantes en su vida (en materia de contratos, para casarse, emanciparse, para testar, o -cómo no- para disponer de sus derechos de la personalidad -cfr., art. 162.1º CC²³, ...²⁴), casos todos ellos en los que la franja de edad suele oscilar entre los 12, 14 y 16 años, según la trascendencia del acto o negocio que desee el menor llevar a cabo, y a cuya vista resulta incluso prudente la decisión tomada en la propuesta de nueva Ley trans al no permitir la solicitud por sí solo de un menor por debajo de los 16 años.

²³ Como así destaca, siguiéndome, VELA SÁNCHEZ (p. 4/18).

²⁴ Numerosos ejemplos hay contenidos en el CC en la esfera personal del menor: en los artículos 14 y 20 (para elegir la vecindad civil y la nacionalidad), en el 92 (en materia de separación y divorcio), en el 121 (sobre reconocimiento de hijos), en el 162.1 (y en el art. 3.1 LO 1/1996, para ejercer sus derechos de la personalidad), en el 177 (sobre el derecho a ser oído, y a consentir si se tiene 12 años, para su adopción), en el 273 (en materia de tutela), o en el 320 (para instar su propia emancipación). También hay ejemplos fuera del CC, y también abundan ejemplos en la esfera patrimonial: en el artículo 162 (sobre contratos laborales y otros -muchos- supuestos), en el 164 (para administrar sus bienes), en el 443 (para poseerlos), en los artículos 625 y 626 (para aceptar donaciones), en el 663 (para testar), en el art. 1263 CC (para contratar), o en los artículos 1329 y 1338 (para hacer capitulaciones matrimoniales)

2. Crítica -muy expandida- a tal previsión de reforma: la necesidad del diagnóstico y de un control sobre la madurez y la estabilidad del trans menor de edad.

Suele ser, sin embargo, crítica generalizada a tal propuesta que se haya prescindido de la necesidad de informe médico²⁵ así como de los requisitos, exigidos por el Tribunal Constitucional y aceptados por el Tribunal Supremo, de que el menor transexual, cualquiera que sea su edad, tenga “madurez suficiente” y se encuentre en una “situación estable de transexualidad”, lo que, según se objeta, al ser ello omitido en el Anteproyecto para los menores a partir de los 14 años resulta contrario al interés superior del menor, que resulta así desprotegido, y a la patria potestad de sus padres, que queda en papel mojado, haciendo, incluso, para algunos que el Anteproyecto sea en este punto inconstitucional (por ser contrario todo ello al art. 39 de nuestra Constitución)²⁶. En el extremo opuesto, se critica, aunque minoritariamente, que a los menores de edad de 12 ó 13 años se les exija acreditar aquellas circunstancias, discriminándolos así sin razón aparente frente a los demás menores, de 14 o más años²⁷.

²⁵ *In extenso*, el CGPJ en su Informe (puntos 115 y ss), donde cree que es recomendable exigir tal diagnóstico a la vista de las SSTEDH y de las leyes de otros países (siendo curioso que la mayoría de tales pronunciamientos y normas que cita sean todas ellas anteriores a 2018, en que la OMS cambiará la calificación médica de la transexualidad). En las “Aportaciones de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS” se dirá que “La necesidad de acreditar la situación de transexualidad mediante un informe médico o psicológico no supone patologizar a las personas transexuales, como no lo es acreditar un nacimiento o un fallecimiento con un informe médico... La acreditación documental de la transexualidad es garantía, en primer lugar, para las personas transexuales: ellas y sólo ellas podrán acceder a los derechos que por su condición de transexuales prevé la ley. Y, en segundo lugar, es garantía para el resto de la ciudadanía, pero muy particularmente para las mujeres y para otros colectivos tanto o más discriminados que los que son objeto de este anteproyecto de ley”. A esto último, referido a la seguridad jurídica y, en el fondo, a evitar el fraude, me referiré luego. En una crítica similar, ante la falta de informe médico que requerir, en las Alegaciones de “Contra el borrado de las mujeres” se afirman que en la petición de la rectificación de sexo se “deben cumplir una serie de requisitos como deben también hacerlo quienes quieren ver reconocida su condición de persona con discapacidad o de víctima de violencia de género, por citar solo algunos ejemplos...”

²⁶ *In extenso*, el CGPJ en su Informe (puntos 152 y ss, especialmente en los puntos 160 y ss) proponiendo (en sus puntos 166 y 167), que para la rectificación del sexo de cualquier menor de edad con menos de 16 años se prevea la vía jurisdiccional como el Anteproyecto prevé -pero tan solo- para los menores entre 12 y 13 años, aunque reconociendo a continuación (en su punto 167 bis), que tal proceder sería el ideal para todo menor de edad no emancipado (incluyendo, pues, a los menores de entre 16 y 18 años, es decir, a todos los menores de edad), y también para las personas con discapacidad (según propone el CGPJ en el punto 171 de su Informe, aunque este punto mostrándose conforme con lo previsto en el Anteproyecto). Que “no pase el filtro de constitucionalidad”, se dice también en las “Aportaciones de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS al Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”. También en la línea de estimar vulnerado el interés superior del menor y la patria potestad, la plataforma “Contra el borrado de las Mujeres”.

²⁷ Así, por ejemplo, ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ (pp. 279 y 280).

A todo lo dicho se une, como cuestión también polemizada, que al no ser ya la transexualidad una enfermedad venga el Anteproyecto a prohibir cualquier terapia curativa o de reconversión (en su art. 16²⁸)²⁹. Lo que no impide, sin embargo, que cualquier intervención hormonal o de reasignación de los órganos sexuales siga siendo cubierta por la Sanidad Pública, lo que, tal vez, pueda suponer un contrasentido de creerse, erróneamente, que se trata de mera cirugía estética.

A todas estas objeciones, nos parece, hay que hacer algunas réplicas en defensa del Anteproyecto de Ley propuesto; las que siguen:

3. Posible justificación -formal y sustancial- de la opción de -simple- política legislativa escogida en el Anteproyecto.

Ante todo, bien está que nuestro Tribunal Constitucional haga de -lo que se conoce como- “legislador negativo”, declarando inconstitucional cuanta norma que sea inferior a la Constitución sea contraria a ella. Pero otra bien distinta, que precisamente justificó aquel voto particular contra la STC de 2019³⁰, es que además sea también un “legislador positivo”, imponiendo a jueces y al mismísimo legislador cómo ha de interpretarse y aplicarse una norma para ser adecuada a la Constitución. Su función se limita, lo que no es poco, a interpretar una norma en su adecuación a la Constitución, sin ir más allá. El Tribunal Constitucional es intérprete auténtico de la Constitución, mas no del resto del ordenamiento jurídico, cuya interpretación oficial corresponde al Tribunal Supremo, desde su jurisprudencia. Y ni uno ni otro pueden vincular al legislador en la adopción de su legítima opción de política legislativa (siempre, naturalmente, que se mueva

²⁸ Que dice: “Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contra condicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de las personas interesadas o de sus representantes legales”. Norma en particular, que el Dictamen del CES elogia porque “forman parte de los derechos humanos reconocidos en el marco del Derecho Internacional y suponen notables avances en el reconocimiento y la integración de las personas LGTBI en España”.

²⁹ Ante tal proscripción, la plataforma “Contra el borrado de las Mujeres” se pregunta: “¿Averiguar el origen del malestar que un menor siente respecto a su cuerpo, será considerado terapia de conversión?”, obviando que lo proscrito no es el descubrimiento de la transexualidad, sino intentar convertirla, curarla, cuando no se trata de una patología. También critica tal prohibición legal el Informe del CGPJ (en sus puntos 49 a 53, así como en su Conclusión 12ª), aunque cuando la terapia sea consentida, pues en tal caso aquella prohibición es contraria a su capacidad como expresión de su personalidad y dignidad.

³⁰ Recuérdese, fue el Voto particular que hizo la Magistrada D^a Encarnación ROCA TRÍAS, al que se adhirió el Magistrado D. Alfredo MONTOYA MELGAR, al recordar que no es misión del Tribunal Constitucional la de imponer al legislador la opción de política legislativa que considere más oportuna o idónea, ni la de interpretar leyes ordinarias -casi a modo de interpretación auténtica-, alterando su contenido, en lo que el TC considere su más adecuada aplicación a la realidad, sino la de observar si la ley es, o no, conforme a la Constitución.

dentro de los márgenes constitucionales marcados -eso sí- por el TC); más aún, como sucede en el caso particular que nos ocupa, cuando la interpretación hecha por el TC, así como la propia -también- correctora de la Ley que hizo la Instrucción de la DGRyN, se referían a la Ley de 2007, donde la transexualidad era estimada como enfermedad y la rectificación del sexo estaba condicionada, entre otros requisitos, a la mayoría de edad (intencionadamente, además, frente a las propuestas en su tramitación de incluir al menor de edad³¹), y al diagnóstico y tratamiento, en su caso- de la -por entonces llamada- disforia de género. Tan es así que, como se ha comentado por cierta doctrina³², a igual conclusión que el TC se hubiera llevado desde una interpretación de la ley -ordinaria-, al entenderse en el diagnóstico exigido por la Ley de 2007 la prueba de aquella “situación estable de transexualidad”, así como la “suficiente madurez” en el menor acorde con el art. 162.1º CC, aplicable aquí supletoriamente (*ex* art. 4.3 CC), que así la requiere para que el menor de edad disponga por sí solo de sus derechos de la personalidad, entre los que, evidentemente, están su dignidad, el desarrollo de su personalidad, su intimidad³³ y, por supuesto, su identidad sexual o de género, sin que ello se oponga a la patria potestad que, como tal potestad (o poder-deber), se ha de ejercer siempre en beneficio del interés superior del menor.

Y sobre tal beneficio, no se olvide que junto a su latente consagración en el art. 39 de nuestra Constitución, su más importante desarrollo se contiene en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que además de proclamar el derecho del menor a su identidad sexual (en su art. 2.2.d], así como en el art. 11.2.1] de la Ley 26/2015, sobre la infancia y la adolescencia), de modo más determinante proclama un principio general del Derecho en su art. 2.1, segundo párrafo, cuando dice: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”; cuya razón, precisamente, según aclara en su Preámbulo aquella misma LO de Protección del Menor, es referir esa necesaria interpretación restrictiva, especialmente, a toda cuestión procedimental que afecte a menores, cuando dice: “Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.”; como sería el caso que nos ocupa, relativo al expediente gubernativo o, en su caso, por vía

³¹ Como puede verse expuesto por BUSTOS MORENO (*La transexualidad: de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*, Madrid, 2008, pp. 238 a 241).

³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (en “Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 -Pleno- 18 de julio de 2019”, en *CCJC*, nº 112, pp. 307-343, sobre todo, en p. 341).

³³ Reiteradamente mencionado en la STC 99/2019, de 18 julio, recordando, además, entre otros, un caso muy similar resuelto en la STC de 18 julio 2002, que admitió la negativa de un menor a someterse a una transfusión de sangre a pesar de estar en riesgo su vida.

de jurisdicción voluntaria, que regula el nuevo Anteproyecto de Ley trans, inspirándose en aquel principio de protección del interés superior (conforme a la función informadora que le es propia como tal principio, cfr., art. 1.4 CC), y al que expresamente se refiere el Anteproyecto en diversas ocasiones (cfr., entre otros, sus arts. 38.4 y 66, o el nuevo art. 26 quinquies de la LJV que se propone).

Que el Anteproyecto, por tanto, haya establecido un sistema de franjas de edad dentro de la propia minoría de edad se mueve dentro de las posibles opciones de política legislativa de que disponía, sin que ninguna de ellas sea contraria a la Constitución, ni mucho menos deba verse vinculada por la que cada cual, sea el TC o el CGPJ, considere más adecuado dentro de todas aquellas opciones legítimas.

Así mismo, la escogida por el Anteproyecto es muy conforme a los “nuevos” tiempos en que, conforme a aquel principio de protección del interés superior del menor y de la necesaria interpretación restrictiva de las limitaciones a su capacidad, se observa en otras muy diversas materias o áreas de posible actuación del menor de edad. Y no hay en ello nada revolucionario ni mucho menos innovador; porque antes que menores son personas; me explico³⁴:

Aun con vaivenes hacia una u otra consideración, como persona y como menor, el Derecho se ha mantenido a lo largo de toda su historia en una difícil balanza ante tal dilema: entre la necesidad de proteger a los menores de edad por su falta o menor madurez y autosuficiencia y la de reconocerles cierta autonomía como personas que -también y ante todo- son. Un dilema también presente durante aquella historia en el hecho mismo de marcar la frontera entre la minoridad y la mayoría de edad: harto conocida es la disputa entre Sabinianos y Proculyanos, entre atender a la madurez -física e intelectual- caso por caso de cada cual (mediante una *inspectio corporis*), según defendían los primeros, o fijar una determinada edad como paso de un estado civil a otro, según defendían los segundos, cuyo criterio triunfaría en tiempos de Justiniano y que culminaría como criterio seguro para el resto de la historia jurídica, aunque siempre procurando combinar ese criterio objetivo, seguro, de la edad, con el de la madurez y suficiencia *super casum* para determinados actos y negocios jurídicos, que también desde antaño se fijaba en muchas ocasiones según la particular edad del menor dentro de su propia minoridad (desde las distinciones romanas y medievales entre *infantes*, *impúberes*... hasta las más modernas atenciones al menor de 12, de 14 o de 16 años según para qué casos y qué actos).

³⁴ Resumidamente, según expuse con mayor detalle en mi trabajo “*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda*: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2021, fasc. III, pp. 729-770.

No podía ser de otra forma: es aquella la única forma de combinar equilibradamente seguridad y justicia, pilares básicos ambos de todo Derecho: seguridad para terceros, para el tráfico jurídico, al tener la certeza, y la consiguiente tranquilidad, de saber quiénes -por su edad- son plenamente capaces para dicho tráfico, a la par que justicia, para el propio menor atendidas sus cualidades y a fin de evitar su engaño como posible parte más débil dentro de aquel tráfico (conforme al consabido *suum cuique tribuere*), porque si justo es tratar de igual modo a los iguales, injusto sería un trato igual entre desiguales, exigiendo la justicia ante tal desigualdad proteger al más débil (al más vulnerable, según suele decirse ahora).

Ubicado así, sempiternamente, el Derecho ante tal dilema y en el difícil equilibrio de aquella balanza, la variación a lo largo del tiempo y según qué lugares ha consistido -también siempre- en la inclinación de aquella balanza, y de aquel dilema, unas veces fijando como regla la necesidad de proteger al menor -pero restringiendo por ello su capacidad, su aptitud para el tráfico jurídico, y en otras ocasiones, al contrario, reconociendo su autonomía como regla para -como excepción- restringir aquella su capacidad para los casos imprescindibles, de mayor riesgo, de mayor posible engaño o abuso hacia el menor. En tales vaivenes hacia uno u otro lado de la balanza, es opinión conocida la del maestro don Federico De Castro³⁵ cuando constataba que a lo largo de la mayor parte de la historia del Derecho este se había mostrado proclive a la segunda de las inclinaciones indicadas, que lo era en favor de estimar al menor de edad antes como persona que como menor, y que solo de forma abrupta, tras la codificación europea decimonónica, se produciría un brusco giro -inesperado e injustificado, según De Castro- hacia la primera de las inclinaciones indicadas, más por obra de la doctrina y de la jurisprudencia que por la propia de la ley: hacia una mayor incapacitación del menor por mor de su mayor -y, supuestamente, mejor- protección como parte más débil por su innata falta de madurez y suficiencia³⁶.

³⁵ Para cuyos detalles nos remitimos a su *Derecho Civil de España*, Madrid, reed. 1984, pp. 169 a 175.

³⁶ Fue entonces, con la vigencia de nuestro Código, y de otros anteriores, a finales del siglo XIX, según nos explica De Castro, cuando de forma espontánea se produce una desviación de la doctrina moderna, patria y extranjera, afirmando, e imponiéndose finalmente como tópico, la incapacidad del menor como regla general, y su capacidad como su excepción, a interpretar esta restrictivamente por ser -precisamente- excepcional, cuando, históricamente, nunca había sido así, ni tan siquiera una vez aprobado el Código, donde, sin atisbo ni advertencia de ningún cambio de rumbo frente a la tradición, se regulaban importantes restricciones en la capacidad del menor, no como prueba o manifestación de su innata o natural incapacidad, sino, precisamente al contrario, como muestra de su natural capacidad que solo por razones excepcionales para su propia protección convenía en ocasiones restringir. Así lo dice DE CASTRO (pp. 173 y 174): "El interés que hay en poner en claro del extravío de esta generalizada teoría no es solo una aclaración terminológica, sino que se centra en la interpretación de los textos legales, pues la inversión que defiende, al tratar de excepciones los casos en que las leyes reconocen capacidad de obrar al menor, impone negarle capacidad del todo, menos en los casos evidentemente taxativos, del texto legal y el interpretar estos mismos de modo restrictivo; mientras que la doctrina clásica lleva a las conclusiones contrarias".

Hoy, en cambio, las aguas del Derecho parecen -en parte- volver a su cauce -tal vez el natural-, al menos a sus orígenes, aunque, por supuesto, de un modo renovado, acorde a los tiempos actuales (distinguiéndose, por ejemplo, entre niños y niñas, infancia y adolescencia, ...). No se olvida, desde luego, la necesidad de proteger al menor de edad en caso de conflictos de intereses, anteponiendo los suyos a los de cualquier otro que no sean los propios del menor, en combinación por ello hoy con un mayor reconocimiento en favor de su capacidad progresiva, aunque restricciones siga habiendo, no como prueba o manifestación de su innata o natural incapacidad, sino, precisamente al contrario, como muestra de su natural capacidad que solo por razones excepcionales para su propia protección conviene en ocasiones restringir. No se trataría, por tanto, de que con cierta edad o madurez el menor pueda realizar determinados actos o negocios jurídicos, sino de que por falta de edad o de madurez no pueda hacer determinados actos o negocios jurídicos, pudiendo, en cambio, realizar todos los demás no excluidos, ni limitados³⁷. Si así lo avala la historia pasada, también lo hace la más reciente: así, desde los Tratados y los diversos textos constitucionales que reconocen una mayor y progresiva capacidad en los menores de edad, hasta las últimas reformas habidas en muchos de los ordenamientos contemporáneos en cumplimiento, precisamente, de aquellos textos internacionales³⁸, como, según creemos, hace el nuevo Anteproyecto de Ley “trans”.

Hay, en cierto modo, en todo ello un retorno, aunque actualizado, a nuestro pasado, porque, de raíz, más allá de posibles vaivenes (legislativos o doctrinales), subyace en todo ese devenir una razón de fondo, como decíamos al principio siempre constante a lo largo de la historia y que en términos más modernos podría expresarse del siguiente modo: que la capacidad es expresión de la personalidad, de la dignidad de toda persona, sea mayor o menor, tenga o no discapacidad, ... Es manifestación, “principlal”, de la dignidad y del pleno desarrollo de la personalidad, que, como tal, en principio -o por principio, mejor dicho- ha de

³⁷ De nuevo, como ya dijera DE CASTRO, F (p. 175): “¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos?... Si no se explica o si no se puede explicar el hecho de que el ámbito de las llamadas excepciones sea tan amplio (o más amplio) que el de la regla, ni el porqué de esa continuada quiebra de la llamada regla general, tal teoría se revela dogmáticamente inútil y falsa”.

³⁸ Ahí está, por ejemplo (reciente y simbólico de lo dicho), la justificación que el Código de Derecho Civil Foral de Aragón da de su artículo 7.2 (que dice: “Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva”), cuando en su Preámbulo, tras decir que “La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo”, añade unos párrafos después: “De ahí también la trascendencia del principio enunciado en el artículo 7, según el cual las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva: la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción”, termina diciendo de forma categórica.

ser igual y libre para toda persona. Por eso, por principio -insisto-, la capacidad ha de ser igualmente plena para toda persona, incluidos los menores de edad, quienes, una vez más quede advertido, antes que menores, son personas.

Ahora bien, el hecho de ser menores, además de personas, no permite, sin más ni siempre, su plena igualdad con el resto de las personas. En ocasiones, por razones de su edad o de su madurez, resulta necesaria su protección, una protección mayor que para las demás personas, fundada en la propia minoría. Es el *favor minoris* –latinajo este de nuevo cuño– que consagra ya nuestra Constitución en su artículo 39, por exigencias de justicia, entendida esta como igualdad proporcional: si justo es tratar de igual modo a los iguales, injusto sería un trato igual entre desiguales, exigiendo la justicia ante tal desigualdad proteger al más débil (al más vulnerable, según suele decirse ahora). Esto, precisamente, es lo que justifica la necesidad de proteger el consabido «interés superior del menor» proclamado hoy en tantísimas normas, internacionales y nacionales, y tan harto estudiado en la doctrina. He ahí, pues, sintéticamente expuesto el difícil equilibrio a alcanzar en materia de capacidad de menores: entre su libre y pleno desarrollo personal (ex arts. 10 y 14 CE), y su protección (ex art. 39 CE)³⁹; entre ambos, siempre el primero como regla, y el segundo como elemento ponderador de justicia, o equidad. Lo ha dicho así, en cierto modo, nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 174/2002, de 9 de octubre (seguida por otras), cuando afirma que “toda restricción o limitación de su capacidad de obrar –refiriéndose a la de los menores– afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad”.

III. LA -INJUSTIFICABLE- IRRETROACTIVIDAD DE LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO DE LOS TRANS.

Con todo, no se puede ocultar otra razón del revuelo que, incluso en el seno del propio Gobierno, ha levantado la nueva propuesta de Ley (especialmente la primera presentada desde el Ministerio de Igualdad que, según veremos, la actual más reciente parece -querer- evitar): la posibilidad de que un maltratador eluda el peso de la Ley de violencia de género solicitando la rectificación de su sexo registral y dejando, así, de ser hombre que pueda ser por maltrato

³⁹ Ya advertido hace tiempo por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C (“La Protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, en ADC, 1992, pp. 1.391-1.498), en particular (en la p. 1.396): “Ambos principios se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, delimitando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad... ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente”.

condenado. Igual objeción, según se advierte también, podría también venir referida a otras cuestiones que la propuesta de nueva Ley: como que en el ámbito deportivo o en el penitenciario la persona trans decida libremente entre su sexo registral o el sentido, o que, en general, la persona trans pueda cambiar de nombre sin rectificación del sexo registral, o también a la inversa, permitiendo que rectifique su sexo registral sin cambiar de nombre (cfr., sus arts. 1.3, 38.2.II, 40.4 y, sobre todo, los arts. 42 y 45); y así con otros ejemplos (como en el ámbito educativo escolar, entre otros)⁴⁰.

Parece que el temor a tales posibles ardidés de que una persona se aproveche de la nueva ley fingiendo ser transexual sin realmente serlo, vendría cubierto, evitado, en la propuesta de UNIDAS PODEMOS al decirse en su art. 40 que cualquier rectificación del sexo es irretroactiva⁴¹, como, por cierto, ya dice la actual

⁴⁰ Y así se denuncia y objeta en las “Aportaciones de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS”, cuando se dice: “La acreditación documental de la transexualidad es garantía, en primer lugar, para las personas transexuales: ellas y sólo ellas podrán acceder a los derechos que por su condición de transexuales prevé la ley. Y, en segundo lugar, es garantía para el resto de la ciudadanía, pero muy particularmente para las mujeres y para otros colectivos tanto o más discriminados que los que son objeto de este anteproyecto de ley. (...) Esta suma facilidad para el cambio registral del sexo y las consecuencias que acarrea, provocará inseguridad para las mujeres que se verán obligadas a compartir espacios íntimos como baños o recintos carcelarios; las perjudicará en sus resultados deportivos que con tanto esfuerzo han logrado y en la participación política de las mujeres, por la que tantos años se ha luchado, al tener que ceder puestos de mujeres en listas electorales de cualquier naturaleza, con personas registralmente mujeres pero que físicamente y psicológicamente serán varones... Se dejará de tener conocimiento de las cifras de la discriminación por razón de sexo, que son las que afectan a la mayoría de la población, sin que ello sea necesario para el reconocimiento del derecho al cambio de sexo registral a las personas transexuales que deseen hacerlo. El anteproyecto, de convertirse en ley, entrará en conflicto con la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, así como con la LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Parece compartir tal temor al fraude, VELA SÁNCHEZ (p. 6/18). Por su parte, refiriéndose, en particular, al ámbito del deporte, critica el CGPJ en su Informe (puntos 64 y ss, así como en su conclusión 15^a, donde “sugiere al prelegislador la necesidad de introducir en la norma las cautelas necesarias a fin de evitar que la práctica de actividades deportivas pueda suponer la discriminación de mujeres deportistas, atendida la realidad de la diferencia de las condiciones físicas existentes, y la superioridad física de la mujer transexual frente a la que no lo es, como circunstancia generadora de situaciones de desigualdad en el ámbito de las competiciones deportivas femeninas”).

⁴¹ Dice, en efecto, dicho art. 40 propuesto: “1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil. (...) 2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. (...) 3. La persona no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral, si bien conservará los derechos patrimoniales 23 consolidados que se hayan derivado de las mismas, sin que haya lugar a su reintegro o devolución. Respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial. (...) 4. La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la

Ley desde 2007 (en su art. 5.3); lo que, con todo, ya desde hace tiempo vengo criticando⁴²: si el sexo registral es rectificado (como dice ya hoy la ley -además, intencionadamente a la vista de su *iter* parlamentario⁴³-, así como la nueva propuesta), y no en realidad cambiado, porque el sexo que importa es el sentido por la persona, no el registral, que resulta erróneo en los casos de las personas trans, ¿por qué tal rectificación no produce efectos desde el mismo nacimiento de la persona, aunque también respetando los derechos adquiridos por el transexual -y también por terceros⁴⁴-? No en vano, es esta la solución que desde hace ya tiempo se aplica a los hermafroditas -hoy llamados, con un sentido más amplio, intersexuales (y que así prevé el nuevo Anteproyecto del Ministerio de Igualdad⁴⁵)-, y que aun siendo todavía estimada la intersexualidad como enfermedad (según la OMS), permite instar con efectos retroactivos la rectificación de nombre y sexo por expediente gubernativo sin tratamiento médico⁴⁶. ¿No hay en ello, por tanto, una discriminación de trato en perjuicio del trans frente al intersexual?

persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, en particular a efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

⁴² Para cuyos detalles de razonamiento, una vez más, me remito a mi trabajo titulado: “La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio)”, en *Revista de Derecho Privado*, 2020, n° 2, marzo-abril, pp. 69-117.

⁴³ Que puede verse expuesta, de nuevo, por BUSTOS MORENO (pp. 119 a 124), donde se observa la pertinaz insistencia del PSOE en mantener la “rectificación” como expresión frente a la propuesta de otros grupos, como el PP y Convergencia i Unió, a instancias, sobre todo, del Cuerpo de Registradores (encabezados por DÍAZ FRAILE), de emplear el término “cambio”, pues la rectificación suele quedar referida a los casos de corrección de errores fácticos de origen cometidos en los Registros públicos, entendiéndose que no es el caso del transexual, en que no hay corrección de error registral originario ninguno, sino cambio sustancial sobrevenido.

⁴⁴ Hago tal precisión respecto de los terceros que, literalmente al menos, no hace el art. 40 del Anteproyecto (en una nota anterior reproducido).

⁴⁵ Destaca, sobre todo, el art. 71, en cuyo ap. 2 dispone (una posibilidad reiterada en el art. 49.5 LRC cuya nueva redacción propone también reformar el Anteproyecto): “Al inscribir el nacimiento de las personas intersexuales, en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona recién nacida, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido el plazo máximo de un año, la mención del sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores. De no hacerlo, no podrán expedirse documentos acreditativos de la identidad de la persona sin que se haya hecho constar la mención registral relativa al sexo”. En coherencia con el mismo, antes, el art. 18.2 del Anteproyecto, nos dice: “Se prohíben todas aquellas prácticas de modificación genital en personas recién nacidas, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de la persona”.

⁴⁶ Como explicaba hace ya un tiempo GAVIDIA SÁNCHEZ (“El matrimonio del transexual”, en *RDP*, 2002), y hace poco lo han recordado ESPÍN ALBA (*Transexualidad y tutela civil de la persona*, Madrid, 2008); y LAUROBA (*ult.loc.cit.*), para el hermafrodita que se haya decidido psicológica, hormonal o quirúrgicamente por uno de ambos sexos morfológicos (el preferente), si éste no coincide con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, bastaría para su corrección con un expediente gubernativo, con amplia legitimación para interponerlo, por tratarse de un error originario fácil de

Además, porque los efectos de la rectificación sean retroactivos en ningún caso quedaría abierta la puerta de aquellos tan temidos casos de burla a la ley, pues sea esta o no retroactiva⁴⁷, siempre cabrá perseguir aquellos actos -que lo son- fraudulentos, por tratarse de lo que -precisamente- se denomina en Derecho un acto en fraude de ley, donde una ley es violada, incumplida, bajo el amparo de otra ley que le da apariencia de cobertura legal; como dice, de nuevo, nuestro Código Civil (ahora en su art. 6.4): “Los actos realizados al amparo del texto de una norma -en nuestro caso, bajo el cobijo de la Ley trans- que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él -como, en nuestro caso, sería la Ley de violencia de género, y tantas otras posibles-, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”, o sea, la de la Ley de violencia de género o la de cualquier otra que haya sido defraudada so pretexto de ampararse en la Ley trans.

A evitar tal fraude no ayudará, desde luego, que la propuesta de reforma imponga la irretroactividad de la rectificación del sexo cuando a la vez permite su reversibilidad (cfr., su art. 41), muy temprana (apenas 6 meses tras la rectificación) y sin límites en su número⁴⁸, aunque tal reversión -considerada como “modificación”⁴⁹- sea igualmente irretroactiva y siempre deba tramitarse judicialmente a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, cualquiera que sea el solicitante (mayor o menor, con o sin discapacidad), que habrá de justificar

constatar (cfr., arts. 92 a 94 y 97 LRC, 294 y 346 RRC; y RRDGRyN de 15/2/1967, de 6/4/1984, de 6/5/1987 y de 29/12/1994). De ahí que, al tratarse de un error originario, hecha la rectificación, esta opere con efectos retroactivos al momento del nacimiento del intersexual.

⁴⁷ No en vano, el propio CGPJ, que en los puntos 172 y ss de su Informe elogia la irretroactividad que la propuesta de ley mantiene, objeto -o advierte (en el punto 178)- que ello “puede producir paradójicamente un efecto contrario a la no discriminación que se trata de evitar, dando lugar a situaciones de discriminación positiva, y un efecto contrario a la igualdad y a la proscripción de la discriminación de las mujeres” (volviendo a recordar el caso del deporte a que antes me referí en una nota anterior). Por otro lado, critica (en el punto 176 de su Informe), que la irretroactividad expresa en materia de violencia de género solo está pensada para el hombre que se sienta mujer, pero no en la mujer que, como posible víctima, se sienta sin embargo hombre.

⁴⁸ Según advierte VELA SÁNCHEZ (p. 6/18).

⁴⁹ La propia expresión de “reversión” empleada por la propuesta de reforma es criticada por ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ (p. 283): “una segunda o ulterior RRSP no tiene por qué tratarse de una «reversión» de la primera. En otras palabras, no tiene por qué ser un «error» o «arrepentimiento» por parte de la persona (el anteproyecto se refiere a «recuperar» la mención registral), sino que puede sentirse como una decisión vital sin más connotaciones que las de la primera RRSP, inherente al proceso de cambio constante que una persona puede experimentar en su identidad de género. El término reversión, pues, no engloba la realidad de todas las personas y resulta un tanto estigmatizante”.

dicha reversión (según prevé la Disposición final 7ª del Anteproyecto donde se introducen los arts. 26 sexies a 26 nonies en la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁰)⁵¹.

IV. DE LA INJUSTIFICABLE ESCISIÓN ENTRE EL NOMBRE Y EL SEXO ¿O DE LA INMINENTE IRRELEVANCIA JURÍDICA DEL SEXO?: *DE MINIMIS NON CURAT LEX.*

Para finalizar, un último apunte, que va mucho más allá del contenido de la reforma legislativa propuesta:

Una cosa es que la rectificación de nombre y sexo se justifiquen en la sola voluntad de la persona trans, y otra bien distinta, que admite la propuesta de nueva ley, es que por la sola voluntad se cambie el nombre, no el sexo, o solo este sin cambio de aquel⁵², o incluso que se admita una suerte de múltiple u opcional sexo *ad gustum*: uno para unos efectos y otro diverso para otros quehaceres⁵³. Con tan mal entendida libertad parece olvidarse: por un lado, que tanto el nombre como el sexo forman *-unum et idem-* parte indisoluble de la propia identidad de la persona (y me refiero a su identidad en general, no solo a la sexual o de género, sino también a su propia imagen, a su intimidad, ..., en definitiva, a su

⁵⁰ Donde se exige la prueba que justifique tal reversión o vuelta atrás, “lo que se puede entender como una posible prevención de fraudes de ley. Ahora bien, lo que no queda claro en la nueva normativa es qué deberá probarse en el expediente judicial, y, además, obsérvese que no se prohíben expresamente las exigencias de informes médicos o psicológicos, o de modificación corporal como en los procedimientos o expedientes de rectificación del sexo registral, por lo que tal vez cabrían en estos supuestos, lo que confirmaría el carácter más riguroso de esta reversibilidad” (según reflexiona VELA SÁNCHEZ, pp. 12 y 13/18; lo que también advierten con tono muy crítico, ESTEVE ALGUACIL y NONELL I RODRÍGUEZ, p. 283).

⁵¹ También se muestra crítico en este asunto el CGPJ (según puede verse *in extenso* en los puntos 179 y ss de su Informe), donde objeta que la reversión no esté sometida a condición ninguna, y que nada se aclare su alcance retroactivo o irretroactivo lo que -con razón, creemos, al menos, en esta ocasión- permite el fraude de ley.

⁵² De ello el CGPJ solo critica (en los puntos 183 y ss de su Informe), que para el caso en que el cambio de nombre sea a instancia de un menor, no se exijan madurez ni audiencia al menor como, en cambio, sí vino a exigir la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018.

⁵³ Fundándose en la STS de 19 diciembre 2019, a la que reproduce en parte, justifica VELA SÁNCHEZ (pp. 7 y 8/18), tales opciones en cuanto se ha de proteger la intimidad y dignidad de la persona transexual, y evitar que se vea sometida a situaciones humillantes, de modo que cuando tenga que identificarse en ámbitos como el escolar, el laboral, en sus relaciones con las autoridades públicas, etc., no quede de manifiesto su condición de persona transexual, permitiendo que sea la persona transexual quien decida sobre el conocimiento que los demás puedan tener de esa circunstancia, minimizando de este modo que pueda ser víctima de reacciones hostiles en su entorno. Con todo, advierte que con tal disociación entre el nombre y el sexo en la práctica podrán plantearse problemas de identificación.

personalidad en su integridad, sin que parezca, pues, admisible su escisión a voluntad⁵⁴), lo que, por otro lado, evita la confusión o, incluso, el engaño en los demás, que confían en la identidad, en la congruencia entre el nombre, el sexo y la propia persona (lo que, de no darse, podría incluso, por ejemplo -por solo citar uno, pero llamativo-, justificar la nulidad de un matrimonio por error en la persona misma *ex art. 73.4º CC*⁵⁵). No se olvide, como dispone el art. 51 de la “nueva” Ley de Registro Civil, que “El nombre propio será elegido libremente y sólo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente:... 2.º No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación”. No es casual, sin embargo, que tal inciso final, donde se rechazan aquellos nombres “que hagan confusa la identificación”, sea suprimido en la Disposición Final 6ª del Anteproyecto de Ley “trans”, lo que es acorde con su intención de disociar nombre y sexo, pero no oculta que ello genere confusión, inseguridad jurídica⁵⁶.

¿O tal vez aquella previsión contenida en la propuesta encierra, aunque de forma germinal, un potencial cambio de mayor trascendencia: la de terminar prescindiendo del sexo como dato legal relevante?

Puede que a alguno le parezca tal idea reaccionaria⁵⁷ (piénsese por ejemplo, de nuevo, en la Ley de violencia de género), pero ya es una realidad desde tiempos recientes que el sexo, que tradicionalmente ha sido un estado civil, esto es, una circunstancia determinante en la capacidad de actuar y negociar de las personas (para contratar, o hasta para casarse), ha dejado de serlo bajo la influencia, precisamente, de gobiernos y parlamentos progresistas, de izquierdas, bajo el lema de la igualdad y la no discriminación por tal razón del sexo. Ahí está, como

⁵⁴ Por eso mismo también hice crítica de la Instrucción de 23 octubre 2018, al permitir solo el cambio de nombre, pero no la rectificación del sexo, lo que consideré como contrario al espíritu fundamental de la Ley “trans” de 2007, como era garantizar el pleno desarrollo de la personalidad. En cambio, elogian la decisión tomada en el Anteproyecto, precisamente, por apoyarse en tal Instrucción, ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ (p. 280), quienes añaden que la posibilidad de cambiar tan solo de nombre es “una previsión especialmente pensada para aquellos menores de 14 años que no puedan acceder a la RRSP y aun así decidan cambiar su nombre propio”, lo que, en mi opinión, no hace más que abundar en nuestra objeción a tal posibilidad de disociación contraria a la dignidad del propio menor y a la seguridad de los demás.

⁵⁵ Lo niega, en contra de mi parecer (sugerencia, más bien), GARCÍA RUBIO, M^aPaz (“Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 30, 2021, pp. 3/30 ss), con toda suerte de argumentos, proponiendo que el matrimonio prescinda del sexo y extendiendo, por ello, su negativa a que también se alegue como error la condición sexual, olvidando en este punto que esta última circunstancia, a diferencia del sexo, no consta -de momento, al menos- en ningún Registro ni documento oficiales. Ni siquiera el sexo, cuando es rectificado, se revela públicamente como rectificado en tales documentos y Registros. Con todo, el asunto en particular excede del objeto del presente trabajo.

⁵⁶ Como así también lo advierte comentando el nuevo Anteproyecto, VELA TORRES (p. 8/18).

⁵⁷ O des-generada (o de-generada), según advierte GARCÍA RUBIO (p. 3/30).

muestras más recientes, la Ley de 2005 sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, la propia Ley de 2007 sobre rectificación del sexo⁵⁸, o las reformas habidas en materia de filiación, como la hecha por la propia Ley “trans” de 2007, permitiendo la inseminación artificial y el reconocimiento de la comaternidad en matrimonios lésbicos, cuya extensión a las parejas de hecho de mujeres, defendida hace tiempo por vía interpretativa por parte de la doctrina⁵⁹, refrenda la reciente propuesta de Ley “trans” podemista (en la reforma del art. 44 LRC que propone en su Disposición final 6^a60), la cual también propone en su Disposición final 1^a la reforma del CC en materia de filiación, entre otras, para precisamente en lugar de padres y madres hablar de “progenitores”⁶¹ -a veces con la coletilla de “gestante” o “no gestante”, para referirse respectivamente a madres y padres⁶²- (una expresión, parece ser, más asexual, que abarca toda posible filiación⁶³); ...

A su vista, hay quien se plantea otras opciones, pues, ¿acaso no habría que admitir legalmente (registralmente, ...) el género o sexo trans, como “*tertium genus*” diverso del masculino o femenino, ...?, o, ¿por qué no un cuarto, un

⁵⁸ Con ambas leyes, según GETE-ALONSO Y CALERA, M^oC (“Identidad e identificación de la persona”, en la obra colectiva *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Teodora Felipa Torres García (dir.), Valencia, 2017, pp. 83-144), el sexo jurídico se separó definitivamente del sexo biológico, dejando así de ser el sexo un estado civil de la persona.

⁵⁹ Por mí mismo en “La «comaternidad»: matrimonio entre mujeres y filiación”, en la obra colectiva *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, dirigida por las Prof.^{as} M^a Paz García Rubio y M^a Rosario Valpuesta Fernández, Valencia, 2011, pp. 423-450). Y recientemente propuesta por GARCÍA RUBIO (p. 14/30, con nota 82).

⁶⁰ Y que así lo advierte en su misma Exposición de Motivos: “También se modifica ahora el artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, para solucionar el problema actual con el reconocimiento de la filiación no matrimonial en las uniones de hecho de parejas de mujeres lesbianas”.

⁶¹ Que, con algunos matices y algunas advertencias, acepta y aplaude GARCÍA RUBIO (pp. 10/30 ss), al ser expresiones neutras superadoras de la dicotomía y del binarismo tradicionales, cuando ya todo progenitor tiene idénticos derechos y deberes filiales; todo ello al margen de opiniones feministas contrarias a tal neutralidad (como puede verse en la siguiente nota), de que a nivel constitucional aún se habla de una especial protección de las madres (como se hace en el art. 39.2 de nuestra Constitución), y de que en la determinación de la filiación aún inciden razones biológicas.

⁶² De la expresión “progenitor gestante” se lamenta en sus Aportaciones la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS, del siguiente modo: “¿Qué progenitor gestante hay que no sea la madre y sea legal en nuestro sistema jurídico? El único progenitor gestante es la madre y mostramos nuestro desacuerdo con que desaparezca su nombre del Derecho de Familia. Entendemos que solo es correcto referirse a la madre no gestante en el caso de madres lesbianas”. Curiosamente, de la Disposición final 1^a del Anteproyecto el CGPJ se muestra acrítico (según puede verse en el punto 260 y en la Conclusión 54 de su Informe), limitándose a decir que tal propuesta de reforma “prescinde del componente del género y sirve para contemplar las situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo”.

⁶³ Según advierte la propia GETE-ALONSO (*ult.loc.cit.*), aunque, según creo, olvidando que la copaternidad no estará plenamente admitida mientras solo se admita la vía adoptiva y siga proscrita la llamada maternidad subrogada. A tal respecto, permítaseme remitirme a mi trabajo “Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”, en *RDP*, 2014, n^o 4, pp. 3-27.

quinto, ... sexo para incluir otras hipótesis (como la intersexualidad, la bisexualidad, ...)¿⁶⁴ ¿o acaso, tal vez, habría que posponer la mención del sexo hasta una edad madura?⁶⁵; ¿o tal vez incluso el sexo no binario -como preveía la anterior propuesta de reforma podemista⁶⁶-, o un sexo ambiguo, fluido, neutro o indeterminado?⁶⁷; ...

O, más aún, en el fondo de todo ello, y al contrario de todo lo que se viene proponiendo, ¿no va siendo ya hora, más bien, de prescindir definitivamente del sexo como cualidad o estado relevante para las leyes⁶⁸? ¿Acaso no se alcanzaría así una plena igualdad entre todas las personas, no ya tanto con independencia del sexo, sino más bien al margen de su sexo, que ningún dato oficial ya revelaría⁶⁹?

⁶⁴ Como así sucede en parte del Derecho comparado, como en Malta, que prevé no hacer constar el sexo hasta los 14 años, y que prevé la rectificación del trans y del intersexual por vía notarial, o judicial si se trata de menores. Y así hay sectores en la comunidad médica y Comisiones oficiales de Derechos Humanos que así lo proponen; entre nosotros, así lo explica y defiende LAUROBA LA-CASA (pp. 17, 19 y 20, 34 y 37 ss); y ya sugiriera, con sus serias dudas, entre otros, RUBIO ARRIBAS: “¿El tercer género?: La transexualidad”, en *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, n° 17, 2008, pp. 47-54.

⁶⁵ Así lo propone LAUROBA (pp. 34 ss), apoyándose en la Ley de Malta y en otras disposiciones, como en Alemania.

⁶⁶ Y cuya omisión en la nueva o más reciente critican ESTEVE ALGUACIL y NONELL RODRÍGUEZ (p. 282), lo que, en su opinión (p. 289), “provoca la vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, en puridad, no pueda hablarse de autodeterminación de género”.

⁶⁷ Como así sucede en otros países, como Alemania, Australia, Uruguay o Argentina, según puede verse con detalle en GETE-ALONSO (pp. 133 ss), o como sucedió recientemente en una sentencia holandesa, favorable al sexo neutro por respeto a la autodeterminación, la privacidad y la intimidad de la persona, según nos recuerda GARCÍA RUBIO (p. 2/30, con nota 7). También se refiere a tal panorama jurídico el CGPJ (en el punto 99 de su Informe), cuando menciona “las regulaciones de determinados Estados en las cuales se visibiliza el no binarismo en los documentos oficiales, como sucede en Canadá, donde a partir el 31 de agosto de 2017 se permite identificar el sexo con una X en el pasaporte si el sujeto no se siente identificado e incluido en las categorías hombre/mujer, y como sucede, con anterioridad, en Dinamarca, Malta y Alemania. En el plano registral, la sentencia de la Corte de Distrito de Limburgo (Holanda) de 28 de mayo de 2018 accedió a la solicitud de un ciudadano que no se sentía identificado con la binariedad que imponía el Registro Civil a la hora de identificar su género, y dispuso que se incluyera una casilla con la denominación «diverso». Y en el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Australia de 2 de abril de 2014 (2014 HCA 11), en la que se reconoce la existencia de un género neutro o de un «sexo no específico»”.

⁶⁸ Así lo insinuó, al menos, hace un tiempo BELLIVIER, en su trabajo “¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?”, en *Glossae: European Journal of legal History*, n° 11, 2014, pp. 169-181. También lo defiende, en Argentina, Eleonora LAMM (“Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 8, 2018, pp. 230-278). Entre nosotros, la citada GETE-ALONSO, quien tras preguntarse “¿Qué agrega el ser hombre o el ser mujer a la persona considerada en su integridad?”, responde: “En la actualidad es evidente que el sexo no añade información necesaria para actuar en el tráfico jurídico... es irrelevante que el dato del sexo se publique, ya que realmente, lo único que interesa es la persona, el ser humano”.

⁶⁹ Como concluye LAMM (p. 274), “lo realmente protector sería eliminar el sexo como categoría jurídica en lugar de crear más sexos... eso sí permitiría la libre determinación de la persona”, lo que,

Ignoro si tal es la intención más radical de la reforma propuesta⁷⁰, pero creo que en todo ello radica el *quid quaestionis* a debatir. Y tal vez lleguemos a la conclusión de dejar al sexo lo que es del sexo, y a la ley lo que solo tiene relevancia legal; y entonces, ahora sí, tal vez ya tenga un nuevo sentido para el tema aquel dicho latino: *de minimis non curat lex*.

En todo caso, y como siempre, solo el tiempo nos dará la respuesta (y no digo la razón, que solo es divina) ...

BIBLIOGRAFÍA⁷¹

ATIENZA MACÍAS, E: “Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos: transexualidad, cambio de sexo e intersexualidad, ablación y circuncisión”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 12, 2020, pp. 512-535.

BELLIVIER: “¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?”, en *Glossae: European Journal of legal History*, n° 11, 2014, pp. 169-181.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R:

“Personas transexuales y estado de derecho”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n° 11, 2018, pp. 19-26.

“Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 -Pleno- 18 de julio de 2019”, en *CCJC*, n° 112, pp. 307-343.

BUSTOS MORENO: *La transexualidad: de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*, Madrid, 2008.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G: “La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la

en su opinión (expuesta en pp. 274 y 275), sería conforme con el principio adicional n° 31 (letra a) de los Principios de Yogyakarta, en que se recomienda a los Estados “asegurar que los documentos de identidad oficiales solo incluyan información personal relevante, razonable y necesaria según lo requiera la ley para un propósito legítimo, y así terminar con el registro del sexo y género de la persona en documentos de identidad como certificados de nacimiento, tarjetas, pasaportes y licencias de conducir, y como parte de su personalidad jurídica”. Por su parte, a igual conclusión llega GETE ALONSO (*ult.loc.cit.*), quien termina su trabajo proponiendo prescindir del sexo como dato jurídicamente relevante, “para dar cumplimiento efectivo a la igualdad y evitar la discriminación”.

⁷⁰ Así lo es para la Asociación “Contra el borrado de las mujeres”, que considera que con este Anteproyecto “estamos ante un verdadero borrado jurídico del sexo” o, cuando menos, ante un “borrado de las mujeres”.

⁷¹ De entre la abundantísima bibliografía jurídica habida ya sobre el tema de la transexualidad, permítaseme a continuación tan solo citar los más recientes e incidentes en el panorama actual sobre el tema, que ha sido tan cambiante desde sus orígenes, y todo ello sin demérito de las obras omitidas injustamente, por nuestro olvido o ignorancia.

- DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio”, en *RDP*, 2020, n° 2, marzo-abril, pp. 69-117.
- CERVILLA GARZÓN, M^aD: “La transexualidad en la jurisprudencia del TEDH: apuntes sobre una evolución”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n° 30, 2021, pp. 21-44.
- ESPÍN ALBA, M: *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Madrid, 2008.
- ESTEVE ALGUACIL, L y NONELL I RODRÍGUEZ, A: “Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, en *Indret*, 3-2021, pp. 267-290.
- GARCÍA RUBIO, M^aPaz: “Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n° 30, 2021.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^aC (“Identidad e identificación de la persona”, en la obra colectiva *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Teodora Felipa Torres García (dir.), Valencia, 2017, pp. 83-144.
- LAUROBA LACASA, M^aE: “Las personas intersexuales y el Derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, en *Derecho privado y Constitución*, n° 32, pp. 11-54.
- RUBIO ARRIBAS: “¿El tercer género?: La transexualidad”, en *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, n° 17, 2008, pp. 47-54.
- VELA SÁNCHEZ, AJ: “El cambio de sexo en el anteproyecto de la llamada Ley Trans”, en *Diario La Ley*, n° 10038, de 28 de marzo de 2022.
- VELA TORRES, PJ: “Cambio de la mención registral del sexo y del nombre en la persona transexual menor de edad”, en *Diario La Ley*, n° 9588 de 6 marzo 2020.

LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL: POSIBLES INCOMPATIBILIDADES

EVA SÁENZ ROYO

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. 1. El principio de igualdad formal: «lo mismo para hombres y mujeres». 2. El principio de igualdad material: «lo mismo para los semejantes». 3. Las políticas de discriminación positiva y medidas antidiscriminatorias basadas en el sexo biológico: especial consideración de la violencia de género y la paridad electoral. III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS PERSONAS TRANS. IV. LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO. 1. Marco legal y jurisprudencial. 2. Los términos de la polémica: la legitimidad del debate. 3. La incompatibilidad de la autodeterminación de género con las políticas de discriminación positiva y medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Dice Odo Marquard que la «(i)gualdad significa que todos pueden ser diferentes sin temor»¹. Se sintetiza así brillantemente no solo el significado de la igualdad, sino también el libre desarrollo de la personalidad, que es la consecuencia lógica de esa igualdad.

A partir de esta idea nos deberíamos preguntar si el principio –y derecho fundamental– de igualdad tal y como se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico garantiza que todos podamos ser diferentes sin temor. ¿El principio de igualdad garantiza el libre desarrollo de la personalidad? Y en concreto, ¿el principio de igualdad garantiza el libre desarrollo de la personalidad también para las personas trans, es decir, las personas disconformes con su consignación al nacer como «hombre» o «mujer» a partir del sexo biológico?

A estas preguntas el colectivo LGTBIQ+ da una respuesta negativa. Considera que el principio de igualdad y el libre desarrollo de la personalidad exigirían el derecho a vivir de acuerdo con la propia identidad sexual y que la mera voluntad bastase, sin mayor requisito, para ser hombre o mujer a todos los efectos jurídicos. Desde esta perspectiva, se propugna un cambio normativo en España que se plasmaría en los arts. 37 y 38 del Anteproyecto de Ley para la Igualdad Real y

¹ MARQUARD, Odo (2000): *Apología de lo contingente*, Institució Alfons El Magnànim, Valencia, p. 85.

Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los Derechos de las Personas LGTBI, aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2021, y que previsiblemente se convertirá en ley a finales de 2022.

Nos concita así este colectivo a que como sociedad nos planteemos si el sexo biológico, la producción de óvulos o espermatozoides, debe ser relevante jurídicamente o, por el contrario, se trata esta de una cuestión irrelevante y, por tanto, el género debe definirlo la propia voluntad del individuo y no el sexo biológico.

En estas líneas analizaremos, en primer lugar, el significado del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en nuestro ordenamiento jurídico, deteniéndonos en las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias basadas en el sexo biológico. A continuación, veremos la aplicación en España del principio de igualdad constitucional respecto a las personas trans y nos detendremos en la autodeterminación de género y su actual configuración legal y jurisprudencial. Terminaré analizando la polémica que suscita el reconocimiento de la autodeterminación de género frente a las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres.

II. EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

1. El principio de igualdad formal: «lo mismo para hombres y mujeres»

El de la igualdad es, seguramente después del de la tutela judicial efectiva, el derecho fundamental más invocado en los ordenamientos democráticos contemporáneos en casi todos los procedimientos de control de constitucionalidad. Basta con ver las estadísticas en procedimientos de amparo de nuestro Tribunal Constitucional². Pero, de igual modo, es probablemente el derecho fundamental de más difícil comprensión ciudadana, que conduce a más equívocos derivados de su dicción constitucional, y que ha sido objeto de más matices y concreciones no sólo legislativas sino, sobre todo, jurisprudenciales.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se encuentra expresamente incluido en el art. 14 de nuestra Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social».

² Tribunal Constitucional. Memoria 2020 (2021), BOE, Madrid, p. 233. En línea <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2020.pdf> (consulta 4/5/2022).

En un principio pudiera parecer que es un mandato de igualdad ante la ley, producto de la revolución liberal-burguesa y que quedó plasmado ya en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando señalaba que «Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), pueden optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos». En definitiva, un mandato al legislador en los términos «Lo mismo para todo» y concretamente en lo que nos atañe «Lo mismo para hombres y mujeres».

Y pudiera ser así interpretado dados los antecedentes de los procedíamos donde incluso penalmente se reconocía la diferencia social entre el hombre y la mujer. De hecho, en España, en 1962 se contemplaba la pena de destierro y no de cárcel al marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare o causara lesiones graves a alguno de los adúlteros, pero nunca hubo precepto similar para la mujer que sorprendiera a su marido en análogas circunstancias. Mientras se castigaba a la adúltera con penas de hasta 6 años de cárcel, al marido sólo se le castigaba cuando tuviere mancha dentro de la casa conyugal o *notoriamente* fuera de ella. Estas diferenciaciones quedarían proscritas por el artículo 14 de la Constitución española y de ahí su derogación en 1978.

2. El principio de igualdad material: «lo mismo para los semejantes»

La interpretación formal del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución española pronto sería matizada por el Tribunal Constitucional. En sentencia de 1981 ya señalaría:

el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2) (STC 34/1981, de 10 de noviembre).

Por tanto, según el Tribunal Constitucional, el artículo 14 no sólo se traduciría en «lo mismo para todos», sino también ampararía un «lo mismo para los semejantes», y por tanto permitiría, incluso por imperativo constitucional (art. 9.2 CE), que el legislador estableciera distintas consecuencias jurídicas a situaciones de hecho diferentes. En este punto el legislador contaría con un margen de maniobra, pero también con unos límites que señala a continuación la sentencia:

Las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas Sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que

la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación (artículo 14 de la Constitución), es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada. O dicho en positivo, se permite otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos, pero con una serie de condiciones que ha sistematizado la doctrina: en primer lugar, que esos ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que la diferente situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual sean coherentes entre sí; en quinto lugar, que la racionalidad sea proporcionada³.

Como pone de relieve la STC 200/2001, de 4 de octubre, el Tribunal Constitucional ha admitido que los motivos de discriminación prohibidos por el art. 14 CE puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos es más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación. Se trata de reforzar la protección dispensada por el principio general de igualdad a determinados colectivos sociales -mujeres, negros, gitanos, minorías religiosas o políticas, etc.- históricamente discriminados, de manera que dichas circunstancias personales sólo pueden ser utilizadas por el legislador como criterio de diferenciación excepcionalmente en beneficio de dichos colectivos sociales, y no del colectivo social dominante frente al que tratan de operar las prohibiciones de discriminación.

Concretamente en el ámbito que nos compete, el Tribunal Constitucional admite como criterio de diferenciación del legislador el sexo, expresamente vetado en el artículo 14 de la Constitución, siempre que esa diferenciación esté rigurosamente justificada⁴:

esa carga de la demostración de carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación como ocurre con

³ GARCÍA MORILLO, Joaquín (1991): «La cláusula general de igualdad», *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 151; MARTÍN CUBAS, Joaquín (1998): «El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 53.

⁴ En relación con el sexo, entre otras, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; la STC 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; la STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; o la STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8.

el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre).

En definitiva, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo incluido en el artículo 14 de la Constitución española, según la interpretación dada por la jurisprudencia constitucional, se traduce en la prohibición de que el legislador pueda establecer diferencias jurídicas en función del sexo que sean injustificadas. Pero si el legislador no establece esas diferencias, no pueden exigirse ante el Tribunal Constitucional:

la igualdad a que se refiere el artículo 14 de la CE lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. Lo que no protege dicho precepto constitucional, como derecho fundamental, es la legítima aspiración a la igualdad material o, de hecho, frente a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables. (STC 8/1986, de 21 de enero).

Por tanto, las políticas de discriminación positiva son una excepción a la regla general de la igualdad formal y, por ello, exigen de una justificación clara. En caso contrario estaríamos ante una «democracia de facciones» y volveríamos a la sociedad compartimentada a la que se enfrentaron precisamente las Revoluciones burguesas.

3. Las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias basadas en el sexo biológico: especial consideración de la violencia de género y la paridad electoral

El sexo biológico es relevante en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el ser mujer biológicamente da el derecho a la aplicación de la ley de reproducción asistida (art. 6 Ley 14/2006). O la prohibición de la maternidad subrogada del art. 10.1 de la misma ley se dirige a la mujer biológica⁵. Pero, sobre todo, el criterio del sexo biológico ha servido en nuestro ordenamiento jurídico para justificar políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias hacia las mujeres. Estadísticamente las mujeres tienen peores trabajos, más contratación a tiempo parcial, peores salarios, más dificultades de promoción laboral o peores pensiones. Ello sitúa al colectivo de la mujer en una diferente situación de hecho frente al colectivo del hombre que puede justificar constitucionalmente, tal y como hemos señalado, una política de discriminación positiva o una medida antidiscriminatoria. Así, por ejemplo, el art. 36 de la ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades, reformado por Real Decreto-ley 17/2020,

⁵ «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

de 5 de mayo, eleva hasta el 75% el porcentaje de deducción por inversiones en producciones cinematográficas, series audiovisuales y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales en el caso de producciones realizadas exclusivamente por directoras. También el sexo biológico es el que ha servido para establecer, por ejemplo, diferentes marcas para hombres y para mujeres en oposiciones a policía local o bomberos.

Dos han sido las políticas basadas en el sexo biológico que fueron especialmente polémicas y llevadas ante el Tribunal Constitucional: la reforma penal introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (LOPIVG), y la paridad electoral introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Con la introducción del delito de violencia de género por la Ley Orgánica 1/2004 se pretendía proteger a las mujeres de una violencia específica, la controladora coactiva que ejercen los hombres sobre las mujeres *por el mero hecho de serlo*. Según la Exposición de Motivos de la ley, «se trata de una violencia que se dirige sobre *las mujeres por el hecho mismo de serlo*, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

La regulación penal de la Ley Orgánica 1/2004, suponía la introducción de subtipos agravados en relación con los malos tratos ocasionales, las amenazas leves, las coacciones leves y las lesiones (artículos 153.1 –maltrato físico o psíquico leve ocasional-, 171.4 –amenazas leves-, 172.2 –coacciones leves- y 173.2 –maltrato habitual- CP) en función de quién fuera el sujeto pasivo, previendo mayor pena si éste fuera la esposa o mujer con la que mantuviera una análoga relación de afectividad (o si fuera «persona especialmente vulnerable» que conviviera con el autor).

Se trata de una tutela penal, sexualmente diferenciada, que en nuestro país fue objeto de múltiples críticas, sobre todo desde la doctrina jurídica penalista⁶, pero también desde diversos órganos asesores de las instituciones del Estado -como el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, de 21 de junio de 2004, o el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, de 24 de junio de 2004-. Pero sobre todo y para lo que aquí nos interesa fue planteada su inconstitucionalidad por la posible violación, entre otros, del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

⁶ Entre muchas, véanse las de ÍÑIGO CORROZA, Elena (2005): «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en MUERZA ESPARZA (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, pp. 24-27.

La STC 59/2008, de 14 de mayo, avaló que los hombres tengan penas mayores que las mujeres cuando se trata de delitos relacionados con la violencia de género. La principal razón que da la Sala es que las mujeres están «insuficientemente protegidas» dentro del ámbito de relaciones de pareja, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de ésta. Es relevante recalcar que la Sala precisa que a una mujer se le podría imponer la misma sanción, aplicando el artículo cuestionado, en tanto en cuanto la víctima de la agresión fuera una persona «especialmente vulnerable» que conviva con ella. El tribunal se basa en «las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja». Esta frecuencia es para el TC «un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena». La Sala explica a la juez de Murcia que recurrió el artículo de la Ley que no se está atribuyendo al varón «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor» tal y como ella decía en el recurso, sino que objetivamente se trata de un «arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja». Por tanto, la discriminación positiva se justifica en las estadísticas hechas a partir del sexo biológico⁷.

Por otra parte, la paridad electoral fue introducida por la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Se pretendía fomentar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos representativos, entendiendo por tal la presencia de mujeres y hombres de forma que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Para ello se optó por un sistema de cuotas por tramos. La ley exige que en tramos de cinco haya un máximo de tres hombres o mujeres (art. 44 bis LOREG).

En los comicios autonómicos y locales del 27 de mayo de 2007 todos los partidos se vieron obligados a formar listas que no contemplaran más de un 60 por ciento ni menos de un 40 por ciento de hombres o mujeres. Esto supuso no pocos errores en la confección de las listas que tuvieron que subsanarse para adecuarse a la nueva norma. No obstante, hubo dos casos en los que la inadecuación a la norma no se hizo por error, sino que de lo que se trataba era de poner en cuestión la misma. Fue el caso, en primer lugar, de la lista presentada por Falange Española y de las Jons en la localidad de Bruñete que incluía a 10 mujeres (ni siquiera empadronadas allí) y sólo 3 varones (las SSTC 108 y 127/2007 desestimaron el recurso de amparo electoral alegando la posibilidad de haber

⁷ No entramos aquí, por no ser objeto de este artículo, en el debate actual sobre la poca precisión de la legislación penal y la interpretación que está haciendo el Tribunal Supremo considerando violencia de género toda violencia del hombre hacia la mujer, independientemente del ánimo del autor o del contexto.

corregido el error). También esta norma justificó la prohibición de una lista presentada por el PP en la localidad tinerfeña de Garachico, al estar compuesta sólo por mujeres.

El Grupo Popular del Congreso presentó un recurso ante el TC contra la Ley de Igualdad al entender que esta norma al prever la paridad vulnera hasta seis preceptos constitucionales sobre el principio de igualdad, el derecho de sufragio pasivo, la libertad de los partidos políticos a confeccionar candidaturas, la libertad de ideología, o incluso el pluralismo político. Básicamente los recurrentes señalan que la vulneración al principio de igualdad se debería a que la medida de discriminación positiva no es razonable.

El TC (STC 12/2008, de 29 de enero) rechazó el recurso (y la cuestión de inconstitucionalidad planteada a raíz del caso de Garachico) y afirmó la constitucionalidad de la norma. Por lo que respecta al principio de igualdad, el TC no entra en la razonabilidad de la medida, sino que niega que se trate de una discriminación positiva, niega que se trate de romper con el principio de igualdad formal. De hecho, las proporciones se establecen por igual para los que pertenezcan a uno u otro género. Al elaborar las candidaturas, debe tenerse en cuenta el sexo de los candidatos, pero esto no provoca un tratamiento jurídico diferente entre hombres y mujeres. Esto permite concluir que la medida no es constitucional porque la diferenciación sea razonable, sino porque no existe diferenciación. Se trataría tan sólo de una «medida antidiscriminatoria»⁸, destinada a remover una «discriminación indirecta»⁹ en virtud de la cual la presencia de las mujeres en órganos representativos sigue siendo escasa. De esta manera el artículo 9.2 sirve en la Sentencia para justificar las limitaciones a la libertad de los partidos políticos (art. 6 CE). Considera que los partidos son un cauce válido para la consecución efectiva del derecho a la igualdad, y constata que, en el ámbito político, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, las segundas han estado siempre materialmente postergadas. La ley, para el Constitucional, es «imprescindible» en el contexto de «una legislación que persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública». De nuevo, pues, justifica la «medida antidiscriminatoria» en una realidad social basada en el sexo biológico¹⁰.

⁸ Se trata de una «medida antidiscriminatoria», pero no una «discriminación positiva» ya que no se rompe el principio de igualdad formal.

⁹ Son «discriminaciones indirectas o de impacto» las «situaciones en las que no hay diferencias de trato formales y expresas entre mujeres y hombres, pero que, de hecho, por la diversa situación fáctica en que se encuentran mujeres y hombres (por la vigencia de los estereotipos sociales), se producen resistencias severas, un suelo pegajoso para avanzar en la igualdad real entre ellos». REY MARTÍNEZ, Fernando (2019): *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, pp. 80-86, 174.

¹⁰ Esta sentencia se reproduce más tarde en la STC 13/2009, de 19 de enero, aunque esta última también se refiere a la función pública y no solo al sistema electoral y, además, la disposición impug-

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS PERSONAS TRANS

Tal y como está formulado el principio de igualdad en la Constitución española impide la discriminación de cualquier colectivo, incluido el LGTBIQ+ y, en concreto, de las personas trans. La STC 176/2008, de 22 de diciembre, sostuvo que la transexualidad es un rasgo que se halla de modo implícito «indudablemente» en las «circunstancias» individuales o sociales a las que alude el art. 14 CE (FJ 4). Ello lo justifica en dos razones. Por una parte, porque la transexualidad comparte con el resto de los supuestos del art. 14 CE el hecho de una «diferencia históricamente arraigada» que sitúa a los transexuales en «posiciones desventajosas» contrarias a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) por los «profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas». Por otra parte, por la aplicación del estándar internacional de interpretación de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). En este sentido, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, señaló que no se puede negar el derecho de visita de un progenitor por el mero hecho de encontrarse en proceso de reasignación sexual, so pena de incurrir en lesión del artículo 14 CE¹¹. Así interpretado el principio de igualdad constitucional del artículo 14 CE, desde mi punto de vista, poco aporta añadir «la prohibición de discriminación por identidad de sexo» que algunas leyes autonómicas han incorporado¹². El ámbito de protección ha de ser el mismo, aunque no se añada dicha coletilla.

nada fijaba una representación mínima en las listas de candidatos electorales de mujeres del 50% y de hombres del 40%.

¹¹ En este caso concreto, el amparo le fue denegado porque las resoluciones judiciales anteriores justificaron la restricción del régimen de visitas en la inestabilidad emocional plasmada en el informe pericial psicológico –que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración de la salud emocional y el desarrollo de la personalidad del menor- y no en la transexualidad del padre. El caso llegó al Tribunal de Estrasburgo, que sentenció, en el caso P.V contra España, STEDH de 30 de noviembre de 2010, que no se había lesionado el derecho a la vida privada y familiar del progenitor.

¹² Así, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de Baleares; Ley foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ de Navarra; Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a

Efectivamente los diversos organismos internacionales han reconocido al colectivo de las personas trans como especialmente vulnerable, ya que ha sido históricamente criminalizado y todavía hoy sufre actos de discriminación y violencia por causa de su identidad de género¹³.

Los Principios de Yogyakarta de 2007, sobre la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos a las cuestiones de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales, demandan a todas las naciones que garanticen las protecciones de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+. En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la resolución 17/19 que por primera vez reconocía los derechos del colectivo LGTBIQ+ y una declaración formal de condena de los actos de violencia y discriminación en cualquier lugar del mundo por razón de orientación sexual e identidad de género. En el mismo sentido fue la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas del día 26 de septiembre de 2014, para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

En el ámbito de la UE, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por orientación sexual e identidad de género. De conformidad con lo anterior, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluye explícitamente la orientación sexual en su articulado. En el mismo sentido, el Parlamento Europeo dictó su Resolución de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación a los transexuales. Con posterioridad dictaría otras resoluciones como la de 8 de febrero de 1994, la de 18 de enero de 2006 y la de 24 de mayo de 2012, relativas

la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales del País Vasco; Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género de Cantabria; Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de Canarias; Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

¹³ Vid. PICAHRDO, J. I. (2019): *Guía ADIM LGBT+ Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid; PORTERO, A., MACÍAS, A., BLANCO, D. G., VERA, C. y BIOQUE, A. (2019): *Vidas trans*, Antipersona; FERNÁNDEZ-ORUÑA, J. C., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., HERRERA SÁNCHEZ, D., MORÁN FERRÉS, C., FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., MARTÍNEZ MORENO, F., SAN ABELARDO ANTA, M. Y., RUBIO GARCÍA, M., GIL PÉREZ, V., OROZCO, A. M. S., y GÓMEZ MARTÍN, M. A. (2020): *Informe de la evolución de los delitos de odio en España 2019*, Madrid, Ministerio del Interior.

a la igualdad de derechos de lesbianas y gais y a la lucha contra la discriminación y la homofobia, por las que se instaba a todos los Estados Miembros a velar por la aplicación del principio de igualdad de trato, con independencia de la orientación sexual de las personas en todas las disposiciones jurídicas y administrativas. En septiembre de 2011, el Parlamento Europeo instaba a la despsiquiatrización de la vivencia transidentitaria y, en diciembre de 2012, emitía una recomendación instando a la Organización Mundial de la Salud a suprimir los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales (la OMS lo eliminó en 2018), y a facilitar el reconocimiento del género sentido. La aprobación del Informe Lunacek, el 4 de febrero de 2014, marca las líneas rectoras que deben respetar las legislaciones nacionales en este ámbito¹⁴.

Esta circunstancia, la vulnerabilidad del colectivo, justifica e, incluso, impone a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE). En definitiva, justifica e impone las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias a favor del colectivo de personas trans.

En concreto, la Resolución de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo sobre la discriminación de transexuales, insta a los Estados miembros a realizar una serie de medidas, entre las que cabe destacar la inclusión del tratamiento de cambio de sexo en la Seguridad Social, la concesión de prestaciones sociales a los transexuales que hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual, la creación de consultorios para transexuales, la protección financiera a las organizaciones de autoayuda, la adopción de medidas especiales para favorecer el trabajo de los transexuales, el derecho al cambio de nombre e inscripción del sexo en la partida de nacimiento y documento de identidad. También insta a tomar medidas en ámbitos como el trabajo, la sanidad, la educación o el acceso a bienes y servicios la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de febrero de 2014¹⁵.

En España, desde la despenalización de la homosexualidad el 26 de diciembre de 1978 en coherencia con el principio de igualdad constitucional, la legislación española ha ido evolucionando para evitar la discriminación del colectivo LGTBIQ+. A raíz de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, del Código Penal,

¹⁴ DÍAZ LAFUENTE, José (2013): «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», *Revista general de derecho constitucional*, 17; ELVIRA PERALES, Ascensión (2013): «Transexualidad y Derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 17.

¹⁵ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (2015): «La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, pp. 748-749.

encontramos artículos que agravan las penas y condenan los delitos cuando se han producido por motivos de orientación sexual o identidad de género (arts. 22.4 y 510 CP). Por Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se permitió a todas las personas LGTBIQ+ el matrimonio, el divorcio, la adopción conjunta, la herencia o el derecho a la pensión de viudedad y orfandad de la Seguridad Social. Dicha reforma fue ratificada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, de 6 de diciembre. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, extiende a las personas LGTBIQ+ el reconocimiento a la filiación con independencia de la orientación sexual de los progenitores. Asimismo, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, reconoció a las personas transexuales mayores de edad la posibilidad de corregir la asignación registral de su sexo contradictoria con su identidad, sin necesidad de someterse a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y sin procedimiento judicial previo, aunque manteniendo la exigencia de disponer de un diagnóstico psicológico de disforia de género. La Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de Registros del Notariado (hoy día Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, reconoció la posibilidad de dicho cambio a mayores de edad y/o a menores emancipados con efectos frente a terceros. También la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, introduce el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBIQ+ y el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar como aspectos básicos del currículo de las distintas etapas educativas.

Las diversas leyes aprobadas por las CCAA¹⁶, bien desde una perspectiva integral que abarca al conjunto de las personas LGTBIQ+, bien focalizada de manera específica en las personas trans, recogen medidas en el ámbito social, de la salud, de la educación, del trabajo, familiar, de la infancia y adolescencia, de la juventud y personas mayores, de la cultura, ocio y deporte, de los medios de comunicación, del patrimonio y memoria histórica, contra el ciberacoso, en el medio rural, de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Justicia, de cooperación internacional y de la atención a personas LGTBIQ+ refugiadas. Además, Andalucía, Madrid, Valencia y Aragón prohíben en sus respectivas leyes LGTBIQ+ las terapias de conversión destinadas a «curar» a las personas del colectivo¹⁷. Los tratamientos hormonales

¹⁶ Vid. nota 12.

¹⁷ CÓRDOBA, Cristina R. (2021): «La situación actual del Colectivo LGTBI en España. Un análisis legislativo de los derechos reconocidos y la protección de víctimas de discriminación por orientación sexual y/o identidad o expresión de género», *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, 16, pp. 153-155.

y quirúrgicos para las personas trans se han incorporado a la cartera de servicios complementaria de algunas Comunidades Autónomas¹⁸.

Recientemente en el ámbito nacional se ha aprobado el Anteproyecto de Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los Derechos de las Personas LGTBI por el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2021¹⁹. Mientras se escriben estas líneas ha sido ya informado por los órganos constitucionales consultivos. Se ha evacuado el del Consejo Económico y Social, el 28 de enero de 2022, y el del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el 20 de abril de 2022. El primero, en líneas generales positivo, aunque crítico con algunos aspectos del texto, como por ejemplo cuando aboga por una mayor coherencia con el ya abundante acervo normativo antidiscriminatorio que existe en España. El informe del CGPJ propone la exigencia de mayoría de edad para que una persona pueda solicitar por sí misma la rectificación de la mención registral relativa al sexo, así como la exigencia de que algunos preceptos tengan rango de ley orgánica por suponer un desarrollo del derecho fundamental de igualdad²⁰.

Este Anteproyecto²¹ establece medidas de actuación en todos los ámbitos mencionados en las leyes autonómicas para intentar evitar la discriminación por orientación o identidad de género. Además, incluye sancionar dichas discriminaciones, así como medidas de apoyo y protección a las víctimas de delitos por razón de su orientación o identidad de género. Pero lo más polémico, sobre lo que nos detendremos a continuación, es el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de género de todas las personas.

IV. LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO

La actual reivindicación central del colectivo LGTBIQ+ es el derecho a vivir de acuerdo con la propia identidad sexual y que el Estado así lo reconozca en los

¹⁸ ROLDÁN MESA, Sara (2020): «Asistencia sanitaria a personas transexuales: igualdad y libre autodeterminación de la identidad de género», *Trabajo Social Global-Global Social Work*, vol. 10, núm. 19, pp. 350-351.

¹⁹ El 17 de marzo de 2021 dos grupos parlamentarios presentaron una proposición de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans cuya toma en consideración sufrió una derrota parlamentaria. Otro grupo parlamentario hizo lo propio en 2020 (BOCCGG, 132-1, 4 de diciembre de 2020), iniciativa que caducó finalmente.

²⁰ En línea: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-por-unanimidad-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI> (consulta 24/6/2022).

²¹ El texto del anteproyecto y la memoria del análisis del impacto normativo se pueden encontrar en: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/2021/apl-igualdad-efectiva-persona-trans-derechos-lgtbi.aspx> (consulta 13/6/2022).

documentos oficiales. Eso supone que la mera voluntad baste, sin mayor requisito, para ser hombre o mujer a todos los efectos jurídicos. Es el llamado derecho a la autodeterminación de género, que se reconoce en los arts. 37 y 38 del Anteproyecto de Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los Derechos de las Personas LGTBI aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2021. A continuación, procedemos a hacer un análisis normativo y jurisprudencial sobre este derecho, para luego señalar la problemática que se plantea respecto a las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias basadas en el sexo.

1. Marco legal y jurisprudencial

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el cambio de nombre y sexo en el registro civil, sin necesidad de exigir cirugía de reasignación o proceso de hormonación, forma parte del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos. En *leading-case Goodwin c. Reino Unido*, STEDH de 11/07/2002, ante la negativa británica de cambiar el nombre de una persona que había cambiado de sexo, el Tribunal dijo que tal negativa atentaba contra el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH en conjunción con la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 12, 13 y 14 CEDH. Más recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la exigencia prevista en la legislación francesa de someterse a una hormonación de carácter irreversible que conlleve la pérdida de la función reproductiva constituye una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos que consagra el derecho a la vida privada y familiar (caso *A.P., Garçon, Nicot contra Francia*, de 6 de abril de 2017). En *X e Y contra Rumanía*, de 19 de enero de 2021, exige que el Estado demandado articule un procedimiento «rápido, transparente y accesible» para cambiar el sexo registral de cualquier documento de identidad, independientemente de que no se haya producido cirugía de reasignación²². En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no admite la exigencia de cirugía de reasignación u hormonación para el cambio de sexo registral, aunque tampoco ha reconocido que la mera voluntad sea generadora

²² Vid. ROMBOLI, Silvia (2021): «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», *IberICONnect*, 24 de abril de 2021. En línea: <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/el-tribunal-europeo-vuelve-a-recorrer-el-camino-en-la-direccion-de-una-efectiva-proteccion-de-la-identidad-sexual/> (consulta 13/6/2022). Sobre la jurisprudencia del TEDH en esta materia vid. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco (2019): «Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», MATIA PORTILLA, F.J.; ELVIRA PERALES, A; y ARROYO GIL, A (dirs): *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 101 y ss.

del derecho. Como se observa, la autodeterminación de género se entiende que es desarrollo del derecho a la vida privada.

Por otra parte, la opinión consultiva OC-24/17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sí que reconoce que la mera voluntad sea suficiente para el cambio de sexo registral, y lo reconoce como desarrollo del derecho de libre desarrollo de la personalidad²³. Según la Corte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad hace que cada persona sea «libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses» (párrafo 287). «Ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género» (párrafo 78). Ese derecho no es solo vivir de acuerdo con la identidad de género sentida, sino que el Estado tiene la obligación de que «tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros, así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas» (párrafo 105).

En España, en 1987 el Tribunal Supremo admitió, en una sentencia pionera, no solo el cambio de nombre en el Registro Civil, sino también el cambio de sexo ya que el individuo se había sometido a una operación de «cambio de sexo» (STS de 2 de julio de 1987). El demandante alegaba que no acoger su pretensión implicaba una vulneración del artículo 14 CE que prohíbe la discriminación por razón de sexo. El magistrado favorable a la pretensión argumentó que «El sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones... el título legal de varón o hembra, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna» (FJ 5). En este caso, el cambio de sexo en el Registro se entiende derivado del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE.

En esta línea, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permitió que las personas trans pudiesen ser reconocidas legalmente en base a su autoadscripción, además de que a todas las personas trans que se hubiesen sometido a cirugía relativa al cambio de sexo con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, se les exoneró de tener que cumplir los requisitos pudiendo cambiar su sexo registral directamente. No obstante, para la modificación registral se establecen los siguientes requisitos

²³ En línea: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf (consulta 8/6/2022).

(art. 4): 1. Que la persona presente un diagnóstico de disforia de género elaborado por un médico o psicólogo. Este diagnóstico debe de incluir la existencia de disonancia entre el género asignado y el género real de la persona. Además, de aludir que no presente ningún trastorno de personalidad; 2. Que la persona haya estado en tratamiento médico durante mínimo 2 años para conseguir las características físicas asociadas al sexo que quiere registrar. Estos tratamientos no deben de ser obligatoriamente cirugías de cambio de sexo. El tratamiento médico que se requiere en la actualidad durante esos dos años es tomar hormonas para conseguir características asociadas al género que corresponda; 3. Que la persona que lo solicite sea mayor de edad con capacidad suficiente, por lo cual, los menores de edad y personas con capacidad reducida que necesiten de tutor legal no pueden acceder al cambio de sexo registral.

En definitiva, según la Ley 3/2007, de 15 de marzo, se permite el cambio de sexo, con todas las consecuencias jurídicas, sin necesidad de haberse practicado la cirugía de reasignación de género, aunque sí se exige el previo diagnóstico de la «disforia de género» y que el solicitante se haya sometido a tratamiento médico para acomodar la discrepancia. Se puede prescindir del tratamiento médico cuando concurren razones de salud o lo aconseje la edad del individuo. En todo caso se exige mayoría de edad.

Este último requisito ha sido declarado inconstitucional por la STC 99/2019, de 18 de julio, que concluyó que la exigencia de mayoría de edad para el cambio registral vulnera, por una parte, el principio constitucional de desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ya que «la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana» (FJ 4) y, por otra parte, su intimidad (art. 18.1 CE), ya que obliga a mostrarse públicamente como «menores trans». Eso sí, siempre que nos encontremos con un menor «suficientemente maduro» y en situación «estable de transexualidad» (FJ 8)²⁴.

En la normativa autonómica se reconoce la autodeterminación de género, sin necesidad de informes psicológicos o tratamientos médicos y bastando la mera voluntad, a efectos de la identificación ante la Administración autonómica. No

²⁴ Vid. sobre esta sentencia SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2019): «El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32; REY MARTÍNEZ, Fernando (2019): *ob. cit.*, pp. 324-326.

En cualquier caso, la no exigencia de mayoría de edad para el cambio registral del sexo se trata de una cuestión problemática. Una muestra fue el caso de Keira Bell, una adolescente británica que fue tratada con hormonas a los 16 años y sometida a doble mastectomía a los 20 años. Demandó ante los tribunales a la clínica Tavistock al entender que el consentimiento que otorgó siendo niña fue un consentimiento viciado. El tribunal británico concluye que el consentimiento de los menores de 16 años no puede válidamente darse (*Quincy BelleMrs. A. v. The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust, High Court of Justice*, 1 de diciembre de 2020).

obstante, esta identificación ante la Administración autonómica no modifica la identidad que conste en el Registro civil ni en la documentación oficial y, por tanto, esa «autodeterminación de género autonómica» no puede generar ningún efecto jurídico. Es el parlamento estatal el competente en la modificación de los requisitos exigidos para cambiar el sexo en el Registro civil y el único que podría reconocer ese derecho de autodeterminación de género (art. 149.1.8 CE)²⁵.

El Anteproyecto de Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los Derechos de las Personas LGTBI aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de junio reconoce en sus artículos 37 y 38 el derecho a la autodeterminación de género.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el derecho a la autodeterminación de género forma parte del «principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución)». De hecho, tal y como señala la STC 99/2019, de 18 de julio, con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad.

En la nueva regulación de este derecho se eliminan los requisitos de previo informe psicológico y los dos años de tratamiento. Además, se fijan los dieciséis años para solicitar el cambio registral y se regula la posibilidad de cambio registral de la mención del sexo a los mayores de 14 años y a las personas con discapacidad. Señala el artículo 37:

1. Toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral del sexo. 2. Las personas menores de dieciséis años y mayores de catorce podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales. En el supuesto de desacuerdo de los progenitores o representante legal, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 300 del Código Civil. 3. Las personas con discapacidad podrán solicitar, con las medidas de apoyo que en su caso precisen, la rectificación registral de la mención de sexo. 4. El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo

²⁵ En este sentido también ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2022): «Apuntes constitucionales sobre la futura ley trans», *Revista General de Derecho Constitucional*, 36, p. 7.

mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

A continuación, el artículo 38 concreta dicho régimen en un procedimiento regulado en los siguientes términos:

1. La rectificación de la mención registral del sexo se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta ley y de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora del Registro Civil para los procedimientos registrales. 2. El procedimiento se iniciará mediante comparecencia de la persona legitimada, asistida por sus representantes legales en el supuesto del artículo 37.2, ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil, a su elección, de la que haya obtenido cita previa. En dicha comparecencia, la persona encargada del Registro Civil le hará entrega del formulario que recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación. En el formulario de solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil. El formulario podrá incluir la petición de traslado total del folio registral cuando a su inscripción de nacimiento le sea aplicable la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. 3. En esta comparecencia inicial, la persona encargada del Registro Civil informará a la persona solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, así como de la existencia de las medidas voluntarias de apoyo que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir. 4. De tratarse de personas menores de dieciocho años y mayores de catorce, todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor. La persona encargada del Registro Civil le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades. 5. Tras la información facilitada por la persona encargada del Registro Civil,

la persona legitimada suscribirá, de estar conforme, una primera solicitud de rectificación registral del sexo mencionado en su inscripción de nacimiento. 6. En el plazo máximo de tres meses desde la fecha de la comparecencia y solicitud de rectificación inicial, la persona encargada del Registro Civil deberá citar a la persona legitimada para que comparezca de nuevo y ratifique su solicitud, aseverando la persistencia de su decisión. 7. Firmada y presentada la solicitud, la persona encargada del Registro Civil, previa comprobación de la documentación obrante en el expediente, dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia. 8. La resolución será recurrible en los términos previstos en la normativa reguladora del Registro Civil, si bien el recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tendrá carácter potestativo en este caso. 9. Cuando se trate de personas con discapacidad, en el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre.

El cambio de sexo en la inscripción registral tendrá todos los efectos jurídicos solo a partir del momento en el que se produzca el cambio registral, tal y como aclara el artículo 40, en el que se hacen dos especificaciones respecto a normativa basada en el sexo biológico:

3. La persona no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral, si bien conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de las mismas, sin que haya lugar a su reintegro o devolución. Respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial.

4. La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, en particular a efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Es decir, en el caso de una mujer trans las políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres (especialmente, la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) solo les serán aplicables a partir del cambio registral, pero no antes. A pesar de esa salvedad, la polémica surge al aplicar esa normativa basada en el sexo biológico a personas cuya mención registral no depende de la biología, sino de la voluntad.

2. Los términos de la polémica: la legitimidad del debate

La reivindicación del colectivo LGTBIQ+ del derecho a la autodeterminación de género y su posible reconocimiento jurídico en distintos Estados democráticos ha dado lugar a una intensa polémica, especialmente protagonizada por movimientos feministas. En España se ha formado el movimiento «Contra el borrado de las mujeres». Este movimiento señala básicamente que la autodeterminación de género es contraria a las políticas de discriminación positiva hacia las mujeres.

Ha sido especialmente virulenta la reacción del colectivo LGTBIQ+ a estas objeciones al derecho de autodeterminación de sexo, llegando a censurarse personas en redes sociales o en ámbitos académicos de debate²⁶ o, incluso, planteando como causa de despido el pensar que el sexo es una condición inmutable²⁷.

Antes de analizar la posible incompatibilidad entre las políticas de discriminación positiva hacia la mujer y el derecho a la autodeterminación de género, que es el objeto de la polémica, quisiera subrayar brevemente la legitimidad del debate, algo que parecería obvio en nuestra sociedad democrática.

¿Se puede despedir a una persona por considerar pecados la sodomía entre varones adultos, el adulterio o la masturbación? ¿O están estas ideas protegidas por la prohibición de discriminación? ¿Se puede despedir a una persona por creer que el sexo es una condición inmutable? ¿O esta idea es digna de protección constitucional? ¿Es legítimo el debate en todas estas cuestiones?

²⁶ Han sido sometidas a virulentas críticas personas célebres como J. K. Rowling, activistas históricas del feminismo como Julie Bindel o Germaine Greer, o académicas como Kathleen Stock. En España Pablo de Lora no pudo participar en un seminario internacional organizado por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra en diciembre de 2019 porque un grupo de personas impidió su participación.

²⁷ En el Reino Unido, en el caso *Maya Forstater* se planteó si una persona podía ser despedida por razón de su creencia en que el sexo es una condición inmutable. Se planteó si esa idea es jurídicamente protegible por el principio de igualdad y no discriminación. El juez Tayler consideró que no porque suponía una violación de la dignidad de otros (*Maya Forstater v. CGD Europe and others*, 8 de enero de 2020). La Corte de Apelaciones rectificó esta sentencia. *Vid.* DE LORA, Pablo (2021): *El laberinto del género: sexo, identidad y feminismo*, Alianza Editorial, pp. 15-17.

Para que la idea de la democracia sea posible el relativismo ha de ser su base filosófica. O, en palabras del profesor Solozábal, «la democracia reposa inevitablemente sobre un cierto escepticismo»²⁸. Un relativismo o escepticismo que, sin embargo, no niega la existencia de las verdades absolutas. Decía Tomás y Valiente que la democracia «no niega la existencia de verdades absolutas, debe permitir que quien crea en ellas o en su posibilidad, las busque por su cuenta y riesgo, como aventura individual de su pensamiento libre, pero organiza la convivencia como si tales verdades no existieran. Se instala metódicamente en el reino de las relatividades públicas, para que el hombre individual pueda pensar lo que quiera acerca de otros posibles tipos de verdades»²⁹. En definitiva, la democracia se basa en el escepticismo y su principal instrumento es el debate. Un debate que, como argumenta Stuart Mill, resulta imprescindible para el progreso por tres razones. En primer lugar, si la opinión mayoritaria en una sociedad se basa en la mentira, la libertad de expresión de la minoría y el debate con la mayoría permitirá alcanzar la verdad. En segundo lugar, si la opinión mayoritaria de una sociedad se basa en la verdad, la libertad de expresión de los discrepantes y el contraste de ideas permitirá una percepción más clara y argumentada de esa verdad. Impedirá con ello que la verdad se convierta en un «dogma muerto». En tercer lugar, cuando la opinión mayoritaria es solo en parte verdad, la libertad de expresión y el debate permitirá completar esa verdad. De ahí que Stuart Mill considere que tratar de anular una opinión so pretexto de que se está seguro de su falsedad se basa en la creencia falaz de que «se posee la certidumbre absoluta», en la infundada presunción de infalibilidad³⁰.

Por tanto, no puede sancionarse a una persona por su creencia en la naturaleza pecaminosa de la sodomía entre varones adultos, del adulterio o de la masturbación, como tampoco puede sancionarse a una persona por considerar que el sexo es una condición inmutable. Lo contrario sería una flagrante vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de una opinión (art. 14 CE). En definitiva, nadie debería ser sancionado por sus ideas, por muy ofensivas que nos parezcan ya que, tal y como señala el TEDH, la libertad de expresión ampara las informaciones o ideas que «hieren, ofenden o importunan», al ser necesario para proteger el «pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura»³¹.

²⁸ SOLOZABAL, Juan José (2016): «Simplismo y democracia», *El imparcial*, 4 de octubre de 2016. En línea: <https://www.elimparcial.es/noticia/170292/opinion/simplismo-y-democracia.html> (consulta el 13/6/2022).

²⁹ Conferencia pronunciada en Burgos en noviembre de 1995 bajo el título «Ensayo para una historia de la tolerancia», recogida en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1996): *A orillas del Estado*, Taurus, pp. 245-246.

³⁰ STUART MILL, John (2014): *Sobre la libertad*, Ediciones Akal.

³¹ STEDH (Sección 3ª) Asunto de *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

Paso, a continuación, a adentrarme en la polémica.

3. La incompatibilidad del derecho a la autodeterminación de género con las políticas de discriminación positiva y medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres

Actualmente, las normas electorales mexicanas, de manera similar a las españolas, establecen la obligación de promover y garantizar la paridad y la alternancia entre los géneros en la presentación de candidaturas a cargos de elección popular. En el estado mexicano de Oaxaca existe una comunidad que se autodenomina *muxe* que, habiendo sido identificados como hombres al nacer, se caracterizan por adoptar la vestimenta y los papeles tradicionales de las mujeres. Con base en ello, en Oaxaca se estableció que, en el caso de presentarse personas transgénero, transexuales, intersexuales o *muxes*, la candidatura corresponderá al género al que la persona se autoadscribe y será tomada en cuenta para el cumplimiento de las cuotas paritarias. Se combina así el principio de autodeterminación de género en el marco de una medida antidiscriminatoria a favor de las mujeres como son las cuotas electorales.

En el verano de 2018 se convocaron elecciones federales y a locales en el Estado de Oaxaca. Amparadas en la normativa estatal, 19 personas que aspiraban a un cargo de elección popular se autoadscribieron como *muxes* o transgénero y solicitaron su registro como candidatas a cargos legislativos y municipales como parte de la cuota de género de mujeres. A la luz de estos hechos, la comunidad *muxe* de Oaxaca señaló que 17 de esas 19 candidaturas eran fraudulentas, pues, en su opinión, los actores políticos referidos estaban fingiendo ser transgénero. El asunto llegó hasta la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana.

La sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana en su sentencia de 21 de junio de 2018, apoyándose en la opinión consultiva OC-24/17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que la autoadscripción o autoidentificación de género es una manifestación de la autodeterminación y libertad personales. Por eso, «... el Estado no debe ni puede exigir un comportamiento social específico, una apariencia física o cuerpo determinados; un estilo de vida privada en particular; un estado civil; unas preferencias y/u orientaciones sexuales; un reconocimiento comunitario ni que tenga o no descendencia, para tener por comprobada la identidad sexo-genérica de una persona. Lo contrario sería discriminatorio y equivaldría a colocar la decisión de lo correcto de la identidad en factores externos a la persona» (párrafo 285). Por tanto, ante la cuestión de qué requisitos puede exigir el Estado a cualquier persona para acreditar su identidad sexo-genérica y acceder a las cuotas de género en materia electoral, el Tribunal se pronunció en el sentido de

que la manifestación de la autoadscripción sexo-genérica de una persona resulta suficiente.

Pero la autoadscripción tiene sus límites y es cuando intenta ser fraudulenta. En este caso, el Tribunal Electoral se dio cuenta de que 15 de los 17 candidatos habían intentado registrarse primero como hombres, pero al no conseguirlo, había decidido autoadscribirse como mujeres transgénero. Por ello, a pesar de la manifestación expresa de estas 15 personas en el sentido de autoadscribirse como mujeres transgénero, el Tribunal ordenó la cancelación de su registro y mandó sustituirlas con base en el principio de paridad. En definitiva, reconoce la autoadscripción para el acceso a las cuotas como una presunción *iuris tantum* que puede romperse si existen elementos probatorios sobre un posible fraude³².

En este caso se plantea que un límite a la autodeterminación de género está en el fraude. Pero se trata de un límite aplicable a cualquier derecho que se reconozca en el ordenamiento jurídico. No sería una peculiaridad del derecho a la autodeterminación de género, aunque siendo este derecho dependiente de la mera voluntad más difícil de probar. Pero, una vez probado el fraude en el ejercicio de un derecho, no se aplicarían los efectos jurídicos correspondientes a ese derecho, en este caso, no se consideraría el cambio de sexo a efectos de la cuota electoral³³. Así lo señala en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 6.4 del Código civil: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

La cuestión es, ¿solo si es fraudulento supone una merma en la cuota electoral femenina? Si la paridad electoral se justifica en una estadística basada en el sexo biológico, ¿puede una «mujer trans», que biológicamente es un hombre, participar de esa medida antidiscriminatoria?

³² Vid. sobre esta sentencia VARGAS VALDEZ, José Luis (2021): «SUP-JDC-304/2018 y acumulados. Caso muxes», *TEPJF. Un tribunal para la democracia*. En línea: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//08_SUP-JDC-304-2018%20y%20acumulados_Caso%20muxes_Vargas.pdf (consulta 8/6/2022).

³³ En España un caso de posible intento de fraude en este ámbito ha sido el caso de Jonathan Robaina. En la noche de 4 de junio de 2018, el entonces llamado Jonathan Robaina asesinó presuntamente de 22 martillazos a su prima Vanessa Santana en la localidad de Betancuria, en la isla de Fuerteventura. Se presume que previamente también la violó. Iniciado el juicio oral a finales de mayo de 2021, la Fiscalía solicita veinticinco años de privación de libertad. Al poco de iniciarse la vista, Jonathan Robaina solicitó, como ya había hecho ante las autoridades de la institución penitenciaria en la que se encuentra preso, ser llamado Lorena y ser tratado como mujer. En el interrogatorio sostuvo que «siempre lo había sido», y que por eso no pudo haber violado a su prima. Lorena ha solicitado, en caso de ser condenada, cumplir condena en una cárcel de mujeres de acuerdo con las previsiones de la Ley trans aprobada por unanimidad por el Parlamento canario a finales de mayo de 2021. Finalmente, los médicos forenses que examinaron al asesino y declararon durante el juicio afirmaron que Robaina no padece disforia de género.

La autodeterminación de género en el acceso a cuotas electorales provoca dos efectos. Por una parte, es evidente que en un mundo de suma cero, donde la ganancia o pérdida de un participante se equilibra con exactitud con las pérdidas o ganancias de los otros participantes, la entrada en la cuota electoral de «mujeres trans» reduce las opciones de las «mujeres cis»: la medida antidiscriminatoria a favor de las mujeres se diluye. No obstante, podría pensarse que la reducción no es tal por cuanto supuestamente el trasvase también podría producirse hacia el otro lado, es decir, los «hombres trans» renunciarían a la medida antidiscriminatoria y la suma se compensaría. Por tanto, solo en los casos fraudulentos se produciría esa merma en la cuota electoral. Por otra parte, y esto sí que plantea un problema jurídico, aplicar una medida antidiscriminatoria basada en el sexo biológico a personas trans convierte a esa medida en discriminatoria por cuanto desaparece la justificación jurídica (el sexo biológico) para su aplicación.

Si, tal y como argumentaba el Tribunal Supremo español en 1987, «El sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico ...», la autodeterminación de género no plantearía ningún problema jurídico.

Sin embargo, el sexo biológico, tal y como hemos desarrollado más arriba, es hoy utilizado por el legislador para la introducción de políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias en favor de las mujeres. El delito de violencia de género pretende proteger de la «violencia que se dirige sobre las mujeres *por el hecho mismo de serlo*». La exigencia de un 40% de mujeres en las listas electorales pretende compensar una estadística baja de la presencia femenina en los órganos representativos. O, más recientemente, la mayor deducción en el Impuesto de Sociedades para las directoras de cine que para sus compañeros varones pretende fomentar la presencia femenina en el sector audiovisual. Se trata de ejemplos de discriminación positiva, excepciones al principio de igualdad, o medidas antidiscriminatorias solo justificadas, según el Tribunal Constitucional, por unas estadísticas que revelan diferencias de hecho basada en el sexo biológico. También se basan en las diferencias biológicas entre los dos sexos la diferentes marcas que se piden para hombres y para mujeres en las oposiciones a policía local o a bombero.

Por tanto, el sexo biológico es hoy relevante jurídicamente y desde esta perspectiva la autodeterminación de género plantea un problema de difícil solución. La aplicación de las políticas de discriminación positiva o antidiscriminatorias a favor de las «mujeres trans» son automáticamente discriminatorias por cuanto si la medida excepcional se justifica en una diferencia basada en el sexo biológico, no puede aplicarse a quien no tiene esa diferencia biológica, aunque a efectos jurídicos se le reconozca como «mujer». ¿Qué sentido tiene hacer estadísticas que distingan entre hombres y mujeres cuando esa condición se determina por la mera voluntad? Esas estadísticas dejan de tener sentido como fundamento de

políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres.

En definitiva, la modificación del sexo en el Registro civil por la mera voluntad produce unos beneficios indebidos y, por tanto, discriminatorios, consecuencia de la aplicación de las medidas antidiscriminatorias basadas en el sexo biológico.

V. CONCLUSIÓN

La autodeterminación de género, es decir, que la mera voluntad baste, sin mayor requisito, para ser hombre o mujer a todos los efectos jurídicos e institucionalmente relevantes, puede considerarse una consecuencia necesaria de esa igualdad de la que habla Odo Marquard, la que significa que todos podamos ser diferentes sin temor, respecto al colectivo de las personas trans. Desde el punto de vista jurídico, esta autodeterminación de género se ha justificado en el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE) o, desde el punto de vista internacional, el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos). Sin embargo, entiendo más preciso que ese derecho a la autodeterminación de género se entienda como posible derivación del derecho fundamental a no ser discriminado (art. 14 CE y art. 14 del Convenio)³⁴. En definitiva, se trata del derecho a vivir de acuerdo con la identidad de género sentida y que el Estado así lo reconozca.

El problema es que esa autodeterminación de género, que puede entenderse como medida antidiscriminatoria para el colectivo trans, entra en contradicción con las políticas de discriminación positiva o con las medidas antidiscriminatorias a favor de las mujeres, ya que se basan en el sexo biológico. La aplicación de medidas que están basadas en el sexo biológico a personas que definen voluntariamente su sexo conlleva inevitablemente a la discriminación, por cuanto la justificación de la medida desaparece. En un mundo en el que el sexo se define por la voluntad no tiene sentido hacer estadísticas que distingan entre hombres y mujeres, ni políticas de discriminación positiva o medidas antidiscriminatorias hacia las mujeres.

La autodeterminación de género, actual reivindicación clave del colectivo LGTBI+, nos concita como sociedad a que nos planteemos si el sexo biológico, la producción de óvulos o espermatozoides, debe ser relevante jurídicamente o, por el contrario, ha de ser una cuestión irrelevante a todos los efectos y, por tanto, una cuestión de voluntad. Podremos defender que el sexo sea relevante

³⁴ En este sentido, REY MARTÍNEZ, Fernando (2019): *ob. cit.*, p. 329.

y con ello defender las políticas de discriminación positiva basadas en el sexo, o que el sexo sea irrelevante y con ello la autodeterminación de género. Pero no podemos defender las dos cosas a la vez. Es imposible.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2022): «Apuntes constitucionales sobre la futura ley trans», *Revista General de Derecho Constitucional*, 36
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (2015): «La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2
- CÓRDOBA, Cristina R. (2021): «La situación actual del Colectivo LGTBI en España. Un análisis legislativo de los derechos reconocidos y la protección de víctimas de discriminación por orientación sexual y/o identidad o expresión de género», *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal*, 16
- DE LORA, Pablo (2021): *El laberinto del género: sexo, identidad y feminismo*, Alianza Editorial
- DÍAZ LAFUENTE, José (2013): «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», *Revista general de derecho constitucional*, 17
- ELVIRA PERALES, Ascensión (2013): «Transexualidad y Derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 17
- GARCÍA MORILLO, Joaquín (1991): «La cláusula general de igualdad», *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 151
- ÍÑIGO CORROZA, Elena (2005): «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en MUERZA ESPARZA (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor
- MARQUARD, Odo (2000): *Apología de lo contingente*, Institució Alfons El Magnànim, Valencia
- MARTÍN CUBAS, Joaquín (1998): «El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 53.
- PICAHRDO, J. I. (2019): *Guía ADIM LGBT+ Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid
- PORTERO, A., MACÍAS, A., BLANCO, D. G., VERA, C. y BIOQUE, A. (2019): *Vidas trans*, Antipersona; FERNÁNDEZ-ORUÑA, J. C., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., HERRERA SÁNCHEZ, D., MORÁN FERRÉS, C., FERNÁNDEZ VILLAZALA,

- T., MARTÍNEZ MORENO, F., SAN ABELARDO ANTA, M. Y., RUBIO GARCÍA, M., GIL PÉREZ, V., OROZCO, A. M. S., y GÓMEZ MARTÍN, M. A. (2020): *In-forme de la evolución de los delitos de odio en España 2019*, Madrid, Ministerio del Interior.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2019): *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi
- ROLDÁN MESA, Sara (2020): «Asistencia sanitaria a personas transexuales: igualdad y libre autodeterminación de la identidad de género», *Trabajo Social Global-Global Social Work*, vol. 10, núm. 19
- ROMBOLI, Silvia (2021): «El Tribunal Europeo vuelve a recorrer el camino en la dirección de una efectiva protección de la identidad sexual», *IberICONnect*, 24 de abril de 2021. En línea: <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/el-tribunal-europeo-vuelve-a-recorrer-el-camino-en-la-direccion-de-una-efectiva-proteccion-de-la-identidad-sexual/> (consulta 13/6/2022).
- RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco (2019): «Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», MATIA PORTILLA, FJ; ELVIRA PERALES, A; y ARROYO GIL, A (dirs): *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2019): «El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32
- SOLOZABAL, Juan José (2016): «Simplismo y democracia», *El imparcial*, 4 de octubre de 2016. En línea: <https://www.elimparcial.es/noticia/170292/opinion/simplismo-y-democracia.html> (consulta el 13/6/2022)
- STUART MILL, John (2014): *Sobre la libertad*, Ediciones Akal
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1996): *A orillas del Estado*, Taurus
- VARGAS VALDEZ, José Luis (2021): «SUP-JDC-304/2018 y acumulados. Caso muxes», *TEPJF. Un tribunal para la democracia*. En línea: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//08_SUP-JDC-304-2018%20y%20acumulados_Caso%20muxes_Vargas.pdf (consulta 8/6/2022).

CUERPO E IDENTIDAD: A PROPÓSITO DE ALGUNOS DISCURSOS NORMATIVOS

M^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVAS

*Profesora titular de Filosofía del Derecho
(Acreditada CU)*

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Cuerpo y organismo II. Discursos hacedores del cuerpo y la sexualidad III. El individuo autónomo y soberano IV. La libertad como cooperación V. Bibliografía

I. CUERPO Y ORGANISMO

El cuerpo no es natural, el organismo, sí. A diferencia del organismo, entendido como un sistema de órganos que cumplen sus funciones fisiológicas, el cuerpo no es un dato, es fruto de una construcción cultural en su sentido más completo y complejo. Los animales tienen organismo, nosotros, los humanos tenemos cuerpo o, tal vez fuese más correcto decir somos cuerpo. Albergado en esa destilada disyuntiva es posible hallar el dilema planteado por muchas religiones desde la Antigüedad. El cuerpo, no el organismo es la morada del alma.

La diferencia entre ambos, organismo y cuerpo, se plasma, por ejemplo, en lo que Jacques Lacan denominó “paz sexual”¹. Mientras que la vida animal se caracteriza por desenvolverse a través de la “paz sexual” proporcionada por sus organismos, la vida humana carece de tal forma de paz porque ya no es del organismo sino del cuerpo del que procede y depende la pulsión sexual. Mientras que en el caso de los animales es el instinto el que, dictado por la naturaleza para perpetuarse, decide, en el caso de las personas, el papel rector del lenguaje altera ese automatismo. Y es que, como señala el profesor URIBE, “en los humanos el ‘instinto’ está modificado por el lenguaje. La aparición del lenguaje separa radicalmente lo humano de la naturaleza (...) El cuerpo humano es un acontecimiento del lenguaje y por esta razón queda inscrito en diferentes formas

¹ LACAN, Jacques (1980): *Obras completas*, Seminario 27, “Disolución”, clase 7, El Seminario de Caracas, 12 de julio de 1980, <http://psikolibro.blogspot.com/search/label/Obras%20Completas%20Lacan>

discursivas que tienen por objeto la regulación del goce de cada uno de los individuos y, por consiguiente, en las relaciones del lazo social”².

No obstante, y aunque parece claro que el salto está en el lenguaje³ y que con él empiezan juntos la cultura y el ser humano “la oposición entre naturaleza y cultura no es el mejor marco dentro del cual inscribir los dilemas actuales de la encrucijada sexo/género”. Y es que, al decir de BAUMAN,

“la verdadera discusión es hasta qué punto los diversos tipos de inclinaciones/preferencias/identidades sexuales son flexibles, alterables y dependientes de la elección del sujeto (...) Las oposiciones entre naturaleza y cultura (...) ya no se superponen como lo hicieron (...) hasta no hace mucho tiempo. En el discurso popular, cultura significa cada vez más esa parte heredada de la identidad que no puede ni debe ser molestada (sin riesgo para quien se meta con ella), mientras que los rasgos y atributos tradicionalmente clasificados como ‘naturales’ (hereditarios, genéticamente transmitidos) suelen ser considerados como dóciles a la manipulación humana y, por lo tanto, de libre elección, una elección de la cual, como sucede con toda elección la persona se deberá sentir responsable y así lo será ante los ojos de los demás.

En consecuencia, no importa tanto si las preferencias sexuales (articuladas como ‘identidad sexual’) son ‘atributos naturales’ o ‘constructos culturales’. Lo que importa es saber si depende del *homo sexualis* determinar (descubrir o inventar) cuál (o cuáles) de esa multitud de identidades sexuales posibles le resulta mejor, o si, como el *homo sapiens* frente a su ‘comunidad de nacimiento’, él o ella están constreñidos a aceptar ese destino (...) Cualquiera que sea el vocabulario utilizado para articular las actuales desventuras el *homo sexualis*, y cualesquiera que sean las intervenciones médicas o genéticas (...) consideradas como el camino correcto hacia una identidad sexual propia/deseable, el punto crucial sigue siendo la ‘alterabilidad’, transitoriedad y revocabilidad de todas ellas (...) Existe siempre la sospecha de que estamos viviendo en la mentira o el error, de que algo de importancia crucial se nos ha escapado, perdido o traspapelado (...) de que existe una obligación vital para con nuestro yo genuino que no hemos cumplido”⁴.

II. DISCURSOS HACEDORES DEL CUERPO Y LA SEXUALIDAD

A tenor de lo antes expuesto estamos ya en condiciones de afirmar que el hecho, científicamente incontrovertible, de que la medicina haya conseguido que los cuerpos sean moldeables o transformados no da razón por sí mismo del

² URIBE, Juan Guillermo (2008): “El cuerpo: acontecimiento de lenguaje y discurso”, *Katharsis*, n.º 6, pág. 28.

³ SAUSSURE, Ferdinand De, en su *Curso de lingüística general* (1913) a las *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein, 2ª ed., tr. J. Padilla, Madrid, Trotta 2021 (edición original en 1953) los principales referentes en materia de lenguaje y filosofía del lenguaje avalan tal punto de partida.

⁴ BAUMAN, Zigmunt (2006): *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, trs. de M. Rosenber y J. Arrambide, Barcelona, F.C.E., págs. 50 y 51. La importancia del contenido de la cita justifica, a nuestro juicio, su extensión.

debate actual sobre la autodeterminación de género. Los logros en ese ámbito son solo parte del conjunto de factores que han contribuido a la actualidad de tal debate.

Con inspiración en las enseñanzas del profesor LEGENDRE⁵ concibo cada sociedad, cada cultura como el tejido hilado con sus textos principales, los textos que han fundado, estructurado y modelado esa sociedad: textos religiosos, jurídicos y políticos, fundamentalmente, razón por la que, en esas sociedades, ostentan un estatuto emblemático. Ese tejido hecho de textos, bastante más duraderos y estables antes que hoy, es responsable de los montajes dogmáticos que sostienen cada cultura. Pero no todo está en el discurso: palabra, imagen y cuerpo interactúan y conforman una profunda unidad clave en el engranaje normativo e institucional.

Visto de otro modo, el cuerpo humano, nuestra naturaleza se hace política convertida en el objeto y destino de discursos e imágenes vertidos desde los más variados ámbitos: la religión, la ideología, la ética, la estética, la moda... sentando todos ellos las bases de nuestro fundamento y realidad antropológica.

Como dice el profesor DAVIES, “el cuerpo se ha convertido en una de las áreas clave en donde los expertos luchan con perspectivas morales, emocionales y políticas alternativas”⁶, el campo en el que se hace patente esa lucha es, por supuesto, el Derecho. A él concurren y en él compiten discursos religiosos, éticos... que pugnan por tutelar la respuesta jurídica a las demandas individuales sobre la autodeterminación de género al amparo de títulos jurídicos como la libertad personal o el libre desarrollo de la personalidad. Las extraordinarias posibilidades ofrecidas por la ciencia y la tecnología no han hecho sino acelerar y afianzar la legitimidad y necesidad del debate⁷.

Independientemente de su tratamiento jurídico y de las posibles dificultades que la cuestión pueda plantear en determinados casos y circunstancias, baste pensar, por ejemplo, en el supuesto de menores de edad o en posibles afecciones sobre el principio de seguridad jurídica, no es posible sustraer la autodeterminación de género ni de la reflexión ética ni de su consideración como hecho sociológico.

⁵ LEGENDRE, Pierre (2005): *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État du Droit*, XII, 2ª ed., París, Fayard, págs. 33 y 37.

⁶ DAVIES, William (2019): *Estados nerviosos. Cómo las emociones se han adueñado de la sociedad*, tr. V. García Cazorla, Madrid, Sexto Piso, pág.151.

⁷ La autodeterminación de género es la respuesta a la disforia de género, esto es, el malestar asociado a una discordancia entre la identidad de género y el sexo físico. No puede decirse que la disforia de género sea un fenómeno actual, de hecho, hay constancia de su existencia desde antiguo en muy diferentes culturas. Al respecto cfr. HERNÁNDEZ ANTÓN, Rebeca *et al.* (2017): “Vivir en un cuerpo equivocado. A propósito de un caso”, *Siglantana. Psicomática y psiquiatría*, n° 1, pág. 69.

La premisa ética desde la que partimos es que la autodeterminación de género se hallaría a medio camino entre el referido derecho al libre desarrollo de la personalidad y el dolor como sufrimiento.

Como es bien sabido, “la comprensión científica del dolor ha experimentado cambios notables. El esfuerzo cartesiano de confinar el dolor al ámbito puramente físico se ha considerado inadecuado debido al nuevo paradigma neurológico que surgió a mediados de los sesenta (del pasado siglo) y que se conoce como teoría de la compuerta (...) El dolor que consideramos físico (...) no es intrínsecamente diferente de aquel que denominamos psicológico”, antes al contrario, “la mente y el cuerpo sufren a través de los mismos circuitos neurológicos”⁸. Pero no solo eso, la experiencia y la expresión del dolor no son ajenos ni a la cultura en que se integra el ser humano ni al modo en que es tratado por la política, por ello, entre otras razones, el del dolor nunca ha resultado indiferente para la filosofía.

Si nuestro punto de partida es el del dolor/sufrimiento es porque asumimos que la falta de amparo jurídico a la autodeterminación de género causa sufrimiento, un sufrimiento que se suma al de quienes se hallan ante el dilema de su género. La búsqueda de explicaciones y soluciones para todas aquellas situaciones que producen sufrimiento forma parte de la naturaleza humana y en ellas se enmarca esa necesidad de ser ‘otro’ para escapar o despistar al dolor. Las sociedades contemporáneas, las occidentales al menos, buscan en el Derecho (aunque no solo en él) la respuesta a sus necesidades, por ello, el ordenamiento jurídico que, por unas u otras causas, no reconoce o resuelve las necesidades de sus ciudadanos puede ser percibido como una fuente añadida de dolor.

Pero no es el cuerpo el único blanco de los discursos. En coherencia con las profundas transformaciones que el positivismo y el cientifismo habían traído consigo, a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX se produce, en opinión de Foucault, el abandono de la *ars erotica* y su reemplazo por una *scientia sexualis*.

“Más precisamente, continuó la tarea de proseguir discursos verdaderos sobre el sexo, ajustando, no sin trabajo, el antiguo procedimiento de la confesión a las reglas del discurso científico. La *scientia sexualis*, desarrollada a partir del siglo XIX, conserva paradójicamente como núcleo el rito singular de la confesión obligatoria y exhaustiva, que en el Occidente cristiano fue la primera técnica para producir la verdad del sexo. Este rito, a partir del siglo XVI, se desprendió poco a poco del sacramento de la penitencia, y por mediación de la conducción de las almas y la dirección de las conciencias -ars artium- emigró hacia la pedagogía (...) hacia la medicina y la psiquiatría”. Desde entonces “está montado un dispositivo complejo para producir sobre el sexo discursos verdaderos: un dispositivo que atraviesa ampliamente la historia puesto que conecta la vieja orden

⁸ *Ibidem*, pág. 165.

de confesar con los métodos de la escucha clínica. Y fue a través de ese dispositivo como (...) pudo aparecer algo como la "sexualidad" (...)

Los caracteres fundamentales de esa sexualidad no traducen una representación más o menos embrollada, borroneada por la ideología, o un desconocimiento inducido por las prohibiciones; corresponden a exigencias funcionales del discurso que debe producir su verdad. En la intersección de una técnica de confesión y una discursividad científica (...)

La 'economía' de los discursos, quiero decir su tecnología intrínseca, las necesidades de su funcionamiento, las tácticas que ponen en acción, los efectos de poder que los subtienden y que conllevan" (...). Es "la historia de la sexualidad", en definitiva, -es decir, la historia de lo que funcionó en el siglo XIX como dominio de una verdad específica"- y "debe hacerse en primer término desde el punto de vista de una historia de los discursos. Adelantemos la hipótesis general del trabajo (...) la sociedad se lanzó a la empresa de formular su verdad regulada (...) Como si tuviese necesidad de esa producción de la verdad (...) Así, -la sexualidad- se convirtió poco a poco en el objeto de un gran recelo; el sentido general e inquietante que (...) atraviesa nuestras conductas y nuestras existencias; el punto frágil por donde nos llegan las amenazas del mal"⁹.

En definitiva pues, cuerpo y sexualidad ocupan para el pensamiento, la medicina... el poder en su conjunto un lugar destacado a la hora de construir el discurso de la verdad y por tanto, de la corrección. Son esos intensos antecedentes, donde nada se deja al azar y poco a la libertad, los que dan fondo y forma a la cuestión que nos ocupa.

III. EL INDIVIDUO AUTÓNOMO Y SOBERANO

Sin embargo, junto a esos discursos normativos hacedores del cuerpo y de lo correcto concurren otros discursos con los que entran en tensión. La coexistencia de tendencias a veces coincidentes y otras muchas divergentes y hasta antagónicas es lo propio de la democracia y, sobre todo de la libertad. Tendencias que responden a valores contrapuestos y cuyo cruce marca, en cada momento, lo aceptado, aunque no necesariamente siempre de forma mayoritaria o 'pacífica'.

Así, en primer lugar, ha de tenerse en cuenta el lugar central que la autonomía moral ocupa en el pensamiento occidental. En palabras de KANT la autonomía es, nada menos que "el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional"¹⁰. Pero también, abundando en esa idea, "la autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual es ella para sí

⁹ FOUCAULT, Michel (2007): *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, 31ª ed., tr. U. Guiñazú, Madrid, Siglo XXI, págs. 85-87.

¹⁰ KANT, Immanuel (1967): *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, 3ª ed., tr. M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, pág. 94.

misma una ley -independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer”¹¹.

La autonomía de la moral no es sino la autonomía de la persona en tanto que agente moral, autonomía que, por ser el fundamento de su dignidad, lo es también de los derechos humanos con los que llega la autonomía política. Y es que, como señala CEREZO GALÁN, es gracias a ellos como el individuo deviene ciudadano o, lo que es igual “co-legislador y miembro de una sociedad democrática, esto es, no sujeta a otra legislación que la que emane de sí misma, en aquellos asuntos que conciernen al interés público. Pero, entre ambos, por así decirlo, entre el orden “nouménico”, que diría KANT, de la libertad trascendental y el orden civil de la libertad política, se encuentra la autonomía del sujeto o del yo individual como soberano del sentido y el valor de su propia vida”¹².

Por supuesto no es KANT el único filósofo que sitúa a la autonomía en el núcleo mismo de la existencia humana, son muchos otros los que también lo hacen. Es el caso de Dewey, que desde un pragmatismo lejanísimo a KANT también entiende que “cada ciudadano es un soberano”¹³. Incluso en las antípodas mismas del pensamiento kantiano hay autores que refuerzan esa visión, BATAILLE, por ejemplo. Pese a las sustanciales diferencias que alejan el pensamiento de KANT del de BATAILLE su consideración de la autonomía personal constituye un significativo punto de encuentro entre ellos. La radical importancia concedida por ambos a la autonomía de la persona convertiría al individuo en individuo soberano y, por tanto, en titular único de su libertad de pensamiento y acción. Para BATAILLE, el ser humano es potencialmente soberano en la medida en que es capaz de disentir y oponerse a la moral externa: “El hombre debe combatir, debiendo responder a la necesidad que tiene de ser él mismo y solo él mismo. En tanto que combate, el hombre subordina (...) todo a la acción por la que le es preciso traducir su voluntad”¹⁴. Ciertamente ahí acaba la coincidencia pues muy lejos de la filosofía de BATAILLE queda la ‘deseable’ universalización de la conducta humana, tan cara a KANT, destinada a cumplir los mandatos de los imperativos categóricos.

Por otro lado, y, en segundo lugar, tal y como se apuntaba, carece de sentido considerar la cuestión de la autodeterminación de género al margen de una reflexión sobre la democracia puesto que la democracia, además de ser una forma de gobierno es, cada vez con mayor peso y presencia, una forma de vida. En

¹¹ *Ibidem*, pág. 101.

¹² CEREZO GALÁN, Pedro (2014): “La autonomía del sujeto (o el yo soberano)”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n^o 91, pág. 401.

¹³ DEWEY, John (2017): “La ética de la democracia” en *La democracia como forma de vida*, tr. D.A: Pineda Rivera, Bogotá D. C, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unizar/123299?page=30>.

¹⁴ BATAILLE, Georges (1984): *La experiencia interior*, tr. F. Savater, Madrid, Taurus, pág. 101.

primera instancia podría pensarse que esa idea, apuntada ya en su momento por CARL J. FRIEDRICH¹⁵, y madurada tiempo después por DEWEY, “no implica nada fundamentalmente nuevo” como él mismo dice. Sin embargo, es el propio DEWEY quien también señala que “cuando se aplica, les confiere un nuevo sentido práctico a viejas ideas”¹⁶. Es el caso del eterno conflicto entre los medios y los fines, así, en democracia no hay que tener en cuenta solamente los fines, muchos de los cuales incluso las dictaduras afirmarían como suyos, como la seguridad de los individuos y la oportunidad para que estos se desarrollen como personalidades. Democracia significa, sobre todo, hacer un énfasis fundamental en los medios a través de los cuales esos fines deben ser alcanzados. Los medios que la democracia reconoce como legítimos son aquellos que se basan en las actividades voluntarias de los individuos¹⁷, que explicitan la libertad personal de acción y elección.

Dicho en palabras de THUOT, la democracia sería hoy “un estado de la sociedad”¹⁸. Podría decirse que la presencia de la democracia habría adquirido una doble condición, pues si por una parte habría que entenderla como “promesa y prescripción”, destacando de ese modo su compromiso con el futuro y su componente iusfilosófico, por otra la democracia también sería “descripción” con su clara y poderosa presencia sociológica. La democracia pues nos prescribe y nos describe y si se ha convertido en nuestra forma de vida es porque la vieja máxima según la cual la democracia era definida como el gobierno de la mayoría que respeta a la minoría ha dejado de ser la que mejor la define. Tal vez esa concepción fuera la más válida en los tiempos y lugares en que la libertad y los derechos de los individuos eran mucho más limitados y casi ceñidos a la tiranía de las generaciones de derechos. Hoy lo propio de la democracia es la minoría pues, como afirma el profesor BASTIDA, “el fundamento de la democracia es el individuo; él es la primera y singular minoría. No es minoría frente a una mayoría; es minoría frente a todos, y este es el sentido de la eficacia de los derechos fundamentales en una democracia. Como consecuencia de la garantía del

¹⁵ FRIEDRICH, Carl J. (1961): *La democracia como forma política y como forma de vida*, tr. C. Zabal Schmidt-Völz, Madrid, Tecnos, pág. 74.

¹⁶ DEWEY, John (2017): “Democracia creativa: la tarea que tenemos por delante” en DEWEY, J., *La democracia como forma de vida*, tr. D.A. Pineda Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, pág. 172. Al respecto *vid.* también DEWEY, J., *La democracia como forma de vida*, tr. D.A. Pineda Rivera, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unizar/123299?page=34>

¹⁷ DEWEY, John (2017): “La democracia es radical” en DEWEY, John., *La democracia como forma de vida*, *op. cit.*, págs. 155 y 156.

¹⁸ THUOT, Jean-François (1998): *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montreal, Éditions Nota Bene, pág. 26. Para un análisis más detallado al respecto cfr. GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a J., *Derechos versus democracia Ironía de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 45 y ss.

individuo, surge la necesidad de proteger los grupos en los que se encuadra, ya sean circunstanciales, estables o permanentes (...) La minoría no se protege en función de no ser mayoría, sino en función de ser una agrupación de individuos, de seres humanos cuya dignidad no desaparece por la cantidad o la cualidad del grupo en el que se integra (...) Dicho en otras palabras, la mayoría no es una unanimidad venida a menos, sino una minoría venida a más”¹⁹.

En ocasiones se ha echado mano del argumento de la no prioridad a la hora de resolver los problemas que atañen a las minorías frente a la lógica de ocuparse de los que afectan a las mayorías. En ese contexto, no ha faltado quien ha defendido posponer la reflexión y decisión jurídica a propósito de la autodeterminación de género alegando criterios de necesidad u oportunidad. Dicho de otro modo, la atención jurídico-política habría de ir primero a las mayorías y solo después, llegado el caso y en consideración a cuestiones de orden público o justicia, podrá destinarse a las minorías. Tal enfoque resulta tan interesado como anacrónico y falto de fundamentación desde el punto de vista ético. Pero tampoco la perspectiva iusfilosófica o la constitucional pueden avalar una prelación planteada de tal modo. Puesto que, como también apunta el profesor BASTIDA, “las minorías no representan teóricamente ningún problema cuando la fundamentación de la democracia se basa en el individuo, concebido así como la primera y singular minoría”. En atención a la intención deslegitimadora de ciertos discursos en lo tocante al ejercicio de la libertad personal a la hora de autodeterminar el propio género, tal vez no esté de más recordar que “cualquier agrupación de individuos, sea ocasional o tendencialmente permanente, participa de la dignidad de sus miembros y un sistema democrático debe darle el tratamiento jurídico adecuado”²⁰. La dignidad no es, nunca fue, una cuestión numérica ni cuantitativa sino inalienable y, por tanto, indefectiblemente cualitativa. Dignidad que junto a los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, tal y como dispone el artículo 10.1. de nuestra Constitución.

Y, en ese mismo sentido, cabe recordar también que el artículo 9.2 de la Constitución Española no hace mención alguna a que los grupos cuya libertad e igualdad han de ser promovidas hayan de ser grupos grandes o mayoritarios, antes bien, lo que dispone es que:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; re-

¹⁹ BASTIDA, Francisco J. (1998): “La soberanía borrosa: la democracia”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Soberanía y Constitución*, nº 1, pág. 432.

²⁰ *Ibidem*, pág. 436.

mover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

A ambos artículos, de especial importancia para el ordenamiento jurídico español, hay que añadir por lo que a la Comunidad Autónoma de Aragón respecta uno de sus principios vertebrales. Nos referimos al principio *Standum est chartae* (Observancias de Aragón, 16^a) recogido en el artículo 3º del Código de Derecho Foral Aragonés en virtud del cual. “Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”. Como nos recuerda la profesora Bayod, ese artículo “recoge uno de los principios tradicionales aragoneses que, desde Joaquín Costa, en lo que atañe al Derecho civil, se vincula a la libertad civil, a la autonomía de la voluntad, como principio que debe regir en Derecho Privado y en particular en el Derecho civil”. Principio de cuya trascendencia jurídica no cabe la menor duda en la medida en que incluso es fuente del sistema foral.²¹

A los argumentos hasta aquí esgrimidos, de por sí bastantes para respaldar la tesis del encaje en nuestro Derecho y democracia de la autodeterminación del género como derecho fundamental, habría que añadir aún una tercera razón: la concepción de los derechos fundamentales como derechos válidos y resistentes frente a todos. Y es que, los derechos fundamentales, entre los que se halla el del libre desarrollo de la personalidad, son “fragmentos de soberanía”²² de los que cada individuo es depositario gracias a la fuerza jurídico-política que irradia de su dignidad (artículo 10 C.E.). Es así como el paso de la autonomía del individuo al individuo soberano, de la filosofía moral al derecho, resulta del todo lógico cuando la libertad y la dignidad constituyen el centro del ordenamiento jurídico.

Del lado de las razones contrarias a la tesis que aquí se sustenta, aún cabe destacar dos más que, sin ser de naturaleza jurídica, disponen de un significativo calado social y sociológico. Se trata, por un lado, del encuadre de la autodeterminación de género dentro de lo que JUVIN ha denominado “civilización del deseo” y del papel desarrollado por las redes sociales en la defensa y difusión de la autodeterminación, por otro. Parte del rechazo despertado por la tesis de

²¹ “Junto al profesor DELGADO ECHEVERRÍA podemos afirmar que los pactos, la autonomía privada, no es fuente del Derecho en Aragón, pero sí lo es este principio tradicional acaso el más importante (...) específicamente contemplado desde 1967 en un precepto propio: el artículo 3 de la Compilación y ahora en el artículo 3 del CDFa”, BAYOD LOPEZ, Carmen (2019): “*Standum est chartae* y derecho supletorio. Una primera aproximación”, en BAYOD LOPEZ, Carmen (Dir.), *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 259.

²² *Ibidem*, págs. 423 y 431.

la autodeterminación como derecho proviene de que, lejos de ser considerado como la respuesta a una necesidad es visto como un ejemplo de mero deseo o capricho que el ordenamiento jurídico no debe ni puede contemplar. No está en tela de juicio que, como indica JUVIN, “el mundo es lo que nuestros deseos hacen de él”. Por lo que “está justificado llamar civilización del deseo a esta civilización (...) la primera que se da por fundamento y por motor el deseo sin límites, que reposa toda entera sobre el consumidor insaciable (...). En la realidad, la ilusión de la libertad individual resulta directamente de la omnipresencia del poder como puesta a disposición de objetos de deseo y como garantía de un disfrute sin barreras”²³. Visión del todo coincidente con la de LIPOVETSKY quien identifica a la nuestra como una “cultura de la tentación, de la estimulación permanente de los deseos”, que no es otra que “la cultura presentista de satisfacción de los deseos permanentemente renovados. Cultura del consumo hipertrófico”²⁴.

Quienes ponen como ejemplo de ello el supuesto de la autodeterminación de género llevan a cabo una suerte de subsunción frívola del caso desoyendo las reiteradas y legítimas reclamaciones de quienes, por el contrario, ubican su opción en la conocida máxima de “llega a ser el que eres”. Como es sabido, la idea de convertirse en quien ya se es -“hazte el que eres”- fue expresada por primera vez por el poeta PÍNDARO en su II Pítica²⁵ para exhortar e incitar a los atletas griegos a conseguir ser lo que en potencia eran. Mucho después, NIETZSCHE rescata ese imperativo del olvido y lo eleva a deber moral “¿Qué dice la conciencia? Debes llegar a ser el que eres”²⁶. Ensalzamiento de la búsqueda de la autenticidad que adquiere una notable importancia viniendo de un detractor de las recepciones acríticas de legados morales que, en realidad, camuflan voluntad de poder. Ese y no otro es el fundamento que, en última instancia, vendría a sostener la que aquí se analiza y con ella otras manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, como se indicaba, la participación activa en redes sociales de movimientos defensores de la autodeterminación de género viene siendo interpretada por ciertos sectores contrarios a la misma como una intromisión invasiva e ilegítima en la educación de los menores²⁷. La polarización ideológica que

²³ JUVIN, Hervé (2016): *Le gouvernement du désir*, París, Le Débat-Gallimard, págs. 155 y 156.

²⁴ LIPOVETSKY, Gilles (2010): “Le règne de l’hyperculture: cosmopolitisme et civilisation occidentale” en Juvin, H. y Lipovetsky, G., *L’Occident mondialisé. Controverse sur la culture planétaire*, París, Éditions Grasset, pág. 50.

²⁵ PÍNDARO, (1984): *Odas y Fragmentos. Olímpicas, Píticas, Nemeas, Istmicas*, tr. A. Ortega, Madrid, Gredos, pág. 152.

²⁶ NIETZSCHE, Friedrich (1994): *La Gaya Ciencia*, Libro III, parágrafo 270, tr. L. Díaz Marín, Madrid, M.E. Editores, pág. 168.

²⁷ “El peso de la cultura LGBTQI y la influencia de las redes sociales han dado una nueva visibilidad a la ‘disforia de género’, o sentimiento de haber nacido en el cuerpo equivocado. ¿Emancipación progresista o fenómeno de adoctrinamiento ideológico? Al margen de que los tratamientos hormonales y quirúrgicos hagan de un niño sano un paciente de por vida, la respuesta afirmativa

en los últimos años se está apoderando de la vida política ha encontrado en las cuestiones jurídicas fronterizas con la moral un caldo de cultivo fecundo. Desde un punto de vista iusfilosófico, el proselitismo de unos y otros no puede ser el factor que determine el encaje, o no, de la autodeterminación de género dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Con independencia de la obligada consideración a los puntos de vista que la sociedad manifiesta, los principios constitucionales y valores superiores no pueden quedar a expensas del mayor o menor activismo mostrado dentro y fuera de las redes sociales. La reflexión y el razonamiento jurídico no son ni pueden ser ajenos a cuanto ocurre en la sociedad, de hecho, es el propio ordenamiento quien así lo señala. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 3 del Código Civil cuando establece que “las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Lo cual no significa que el Derecho no constituya una realidad en sí mismo, una realidad autónoma, un hecho que si bien guarda una evidente relación y conexión con la sociedad no puede ni debe ser confundida con ella.

IV. LA LIBERTAD COMO COOPERACIÓN

Hasta aquí se ha tratado de mostrar que, sin pleno reconocimiento jurídico de la autonomía moral y de sus manifestaciones, hablar de libertad y de libre desarrollo de la personalidad, sería apelar a pseudoconceptos. En ese sentido parece pues incuestionable que, más allá de los aspectos médicos de la cuestión, el punto de partida desde el que abordar la autodeterminación del género sea la filosofía moral para, acto seguido, analizar si su traslación jurídica resulta coherente o no. Si lo es, si la libertad y su proyección en el libre desarrollo de la personalidad gozan de las garantías jurídicas que su ejercicio requiere, la autodeterminación de género habrá de ser calificada como un derecho fundamental. Ello, que viene siendo tratado así en diversos países tanto de dentro de la Unión

demasiado rápida a ese deseo de cambio de sexo corre el riesgo de dañar su construcción psíquica (...) Un pretendido ‘derecho a la autodeterminación’ oculta e instrumentaliza los sufrimientos de los adolescentes”, ELIACHEFF, C. y MASSON, C., (1922): *La fabrique de l'enfant-transgenre. Comment protéger les mineurs d'un scandale sanitaire?* (Contaportada), París, *l'Observatoire*. En España Fernando Sabater defiende la misma postura incluyendo al lobby farmacéutico entre quienes, por motivos espurios, estarían auspiciando la presión mediática: “Tampoco debe olvidarse que hay importantes intereses económicos en juego: cada persona que inicia los tratamientos de cambio de sexo (y cuanto antes mejor) se convierte en cliente obligado de las farmacéuticas para toda su vida” SABATER, Fernando (2022): “Disforia educativa”, *The Objective*, 29-05-2022 theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-05-29/disforia-educativa-transexualidad.

Europea como de fuera de ella,²⁸ encuentra en el principio de seguridad jurídica y en el fraude de ley limitaciones decisivas.

Como es obvio todo lo relativo al ejercicio de ese derecho fundamental resulta especialmente complejo desde el punto de vista jurídico cuando se trata de la libre decisión de menores²⁹. Tal y como recuerda la profesora Bustos, “una de las principales consecuencias que, como acto personalísimo, se impone de la normativa civil sustantiva (art. 162.1 CC)³⁰, es la exclusión de la representación legal, una vez alcanzada la madurez. Se reconoce a toda persona las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a la misma, como innata manifestación de su dignidad (art. 10 CE)³¹”. Y es que, como bien destaca BUSTOS, “los derechos de la personalidad están ligados a la esencia misma del individuo, pues nacen y se extinguen con él, y no permiten su ejercicio por representación. Sobre la base de dicha premisa no se exige, para el ejercicio de estos derechos, la plena capacidad de obrar, resultando suficiente la capacidad natural de autogobierno. En consecuencia, los menores que pretendan el reconocimiento legal de su identidad de género tendrán que ejercitar solos los derechos inherentes a su persona, en particular, la solicitud ante el Registro Civil del cambio de nombre y sexo³²”.

²⁸ Argentina fue el primer país del mundo en reconocer la potestad de las personas en ser reconocidas con el género de preferencia. En 2011, el Congreso aprobó la Ley de identidad de Género promulgada por el decreto N° 773/2012 del Poder Ejecutivo Nacional en el 2012. La ley 26.743 estableció que el Registro Nacional de las Personas debe permitir modificar el nombre, la imagen y el sexo registrado en los documentos de identificación de los individuos, además de garantizar que aquellas personas que decidan realizar una operación quirúrgica que determine de esa manera su identidad deben ser contemplados en las obras sociales que le corresponden. En Europa ocho países lo regulan a partir de los 18 años (Portugal, Bélgica, Francia, Irlanda, Grecia, Dinamarca, Luxemburgo y Malta), y algunos de estos lo prevén a los 16, pero con aval de los padres. Y solo dos, Países Bajos y Noruega (que no es parte de la UE), lo permiten a partir de los 16. Sobre estos y otros datos acerca del reconocimiento ante la ley de la autodeterminación de género *vid. el Informe Mapeo Legal Trans 2019*, Ginebra, ILGA Mundo, 2020.

²⁹ STC 99/2019, citando STC 183/2008, de 22 de diciembre.

³⁰ Art. 162 C.C. “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1° Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

³¹ BUSTOS MORENO, Yolanda B. (2020): “La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la Sentencia del Tribunal 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Derecho privado y Constitución*, n° 36, pág. 90. En STC 99/2019 (Fundamento jurídico n° 9) se reconoce que el ámbito de determinación sobre decisiones de índole vital corresponde por igual a mayores y a menores de edad. Cuando se trata de opciones personalísimas y el menor dispone de madurez suficiente puede ejercitar por sí el derecho fundamental en cuestión.

³² *Ibidem*. La STS 685/2019 (Fundamento jurídico 9°) declara que la actuación de los representantes legales es en este ámbito, en vía judicial, únicamente complementaria. Asimilable a la destinada a completar la capacidad procesal de los menores permitiéndoles comparecer en juicio (art. 7.2. L.E.C.)

Por lo que respecta a esta concreta cuestión, la seguridad jurídica queda salvaguardada puesto que, como ya señalara el profesor BERCOVITZ antes de la entrada en vigor de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la identificación de las personas queda resuelta con el número del DNI. Individualización que se ha acentuado aún más con el denominado código personal previsto en el artículo 6 de la citada ley: “A cada registro individual abierto con el primer asiento que se practique se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica generada por el Registro Civil, que será única e invariable en el tiempo”. Ello, a juicio del profesor BERCOVITZ, posibilita “una máxima flexibilidad para la atribución del nombre y para los cambios del mismo. Lo que incluso permitiría cuestionar en su caso la necesidad de hacer constar en el Registro el sexo de las personas”³³.

Es seguro que, de decantarse por la opción apuntada por el profesor BERCOVITZ, las posibilidades de fraude de ley en determinados sectores jurídicos (competiciones deportivas, o manifestaciones de la acción positiva en políticas públicas, por ejemplo) se verían incrementadas lo cual exigiría del Derecho un esfuerzo aún mayor para evitar tanto dicho fraude como otras posibles afecciones sobre la seguridad jurídica. Lo cual no obsta para que en los últimos tiempos estén apareciendo voces acreditadas, como la de FRANÇOIS TULKENS, que se pregunten acerca de la conveniencia de reconsiderar el ideal de la seguridad jurídica. En un momento como este donde la combinación de distintas variables (inteligencia artificial, *soft law*, globalización...) junto a la aceleración en la producción normativa aconsejan revisar y actualizar una aspiración que en modo alguno puede ser idéntica a la configurada en el siglo XIX. Máxime si se tiene en cuenta que los ordenamientos se asemejan hoy más a un conjunto disgregado de “actos jurídicos prospectivos, derecho transitorio, normatividad evolutiva, inflación de normas primarias y secundarias, descodificación...”³⁴ que a un verdadero sistema.

Es probable que la afirmación pronunciada por JEROME FRANK nada menos que en 1930 cobre en nuestro contexto más sentido que nunca. A su juicio ya por entonces era un hecho cierto que “solo se puede lograr un grado limitado de seguridad jurídica. La demanda actual de exactitud y previsibilidad en el derecho es incapaz de ser satisfecha porque se busca un grado mayor de lo que es procurable, deseable o necesario. Gran parte de la incertidumbre de la ley no es un desafortunado accidente; es de inmenso valor”.³⁵ No en vano la cuestión

³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2018): “Personas transexuales y estado de derecho”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n° 11, págs. 22 y 23.

³⁴ TULKENS, François (1990): “La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer”, *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques (RIEJ)*, n° 24, pág. 37.

³⁵ FRANK, Jerome (1935): *Law and Modern Mind*, Nueva York, Tudor Publishing Company, pág. 7.

de la autodeterminación de género se nos plantea como una cuestión a resolver en un contexto globalizador y en ese sentido conviene tener presente que en la globalización “la lógica de los sistemas sustituye a la lógica del Derecho” lo que significa, entre otras cosas que, “la seguridad jurídica no se logra ya mediante una instancia decisora jerárquicamente superior. De manera realista, es de esperar una disminución de la inseguridad jurídica mediante una conexión reiterada de las decisiones jurídicas con las que se van produciendo posteriormente, lo cual apunta, en la realidad de la práctica judicial, a la tradición del precedente jurídico”.³⁶

Realismo y prudencia aconsejan pues aceptar que las profundas transformaciones por las que atraviesa el Derecho afectan al alcance de algunos de sus principios básicos, gravados ahora con nuevas limitaciones. Así, tal vez convendría afrontar que el de seguridad jurídica ya no pueda ser inmanente al Derecho, no al contemporáneo al menos, o, que ha dejado de ser el objetivo y propósito en la medida en que lo fue en épocas pretéritas³⁷. Sin embargo, y aun a pesar de las trabas con que se topa la seguridad jurídica, ésta sigue siendo irrenunciable para el Derecho, cosa distinta es que no lo pueda ser en el mismo grado o con idéntico modelo. Las condiciones en que se crea, interpreta y aplica el Derecho obligan a desmitificar y relativizar el principio de seguridad jurídica. En esa dirección TULKENS propone reemplazar el concepto clásico de seguridad jurídica por el de “seguridades jurídicas”, esto es, concebir “seguridades jurídicas variables, según el dominio del derecho examinado, sin referencia a una noción única que formaría la base de todo el sistema legal”³⁸. Dicho de otro modo, el principio de seguridad habría de adaptarse a las características y particularidades de cada especialidad del Derecho haciéndose así tan múltiple y flexible como él.

En última instancia, cabría sopesarse, como posible solución para sortear las dificultades de seguridad jurídica que la autodeterminación de género conlleva su planteamiento como un derecho/deber a la manera de otros supuestos existentes en nuestro ordenamiento jurídico (piénsese, por ejemplo, en la enseñanza obligatoria, artículo 27 Constitución Española). Sin embargo, el derecho fundamental a la intimidad recogido en el artículo 18 de la misma norma impide cualquier tentación de regularla de tal modo. Recuérdese que en caso de conflicto entre una y otra, seguridad jurídica *versus* intimidad, el saldo en nuestro Derecho es a favor de la segunda tal y como se desprende de la jurisprudencia constitucional³⁹.

³⁶ XIOL RÍOS, Juan Antonio (2005): *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, pág. 29.

³⁷ *Ibidem*, pág. 38.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Así lo entendemos en este punto en virtud de lo dispuesto en la STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 8: “(...) el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto

Pero no acaban ahí las dificultades que rodean a la autodeterminación de género. Ha de tenerse en cuenta que el marco en que se desenvuelve hoy el Derecho y los derechos es el de una expertocracia⁴⁰, un gobierno de expertos o sabios en el que confluyen dos tendencias. Una es la propensión a atribuir a la opinión científica la mejor, si no la única, de las diagnosis y prognosis válidas, guiados por el principio de autoridad. Y la otra es la de buscar entre los científicos a aquellos que avalen la opinión propia que, ya con antelación, se sustentaba sobre el asunto en cuestión, fuere cual fuere. Se trata, a mi juicio, de una perversión de la idea de democracia, como si también ésta tuviese el deber de proporcionar el abanico de referendos científicos necesarios para respaldar las opciones que los ciudadanos decidan secundar. Ambas tendencias pueden observarse en la práctica totalidad de los asuntos actuales. Si bien es verdad que podría hablarse de denominadores comunes en ciertas materias (médicas, geográficas, físicas, químicas... aunque ni siquiera éstas quedan a salvo de pareceres calificables como excéntricos) no es menos cierto que hay otras, especialmente las de las ramas de humanidades y sociales, en las que no prima el acuerdo. La autodeterminación de género se ve especialmente afectada por dichas tendencias al converger en ella ciencias sanitarias (psiquiatría, psicología...) y sociales, pero también religión y ética que, desde esta perspectiva, podrían denominarse ciencias del espíritu. Dicho de otro modo, en este como en otros controvertidos asuntos, la ideología es a veces camuflada tras certezas científicas previamente seleccionadas ya que hemos acabado por disponer de una ciencia a la carta capaz de dotar de autoridad e incluso convertir en dogma las más variadas opiniones.

A tenor de las demandas sociales en este punto no puede decirse que la regulación jurídica sobre la autodeterminación de género sea un Derecho sin realidad. El Derecho se sirve de la ley, pero sirve o ha de servir a la sociedad a la que regula. Es evidente que cuanto más heterogénea sea la sociedad en cuestión mayores serán las dificultades para armonizar jurídica y políticamente las diferencias de

garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada" (STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 8).

⁴⁰ Entre otras fuentes puede consultarse FERNÁNDEZ MATEO, Joaquín (2014): *El nuevo sujeto estético en la sociedad de la información: una genealogía de los procesos de subjetivación*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, pág. 310.

valores e intereses. En paralelo a la complejidad que tal heterogeneidad conlleva la democracia puede verse tensionada. En ese contexto es en el que hay que situar la autodeterminación de género por las razones anteriormente referidas. Por ello no parece ni adecuado ni posible deslindar el debate que nos ocupa del concepto de democracia o, más concretamente, del tipo de democracia en que se vive o al que se aspira.

Como ya se ha puesto de manifiesto la democracia no es solo una forma de gobierno, más allá de ello y además de ello la democracia es una forma de vida lo que, por definición, implica una concepción ética. Como dice DEWEY democracia es “la forma de sociedad en la que todo hombre tiene una oportunidad y sabe que la tiene (...), una oportunidad a la que no se le pueden poner límites posibles, una oportunidad verdaderamente íntima, la oportunidad de convertirse en persona”⁴¹. Es desde ahí, desde la democracia, entendida como requisito previo a la individualidad, desde la que se han de gestionar los conflictos de valores que, a buen seguro, se producirán en toda forma de vida social desarrollada en libertad. Para DEWEY, democracia, ética y libertad⁴² no pueden entenderse de forma aislada, puesto que el armazón que da consistencia a la vida social que el Derecho organiza depende de los tres. Cuando son ellas, democracia, ética y libertad, las que dan soporte a la estructura jurídico-política las elecciones personales que no inflijan daño a terceros no pueden ser impuestas o prohibidas desde el exterior.

Pero no, los individuos no son átomos y sus decisiones pueden afectar al resto, cuando las determinaciones pertenecen a la esfera de la moral no es difícil que otros se sientan concernidos. En ese contexto, si el fundamento ético en que se funda la elección no es compartido o es rechazado no es descartable que aparezcan conflictos sociales y jurídicos en torno a la cuestión. Es el caso que aquí nos ocupa. El tratamiento de dichos conflictos se aborda, como es obvio, desde el Derecho, pero junto a las soluciones inmediatas de naturaleza estrictamente jurídica han de ser tenidas en cuenta aquellas otras que, proviniendo de la esfera ética y política, favorecen al fortalecimiento de la estructura institucional. La cooperación entre unos y otros y la tarea de construir una democracia creativa se impone como el medio mejor para garantizar la convivencia, esa es al menos la tesis defendida por Dewey:

“La democracia es la creencia en que, incluso cuando las necesidades y los fines, o las consecuencias, son diferentes para cada individuo, el hábito de la cooperación amigable (...) es una colaboración en sí misma inestimable para la vida (...) Cooperar

⁴¹ DEWEY, John (2017): “La ética de la democracia”, en *La democracia como forma de vida*, *op. cit.*, pág. 25. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unizar/123299?page=43>. Dewey asume expresamente la idea de democracia de James Russell Lowell, autor al que se refiere en varias ocasiones en esa obra.

⁴² “La democracia y el ideal ético último de la humanidad son en mi concepto cosas semejantes”, DEWEY, John., *Ibidem*.

para que las diferencias tengan oportunidad de manifestarse, puesto que creemos que la expresión de las diferencias no solo es un derecho de las otras personas sino un medio a través del cual enriquecemos nuestra propia experiencia de la vida, es algo inherente a la democracia concebida como modo de vida personal⁴³.

Dewey atribuyó a una democracia, necesariamente colaborativa y creativa, la función de resolver los posibles conflictos en torno no solo a los fines sino también a los medios, los fines a alcanzar por tal democracia y los medios a través de los cuales lograrlo. El primer y condicional paso para evitar o solventar tales conflictos, incluso previo a una posible afinidad o disparidad de valores morales, gira en torno a los significados sociales. Determinados significados sociales, los más básicos y a la vez los más importantes (libertad, igualdad, justicia, necesidad...) deben, en opinión de MICHAEL WALZER, “ser compartidos por una sociedad, entre un grupo de personas que comparten una vida común: y este compartir no debe ser el resultado de una coacción extrema. Partiendo de que toda socialización es coercitiva, estamos otra vez ante un principio minimalista.

(...)

Debemos buscar acuerdos reales del tipo que ilustra la visión contemporánea de una vida. Los significados sociales no están simplemente ahí, acordados de una vez y para siempre. Los significados cambian con el tiempo como resultado de la tensión interna y el ejemplo externo; por eso, siempre están en disputa. El hecho de que existan disputas, interpretaciones radicalmente diferentes de estos significados, feroces batallas políticas e intelectuales sobre este o aquel bien social, ha llevado a los críticos a cuestionar la relatividad de la distribución de los significados. Si los significados están en disputa y, por lo tanto, en ausencia de un juez supremo, indeterminados, ¿cuál es la naturaleza de la relación? Bien, ¿qué es lo que está en disputa? ¿de qué estamos debatiendo?”⁴⁴

Tras leer a WALZER se reafirma mi convicción de que la moralidad no empieza en la moralidad sino mucho antes, es el propio lenguaje el que guarda la puerta de la moralidad. Y decir lenguaje es decir conseguir el punto en común imprescindible para compartir significantes y significados. Un compartir, claro está, sometido a los vaivenes que las tensiones sociales llevan consigo. Un compartir que significa que nadie puede ganar del todo ni ser un derrotado absoluto en el monopolio del uso del lenguaje y la comunicación, que es casi tanto como decir de la moral. Pues, en ese caso, la posibilidad de compartir se disipa en favor de la opción por imponer. Solución que casa mal con la naturaleza compuesta de la democracia. Soslayar, prohibir o censurar el diálogo en lo relativo a la moral es una traición a la naturaleza compuesta de la democracia, donde con voluntad, expresa o tácita, se dan cita pareceres, éticas y estéticas no siempre fraternas.

Ya se ha referido que, en materia de moral y democracia, la elección de los medios resulta tan trascendente como la de los fines. A ese respecto resulta

⁴³ DEWEY, John, (2017): “Democracia creativa: la tarea que tenemos por delante” en *La democracia como forma de vida*, op. cit. pág. 175.

⁴⁴ WALZER, Michael (2021): *Denso y ligero. Argumento moral para mi país y el resto del mundo*, tr. D. Giménez Glück, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 40 y 41.

muy sugerente la metáfora expuesta a manera de interrogante por GEORGES ORWELL: “¿No ha observado usted nunca que dentro de cada hombre gordo hay un hombre delgado, de la misma manera que cuando dicen que dentro de cada bloque de piedra hay una escultura?”⁴⁵ Una imagen caída casi en el olvido rescatada por WALZER y que guía su apuesta en favor de la prevalencia de una moralidad ligera que haga posible la convivencia en términos de libertad en sociedades plurales y heterogéneas como las actuales.

Como señala el propio WALZER, “tenemos los elementos de una moralidad ligera y universalista dentro de cada moralidad densa y particularista (...) Una moralidad que no permitiera este diálogo, cuyos practicantes no pudieran responder al dolor y opresión de otras gentes (...) sería una moralidad deficiente. Una sociedad o un régimen político (...) que violara los mínimos *standards* sería moralmente deficiente. En este sentido, el minimalismo provee una perspectiva crítica. (...) La moral mínima no es una moralidad autónoma: sencillamente designa algunas características reiteradas de unas particulares moralidades densas o máximas”⁴⁶.

Es posible que la adopción de la moralidad mínima como modo de sustentar la democracia contemporánea y articular los diversos conflictos a que se enfrenta, incluido el que aquí se aborda, sea tachada, con ánimo despectivo, de solución pragmatista⁴⁷. Lo que, en este punto, DEWEY y WALZER tienen en común es su oposición a una concepción maximalista y abstracta de la moralidad al atribuirle la incapacidad de dar respuesta al dinamismo que la experiencia actual requiere. Cabe decir que lo compartido por ambos es la convicción de que solo desde la humildad moral, que no relativismo, la ética democrática podrá garantizar su coherencia al conseguir armonizar posturas discrepantes, todas ellas persuadidas de contar con la cobertura jurídica y moral que niegan del resto. En ese sentido el pragmatismo con el que entendemos se debe abordar esta y otras cuestiones de alcance moral supone renunciar a la mirada unilateral a la que conduce el maximalismo, una renuncia que viene dada por la contingencia a la que sabemos están sometidas las relaciones y el cambio social.

⁴⁵ ORWELL, Georges (2012): *Subir a por aire*, tr. E. Donato, <http://planetalibro.net/>, pág. 23.

⁴⁶ WALZER, Michael (2021): *Denso y ligero. Argumento moral para mi país y el resto del mundo*, *op. cit.*, págs. 9 y 24.

⁴⁷ Sobre la entidad filosófica del pragmatismo como corriente de pensamiento resulta de interés recordar las palabras de COMETTI, Jean-Pierre (2010): quien a lo largo de su obra *Qu'est-ce que le pragmatisme?* da cumplidas muestras de que el pragmatismo es “un pensamiento exigente, escrupuloso, y no la simple transposición, al plano de las ideas del ‘laissez-faire’, París, Gallimard, pág. 11.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BASTIDA, Francisco J. (1998): “La soberanía borrosa: la democracia”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Soberanía y Constitución*, n° 1.
- BATAILLE, Georges (1984): *La experiencia interior*, tr. F. Savater, Madrid, Taurus.
- BAUMAN, Zigmunt (2006): *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, trs. de M. Rosenberg y J. Arrambide, Barcelona, F.C.E.
- BAYOD LOPEZ, Carmen (2019): “*Standum est chartae* y derecho supletorio. Una primera aproximación”, en BAYOD LOPEZ, Carmen (Dir.), *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CEREZO GALÁN, Pedro (2014): “La autonomía del sujeto (o el yo soberano)”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n° 91.
- COMETTI, Jean-Pierre (2010): *Qu'est-ce que le pragmatisme?*, París, Gallimard.
- DAVIES, William (2019): *Estados nerviosos. Cómo las emociones se han adueñado de la sociedad*, tr. V. García Cazorla, Madrid, Sexto Piso.
- DEWEY, John (2017): *La democracia como forma de vida*, tr. D.A: Pineda Rivera, Bogotá D. C, Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unizar/123299?page=30>.
- ELIACHEFF, C. y MASSON, C., (1922): *La fabrique de l'enfant-transgenre. Comment protéger les mineurs d'un scandale sanitaire?* (Contaportada), París, l'Observatoire.
- FERNÁNDEZ MATEO, Joaquín (2014): *El nuevo sujeto estético en la sociedad de la información: una genealogía de los procesos de subjetivación*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- FOUCAULT, Michel (2007): *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, 31ª ed., tr. U. Guiñazú, Madrid, Siglo XXI.
- FRIEDRICH, Carl J. (1961): *La democracia como forma política y como forma de vida*, tr. C. Zabal Schmidt-Völz, Madrid, Tecnos.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, Mª J., (2022): *Derechos versus democracia Ironía de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- HERNÁNDEZ ANTÓN, Rebeca *et al.* (2017): “Vivir en un cuerpo equivocado. A propósito de un caso”, *Siglantana. Psicomática y psiquiatría*, n° 1.
- JUVIN, Hervé (2016): *Le gouvernement du désir*, París, Le Débat-Gallimard.
- KANT, Immanuel (1967): *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, 3ª ed., tr. M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe.

- LACAN, Jacques (1980): *Obras completas*, Seminario 27, “Disolución”, clase 7, El Seminario de Caracas, 12 de julio de 1980, <http://psikolibro.blogspot.com/search/label/Obras%20Completas%20Lacan>
- LEGENDRE, Pierre (2005): *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État du Droit*, XII, 2^a ed., París, Fayard.
- LIPOVETSKY, Gilles (2010): “Le règne de l'hyperculture: cosmopolitisme et civilisation occidentale” en Juvín, H. y Lipovetsky, G., *L'Occident mondialisé. Controverse sur la culture planétaire*, París, Éditions Grasset.
- NIETZSCHE, Friedrich (1994): *La Gaya Ciencia*, Libro III, parágrafo 270, tr. L. Díaz Marín, Madrid, M.E. Editores.
- ORWELL, Georges (2012): *Subir a por aire*, tr. E. Donato, <http://planetalibro.net/>.
- PÍNDARO, (1984): *Odas y Fragmentos. Olímpicas, Píticas, Nemeas, Istmicas*, tr. A. Ortega, Madrid, Gredos.
- SABATER, Fernando (2022): “Disforia educativa”, *The Objective*, 29-05-2022 theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-05-29/disforia-educativa-transsexualidad.
- SAUSSURE, Ferdinand de (1945): *Curso de lingüística general*, tr. A. Alonso, Madrid, Losada.
- THUOT, Jean-François (1998): *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montreal, Éditions Nota Bene.
- URIBE, Juan Guillermo (2008): “El cuerpo: acontecimiento de lenguaje y discurso”, *Katharsis*, n° 6, p. 28.
- VV.AA. (2020): *Informe Mapeo Legal Trans 2019*, Ginebra, ILGA Mundo.
- WALZER, Michael (2021): *Denso y ligero. Argumento moral para mi país y el resto del mundo*, tr. D. Giménez Glück, Valencia, Tirant lo Blanch.
- WITTGENSTEIN, Ludwig J.J. (2021): *Investigaciones Filosóficas* 2^a ed., tr. J. Padilla, Madrid, Trotta.

I. TRANSEXUALIDAD, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. COMUNICACIONES

Fernando Latorre Dena; Carmen Bentué Martínez; Carol Ordovás Morlas, Ángel Pueyo Campos: *Propuesta metodológica para la elaboración de un plan estratégico para el fomento del respeto, la diversidad y la igualdad lgbt+ en la Universidad de Zaragoza*

Belén Trigo García: *Identidad sexual y derechos fundamentales: intersexualidad y asignación de sexo en el Derecho español*

Miriam Jiménez Bernal y Rubén Herrero Giménez: *Identidad, personalidad y su reflejo en la legislación educativa*

Elisa Moreu Carbonell: *El derecho a la igualdad de acceso a la mejora cognitiva*

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN ESTRATÉGICO PARA EL FOMENTO DEL RESPETO, LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD LGBT+ EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

FERNANDO LATORRE DENA,

Director de Secretariado del Área de Accesibilidad y Diversidad de la Universidad de Zaragoza (España)

CARMEN BENTUÉ MARTÍNEZ,

Becaria colaboradora de la Oficina Universitaria de Atención a la Diversidad de la Universidad de Zaragoza (España)

CAROL ORDOVÁS MORLAS,

Becaria colaboradora de la Oficina Universitaria de Atención a la Diversidad de la Universidad de Zaragoza (España)

ÁNGEL PUEYO CAMPOS,

Departamento de Geografía y Ordenación del Territorio de la Universidad de Zaragoza (España)

SUMARIO: PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN ESTRATÉGICO PARA EL FOMENTO DEL RESPETO, LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD LGBT+ EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA1. Introducción2. Metodología. 3. Resultados4. Conclusiones/Discusión. II. BIBLIOGRAFÍA

I. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN ESTRATÉGICO PARA EL FOMENTO DEL RESPETO, LA DIVERSIDAD Y LA IGUALDAD LGBT+ EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

1. Introducción.

La igualdad constituye uno de los principios de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y actúa como medio y fin para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

El principio de igualdad de oportunidades se encuentra recogido en la normativa europea, española, autonómica y universitaria (Declaración Universal de los Derechos Humanos. Incluso es recogido por diversos organismos internacionales como la ONU, se reconocen este principio como uno de los principales ejes de construcción de sociedades más justas y solidarias.

Hasta finales del siglo pasado, el género y sexualidad del colectivo LGBT+ han sido históricamente cuestionados, y presentados como una rareza (Foucault,

1977; Mira, 2007). En España, las transformaciones se inician a partir de la instauración de la democracia, y la presencia de otros modelos más allá de la heteronormatividad en todos los ámbitos públicos y cotidianos de la sociedad se han ido normalizando de manera incontestable. Todo ello ha favorecido su reconocimiento en valores y en derechos, y en un uso diferente, resiliente, inter/transescalar, e interseccional de una realidad socioterritorial que incorpora, además, y con especial fuerza en los últimos años, la dimensión digital de internet y de las redes sociales

La Constitución española de 1978 recoge, en sus arts. 9, 10 y 14 la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social, al tiempo que obliga a los poderes públicos, tanto a facilitar esa participación, como a promover las condiciones para que la libertad e igualdad de todas las personas y de los grupos sociales en que se integran sean reales y efectivas. Concretamente, la Propuesta de ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales presentada por la Federación estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (FELGBT) en el Congreso de los Diputados en el verano de 2017 (actualmente en fase de tramitación), incluye una mención específica a las Universidades que insta a garantizar el respeto a la diversidad sexual y del género de la comunidad universitaria, a establecer protocolos de actuación contra la discriminación por orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, a impulsar la investigación y la profundización teórica, a crear servicios específicos dotados de personal, espacios y recursos económicos, a incorporar asignaturas y cursos específicos sobre la realidad LGBTI en los planes de estudios y a formar al profesorado, personal y alumnado en diversidad sexual e identidad de género.

La Universidad de Zaragoza, si bien no tiene una política clara y visible hacia el colectivo LGBT+, aborda la tolerancia y su visibilidad a través del fomento de actividades culturales y deportivas, de cursos, charlas y talleres, de la realización de trabajos de investigación, así como de la participación en congresos, conferencias, seminarios y jornadas en las que se han tratado de una forma abierta y libre las cuestiones LGBT+.

En este contexto, el presente proyecto tiene como objetivos generales (Og), por un lado, conocer principal conocer la realidad LGBT+ en la Universidad de Zaragoza para impulsar un sistema de valores, modelos de actuación, inserción sociolaboral, contenidos docentes y líneas de investigación que respondan a la diversidad e igualdad (Og1), y por otro y respondiendo a los propósitos a los anteproyectos de la Ley de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, y de la Ley de Igualdad y Protección Integral contra la Discriminación por Razón de Orientación Sexual en la Comunidad Autónoma de Aragón, ayudar a hacer un diagnóstico para el desarrollo futuro de políticas de

igualdad y no discriminación en la Universidad de Zaragoza y en la Comunidad Autónoma (Og2).

Para alcanzar estos objetivos se propone un abordaje desde una visión transdisciplinar –desde la geografía, la sociología, los estudios sociales, la didáctica, la psicología, la ingeniería informática, la historia, las bellas artes, o la filología– para ayudar a visibilizar y representar, de una manera holística, sus prácticas espaciales y sociales, valorar los cambios legislativos y sociales en el reconocimiento de la igualdad, conocer sus derechos, y los procesos y procedimientos de normalización.

El plan se integra en el marco del Rights, Equality and Citizenship Programme dentro de una Action Grants de la Comisión Europea denominada Advancing in LGBT Diversity Management in the Public and Private Sector, cuyo acrónimo de trabajo es ADIM.

2. Metodología.

El proyecto de investigación que guiará la elaboración del Plan Estratégico pretende desarrollar herramientas e indicadores para facilitar el conocimiento y las decisiones a la comunidad universitaria, órganos de gobierno, técnicos, y a la sociedad aragonesa. El método de trabajo se elabora según los objetivos específicos para obtener una visión holística y se organiza en ocho apartados.

En primer lugar, se aborda la fase de selección y recopilación de bibliografía, documentación y legislación que sirva de ayuda para mejorar y matizar los principios que orientan la investigación. No sólo para reformular los objetivos, sino para complementar los métodos de trabajo, las preguntas de las encuestas, los cuestionarios de las entrevistas y grupos de trabajo, los indicadores seleccionados, los tratamientos estadísticos y representaciones cartográficas.

En segundo lugar, se realiza un análisis de los modelos de organización y experiencias de otras universidades o centros de formación e investigación superiores para conocer los recursos y modos de organización, actividades y servicios que se prestan al colectivo en el ámbito universitario y trabajando desde dos escalas: una más general de universidades extranjeras, teniendo en cuenta la información existente en sus páginas web y otra más aplicada para conocer de forma más exhaustiva los modelos de organización de Universidades españolas que ya tienen servicios, protocolos u observatorios que trabajan con el colectivo LGBT+.

En tercer lugar, con objeto de poder hacer un trabajo de diagnóstico adecuado se llevan a cabo entrevistas con representantes y colectivos, así como una encuesta inicial entre el personal de la universidad para conocer la percepción que en el seno de la misma tienen las políticas de diversidad LGBT+, así como

para medir el grado de conocimiento y sensibilización al respecto, trabajando en paralelo con diferentes órganos de la universidad.

En cuarto lugar, se realizará un cuestionario dirigido al alumnado para la caracterización del colectivo LGBT+ universitario. Las respuestas, permitirán conocer de una manera más precisa, cuestiones sociales y espaciales como son la percepción de seguridad; la valoración y el grado de aceptación y tolerancia; la visibilidad en diferentes ámbitos; cuestiones de discriminación y/o acoso tanto en el pasado como presente y relacionadas con la sociabilización y el asociacionismo; cultura LGBT+; concienciación sobre enfermedades de transmisión sexual; modelos de pareja actual/futura y afectividad; demanda potencial de servicios; apoyo institucional; consideraciones políticas; caracterización y utilización del espacio, frecuentación de los espacios de ambiente interno y externos; flujos de movimiento, etcétera.

En quinto lugar, se realizarán de entrevistas semiestructuradas y grupos de trabajo que servirán para obtener información complementaria, y reconstruir la trayectoria histórica del colectivo y su incidencia en la universidad y en la ciudad de Zaragoza. También se tendrán en cuenta las aportaciones y modos de trabajo de otras instituciones y los estudios realizados para poder obtener comparaciones a nivel nacional e internacional, que serán de interés para las reflexiones y políticas sociales a posteriori. Resulta novedoso en este contexto el aprovechamiento de la potencialidad de uso de las Tecnologías de Información Geográfica (TIG) y de los Sistemas de Información Geográfica (SIG) para analizar espacialmente toda la información obtenida, realizar un cuadro de mando y análisis espaciales para facilitar su interpretación y utilización para la toma de decisiones. Se garantizará al máximo la confidencialidad de los datos de carácter personal recogidos durante la investigación. Así, las publicaciones y los informes del proyecto no identificarán a los participantes por el nombre.

En sexto lugar, se creará una geodatabase con la información obtenida en las encuestas y las entrevistas que permita el cruce de datos, la elaboración de indicadores y la generación de cartografía y para la gestión y análisis de los resultados. Al incorporar la componente espacial, se añaden nuevos elementos para realizar consultas de acuerdo con las relaciones entre los distintos elementos, combinándolos con información espacial o no para la formulación de consultas complejas.

Finalmente, gracias a la información recopilada en las fases anteriores, se dispondrá de una información de primera mano para la confección de documentos sintéticos que faciliten el análisis y su consulta: fichas diagrama, cuadros de mando y cartografías temáticas). Estas fichas de diagrama y su análisis técnico se incluirán en el documento de síntesis y diagnóstico de todos los apartados, y se estructurará en una matriz de diagnóstico DAFO. Las matrices DAFO ayudarán a determinar las interrelaciones que se producen, como las debilidades, aptitudes, fortalezas u oportunidades, e incluso a ponderar cualitativa o cuantitativamente

(dependiendo del sistema de valoración que se incluya en el modelo Delphi). Por otra parte, se incluirá un documento de trabajo que por medio de un método Delphi va a ser un excelente sistema para la identificación de los objetivos y la matización de los problemas e intereses. Otro elemento que ayudará a la presentación de resultados, es la elaboración de un cuadro de mando, que está más orientado al seguimiento y presentación general de indicadores que al análisis minucioso de información.

3. Resultados.

Todo este trabajo se sintetizará en un documento ejecutivo en el que se pondrá en común los resultados obtenidos en las fases anteriores y que sentará las bases de trabajo para la formulación de un diagnóstico global que ayude a evaluar la situación del colectivo, desde el punto académico, social y territorial. De este modo, en el documento se presentará un diagnóstico de la realidad con un diagrama que sirva para la identificación mediante un DAFO de los aspectos positivos y negativos; una serie de propuestas de actuaciones que ayuden a la organización estratégica de la Universidad en líneas LGBT+; la jerarquización y restricciones a las propuestas, de acuerdo a los condicionantes establecidos, la realidad y la disponibilidad presupuestaria, desarrollando matrices de fines-relaciones y una propuesta de dinamización social y comunicación que ayuden a la concienciación de la comunidad universitaria, y permita la integración y participación de toda la Universidad en la ejecución y puesta en marcha de acciones igualitarias y equitativas con el colectivo LGBT+. En esta fase sería interesante que, desde la institución universitaria se reflexionase sobre cuál sería la estructura mínima que favoreciese el intercambio y trabajos entre y cada unidad (vicerrectorados, observatorios, secretariados, etc.), y fuera la que supervisase y dirigiese un potencial plan estratégico en el que se recojan las acciones y objetivos que se planteen en este documento.

4. Conclusiones / Discusión.

Esta investigación tiene un doble interés. Por una parte, para la Comunidad Autónoma porque intenta trascender más allá del ámbito universitario información y conocimiento del colectivo LGBT+, y por otra, para la Universidad de Zaragoza, ya que realiza un diagnóstico y unas propuestas que servirán para responder a los nuevos requerimientos que plantee, en un futuro muy próximo, el Gobierno de Aragón. Igualmente, dentro del proyecto europeo ADIM, la puesta en común de mejores prácticas de diversidad LGBT+ entre las organizaciones de España y Portugal participantes servirá para la elaboración de una carta o código de la diversidad (Charter) para el conjunto de la Unión Europea. El proyecto

responde a las demandas sociales y a la necesidad de modos de trabajo innovadores que ayuden a conocer la realidad de un colectivo invisible, cuyo conocimiento es gracias a los procesos participativos en los que están presentes los grupos o asociaciones. Por ello, ayudará a visibilizar de una manera más completa la realidad del colectivo LGBT+, al establecimiento de otros canales de comunicación para que la respuesta sobrepase el ámbito universitario y a responder adecuadamente y con conocimiento, a las nuevas demandas que el Gobierno de Aragón va a realizar a las Universidades. Particularmente, la Universidad de Zaragoza ha de prepararse a las obligaciones que el AP.Ley de Igualdad y Protección Integral contra la Discriminación por Razón de Orientación Sexual de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Art. 21 (con las modificaciones del proceso participativo de julio de 2017) va a exigirle en un plazo muy reducido. Estas obligaciones encaminadas a potenciar la diversidad LGBT+ desde la perspectiva de la Responsabilidad Corporativa suponen la necesidad de tener un conocimiento de la comunidad universitaria, sus valores y sensibilidades y también de saber cómo ha de abordar estos nuevos retos dentro de sus áreas de trabajo. Además, la investigación permitirá, por un lado, atendiendo a algunas de las propuestas del trabajo, ser incluida en el informe de Empresa y Diversidad EMIDIS por sus buenas prácticas y estrategias de las empresas en España en la gestión de la diversidad sexual y de género. Y, por otro lado, proponer un modelo de trabajo extensible a otras Universidades españolas, las instituciones públicas y las empresas aragonesas convirtiéndose en referente para la evaluación de sus políticas igualitarias.

II. BIBLIOGRAFÍA

- Alegre, L. (2017). *Elogio de la homosexualidad*. Arpa Editores.
- Aliaga, J. V. & Cortés, J. M. (1997). *Identidad y diferencia: Sobre la cultura gay en España*. Egales.
- Browne, K. & Bakshi, L. (2013). *Ordinary in Brighton?: LGBT, Activisms and the city*. Ashgate.
- Cattan, N. & Leroy, S. (2013). *Atlas mondial des sexualités. Libertés, plaisirs et interdits*. Autrement.
- Chauvin, S. & Lerch, A. (2013). *Sociologie de l'homosexualité*. La Découverte.
- Foucault, M. (1977). *Historia de la sexualidad I. La voluntad de Saber*. Siglo XXI.
- Gabiam, K. (2009). Plaidoyer pour une géographie interscalaire et intersectionnelle des homosexualités [Online]. Disponible en https://www.academia.edu/4325752/Plaidoyer_pour_une_geographie_interscalaire_et_intersectionnelle_des_homosexuales_A_plea_for_an_interscalar_and_intersectional_geography_of_homosexualities [consultado el 10 de enero de 2020]

- García, M. D., Ortiz, A. y Prats, M. (2014). *Espacios públicos, género y diversidad. Geografías para unas ciudades inclusivas*. Icaria Editorial.
- Giraud, C. (2014). *Quartiers gays*. Presses Universitaires de France.
- Leroy, S. (2009). La possibilité d'une ville. Comprendre les spatialités homosexuelles en milieu urbain. *Espaces et sociétés*, 139(4), 159-174.
- Martel, F. (2013). *Global Gay. Comment la révolution gay change le monde*. Flammarion.
- Martel, F. (2017). *Global Gay. La longue marche des homosexuels*. Flammarion.
- Mira, A. (2007). *De Sodoma a Chueca. Una historia cultural de la homosexualidad en España*. Egales.
- Rodó-de-Zárate, M. (2013). *Metodologías feministas visuales para el análisis de la experiencia del espacio desde una perspectiva interseccional*. Actas XXIII Congreso de Geógrafos Españoles (pp. 459-468). Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears.
- Santos, X. M. (2016). Los estudios de género y sexualidad en España a través de las revistas de geografía (1990-2014). *Documents d'anàlisi geogràfica*, 62(2), 427-448.

IDENTIDAD SEXUAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: INTERSEXUALIDAD Y ASIGNACIÓN DE SEXO EN EL DERECHO ESPAÑOL

BELÉN TRIGO GARCÍA

*Profesora contratada doctora de derecho civil
Grupo de investigación Eco-Iuris, Universidad de Santiago de Compostela*

SUMARIO: I. IDENTIDAD SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. II. PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE MODIFICACIÓN GENITAL. 3.1. El consentimiento de menores con 16 años cumplidos. 3.2. El consentimiento de menores entre 12 y 16 años. 3.3. El consentimiento en menores de 12 años. 3.4. Formación y sensibilización sobre la intersexualidad. IV. LA ASIGNACIÓN DE SEXO DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES Y EL REGISTRO CIVIL

I. IDENTIDAD SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho de la persona actual pone en su centro el respeto de los derechos de la personalidad. De esta forma, la identidad o identidades de la persona¹ se abordan en clave individual, dejando en segundo plano consideraciones de carácter comunitario o público, como las reflejadas en el concepto tradicional de estado civil, tendentes a señalar la posición –*status*– que ocupa la persona en el grupo familiar y social, y sus posibilidades de actuación y ejercicio de derechos².

Esta evolución, con fundamento en la garantía y respeto de los derechos fundamentales, tiene su reflejo en el tratamiento jurídico de la identidad sexual y de género³. Ahora bien, sin desmerecer los importantes cambios introducidos en

¹ Cfr. la mención a la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social del art. 59 bis1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a propósito de la definición de datos personales.

² Esta nueva orientación tiene su reflejo en la regulación actualmente vigente del Registro Civil (RC). Como señala el Preámbulo (I) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), la Constitución de 1978 (CE) sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública.

³ Por identidad de género se entiende la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación

los últimos años en la materia, lo cierto es que nos encontramos todavía en un momento de transición, también en el ámbito jurídico.

Hasta el momento, al margen de menciones genéricas en materia de derecho antidiscriminatorio (vid. arts. 22.4, 314, 510, 512, 515.4 Código Penal [CP] relativos a la identidad sexual o de género; también art. 2.1 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [LIITND]), la normativa española sobre identidad sexual y de género ha centrado su atención en la situación de las personas trans⁴, siendo todavía escaso el reconocimiento normativo de la intersexualidad. De hecho, si llega a aprobarse en los términos presentados, el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [PLGTBI]⁵ constituirá la primera norma de derecho estatal⁶ que contemple de forma específica esta situación⁷ desde la perspectiva de los derechos fundamentales⁸.

de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género [Principios de Yogyakarta], 2007). Vid. http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principios_sp.pdf. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

⁴ Cfr. 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.

⁵ Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros de 27.6.2022. Vid. https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627_cc.aspx#derechos. Fecha de última consulta: 15/7/2022. Sobre los antecedentes de la norma y la previsión de cambios durante su tramitación, vid. ESTEVE ALGUACIL, Laura, Nonell i Rodríguez, Arnau (2022): «Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI», *InDret*, n.º2, págs. 268-269.

⁶ Sobre la normativa autonómica, vid. LAUROBA LACASA, Elena (2018): «Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible», *Derecho Privado y Constitución*, 32, págs. 43-48. Puede consultarse el listado actualizado en ESTEVE ALGUACIL, Laura, NONELL I RODRÍGUEZ, Arnau, pág. 270, nota 11.

⁷ El art. 3.6 del PLGTBI define la intersexualidad como la condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos. La conclusión décima del *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial*, de 20 de abril de 2022 (ICGPJ) (vid. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI>) recomienda cohonestar esta definición con la de la Real Academia Española: cualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos (*Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>). Cfr. la voz intersexualidad como sinónimo de ambigüedad sexual y, de manera laxa, de hermafroditismo o pseudohermafroditismo en *Diccionario de términos médicos*, Real Academia Nacional de Medicina de España (vid. <https://dtme.ranm.es/buscador.aspx>). Fecha de última consulta de los documentos citados: 15/7/2022.

⁸ Al respecto, la *Memoria del Análisis de Impacto Normativo* (MAIN, 2021) que acompañaba el anteproyecto destaca la especial atención prestada a las personas intersexuales, históricamente invisibilizadas y cuyos derechos se han visto sistemáticamente vulnerados. Vid. <https://www.igualdad.gob>.

En concreto, al margen de otras menciones generales a la intersexualidad (v. gr. sobre programas de información en el ámbito educativo, o sobre derechos de las personas intersexuales), la legislación en preparación contiene dos medidas relevantes.

De una parte, prohíbe las prácticas de modificación genital en las personas intersexuales en personas menores de 12 años, salvo indicación terapéutica (art. 19.2 PLGTBI). No es propiamente una novedad en el ordenamiento español, pues, con anterioridad, una pluralidad de leyes autonómicas ya se habían pronunciado en un sentido similar. Ahora bien, hay que recordar que las CC.AA. no tienen competencia en materia de registros públicos, al ser una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 CE); por tanto, estas leyes autonómicas afectan al ámbito médico-sanitario, pero guardan silencio sobre las implicaciones registrales a propósito de la mención registral del sexo en la inscripción de nacimiento⁹.

Al respecto, el PLGTBI no elimina la mención obligatoria del sexo en el RC¹⁰, ni introduce en España una nueva categoría -tercer género, genero neutro...-, existente ya en otros países¹¹, tal como solicitaban numerosas aportaciones al anteproyecto¹².

Por tanto, en España la identidad sexual¹³ sigue formando parte de la identidad oficial de la persona como mención registral y en su acepción binaria –mujer y varón-, sin que se reconozcan a efectos registrales personas intersexuales ni

[es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/MAIN%20Ley%20Trans+LGTBI.pdf](https://www.boe.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/MAIN%20Ley%20Trans+LGTBI.pdf). Fecha de última consulta: 15/7/2022. Destacan la invisibilidad jurídica y social, LAUROBA LACASA, Elena, cit., págs. 14 y 37; ESTEVE ALGUACIL, Laura, NONELL I RODRÍGUEZ, Arnau, cit., pág. 283.

⁹ ESTEVE ALGUACIL, Laura, NONELL I RODRÍGUEZ, Arnau, cit., pág. 284, celebran el PLGTBI como el primer reconocimiento legal que el derecho español hace a las personas intersexuales en materia registral. Por su parte, para BENAVENTE MOREDA, Pilar (2018): “Menores transexuales e intersexuales. la definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, RJUAM, n.º 38, pág. 313, resultaba imprescindible la intervención del poder legislativo estatal, en especial, en relación con los menores de edad.

¹⁰ Tampoco en los documentos oficiales de identidad. Vid. art. 43 PLGTBI sobre adecuación de documentos a la mención registral relativa al sexo, y arts. 4.4, 44.2, y 49.1 LRC.

¹¹ El ICGPJ (conclusión vigesimosegunda, cit.), a propósito de la intersexualidad, califica en este punto al proyecto de cauteloso, pues no aborda el derecho a la identidad sexual desde perspectivas superadoras del binarismo genético y/o biológico.

¹² Vid. MAIN, cit. Resulta de interés, al respecto, la recomendación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en la *Nota informativa sobre las Violaciones de los derechos humanos de las Personas Intersexuales (2019)* en el sentido de que cualquier nueva categoría legal en el sistema de inscripción del nacimiento debe estar disponible para cualquier persona, y no ser específica para las personas intersexuales. Vid. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf>. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

¹³ El PLGTBI, tanto en el preámbulo como en el articulado, hace referencia a identidad sexual y a identidad de género; también menciona la expresión de género y las características sexuales.

intergénero; sea cual sea la denominación que se utilice: personas de género no binario, fluido, dual, bi- o multigénero¹⁴.

Sin entrar en la polémica sobre los requisitos para la rectificación de la mención registral del sexo, hay que recordar las peculiaridades de la situación de las personas intersexuales. En este sentido, la solución prevista en el PLGTBI para la hipótesis de que el parte facultativo indique la condición de intersexual supone que los progenitores, de común acuerdo, puedan solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año, añadiendo un nuevo apartado 5 al art. 49 LRC (disposición final decimotercera PLGTBI, conforme al art. 72.2 del mismo).

II. PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE MODIFICACIÓN GENITAL

Como se dijo, el art. 19.2 PLGTBI prohíbe todas aquellas prácticas de modificación genital en personas menores de 12 años, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de la persona¹⁵. Este precepto es coherente con el enfoque despatologizador de la identidad de género, de conformidad con los principios de dignidad, libre desarrollo de la

¹⁴ Cfr. Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género, Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (122/000191; BOCG CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII LEGISLATURA, Serie B: PROPOSICIONES DE LEY, 2 de marzo de 2018, N. 220-1). Vid. https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-220-1.PDF. Fecha de última consulta: 15/7/2022. La propuesta permitía la mención del sexo en el RC como femenino, masculino o no binario (vid. art. 7. *Ejercicio del derecho a la autodeterminación*, apartado 1), entendiendo por persona no binaria aquella cuya identidad sexual, de género y/o expresión de género se ubica fuera de los conceptos de hombre/mujer y/o masculino/femenino, o fluctúa entre ellos, siendo indiferente que se sometan o no a procedimientos médicos, tengan o deseen una apariencia andrógina, o utilicen otros términos específicos para describir su identidad de género (vid. art. 3 apartado d).

¹⁵ Desde la perspectiva médica se habla, en general, de anomalías de la diferenciación sexual (ADS) incluidas dentro de la definición de enfermedades raras. Propiamente, solo cuando estas situaciones comportan una diferenciación genital externa ambigua o discordante con el sexo genético o gonadal son denominadas estados intersexuales. Vid., sobre terminología médica y los criterios del *Consenso de Chicago* (2006), AUDÍ, Laura y Grupo de Trabajo sobre ADS de la Sociedad Española de Endocrinología Pediátrica (SEEP) (2009): «Anomalías de la diferenciación sexual», *Revista Española de Pediatría*, 65 (6), págs. 569-676. No obstante, en la actualidad y de acuerdo con la tendencia despatologizadora, frente a transtornos o anomalías se aboga por utilizar la expresión desarrollo sexual diferente (DSD). Vid. GUERRERO-FERNÁNDEZ, Julio et al. (2018): «Guía de actuación en las anomalías de la diferenciación sexual (ADS)/desarrollo sexual diferente (DSD)», *Anales de pediatría*, 89 (5), págs. 315-319. Vid. <https://www.analesdepediatria.org/es-guia-actuacion-anomalias-diferenciacion-sexual-articulo-S1695403318302893>. Fecha de última consulta: 15/7/2022. Como recuerda LAUROBA LACASA, Elena, cit., pág. 17, pese a la controversia, intersexualidad es el término legal.

personalidad, autonomía personal y consentimiento informado, así como con la protección del interés superior de la persona menor de edad.

En este sentido, la prohibición cohonesta con la posición de los organismos internacionales en materia de derechos humanos¹⁶ y con las tendencias más recientes en el ámbito médico¹⁷; asimismo, ha sido recogida por algunas leyes autonómicas. En definitiva, no debería ser controvertida la incorporación de esta disposición en una ley estatal.

Sí merece la pena destacar que en la versión del anteproyecto de 2021 (art. 18.2)¹⁸, la prohibición alcanzaba solo a las personas recién nacidas, guardando silencio sobre quién podría consentir estas prácticas, cuándo y con qué requisitos.

También el momento del nacimiento es tomado como referencia en las leyes autonómicas sobre derechos del colectivo LGTBI que tratan la cuestión. Ahora bien, hay que advertir del distinto alcance de los preceptos autonómicos.

En efecto, algunas de estas leyes autonómicas son claras al prohibir las cirugías genitales de las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada o a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud¹⁹. Mientras que otras se formulan como meras declaraciones de intenciones²⁰.

¹⁶ Tanto el proyecto como el ICGPJ, cit., y el *Dictamen Consejo de Estado* (DCE) de 23/06/2022 (vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-901>; fecha de última consulta: 15/7/2022) recuerdan ampliamente estos precedentes internacionales, como ya hacían las leyes autonómicas en la materia. Vid. LAUROBA LACASA, Elena, cit., págs. 14-15, 22 y 26-27, y ARROYO GIL, Antonio (2019): «Intersexualidad: una aproximación jurídica» en *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales, Antonio Arroyo Gil (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 448-460. Sobre la evolución reciente en el derecho comparado relativa al derecho a la integridad corporal, cfr. *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia*, ILGA-Europe (2022). Vid. http://www.ilga-europe.org/home/publications/reports_and_other_materials/rainbow_europe. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

¹⁷ De acuerdo con GUERRERO-FERNÁNDEZ, Julio et al., loc. cit., en los últimos años se observa una tendencia a diferir la cirugía hasta una edad en la que el paciente pueda participar en la toma de decisiones; en todo caso, cuando la cirugía se realice en edades tempranas se recomienda evitar procedimientos mutilantes o irreversibles.

¹⁸ Vid. <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf>. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

¹⁹ Vid., por ejemplo, el art. 8.3 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

²⁰ Así, el art. 15 apartado 1 sobre atención sanitaria a personas intersexuales de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, dispone que el sistema sanitario público de Aragón velará por la erradicación de las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos, atendiendo únicamente a criterios quirúrgicos y en un momento en el que se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida.

Precisamente, a propósito de la coexistencia de la norma estatal proyectada con la legislación autonómica dictada en materia de garantía de los derechos de las personas LGTBI, el ICGPJ (cit., considerando 36) señalaba que, con independencia de los títulos habilitantes invocados por el PLGTBI, este ha de servir de parámetro de constitucionalidad de la normativa autonómica. En un sentido similar, el DCE, recordaba que muchas comunidades, incluso contando con legislación autonómica de protección del colectivo LGTBI, celebraban la aprobación de una ley estatal que fijara un umbral mínimo de protección a nivel nacional: de una parte, estas prácticas no están prohibidas en todas las comunidades autónomas; de otra, la protección que estas leyes brindan se circunscribe, en todo caso, a los recién nacidos.

III. CONSENTIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN GENITAL Y OTRAS INTERVENCIONES

El apartado 1 del art. 19 (*Atención sanitaria integral a personas intersexuales*) PLGTBI establece, con carácter general, que la atención sanitaria a las personas intersexuales se realizará conforme a los principios de autonomía, codecisión y consentimiento informado, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación, desde un enfoque despatologizador. Además, se asegurará el respeto de su intimidad y la confidencialidad sobre sus características físicas, evitando las exploraciones innecesarias o la exposición del paciente sin un objetivo terapéutico directamente relacionado.

También con carácter general, el proyecto dispone (art. 19.3) que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, impulsen protocolos de actuación en materia de intersexualidad que garanticen, en la medida de lo posible, la participación de las personas menores de edad en el proceso de adopción de decisiones, así como la prestación de asesoramiento y apoyo, incluido el psicológico, a menores de edad intersexuales y sus familias. En particular, antes del inicio de cualquier tratamiento que pudiera comprometer su capacidad reproductora, las personas intersexuales deberán contar con la posibilidad real y efectiva de acceder a las técnicas de congelación de tejido gonadal y de células reproductivas para su futura recuperación en las mismas condiciones que el resto de personas usuarias.

Por tanto, respecto de tratamientos que no supongan modificación genital, falta en el PLGTBI una prohibición expresa, si bien cabe entender que sería de aplicación el mismo principio: excepto riesgo para la vida o la salud, no cabe su realización sin el consentimiento de la persona intersexual. En cuanto a los requisitos de edad y madurez necesarios para este consentimiento, habría que remitirse a la regulación sanitaria sobre consentimiento informado.

Por su parte, en la legislación autonómica hay alguna referencia a la prestación del consentimiento respecto de la atención sanitaria a las personas intersexuales. Así, el art. 15.2 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón establece que se evitará la realización de hormonación inducida hasta que la persona intersexual o sus representantes legales así lo requieran en función de la identidad sexual sentida.

Es importante destacar que, en ningún caso, estas previsiones llevaron aparejadas la modificación de leyes autonómicas sobre autonomía del paciente y consentimiento informado. Tampoco el PLGTBI contempla la adaptación de la normativa sanitaria estatal, ni de la regulación sobre responsabilidad civil o penal²¹.

Al respecto, el ICGPJ (considerando 61, cit.) en referencia a los arts. 1.2 y 3.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), recuerda la necesidad de dotar de un tratamiento jurídico unitario a las cuestiones recogidas en el texto proyectado conexas con aquellas que ya son objeto de regulación en la normativa vigente. También el DCE apoya la conveniencia de operar los correspondientes cambios en la legislación sectorial; en concreto, estima que el contenido del art. 19 PLGTBI tiene su sede adecuada en esta norma²², si bien recomienda incluir una remisión en el art. 18 LGS sobre las actuaciones que deberán desarrollar las Administraciones públicas a través de sus sistemas de salud.

En particular, sobre el consentimiento para la modificación genital, el art. 19.2 PLGTBI dispone -tras su prohibición en personas menores de 12 años- que, en el caso de personas menores entre 12 y 16 años, solo se permitirán dichas prácticas a solicitud de la persona menor siempre que, por su edad y madurez, pueda consentir de manera informada a su realización.

Por tanto, respecto de esta prohibición hay que considerar tres hipótesis: lo menores con 16 años cumplidos, los menores entre 12 y 16 años, y los menores de 12 años.

²¹ A la responsabilidad penal, en concreto, al art. 159 CP se hará referencia a continuación. En todo caso, cabe recordar que la ACNUDH (Nota informativa 2019, cit.) recomienda que el marco legal civil y penal reconozca las intervenciones no consentidas y médicamente innecesarias como violencia contra la persona, en concreto, como una lesión corporal grave (*grievous bodily harm*). En el mismo sentido, el activismo intersexual. Cfr. *Declaración de Darlington de 2017 (Human rights and legal reform)*, punto 7. Vid. <https://ihra.org.au/wp-content/uploads/key/Darlington-Statement.pdf>. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

²² Según el Consejo de Estado, el art. 19 PLGTBI es susceptible de afectar a la esfera de obligaciones de los profesionales de la salud, ahora bien, tiene como destinatarios directos e inmediatos, y supone un nivel más intenso de afectación, a las personas LGTBI, por lo que su sede natural debe estar en la normativa en preparación.

3.1. *El consentimiento de menores con 16 años cumplidos*

En relación con esta hipótesis, el PLGTBI parece adecuarse a lo previsto, con carácter general, en la Ley estatal 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 (LBAP), que, como la LGS (art. 2.1), tiene carácter básico (vid. disposición adicional primera LBAP). En concreto, el art. 9 de esta ley (*Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación* [sic], apartado 4) reconoce la autonomía de las personas mayores de 16 años para consentir tratamientos e intervenciones médicas sin que quepa prestar el consentimiento por sustitución²³.

Ahora bien, existen excepciones a este reconocimiento, entre ellas, el art. 156 del Código Penal (CP) que, en el caso de cirugía transexual, requiere otorgamiento del consentimiento por mayor de edad.

La pregunta que se plantea es obvia, ¿son las prácticas de modificación genital cirugía trans? Es cierto que, respecto de las personas intersexuales, la modificación genital venía realizándose de manera casi rutinaria, como una cirugía normalizadora o meramente cosmética, sobre todo en recién nacidos; no obstante, desde la perspectiva de las personas intersexuales –y de los derechos fundamentales- esta práctica se ve como una verdadera castración o mutilación genital. Por otra parte, si se entiende la cirugía trans como cirugía de reasignación genital o de sexo, comprendiendo todos los procedimientos quirúrgicos mediante los cuales se modifican los genitales por nacimiento de una persona para que sean como los del género que se asigna a la persona o con el que el paciente se identifica, habría que incluir también las intervenciones de modificación genital a las que se someten las personas intersexuales²⁴.

Cabe pensar en una interpretación literal y restrictiva del art. 156 CP, en el sentido de que solo se requiere mayoría de edad respecto de la cirugía de reasignación de sexo en personas trans. Ahora bien, puede resultar dudoso que un mismo tipo de intervención pueda realizarse a partir de los 12 años -persona intersexual- o a partir de los 18 años -persona trans- en atención a una condición personal relativa a las características sexuales, la identidad sexual y de género de la persona: si una persona intersexual menor de 16 años, con suficiente madurez y una vez manifestada su identidad de género puede consentir una intervención

²³ Sobre requisitos del consentimiento informado y del derecho de información asistencial, vid. arts. 4 y 8 LBAP.

²⁴ En este sentido, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, ahora derogado, respecto de las prestaciones que no son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria (Anexo III, núm. 5), contemplaba la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos.

irreversible, ¿por qué una persona trans con suficiente madurez, incluso con una manifestación estable de su identidad de género, tendría que esperar a la mayoría de edad para realizar la misma intervención? Téngase en cuenta que el PLGTBI, a efectos de la mención del sexo registral, no establece requisitos distintos para personas intersexuales y personas trans²⁵.

Tanto el ICGPJ como el DCE guardan silencio sobre la coordinación del proyecto con este art. 156 CP que, debe recordarse, es una ley orgánica; por tanto, una eventual modificación de este precepto complicaría, sin duda, la tramitación y aprobación del PLGTBI.

3.2. *El consentimiento de menores entre 12 y 16 años*

La regla general respecto del menor de 16 años es que pueda consentir por sí mismo si es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en otro caso, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) (art. 9 apartado 3.c LBAP).

De la redacción del PLGTBI cabe deducir que solo la persona intersexual puede prestar el consentimiento informado siempre que tenga madurez suficiente, siendo su madurez objeto de valoración por los profesionales médico-sanitarios. En cambio, el ICGPJ (considerando 63, cit.) proyecta sobre la posibilidad de llevar a cabo la modificación genital a solicitud de la persona entre 12 y 16 años las mismas consideraciones formuladas en relación con el necesario control en sede jurisdiccional de las condiciones de madurez y de estabilidad en la situación de transexualidad de los menores de dieciséis años (vid. conclusiones vigesimoséptima a trigésimotercera, cit.). En un sentido similar se pronuncia el DCE²⁶.

²⁵ Cfr. la Ley portuguesa n.º 38/2018 *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa*, arts. 5 (sobre modificaciones del cuerpo y de las características sexuales de la persona menor intersexual) y 7 (sobre legitimidad para solicitar el cambio registral de la mención del sexo) apartados 2 y 3. Vid. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2018-115935378>. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

²⁶ El Consejo de Estado estima que, en el caso de los menores trans entre 12 y 18 años, debe tenerse presente el principio de precaución. Por ello, cualquier tratamiento que pueda tener carácter irreversible debiera contar, además de con el consentimiento en los términos ahora previstos, con un informe médico, de forma análoga a lo que se exige para los menores de 12 años. De esta manera, se depararía la adecuada protección a los menores, combinando adecuadamente el principio de autodeterminación de género con las exigencias que resultan del principio de precaución, particularmente intensas en el caso de los tratamientos a los menores que puedan tener carácter irreversible. Igualmente, a propósito de las dudas que suscitan las intervenciones contempladas en el art. 19 PLGTBI respecto de los menores de edad intersexuales, el Consejo de Estado recomienda someter a evaluación *ex post* algunos de los contenidos de la norma, que pueden tener consecuencias relevantes y han dado lugar a importantes evaluaciones en el derecho comparado (cita, en concreto, el

3.3. *El consentimiento en menores de 12 años*

Respecto de los menores de 12 años cabe preguntarse sobre la conveniencia de negar la posibilidad la modificación genital, con independencia de sus circunstancias personales y de madurez.

En relación con la especial invisibilidad de la intersexualidad a la que antes se hacía referencia, se constata la práctica ausencia de decisiones judiciales sobre la materia. Entre las excepciones se cuenta una sentencia de unificación de la Corte de Constitucionalidad de Colombia, de 12 de mayo de 1999 [SU-337/99]²⁷.

En el supuesto se estudiaba la pretensión de la madre de una menor intersexual de 8 años de que esta se sometiese a cirugías y tratamientos hormonales calificados como normalizadores. La Corte deniega esta pretensión al entender que no existe un evidente riesgo contra la vida si no se practica operación y que corresponde a la menor tomar la decisión sobre su identidad sexual de acuerdo con el siguiente razonamiento:

Las intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas son, entonces, particularmente invasivas, por lo cual, conforme a los criterios anteriormente señalados en esta sentencia, el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Ahora bien, un consentimiento cualificado requiere a su vez de una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes.

Ahora bien, a la pregunta hasta qué edad se debe esperar para que la niña pueda autorizar esas intervenciones quirúrgicas y hormonales, la sentencia no da una respuesta tajante. Considera que no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, pero, a la hora de fijar una edad concreta, delega la solución de cada caso concreto a un equipo técnico interdisciplinar. Así, dispone la constitución de un equipo que debe incluir profesionales de la medicina, psicoterapeutas y trabajadores sociales para atender su caso, acompañar y brindar el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre en todo el proceso; a este equipo corresponderá, entonces, establecer cuándo la menor goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado que permita realizar las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente –puntualiza la sentencia-, si la paciente elige esa opción.

caso de Finlandia), llevando a la reconsideración de algunas de las normas o protocolos aplicados en dicho ámbito.

²⁷ Vid. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm#_ftn91. Fecha de última consulta: 15/7/2022. Cfr. LAUROBA LACASA, Elena, cit., págs. 27-29.

Esta parece ser la orientación en el ámbito internacional²⁸; es decir, no fijar una edad mínima, sino considerar de forma individualizada cada caso concreto. También, en el derecho comparado, puede mencionarse la Ley portuguesa n.º 38/2018, antes citada²⁹.

Ahora bien, en mi opinión, cabe interpretar que el art. 19.2 PLGTBI, *sensu contrario*, sí permitiría las prácticas de modificación genital en personas menores de 12 años si las indicaciones médicas lo exigieran para proteger la salud de la persona intersexual; sin que ello suponga prescindir del consentimiento informado de la persona: esta debe participar en el proceso de decisión conforme a su edad y madurez³⁰. En todo caso, parece aconsejable una mayor claridad sobre este aspecto, sobre todo al relacionarlo con la mención registral del sexo (vid. infra epígrafe IV).

3.4. Formación y sensibilización sobre la intersexualidad

Finalmente, el proyecto prevé la obligación de las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, de garantizar una formación suficiente, continuada y actualizada del personal sanitario, que tenga en cuenta las necesidades específicas de las personas intersexuales (art. 18. 4 PLGTBI)³¹.

Al respecto, en la actualidad, la intersexualidad solo se contempla en la Orden SCO/3358/2006, de 9 de octubre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Urología; en concreto, el Programa Oficial de la Especialidad Médica de Urología, dentro del apartado Formación práctica por objetivos incluye la mención intersexo y cirugía transexual (apartado 4.2.17.11);

²⁸ En general, no se establece una edad determinada, sino que se hace referencia a la necesidad de asegurar la participación del menor en la toma de decisiones, o prohibir que ciertas prácticas se lleven a cabo antes de que el niño sea suficientemente mayor para ser consultado o pueda prestar su consentimiento informado. Vid. Resoluciones del Consejo de Europa 1952/2013 (*Children's right to physical integrity*, apartado 7.7) y 1291/2017 (*Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*, apartado 7.1). Vid. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML-2HTML-en.asp?fileid=20174> y <https://pace.coe.int/en/files/24232/html>, respectivamente. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

²⁹ Su art. 5 (*Modificações ao nível do corpo e das características sexuais da pessoa menor intersexo*) establece que salvo situaciones de comprobado riesgo para su salud, los tratamientos e intervenciones quirúrgicas, farmacológicas o de otra naturaleza que impliquen modificaciones corporales o de las características sexuales de la persona menor intersexual no deben ser realizadas hasta el momento en que se manifieste su identidad de género.

³⁰ Solo cabe llevar a cabo sin necesidad de consentimiento informado las intervenciones clínicas indispensables cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización (vid. art. 9. 2 b LBAP).

³¹ Cfr. art. 15 (*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria*) apartado 3, LIITND, sobre la promoción de acciones destinadas a grupos de población con necesidades sanitarias específicas, como las pertenecientes al colectivo LGBTBI.

con más detalle, el ANEXO Formación teórica del programa de la especialidad de Urología, dentro de las anomalías congénitas y morfogénicas del sistema genitourinario, alude, de una parte, a las anomalías en la diferenciación sexual: diagnóstico diferencial de la ambigüedad sexual y tratamiento de la intersexualidad (apartado 8.6); de otra, en relación a la fertilidad y función sexual, a la etiología, clasificación, evaluación y tratamiento de la intersexualidad (apartado 14.13).

En efecto, como recuerda la ACNUDH ([Nota informativa 2019, cit.](#)), en relación a la necesidad de despatologizar las características intersexuales, en particular, y la diversidad corporal, en general, es imperativo aplicar los principios de derechos humanos³² al desarrollo de los protocolos médicos y a la formación de los profesionales de la salud. Igualmente, destaca la exigencia de promover la transparencia de la práctica clínica y la necesidad de distinguir entre diversidad corporal y necesidad médica, incluyendo la distinción de razonamientos sociales, culturales o psicosociales, frente a razones físicas y urgentes para justificar la intervención médica³³.

IV. LA ASIGNACIÓN DE SEXO DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES Y EL REGISTRO CIVIL

La coordinación de las previsiones del PLGTBI sobre personas intersexuales con el RC nos retrotrae al momento del nacimiento: si no es posible determinar el sexo del recién nacido, al no encajar en las categorías binarias mujer y varón, y tampoco cabe la modificación genital para adecuar su morfología corporal al patrón sexual binario, ¿qué sucede con la mención registral obligatoria del sexo en la inscripción de nacimiento (vid. art. 49.1 LRC sobre contenido de la inscripción de nacimiento)?

La respuesta que ofrece el proyecto es la posibilidad de dejar la mención del sexo en blanco por el plazo máximo de un año. Ahora bien, transcurrido dicho plazo, la mención al sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores; de no hacerlo, no podrán expedirse documentos acreditativos de la identidad de la persona sin que se haya hecho constar la mención registral relativa al sexo.

³² En concreto, sobre intersexualidad y constitución, vid. ARROYO GIL, Antonio, cit., págs. 461-470.

³³ Sobre la supuesta emergencia, también social, de la intervención de la persona intersexual, vid. LAUROBA LACASA, Elena, cit., págs. 23-26. Cfr. LA BARBERA, María Caterina (2009): «Cuerpo femenino y diversidad cultural: El caso de la mutilación genital femenina», en *Educación Intercultural. Perspectivas*, Teresa Aguado Odina, Margarita del Olmo (coords.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, págs. 350-352; GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (2015): «La intersexualidad en el discurso médico-jurídico», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 8, pág. 62.

Como se ve, se trata de una solución temporal sin que resulte evidente cuál puede ser la función de este plazo temporal de un año en el que queda en suspenso la obligatoriedad de la mención registral del sexo.

Ha de tenerse en cuenta que no existe seguridad sobre el hecho de que durante ese periodo de tiempo se llegue a resultados concluyentes o se produzca una evolución en el estado del menor que permita asignar con seguridad, de acuerdo con criterios biomédicos, el sexo del menor³⁴. Desde luego, tampoco cabe hablar en estos primeros meses de vida de expresión de género en relación al sexo psicológico o sentido.

Al respecto el ICGPJ llama la atención del prelegislador respecto del plazo máximo en que podrá figurar en blanco la mención del sexo, en la medida en que puede resultar escaso (conclusión sexagesimoquinta, cit.). También el DCE recordaba que, durante la fase de consulta del anteproyecto, varias aportaciones ponían de relieve problemas concretos como el tratamiento legal de la mención registral en el caso de menores intersexuales después del primer año de vida.

En el derecho comparado puede encontrarse cierta similitud con la solución del derecho francés. Así, la *Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation (55. Sexe de l'enfant)*³⁵ permite, en casos excepcionales en los que el personal médico estima que no puede inmediatamente indicar el sexo probable del recién nacido, pero puede ser determinado definitivamente en el plazo de uno o dos años, que no se inscriba inicialmente el sexo en el acta de nacimiento. Ahora bien, esta determinación *a posteriori* se hará «à la suite de traitements appropriés»; y añade la circular:

Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire.

Por tanto, si la interpretación del art. 72.2 PLGTBI se vincula a la práctica de la modificación genital durante el primer año de vida, esta disposición no solo se apartaría del principio de autodeterminación que inspira la regulación, sino que entraría en contradicción con la prohibición del art. 19.2 PLGTBI³⁶. Téngase presente, de nuevo, que la modificación genital es, en muchos casos, irreversible.

³⁴ Vid. sobre los criterios médicos vigentes de asignación de sexo GUERRERO-FERNÁNDEZ, Julio, et al., cit.

³⁵ Vid. http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/11/cir_34124.pdf. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

³⁶ Como indica LAUROBA LACASA, Elena, cit., pág. 35, la necesidad de inscribir al recién nacido en un registro en un plazo relativamente breve –con una mención obligatoria del sexo– es un factor de presión para la realización de las operaciones correctoras. Téngase en cuenta, además, que los supuestos en que la situación de intersexualidad afecta negativamente a la salud física de la persona son escasos.

En mi opinión, para mantener la coherencia con la prohibición de intervenciones médicas no consentidas y como alternativa a otras soluciones descartadas por el PLGTBI, como eliminar la mención del sexo registral o introducir nuevas categorías legales, sería mejor seguir el ejemplo de la *Gender Identity, Gender Expression And Sex Characteristics Act 2015* de Malta; esta regulación admite –como el PLGTBI– que no se declare el género en el momento del nacimiento; durante la minoría de edad permite que los progenitores o el tutor del menor pueden solicitar la declaración de género (en su caso, el cambio del nombre) de acuerdo con la voluntad expresa del menor, teniendo en cuenta su grado de madurez y su mejor interés; en todo caso, llegada la mayoría de edad, habrá de atenderse a la voluntad de la persona interesada (art. 7 apartado 4)³⁷.

³⁷ Cfr., con un periodo provisional inicial de tres meses, el art. 1:19d [*Special cases (gender)*] *Dutch Civil Code Book I*; en el derecho alemán, §§ 22 (*Fehlende Angaben*) y 45b (*Erklärung zur Geschlechtsangabe und Vornamensführung bei Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*), *Personenstandsgesetz*. Vid. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> y <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/>, respectivamente. Fecha de última consulta: 15/7/2022.

IDENTIDAD, PERSONALIDAD Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN EDUCATIVA

MIRIAM JIMÉNEZ BERNAL, RUBÉN HERRERO GIMÉNEZ

*1 Profesora adjunta, Departamento de Educación y Humanidades
2 Profesor adjunto, Departamento de Derecho y Relaciones Internacionales
Universidad Europea de Madrid*

SUMARIO: I. Identidad, personalidad y su reflejo en la legislación educativa. 1. Introducción. 2. El libre desarrollo de la personalidad. 3. La identidad y la personalidad en la legislación educativa. 3.1. Legislación para la etapa de Infantil. 3.2. Legislación para la etapa de Primaria. 3.3. Legislación para la etapa de Secundaria. 4. Conclusiones. II. Referencias bibliográficas

I. IDENTIDAD, PERSONALIDAD Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN EDUCATIVA.

1. Introducción

Los avances en materia de igualdad, entre otros planteamientos provenientes de movimientos sociales, han logrado poner de manifiesto cuestiones como el hecho de que la identidad sexual o la de género pueden verse cuestionadas y formadas durante los primeros años de vida de las personas. Si realmente queremos asegurar el cumplimiento de los derechos y de los principios de igualdad y de respeto, además de una convivencia pacífica y el progreso hacia la justicia y la paz social, es importante que conozcamos de qué manera estos debates impactan en la normativa y en nuestras vidas.

En esta comunicación, nuestro objetivo es revisar la legislación educativa, en términos de currículo y definición de las distintas etapas del sistema, para comprobar hasta qué punto y de qué modo se hacen eco de los últimos avances en lo que respecta al reconocimiento de las realidades e identidades de las personas. Para ello, estableceremos brevemente el marco teórico básico y analizaremos la redacción de los tres reales decretos aprobados en 2022 y que establecen el currículo de cada etapa educativa.

2. El libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad no es un derecho fundamental, puesto que se encuentra anclado fuera del Título Preliminar referente a los derechos

fundamentales y libertades públicas y, por lo tanto, no es susceptible de recurso de amparo Constitucional. Como indica Merino, el reconocimiento de la dignidad de la persona y sus derechos inherentes no se plasma de manera explícita en la historia de nuestra Constitución. Sin embargo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que inspiró algunos cambios en diversas constituciones tras la Segunda Guerra Mundial, recoge la necesidad de reconocer la dignidad de la persona como ser humano y racional, sin establecimiento de diferentes niveles de dignidad ni, por tanto, discriminación en ese aspecto. Asimismo, refiere la necesidad de que este respeto fundamente el derecho positivo estatal e internacional.

Son varias las sentencias que se refieren al reconocimiento de este derecho, desde la STC 53/1985, de 11 de abril, que señala que “el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona” está ligado de manera indisoluble al derecho a la vida humana, hasta la STC 120/1990, de 27 de junio, donde se recoge que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad deben ser respetados, sin que esto implique que todo derecho le sea inherente, por mencionar algunas de las sentencias que se ocuparon de esta cuestión, ya en las décadas de 1980 y 1990.

Santana (2014) define el libre desarrollo de la personalidad como íntimamente ligado a los conceptos de voluntad individual y de responsabilidad personal. Para poder desarrollarse, el individuo debería contar con un contexto social que lo permita y disponer de autonomía para escoger lo que desea para su vida. Por eso, según la autora, al reconocer el principio de libertad se está reconociendo, de forma indirecta, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo, que sería un principio fundamental para la organización social.

Rocha (2014), por su parte, refuerza el concepto de voluntad y señala lo fundamental del principio del libre desarrollo de la personalidad, toda vez que se vincula con los derechos fundamentales y libertades públicas, con los derechos y deberes de la ciudadanía y con los principios que rigen las políticas sociales y económicas. La relación entre el libre desarrollo de la personalidad y el Derecho de Familia, de acuerdo con el autor, buscaría enfocarse en la dignidad humana dentro de sus contextos de desarrollo (matrimonio, familia...) y esta dignidad, a su vez, sería el punto de partida de numerosos derechos, así como de sus limitaciones.

Escoger el proyecto vital que se quiere desarrollar y saberse valioso y valorado, sean cuales sean las circunstancias que rodeen a la persona, su comportamiento o factores como el sexo, la clase social o la ideología, entre otros, serían dos cuestiones esenciales que involucran, por un lado, el concepto de libertad y autonomía y, por otro, al propio estado, que velaría por el mantenimiento de esas condiciones de libertad y autonomía, sin “restricciones arbitrarias” (Rocha, 2014, 263).

Para finalizar esta revisión sobre el libre desarrollo de la personalidad, relacionado con las decisiones sobre nuestra vida y, por tanto, con la visibilización y los avances en el reconocimiento de diversas realidades identitarias en nuestra sociedad, López y Kala (2018) afirman que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es indisoluble del derecho a la identidad. La identidad no se ceñiría a rasgos biológicos, sino que se construiría en la interacción, según la persona se concibe de acuerdo con rasgos psicológicos y sociales, y esa concepción que la persona tenga de sí misma, su identidad, se reflejará en todas las dimensiones de su vida, desde la social hasta la profesional o la familiar.

El derecho a la identidad, según estos autores, estaría adscrito en lo jurídico al derecho civil, por ser un elemento fundamental del derecho de las personas frente a otros componentes de la sociedad. Esta noción, entonces, serviría para determinar quiénes son sujetos de derechos y de obligaciones y ayudaría a diferenciar al individuo en lo biológico y físico del mismo modo que en lo social y lo jurídico (López y Kala, 2018). Su reflexión acerca del nombre como relacionado con una filiación familiar y un parentesco es de gran interés, puesto que deriva en la afirmación de que la persona debe poder elegir cualquier característica que le afecte personalmente y sin comprometer a ningún tercero, de modo que tanto el nombre como la identidad sexual o de género del individuo podrían ser objeto de protección.

3. La identidad y la personalidad en la legislación educativa

La Ley Orgánica 3/2020, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, hace especial hincapié en la importancia de la atención y el respeto a la diversidad, incluyendo el “cumplimiento efectivo de los derechos de la infancia según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la inclusión educativa y la aplicación de los principios del Diseño Universal para el Aprendizaje”. Esta convicción se refleja en el currículo de las distintas etapas obligatorias y de la Educación Infantil, según se recoge en los textos de los reales decretos correspondientes.

3.1. Legislación para la etapa de Infantil

Comencemos con la etapa de Infantil, de cero a seis años. El Real Decreto 95/2022, de 1 de febrero, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Infantil, indica que sus fines son los de contribuir al desarrollo “integral y armónico” de los estudiantes, tanto en lo físico como en lo emocional, sexual, afectivo, social, cognitivo y artístico; potenciar la autonomía personal y una buena autoestima y fomentar el desarrollo de valores cívicos que faciliten la convivencia. Como podemos observar, se considera de relevancia para

la formación del alumnado el tratamiento de todas las dimensiones que componen a la persona, y lo emocional y afectivo o lo sexual y lo social se convierten en fundamentales para ello.

Asimismo, en lo relativo los principios pedagógicos de la etapa, se menciona explícitamente el hecho de que deben favorecer la autonomía personal y la autoimagen bien equilibrada, positiva y “libre de estereotipos discriminatorios”. La promoción y aplicación de normas de fomento de la igualdad entre varones y mujeres y el desarrollo de las capacidades emocionales y afectivas aparecen destacadas entre los objetivos de la Educación Infantil.

Dos de las competencias clave, que, hasta ahora, no eran obligatorias en la programación didáctica de los cursos de la etapa, son especialmente relevantes para los objetivos mencionados anteriormente y en relación con la cuestión de la diversidad y la dignidad: la competencia personal, social y de aprender a aprender, por un lado, y la competencia ciudadana, por otro. La primera, que engloba diferentes tipos de destrezas, es relevante para el desarrollo de la identificación, manejo y expresión de emociones propias y ajenas, las cuales, sin duda, influyen en las interacciones entre los seres humanos. Se considera que esta gestión emocional forma parte de las estrategias y herramientas que nos ayudan a aprender y a convivir, resolviendo conflictos y alcanzando la autonomía personal.

La segunda competencia mencionada, la ciudadana, se refiere a destrezas y valores propios del ejercicio de una ciudadanía democrática, basados en “los valores de respeto, equidad, igualdad, inclusión y convivencia” y centrados en dotar al alumnado más joven de estrategias de resolución pacífica de conflictos. Sin embargo, quizá lo más interesante de su planteamiento sea que, según la redacción, “se invita también a la identificación de hechos sociales relativos a la propia identidad y cultura”, además de fomentar el cuidado y la protección de los animales, que, de acuerdo con la legislación actual, han adquirido la categoría de seres sintientes.

Una de las novedades que introducen estos reales decretos y la nueva ley de Educación consiste en plantear el currículo desde las competencias clave y su asociación con los distintos saberes que deben adquirirse en cada área de conocimiento. Esto permitirá, probablemente, vincular diferentes asignaturas con mayor facilidad y buscar la coordinación entre docentes y materias, ofreciendo al alumnado aprendizajes significativos y globalizados que, además, se centren en su desarrollo integral de una forma práctica. La mención a la inclusión educativa y las distintas necesidades y limitaciones es frecuente, en este sentido, a lo largo del texto, si bien el lenguaje inclusivo que se emplea sigue siendo binario y se abstiene de otro tipo de formulaciones.

3.2. Legislación para la etapa de Primaria

Si avanzamos hasta la Educación Primaria, de los 6 a los 12 años, el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, hace referencia nuevamente a la Convención sobre los Derechos de la Infancia. Sin embargo, entre los fines de la etapa encontramos fundamentalmente menciones a los saberes y destrezas vinculados a las asignaturas y apenas una a la afectividad, si bien se hace hincapié en el hecho de que todo ello debe contribuir al pleno desarrollo de la personalidad del alumnado.

Dentro de los principios pedagógicos, volvemos a encontrar la promoción de la igualdad entre varones y mujeres y la educación afectivo-sexual, que se incluye dentro de la educación para la salud. Asimismo, se requiere prestar atención a la educación emocional y en valores. Desde este punto de vista, se sigue una definición amplia del concepto de salud, probablemente similar a la de la Organización Mundial de la Salud, en la que no solo se habla de la ausencia de enfermedad, sino del bienestar en todas las dimensiones posibles. Quererse uno mismo, aceptar los elementos que componen nuestra identidad y poder expresarla libremente, sin miedo a que se vea afectada nuestra integridad, pasan a ser, entonces, cuestiones básicas de salud y lo psicológico, que se refleja también en el cuerpo, adquiere relevancia.

Es en los objetivos de la Educación Primaria donde encontramos mayor número de referencias a aspectos que podrían asociarse con la identidad y el desarrollo de la personalidad. El primero de ellos está relacionado con el aprecio por los valores que favorecen la convivencia y la empatía, respetando la pluralidad presente en nuestra sociedad. Sin duda, este objetivo puede vincularse con el referido a la comprensión y el respeto de las distintas culturas y de las diferencias entre las personas, apostando por la igualdad y la no discriminación por «por motivos de etnia, orientación o identidad sexual, religión o creencias, discapacidad u otras condiciones».

En esta línea, otro de los objetivos de la etapa es el de aceptar el propio cuerpo y el de los demás, una fuente esencial de autoestima para el libre desarrollo de la personalidad y la elección de nuestro proyecto vital. El caso de las personas trans, por ejemplo, va mucho más allá de los consejos sobre el uso de la educación física para desarrollarse personal y socialmente, puesto que su biología no coincide con su concepción de sí mismas, con su identidad y la aceptación del propio cuerpo puede no ser viable en esta ocasión, por lo que cabe pensar que los legisladores no estaban teniendo en consideración estas situaciones al redactar el texto.

El último de los objetivos que queremos resaltar es el que implica el desarrollo de las capacidades afectivas del alumnado «en todos los ámbitos de la

personalidad», evitando actitudes violentas y prejuicios y estereotipos. Los estereotipos son difíciles de evitar, puesto que se trata de estructuras cognitivas que ayudan a las personas a organizar y clasificar una realidad tremendamente compleja. Lo que debemos evitar, por supuesto, es que estos estereotipos, que son difundidos tanto en la familia y las instituciones educativas como en los medios de comunicación y redes sociales, se transformen en estereotipos rígidos y negativos que deriven en prejuicios. De hecho, los estereotipos rígidos pueden llevar a esos prejuicios negativos y desembocar en una de las mayores lacras de nuestras sociedades: la discriminación.

Estos prejuicios, por su parte, se pueden definir como sentimientos hacia personas y hacia grupos que no se corresponden con la experiencia real y que se basan en una de las necesidades esenciales de los seres humanos, la pertenencia a un grupo, y a un desarrollo incorrecto de la autoestima, que puede depender enteramente de pensar que nuestro grupo es mejor que cualquier otro. En los objetivos que hemos mencionado se pone el foco en el tema de la aceptación y el respeto a la diversidad, del mismo modo que en acompañar al alumnado para que desarrolle una buena autoestima, pero estos resultados no son sencillos de lograr si no contamos con herramientas didácticas adecuadas y con la complicidad de las familias y la sociedad.

Los prejuicios pueden ser más o menos sutiles y pueden desembocar, fácilmente, en actitudes abiertamente racistas y sexistas que lleven al uso de distintas formas de violencia física, psicológica y simbólica. Si bien es cierto que en la sociedad parecía existir, desde hace tiempo, un cierto consenso para no expresar abiertamente estos prejuicios, las creencias y los comportamientos asociados se siguen manifestando y son más difíciles de descubrir, analizar y eliminar cuanto más sutiles son. De hecho, uno de los efectos de esta visibilización suele ser que los grupos con prejuicios negativos muy arraigados los emplean como argumentos para señalar que son exageraciones y que las personas que reivindican cambios son extremistas y quieren imponer sus visiones.

En cuanto a las áreas de conocimiento, en Primaria se introduce la asignatura de Educación en Valores Cívicos y Éticos, que debe proporcionar herramientas para que el alumnado se comprometa con los valores y normas de la convivencia democrática, esto es, para un ejercicio de la ciudadanía responsable y crítico, pero que también debe fomentar la formación integral de las personas, ofreciendo conocimientos y destrezas intelectuales, éticas y emocionales para la reflexión y la solución de retos y problemas que la sociedad debe afrontar. El fin último de la asignatura es el de «apreciar y aplicar con autonomía aquellas normas y valores que han de regir una sociedad libre, plural, justa y pacífica».

3.3. Legislación para la etapa de Secundaria

Por último, por lo que respecta a la etapa de Secundaria, en el Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria, se vuelve a mencionar la convención de los derechos de la infancia. Se indica que en esta etapa sean transversales los elementos de la educación para la salud, que incluye la afectivo-sexual, así como la cooperación entre iguales, la igualdad entre varones y mujeres y el respeto.

La convención, en su declaración, establece que se considera que se es niño hasta los 18 años, por lo que es lógico que esta etapa educativa, entre los 12 y los 16 años, siga amparada por el texto. La protección, el cuidado y el bienestar de la infancia se convierte en una prioridad para los estados y esto se traduce, necesariamente, en la oferta de una educación de calidad para todos y todas que permita, como ya hemos indicado, el libre desarrollo de la personalidad y la identidad. Esa identidad, de acuerdo con el documento, debe ser preservada e incluye su nombre, filiación y nacionalidad. No se hace mención a los casos en que el nombre no sea uno con el que la persona se identifique, pero sí se habla de la importancia de contar con su opinión cuando sea capaz de razonar adecuadamente. Asimismo, el texto de la convención establece que los niños y niñas tienen derecho a aprender en la escuela y reconocen su dignidad, en tanto que seres humanos.

Entendemos, entonces, que estos principios son los que rigen la normativa que se expone en el Real Decreto 217/2022 y que, por ello, las competencias y la asignatura de Educación en Valores Cívicos y Éticos que ya se detallaron en anteriores apartados siguen presentes en Secundaria, dando continuidad a la formación integral del alumnado. En este caso es, además, notable el hecho de que la finalidad se dirige a la inserción laboral del alumnado y al ejercicio de la ciudadanía por su parte, de modo que culmina la labor llevada a cabo durante toda la escolarización previa en lo que se refiere a la conformación de la identidad y el respeto a la ajena.

Las diferencias en cuanto a los objetivos con respecto a las etapas anteriores son mínimas y se sigue buscando el fortalecimiento de las destrezas para la resolución pacífica de conflictos, el desarrollo de una correcta autoimagen y autoestima, el respeto por el otro y la búsqueda de la igualdad y la no discriminación y el rechazo a los estereotipos y prejuicios, los sexistas entre ellos.

4. Conclusiones

A lo largo de las páginas anteriores, hemos podido apreciar de qué manera se plantea la construcción de la identidad personal, en términos de libre desarrollo

de la personalidad, en la legislación y en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos y de la infancia. Como hemos podido observar, su presencia en el derecho positivo ha derivado en cambios y visibilización de distintas realidades que exigen respeto y reconocimiento, y esta diversidad, así como la igualdad que subyace a ella y el necesario respeto, encuentran su reflejo en la legislación educativa actual.

Así, los nuevos reales decretos por los que se establecen las enseñanzas de las etapas obligatorias (Primaria y Secundaria) y de la Educación Infantil recogen una serie de objetivos y finalidades entre los que se encuentran la formación integral, en competencias y valores, y de principios, entre los que podemos encontrar el respeto por la diversidad y la igualdad y no discriminación. De la misma manera, estos textos señalan la relevancia del desarrollo de competencias que son fundamentales para la convivencia pacífica, y esta no puede existir si no hay igualdad y libertad.

Cabría preguntarse, aunque lo hayamos dejado al margen en este análisis, si las referencias que se incluyen en la legislación en cuanto a la atención a la diversidad contemplan realidades como las que experimentan estudiantes con distintas identidades sexuales, de género, etcétera, y si estaban en la mente de los legisladores cuando definían los distintos grupos. En ese sentido, se habla de atención a las diferencias individuales, de alumnado con necesidades educativas especiales, de alumnado con dificultades específicas de aprendizaje, de alumnado de incorporación tardía al sistema y de alumnado con altas capacidades intelectuales, pero no se especifican las situaciones que podrían dar pie a esas necesidades, entre las cuales podrían estar algunos tratamientos o problemas derivados de la falta de aceptación de sus identidades, por ejemplo.

De cualquier modo, una breve comparación con las normativas inmediatamente anteriores nos permitirá localizar mejoras y formulaciones que, quizá, con el tiempo, lleguen a ser más explícitas y a reflejar cuestiones planteadas en las nuevas leyes sobre cuestiones de identidad y de igualdad.

II. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ley Orgánica 3/2020, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- LÓPEZ, M., KALA, J.C. (2018). «Derecho a la identidad personal como resultado del libre desarrollo de la personalidad», *Ciencia jurídica*, 7 (14), págs. 65-76
- ROCHA ESPÍNDOLA, M. (2014). «La persona y el libre desarrollo de su personalidad. Algunos aspectos constitucionales y civiles». *Anuario jurídico Villanueva*, 8, págs. 249-268.

Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria

Real Decreto 95/2022, de 1 de febrero, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Infantil

Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria.

SANTANA RAMOS, E. M. (2014). «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, págs. 99-112.

STC 120/1990, de 27 de junio

STC 53/1985, de 11 de abril

EL DERECHO A LA IGUALDAD DE ACCESO A LA MEJORA COGNITIVA*

ELISA MOREU CARBONELL

Profesora Titular de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza

Sumario: I.TRANSHUMANISMO, MEJORA COGNITIVA, CÍBORGS DE MEJORA,. II.LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA NEUROTECNOLOGÍA. III.NEURODERECHOS DE MEJORA COGNITIVA. IV.Y EN CONCLUSIÓN V. BIBLIOGRAFÍA

Los avances de la medicina, la neurociencia o la bioquímica, junto con el desarrollo de la inteligencia artificial y de la computación, van a permitir un conocimiento milimétrico del cerebro humano y abren la puerta a su control. Psicólogos, magos, políticos y publicitarios saben que la mente humana es fácilmente manipulable y aplican sus conocimientos para orientar nuestra voluntad (Macknik, Martínez-Conde, 2010).

Las neurotecnologías suponen un salto cualitativo y un reto ético y jurídico hasta ahora desconocido, porque tienen la llave para intervenir directamente en nuestro cerebro y controlar nuestro pensamiento. La neurotecnología promete bienestar para la humanidad, pero los juristas debemos valorar sus riesgos jurídicos, éticos y morales y su impacto en la propia definición de la persona.

El campo de acción de las neurotecnologías no se limita al ámbito terapéutico, **sino que permite estimular y potenciar las capacidades intelectuales de personas sanas, gracias a la denominada “mejora cognitiva” o neurocognición.** Warwick (2012) nos lanza el reto: “si usted pudiese mejorar, implantarse un chip en el cerebro que amplíe su sistema nervioso a través de internet, actualizarse y convertirse parcialmente en máquina, ¿lo haría?”.

Esta comunicación se centra en la mejora cognitiva y en la futura regulación de los neuroderechos.¹

* Esta comunicación es reelaboración y desarrollo de algunas ideas reflejadas en mi trabajo "La regulación de los neuroderechos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 01/2022.

¹ Las implicaciones jurídicas de lo que se conoce como "desarrollo transhumanista" en Domínguez Álvarez (2021, 309).

I. TRANSHUMANISMO, MEJORA COGNITIVA, CÍBORGS DE MEJORA

Se denomina *transhumanismo* a la aplicación de los avances de la neurotecnología para la mejora humana. La neurotecnología diseña herramientas para mejorar el funcionamiento cognitivo: ayudas electrónicas a la memoria, aparatos de realidad aumentada, implantes neuronales y prótesis. Al parecer, el ser transo posthumano tendría capacidades físicas, intelectuales y psicológicas sin precedentes gracias a la neurotecnología.

El transhumanismo plantea retos para la filosofía, la bioética y el Derecho. En realidad, el debate no es nuevo porque ya conocemos otras formas de mejora cognitiva que no son tecnológicas. Y es que no existe una herramienta única capaz de aumentar nuestras capacidades cognitivas.

Los potenciadores cognitivos se distinguen por su modo de acción específico, la escala temporal en la que actúan, su disponibilidad y sus efectos secundarios. Además de los potenciadores físicos (neurotecnologías invasivas y no invasivas), existen potenciadores bioquímicos (sustancias psicoactivas, drogas y productos farmacéuticos) y conductuales (meditación). Incluso la educación, la medicina, los alimentos y los suplementos han permitido una "mejora" de las potencialidades del ser humano, en un sentido muy amplio. (Biscaia Fernández, 2021).

El Derecho tiene que ser capaz de regular o garantizar el acceso específico a las neurotecnologías de mejora que nos depara el futuro. Además de los problemas éticos, podrían tener impactos radicales en la continuidad psicológica de las personas, porque abren la puerta a su mejora sensorial, motora, emocional y cognitiva.

El debate sobre la personalidad jurídica y la identidad de los cíborg es muy interesante a estos efectos.

El término cíborg fue empleado por primera vez en los años sesenta del siglo XX para describir al individuo modificado para mejorar su adaptación a los viajes espaciales, a un "humano mejorado" (*enhanced human*) capaz de controlar sus variables fisiológicas y de sobrevivir en ambientes extraterrestres

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española recoge y define el término *cíborg* u *organismo cibernético* como un "ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos". Según este concepto tan amplio, se consideraría cíborg a cualquier ser humano intervenido por la tecnología (una persona sorda con un implante coclear, un diabético con un dispositivo de monitorización continua de glucosa o una persona con marcapasos).

Nadie pone en duda que la protección de los derechos humanos se extiende a aquellos seres humanos que combinan la materia viva con dispositivos electrónicos. El cíborg no cambia sustancialmente los principios jurídicos del libre albedrío o de la identidad personal. Los cíborgs humanos son personas físicas y su identidad como sujeto de derechos no se ve alterada (Camacho Clavijo, 2017).

Utilizar algún neurodispositivo para la mejora perceptiva, motora o cognitiva lleva consigo una problemática filosófica adicional, como es si puede denominarse "cognitivo" a lo que es operado externamente con respecto a mi cerebro. Algunos científicos y pensadores responderán con un tajante "no", al considerar que lo mental únicamente acontece en el cerebro y que es algo neuronal. Sin embargo, otros defienden la posibilidad de que lo mental pueda alojarse fuera del cerebro, por ejemplo, en un dispositivo artificial y externo.

La mejora cognitiva genera también variados problemas jurídicos. Ahora ya se debate sobre los límites que hay que imponer al uso de los dispositivos implantados en el cuerpo humano (prótesis electrónicas, órtesis) para mejorar nuestras capacidades físicas en competiciones deportivas (Verdugo Guzmán, 2019). Por otro lado, se vislumbra la necesidad de regular su uso lúdico.

Pero el problema fundamental que deberá resolver el Derecho es garantizar la igualdad en el acceso a las tecnologías que permiten la mejora cognitiva, evitando sesgos y obstáculos por razones económicas o sociales.

Y es que el ordenamiento jurídico no tiene soluciones eficaces para algunos conflictos que plantean. El activista conocido como "Meow-Meow" se implantó en la mano el chip del abono del transporte urbano de Sidney (Australia). Esto le permitía colocar la mano en los lectores ópticos para tener acceso a las terminales de acceso. Pero cuando los oficiales de la autoridad de transporte le pidieron que les mostrara la tarjeta de abono, consideraron que no tenía un título de transporte válido. Su chip fue desactivado y le impusieron una multa por viajar sin título de transporte².

En primer lugar, es necesario perfilar el concepto de *cíborg* a efectos jurídicos, porque no se puede definir como tal a cualquier ser humano que lleve en su cuerpo un dispositivo electrónico, algo cada vez más frecuente. Dudo que las personas que lleven un dispositivo electrónico en su cuerpo se consideren a sí mismos como *cíborgs*. Por eso, hay que aclarar cómo de íntimo o estrecho debe ser el contacto entre la máquina y el organismo humano para ser considerado *cíborg* (Biscaia Fernández, 2021).

Objetivamente, el *cíborg* es un sujeto mejorado o modificado por la tecnología, pero no es exactamente igual si la persona se limita a tener alguna función fisiológica tratada con un dispositivo electrónico (*cíborg de reparación*) o si las funciones humanas se mejoran o se potencian gracias a la neurotecnología, potenciando alguna función existente o añadiendo otras que no se tienen (Walker, 2021). Este último es el *cíborg de mejora* que plantea numerosos retos jurídicos y

² El tribunal acabó dando la razón a Meow Ludo Disco Gamma, véase <<https://www.theguardian.com/australia-news/2018/jun/18/man-who-implanted-opal-travel-card-chip-has-conviction-overturned>>.

éticos. Por ejemplo, ¿permitiremos que se puedan presentar a los exámenes o a las oposiciones quienes hayan mejorado sus capacidades con un microchip o implante cerebral susceptible de memorizar datos?

¿Cómo impactará en el sistema de responsabilidad por daños un implante cerebral capaz de controlar nuestros impulsos o nuestro comportamiento?

Existe un movimiento que lucha por reconocer a los cibernéticos un estatuto especial de derechos³ y que guarda una estrecha relación con el escenario en el que se desenvuelve el debate sobre los neuroderechos.

Por otro lado, el desarrollo de las neurociencias y la neurotecnología debe hacernos reflexionar sobre la diferencia entre *neurotratamiento* y *neuromejora*. Nadie pone peros a que se utilicen estos avances tecnológicos para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades degenerativas como el alzhéimer o el parkinson y, sin embargo, la mejora neurológica plantea problemas éticos y jurídicos (Borbón Rodríguez y Borbón Rodríguez, (2021)). Se intuye incluso que la mejora cognitiva supone un atentado contra la naturaleza humana y que la manipulación artificial nos aleja de nuestra identidad como seres humanos.

Con independencia de estos debates éticos, lo cierto es que la mejora cognitiva puede generar desigualdad social debido al coste y a la dificultad de acceso a los instrumentos de mejora.

Son problemas que el Derecho ya ha tenido que ir solventando cuando los avances de la psicología, la psiquiatría, la medicina o la neurociencia amplían el conocimiento del cerebro humano. Es posible que no difiera mucho la situación del cibernético mejorado, la del deportista que se dopa para conseguir mejores marcas o de quien toma sustancias psicotrópicas para hacer mejor un examen. Como he dicho, la mejora cognitiva se puede conseguir ya con métodos tradicionales de perfeccionamiento como las drogas o la psicología cognitiva.

El Derecho fija la línea roja que separa la legalidad de la ilegalidad de ciertos avances tecnológicos, como intervino para prohibir el dopaje en el deporte. Ahora el reto es mayúsculo porque la neurotecnología es más sofisticada y emplea técnicas intrusivas que podrían escapar al control del propio interesado.

³ La *Cyborg Foundation*, <<https://www.cyborgfoundation.com/>>, cofundada por Neil Harbisson, que es el primero cibernético reconocido como tal, lucha por el reconocimiento de un elenco de derechos propios de los cibernéticos, como la igualdad de derechos con las personas físicas o el derecho a diseñarse como especie.

II. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN EN ESTE ÁMBITO

No podemos prohibir la investigación, innovación y desarrollo de la neurotecnología, aunque sí limitarla: buscar ese equilibrio es muy complicado. La libertad de investigación en la neurociencia estaría limitada por la regulación, como lo está la investigación general en materia bioética. Existe una genuina preocupación por los límites éticos que no se pueden sobrepasar en la investigación neurotecnológica. Y hablo de límites éticos, porque los límites legales o bien son inexistentes –en ciertos casos– o son difusos. Al tratarse de áreas de reciente desarrollo son muy pocos aún los avances legislativos o incluso de *soft law*.

Una solución es extender controles equivalentes a los que realizan los comités de ética de la investigación a los promotores y otros sujetos (emprendedores, informáticos, etc) de las empresas que desarrollan tecnologías disruptivas, una suerte de buenas prácticas, código deontológico (tecnológico) o “juramento tecnocrático” que valore los aspectos legales y éticos⁴, que incorporaría siete principios éticos básicos: beneficencia y no maleficencia, autonomía, justicia, dignidad, privacidad y transparencia⁵.

En todo caso, los poderes públicos deben estar ahí para tutelar los derechos de los ciudadanos, a través de herramientas como un modelo de evaluación de impacto ético en el ámbito de la salud y la investigación que ya se está planteando en el ámbito de la robótica (*Resolución del Parlamento Europeo, de 16/02/2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)*).

El Consejo de Europa aprobó un Plan de Acción Estratégica sobre Derechos Humanos y Tecnologías en Biomedicina (2020-2025), que, con fundamento en la Convención de Oviedo, promueve la transparencia y la igualdad en el ámbito de la biomedicina. Es cierto que su ámbito de aplicación directo no son las neurotecnologías, pero el plan menciona la relevancia de estos avances para la

⁴ Según el diario “La Vanguardia” de fecha 07/06/2021, <<https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20210607/7469133/juramento-tecnocratico-hipocratico-etica- tecnologia.html>>, Facebook e IBM, con el impulso de Rafael Yuste y su equipo de Neurorights Foundation, están colaborando en un proyecto para que quien trabaja en neurotecnología se comprometa con unos principios éticos, como los médicos o los investigadores en neurociencia. Al parecer, ya están aplicando programas piloto en las grandes empresas tecnológicas para que sus empleados los suscriban.

⁵ El *principio de no maleficencia* significa que la neurotecnología aplicada no debe tener intención de causar daños. Según el *principio de beneficencia*, debe contribuir al bien común. El principio de *autonomía de la voluntad* exige contar con el consentimiento de los afectados. El *principio de justicia* garantiza que la neurotecnología genere resultados justos e imparciales (sin sesgos). Según el *principio de dignidad*, todas las personas han de ser tratadas con respeto y se debe velar por su integridad. La *privacidad* exige eliminar los datos sensibles e identificables de los sujetos afectados. Por último, el *principio de transparencia* tiene como objetivo garantizar que los algoritmos utilizados sean conocidos. Fuente: La Vanguardia, 07/06/2021.

biomedicina y la salud humanas. De hecho, uno de sus planes de acción es evaluar la pertinencia y suficiencia del marco de derechos humanos existente para abordar las cuestiones que plantean las aplicaciones de las neurotecnologías.

III. NEURODERECHOS DE MEJORA COGNITIVA

Como he indicado, los avances de la neurotecnología son un desafío para la configuración jurídica de nuestra identidad como personas y, en extensión, de su libre albedrío. Por eso debemos reflexionar sobre la necesidad de ampliar el marco legal existente para hacer frente al uso y al abuso de las neurotecnologías. Es necesario evaluar si estamos suficientemente protegidos en el marco de los derechos humanos que ya existen o si es necesario crear nuevos derechos humanos relativos a las neurotecnologías.

Sabemos que un grupo de científicos y juristas promueve la creación de nuevos derechos humanos que protejan nuestra intimidad cerebral y nuestros pensamientos frente a ataques externos: son los llamados neuroderechos. La doctrina coincide en la necesidad de regularlos a nivel internacional, para que la tutela de los derechos frente a las tecnologías no quede en meras palabras o buenas intenciones. También es necesario reflexionar sobre si la regulación de estos derechos nuevos se debe hacer de forma global o en la legislación sectorial.

Los ejemplos de la reforma constitucional emprendida por Chile y la "Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España" son dos vías distintas para el mismo fin: regular y proteger los derechos humanos frente a los avances de la neurotecnología.

En estas incipientes cartas de neuroderechos aparece el derecho de acceso equitativo a la mejora cognitiva. El primer reto consiste en garantizar la igualdad de acceso y evitar discriminaciones por razones económicas, sociales o cualquier otra.

- Chile ha sido, hasta el momento, el único país que ha iniciado un procedimiento de reforma constitucional (Ley n° 21383 de octubre de 2021) y que tramita -desde hace ya meses, parece que avanza despacio- un proyecto de ley para ampliar su marco de derechos fundamentales e incluir a los neuroderechos. Por lo que afecta al tema de mi comunicación, el artículo 10 del proyecto dispone que el Estado velará por el "acceso equitativo a los avances en neurotecnología y neurociencia", en lo que parece una referencia al (neuro)derecho al acceso equitativo al aumento de la neurocognición, sin llamarlo así.
- En julio de 2021, el Gobierno de España presentó la llamada *Carta de Derechos Digitales con el objetivo de proteger los derechos de los ciudadanos en la nueva era de internet y la inteligencia artificial* (en adelante, simplemente, "la

Carta"). La Carta no tiene carácter normativo, sino que es un marco de referencia para los poderes públicos que sirva de guía o molde para futuros proyectos legislativos y actúa como faro para los navegantes de la sociedad digital. La Carta dispone que la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas

Estas declaraciones de neuroderechos recuerdan que debemos anticiparnos a los desafíos éticos y legales que presentan las neurotecnologías. Es interesante destacar que estos documentos reconocen que las tecnologías podrían conseguir una mejora cognitiva y adoptan una posición abierta hacia la idea de mejorar nuestras capacidades cognitivas.

Por eso, el derecho de las personas a utilizar las neurotecnologías emergentes es uno de los principios fundamentales que conforman el derecho a la libertad cognitiva. Si las personas podrán alterar sus estados mentales utilizando las neurotecnologías, si así lo desean, se debe garantizar el acceso equitativo a las neurotecnologías. A medida que avanzan las tecnologías de aumento cognitivo y sensorial de se incrementa el riesgo de discriminación o presión social contra humanos no aumentados.

La neuromejora plantea serios desafíos para el Derecho. Por ejemplo, un aspecto delicado será la posibilidad de intervenir de forma obligatoria y no consentida en los cerebros de los delincuentes violentos.

IV. Y EN CONCLUSIÓN

La neurotecnología va a requerir de nuevos conceptos y de herramientas jurídicas, no solo en relación con la mejora cognitiva. El reconocimiento de un nuevo derecho (neuroderecho) de acceso a la mejora cognitiva en condiciones de igualdad se incluye en las declaraciones de neuroderechos que se han puesto en marcha, tanto en Chile como en España. Sin embargo, las declaraciones de derechos sin instrumentos de garantía o tutela efectivos corren el riesgo de quedarse en algo simbólico.

Además, desde un enfoque dogmático-sistemático –incluso si aceptamos que la manipulación neuronal va a ser algo cotidiano en el futuro–, el intento por introducir conceptos nacidos de la euforia o de la moda es peligroso y puede derivar en una espiral inflacionaria en la que cada nuevo desarrollo cuestiona la vigencia de la protección que ofrece el sistema universal de los derechos humanos. Por eso me he mostrado escéptica con la necesidad de crear nuevos (neuro) derechos; al menos, no ahora, pues la propuesta exige un debate reposado, y, en

definitiva, más tiempo. Es necesario asumir una posición crítica y cauta ante el entusiasmo que ha generado la propuesta de crear nuevos derechos humanos, especialmente en lo que afecta al derecho a la mejora cognitiva por su impacto ético.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Amorim, Hellen Marinho, Cardoso, Renato César (2019) "El ciborg en el umbral de la humanidad: redefiniendo la persona natural", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 46, págs. 67-84, <www.bioeticayderecho.ub.edu>.
- Biscaia Fernández, José Manuel (2021), Neuromejora: de la vanguardia científica y tecnológica a las dificultades y límites planteados por la filosofía de la mente y la bioética", *Revista Iberoamericana de Bioética* n° 16, págs. 1-17.
- Borbón Rodríguez, Diego A. y Borbón Rodríguez, Luisa F. (2021), "NeuroRight to Equal Access to Mental Augmentation: Analysis from Posthumanism, Law and Bioethics", *Revista Iberoamericana de Bioética* n° 16, 1-15.
- Bueno i Torrens, David (2016), *Cerebroflexia. El arte de construir el cerebro*, Plataforma Editorial, Barcelona
- Camacho Clavijo, Sandra (2017), "La subjetividad 'cyborg'", ob. col. S. Navas Navarro, dir.: *Inteligencia artificial. Tecnología y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 231-257.
- Macknik Stephen L., Martínez-Conde, Susana (2010): *Los engaños de la mente*, Destino.
- Moreu Carbonell, Elisa (2022), "La regulación de los neuroderechos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 01/2022.
- Reyes Revuelta, Juan Francisco (2018), "Fármacos potenciadores del rendimiento. Un fenómeno emergente en salud laboral", *Revista Enfermería del Trabajo*, 8(2), 81- 83.
- Sábada, Igor (2009): *Cyborg. Sueños y pesadillas de las tecnologías*, Editorial Atalaya.
- Verdugo Guzmán, Silvia Irene (2019), "Biotecnología, ética e implicaciones jurídicas ante los ciborg-atletas", *Ius et Scientia* vol. 5, n° 1, págs. 112-127.
- Walker, Nathalie (2021), "Cíborgs y neuroderechos: luces y sombras de la inteligencia artificial", Idealex, disponible en <<https://idealex.press/ciborgs-y-neuroderechos-luces-y-sombras-de-la-ia/>>
- Warwick, Kevin (2012): "El futuro de la inteligencia artificial y la cibernética", ob. col. Hay futuro: visiones para un mundo mejor, BBVA; en <<https://www.bbvaopenmind.com>>.

II. ¿NUEVAS PERSONAS?

1. PONENCIAS.

Miguel Lacruz Mantecón: *Inteligencia artificial: hacia una subjetividad cibernética*

Martin Ebers: *El futuro marco jurídico europeo de la inteligencia artificial*

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla: *Entre personas y cosas, los animales: ¿Derecho o derechos de los animales?*

Antoni Vaquer Aloy: *Nuevas tecnologías y Derecho de sucesiones*

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UNA SUBJETIVIDAD CIBERNÉTICA¹

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

*Prof. Tit. Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UNA SUBJETIVIDAD CIBERNÉTICA. 1. ¿Existe la Inteligencia Artificial? 2. ¿Puede la Inteligencia artificial ser igual que la humana? 3. ¿Hay que reconocer personalidad en los entes electrónicos inteligentes? 4. Entonces, si los robots no son personas ¿Son cosas? 5. ¿Hay que reconocer a los sistemas inteligentes una cierta subjetividad jurídica? 6. ¿Qué problemas intentamos solucionar, en realidad, mediante la personificación de los robots? 7. ¿Qué consideración otorgamos los humanos a los entes cibernéticos? II. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: HACIA UNA SUBJETIVIDAD CIBERNÉTICA.

1. ¿Existe la Inteligencia Artificial?

Contestar a esta pregunta en el año 2022 es sencillísimo: Sí, sí que existe Inteligencia Artificial (IA), y los seres humanos utilizamos diariamente una buena cantidad de ella. De la que parece que hay poca es de la otra, la Inteligencia humana, o aunque todavía quede algo, me temo que no se utiliza demasiado.

Si estoy tan seguro de la existencia y eficacia de la Inteligencia Artificial es porque con anterioridad he despejado dos cuestiones previas, como son: ¿Qué es la inteligencia, y qué la IA?; y ¿Cómo es posible una Inteligencia artificial?

En cuanto a la primera pregunta, y aunque sea difícil de conceptualizar, los autores parecen conformes en considerar que la inteligencia es una cualidad de los seres humanos y de algunos animales, de origen adaptativo, que se reconoce por sus resultados, y que se manifiesta a través de conductas de resolución de problemas de cualquier tipo. Uno de los pioneros de la IA, Marvin MINSKY², entendía que la inteligencia consiste en esta capacidad de resolución de problemas, y aunque no sepamos en qué consiste exactamente, la reconocemos por sus resultados;

¹ NOTA PREVIA. El presente trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto «Derecho e inteligencia artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robóticas», IP. Margarita Castilla Barea, (PID2019-108669RB-100 / AEI / 10.13039 / 501100011033).

² MINSKY, Marvin, *La sociedad de la mente*, Ediciones Galápago, Buenos Aires, 1986, pág. 74.

la inteligencia artificial sería esa misma capacidad cuando se encuentra en entes no biológicos, los ordenadores o computadores. En similar sentido, BRYSON y WINFIELD³ dan una definición mucho más simple, la Inteligencia sería la capacidad de hacer lo adecuado en el momento adecuado, en un contexto en el que no hacer nada (o no cambiar de conducta) sería peor, y la IA es esta misma capacidad demostrada por la conducta de artefactos no biológicos. Resumiendo, inteligencia es la capacidad de resolver problemas inespecíficos, IA es esa misma capacidad demostrada por entes no biológicos. Tanto una como otra se reconocen por sus efectos: Deducimos la existencia de inteligencia a partir de las conductas inteligentes.

En cuanto a la pregunta de ¿Cómo es posible una IA?, es decir, cómo se logra reproducir comportamientos adecuados que resuelven problemas utilizando sistemas electrónicos, pues bien, esto se logra haciendo que el sistema maneje símbolos físicos (números, letras). Como nos recuerdan los profesores WALLACH y ALLEN⁴, fueron el informático y psicólogo Allen Newell y el economista y politólogo Herbert Simon (creadores del algoritmo *General Problem Solver*, y, junto a Clifford Shaw, de uno de los primeros programas de IA, el *Logic Theorist*) quienes establecieron la siguiente premisa: «Un sistema de símbolos físicos tiene los medios necesarios y suficientes para llevar a cabo acciones inteligentes». Es decir, que la manipulación de símbolos puede generar conductas (físicas, verbales) que se pueden calificar de «inteligentes» porque resultan adecuadas a los requerimientos del entorno, o resuelven problemas, que es decir lo mismo, tanto procedan dichas conductas de un ser humano como de una entidad no humana.

Imagine una pizarra magnética en la que unas manos mueven cifras, realizando, por ejemplo, una simple suma de $7 + 3 = 10$. La primera impresión que tenemos es la de que se ha producido una actividad intelectual, y que para realizarla alguien ha tenido que *pensar*. Pero si consideramos objetivamente esta actividad, únicamente se ha producido una manipulación de unas fichas que contenían unos símbolos, nada más. En cambio, si la misma operación de sumar $7 + 3$ la realiza una calculadora mecánica o una electrónica, ya no nos parece lo mismo, al no haber un ser humano detrás: Esta actividad la consideramos de carácter inteligente, intelectual o mental si la realiza un ser humano, pero no le damos la misma importancia si la realiza una calculadora. Esto es claramente un prejuicio, la conducta que se ha observado es en ambos casos la misma, una conducta de manipulación de símbolos que da respuesta a un problema matemático. La

³ BRYSON, J. J., y WINFIELD, A., «Standardizing Ethical Design for Artificial Intelligence and Autonomous Systems», *Computer*, vol. 50, n° 5, <https://doi.org/10.1109/MC.2017.154>.

⁴ WALLACH, Wendell y ALLEN, Colin, *Moral Machines. Teaching robots right from wrong*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, pág. 56.

diferencia es que el gestor de dicha conducta es, en un caso, de carácter biológico, y en el otro, no biológico, pero en ambos casos es de naturaleza material.

Esta argumentación de la equivalencia entre los comportamientos inteligentes humanos y los de la máquina es la que constituye la base del famoso «Juego de la imitación» o Test de Turing, que se ha consolidado como el argumento principal para los partidarios de la posibilidad de emulación de la inteligencia humana. Fue Alan TURING⁵, en un famoso artículo publicado en 1950, para resolver si las máquinas pueden pensar, quien propuso este «Juego de la imitación», en el que un interrogador plantea preguntas a dos personas, hombre y mujer, A y B, y tiene que averiguar, a partir de sus respuestas por escrito, cuál de ellas es la mujer y cuál el hombre. El siguiente paso es sustituir a una de las personas por un ordenador. Ahora el juego consiste en averiguar cuál de los dos interrogados es el humano y cuál la máquina: Si no podemos averiguar cuál de los dos interlocutores es el humano, entonces no podremos negar inteligencia a ninguno de los dos, y tendemos que concluir que la máquina también «piensa», que tiene inteligencia.

Fue además TURING el primero que afirmó sin duda la posibilidad de replicación del pensamiento humano por el ordenador, y a él le debemos también la teorización del ordenador como «máquina universal»⁶, (casi) capaz de resolver los mismos problemas a los que se pueda enfrentar un ser humano. Esto es así porque los ordenadores, no en vano también llamados «computadoras», tienen una tremenda capacidad de cálculo, de manejo de números: esta gran capacidad de manejo de símbolos que tiene el sistema se puede aplicar a distintos símbolos, pues lo mismo que maneja números puede manejar letras y palabras, si a las mismas se atribuye una clave numérica, o notas musicales, o colores y formas. Así, mediante el manejo de símbolos lo mismo se puede conseguir hallar la solución a un problema matemático que obtener respuesta a una pregunta que le hagamos al asistente virtual de nuestro teléfono móvil.

Por ejemplo, si a un ordenador se le señalan la equivalencia en español de determinadas agrupaciones de letras y palabras en inglés, luego se le puede dar el orden de que nos dé en nuestro idioma el resultado de una frase en inglés: esto es en realidad una operación que, una vez codificados los símbolos, se resuelve en el hallazgo de una igualdad. Traducir del inglés una frase es también hallar la solución a un problema manipulando símbolos consistentes en letras y palabras. Y también se pueden codificar trayectorias, rutas y mapas de situación, por

⁵ TURING, Alan Mathison, «Computing Machinery and Intelligence», *Mind*, 49 (1950), pp. 433-460. Sin embargo, la idea fundamental de la Inteligencia artificial ya la expuso en anteriores estudios, singularmente en *Intelligent Machinery: A Heretical Theory*, informe para el National Physical Laboratory de 1948.

⁶ Expuesta por TURING en el citado artículo «Computing Machinery and Intelligence».

lo que, si se le ordena a un vehículo autónomo que nos lleve a casa, dicha ruta se le plantea como un problema a resolver, de manera que cuando finalmente llegamos a nuestro destino, el vehículo ha resuelto el problema que le habíamos planteado.

2. ¿Puede la Inteligencia artificial ser igual que la humana?

TURING afirmaba dos cosas: que la inteligencia artificial llegaría a ser indistinguible de la humana (en 1950 le daba un plazo de 50 años, concretamente), y que en realidad la pregunta de si una máquina puede pensar como un humano no tiene sentido⁷ (porque no sabemos cómo “piensa un humano”). Sin embargo, muchos autores, del ámbito de la Filosofía o del Derecho, niegan la equivalencia de la IA con la humana. Los argumentos que se mueven para sustentar esta posición son de dos tipos.

En primer lugar está el argumento de la complejidad, que hace que la actividad intelectual humana se considere de una altura o calidad especial, que sólo entes dotados de un atributo que llamamos «espiritualidad» pueden alcanzar. El ámbito en el que la exigencia de espiritualidad aparece como un requerimiento absoluto, por la complejidad de la tarea, es el de la creación literaria, artística y científica, campo en el que se dice que la Inteligencia artificial no puede competir con la inspiración del artista o del poeta. De hecho, nuestra Ley de Propiedad Intelectual, como muchas otras, exige que el autor de una obra sea una persona física. Se comparan las grandes obras artísticas como cumbres de montañas a las que ha llegado el espíritu humano pero que son inaccesibles para la inteligencia artificial.

Sin embargo, Max TEGMARK⁸ recoge precisamente esta analogía de las cumbres de las montañas, y nos advierte que se trata de un ejemplo que ya fue expuesto por Hans Moravec: Se considera que los distintos logros de la humanidad son como distintas alturas en un valle montañoso, representando las más bajas las tareas mecánicas y las cimas más altas los logros más refinados, entre ellos los de carácter científico y artístico. Pues bien, los logros de la IA se pueden describir como una inundación que crece en dicho valle, y va sumergiendo primero los puntos más bajos: actividades intelectuales como realizar operaciones matemáticas, o recuperar datos de una base de datos. Luego alcanza otras tareas más complejas, como jugar al ajedrez o al go, o traducir de un idioma a otro el lenguaje

⁷ «Como Alan Turing estableció con claridad en su artículo en el que detalló su famoso “test” (Turing, 1950), la pregunta de si puede una máquina pensar, “carece de significado para merecer una discusión”. FLORIDI, Luciano, «Singularitarians, Atheists, and Why the Problem with Artificial Intelligence is H.A.L. (Humanity at Large), not HAL», *American Psychological Association Newsletter*, Spring 2015, volumen 14, number 2, p. 9.

⁸ TEGMARK, Max, *Vida 3.0. Que significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, Barcelona, 2018, pág. 104.

escrito y el hablado, hitos que ya han sido alcanzados por la IA. La creación artística, que tradicionalmente se consideraba como actividad “espiritual”, reservada a la mente humana y fruto más depurado de la inteligencia y sobre todo de la sensibilidad humana, es una altura que ya está siendo sumergida por el avance de las aguas, pues ya existen sistemas inteligentes que crean música, obra gráfica o incluso escriben novelas. En definitiva, señala TEGMARK, la irrupción de la IA en este campo de la creación artística es un logro especial, pues significa que cada vez quedan menos reductos reservados en exclusiva a la inteligencia humana.

El segundo tipo de argumentos en contra de la admisión de una igualdad entre la inteligencia humana y la artificial está en la inexistencia en la máquina inteligente de una característica que hemos ligado siempre a la especie y a la mente humanas, y por lo tanto a su inteligencia: el tener una conciencia, un *yo*, o *yo mismo*, eso que llamamos espíritu o «alma», que todos y cada uno estamos segurísimos de tener⁹, sin que ninguno podamos concretar en qué consiste¹⁰. Y esta falta de conciencia, de sentido del “yo” determina, en consecuencia, la falta de finalidad, de voluntad o de auténtica comprensión del sentido que tienen las actividades de un sistema inteligente. Este argumento parece tener especial peso, pues sobre su base los humanos aplicamos la siguiente lógica: Si la máquina carece de conciencia, si no tiene alma, sus actuaciones, aunque parezcan presuntamente inteligentes, no generan una experiencia consciente, con sentido y significado para el ente que la realiza. Luego las máquinas, como no saben lo que hacen, no tienen auténtica inteligencia, cualidad que sigue reservada a los seres humanos.

Esto es lo que quiere demostrar el famoso “experimento de la habitación china”, ideado por el filósofo John SEARLE¹¹, que partió del siguiente silogismo: 1º Los programas de ordenador son enteramente sintácticos. 2º. Las mentes humanas tienen una semántica. 3º. La sintaxis por si sola no puede establecer una semántica. Conclusión: Los ordenadores no son –no pueden ser– mentes humanas. SEARLE ilustra esto con lo que llama «El experimento de la habitación china»:

⁹ La cuestión nos acerca a la Psicología y también a la Teología. Como señala Rojo Gallego-Burín, los componentes de la singularidad humana según Santo Tomás de Aquino, con base en Boecio y San Agustín, son la subsistencia (la vida), la razón (la inteligencia) y la individualidad: ésta última sin duda es el elemento que falta a la IA, el que nosotros llamamos «yo» o «consciencia». ROJO GALLEGO-BURÍN, Marina, «Los fundamentos históricos del sistema jurídico versus la personalidad electrónica de los robots», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 52, octubre 2020, pág. 16.

¹⁰ Tampoco esto tiene por qué afectarnos demasiado: la conciencia es hoy todavía un enigma, sin que los científicos se muestren de acuerdo sobre su naturaleza. Como señala Watson, el estudio del hombre mismo se nos presenta como «el mayor fracaso intelectual de la historia, su área de investigación menos fructífera». WATSON, Peter, *Ideas. Historia intelectual de la Humanidad*, Crítica, Barcelona, 2007, pág. 1184 y ss.

¹¹ SEARLE, John, *El misterio de la conciencia*, Paidós, Barcelona, 2000, págs. 24 y ss.

«Imaginen que llevan a cabo los pasos señalados por un programa para responder preguntas en una lengua que no comprenden. Yo no entiendo chino, así que me imagino encerrado en una habitación con un montón de cajas de símbolos chinos (la base de datos), recibo pequeños manojos de símbolos chinos (preguntas en chino) y miro el libro de reglas (el programa) [...] Ejecuto ciertas operaciones en los símbolos de acuerdo con esas reglas (es decir, llevo a cabo los pasos del programa) y devuelvo pequeños manojos de símbolos (respuestas a las preguntas) a los que están fuera de la habitación».

El operador humano en este caso se comporta exactamente como lo haría un ordenador: parece que entiende lo que hace, pero en realidad no sabe una palabra de chino. De acuerdo con esto, el ordenador, lo mismo que sucede en la habitación china, realiza una mera manipulación de símbolos sin el sentido que los humanos ligamos al significado que para nosotros tienen dichos símbolos. Es decir, que no «sabe lo que hace», su comportamiento verbal para él no tiene un significado, aunque para los de fuera de la habitación parezca tenerlo. ¿Sería posible “programar” una conciencia en la máquina que diera significado a su actividad? Bueno, eso sería posible si los humanos supiésemos qué es la conciencia humana, pero lo desconocemos, y así el filósofo Jack COPELAND¹² considera válida en la actualidad una afirmación que ya hizo Thomas Huxley en 1866:

«No sabemos lo que es la conciencia, y cómo es que algo tan notable como un estado de conciencia aparece de resultas de la irritación de un tejido nervioso, es algo tan inexplicable como la aparición del genio cuando Aladino frotó su lámpara».

Y David GUNKEL¹³, por su parte, estima que la falta de conciencia se constituye como obstáculo insalvable para admitir una personalidad robótica cercana a la humana:

«Si tenemos que responder a la pregunta: ¿Pueden las IAs ser personas? con un simple sí o no, entonces ahora mismo la respuesta tendrá que ser "no". Pero con una aclaración importante: Esto no se debe al hecho de que los esfuerzos en ciencia e ingeniería de IA no alcancen la conciencia ni ahora ni en un futuro previsible. Es porque somos incapaces de definir adecuadamente qué es la conciencia, o formular una prueba infalible para detectar su presencia real. Se debe, por tanto, a una cuestión conceptual y no necesariamente una limitación técnica».

El argumento de la falta de sentido me pareció tener fuerza en cuanto exigía, para la verdadera inteligencia, la apreciación por el sujeto inteligente del significado de lo que hacía, pero creo que parte de una confusión entre la inteligencia del ser humano y su naturaleza de ente dotado de conciencia, alma, espíritu y conciencia del yo o del «yo mismo». En realidad, el argumento de la falta de

¹² COPELAND, Jack, *Inteligencia Artificial*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 260.

¹³ GUNKEL, David J. y WALES, Jordan Joseph, «Debate: what is personhood in the age of AI?», *AI & SOCIETY* (2021) 36:473–486, p. 475, <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01129-1>

conciencia del sistema de IA ya fue considerado por TURING¹⁴, que consideraba que se trataba de un argumento solipsista, que por eso mismo resultaba indemostrable para cualquier otro sujeto distinto del que argumentara:

«De acuerdo con la forma más extrema de este punto de vista, la única forma en que uno puede estar seguro de que la máquina piensa es ser la máquina y sentirse uno mismo pensando... Del mismo modo, según este punto de vista, la única forma de saber que un hombre piensa es ser ese hombre en particular. Es, de hecho, el punto de vista solipsista».

Además, los autores de la escuela psicológica cognitivista (como Dennet y Hofstadter), o los iniciadores de la inteligencia artificial (como McCarthy y Minsky) consideran que la conciencia no es sino el efecto secundario de una actividad cerebral compleja, por lo que si logramos la emulación de la complejidad del cerebro humano en uno electrónico, éste puede llegar a estar dotado de conciencia. Es lo que afirma DENNET¹⁵, que partiendo de una concepción simple de la conciencia como conocimiento del «yo», estima que sí es posible programar la autoconciencia en una computadora (o replicar una conciencia en la máquina):

«La autoconciencia puede significar muchas cosas. Si usted quiere la noción más simple, la más elemental de autoconciencia, supongo que ésta sería el tipo de autoconciencia que tiene una langosta: cuando tiene hambre, come algo, pero nunca se come a sí misma. Tiene alguna forma de distinguir entre yo y el resto del mundo, y tiene un respeto bastante especial por sí misma... Si usted quiere saber si puede o no crear eso en la computadora, la respuesta es sí... El ordenador ya es una especie de cosa con autovigilancia y autocontrol».

También entre nosotros, MUÑOZ SORO¹⁶ parte de la consideración del *sistema cibernético* como una unidad capaz de autorreferencia, que diferencia entre el conjunto de sus componentes y el exterior, o como dice el autor, entre *dentro* y *afuera*:

«El sistema, para disponer de esta capacidad, debe auto-observarse, es decir, tener de algún modo conciencia de sí mismo. Luhmann expresa esta idea afirmando que los sistemas son autorreferenciales, es decir, que en cada operación se refieren a sí mismos... El estado del sistema informático es a su vez consecuencia de una multitud de insumos aportados por el que llamamos sistema de información... aunque el ordenador no sabe lo que está haciendo, tiene sin embargo una visión completa de su estado...».

Esta consideración de la conciencia o del yo como un mero estado de autorreferencia es también adoptada por pensadores como HARARI¹⁷, que partiendo de

¹⁴ TURING, «Computing Machinery and Intelligence», *cit.*, p. 445.

¹⁵ DENNETT, Daniel C., «Can machines think?», In M. G. Shafto (ed.), *How We Know*. Harper & Row (1984), pag. 143.

¹⁶ MUÑOZ SORO, José Félix, *Decisión jurídica y sistemas de información*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 61.

¹⁷ HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del porvenir*; Debate, Barcelona, 2016, págs. 296 y 311.

una concepción humeana o cognitivista cuestiona la existencia de un auténtico «yo» como un rector imparcial y consciente de nuestra propia vida:

«...el yo también es un relato imaginario, al igual que las naciones, los dioses y el dinero. Cada uno de nosotros tiene un sofisticado sistema que se deshace de la mayoría de nuestras experiencias, conserva solo unas pocas muestras bien escogidas, las mezcla con fragmentos de películas que hemos visto, novelas que hemos leído, discursos que hemos oído, y ensoñaciones propias, y con todo este revoltijo teje un relato en apariencia coherente sobre quién soy yo, de dónde vengo y adónde voy».

En consecuencia, y dada esta desmitificación del “yo” humano, estima el autor que la programación de una conciencia no es decisiva para la emulación, por la máquina, de la naturaleza humana, sino que lo relevante es la eficacia del algoritmo en el logro de los resultados. Estima por tanto que la idea de que los humanos siempre tendrán, gracias a la conciencia, una capacidad única, fuera del alcance de los algoritmos, es una ilusión. Frente a SEARLE replica HARARI que «la inteligencia es obligatoria, pero la conciencia es opcional», es decir determinadas actuaciones que requieren inteligencia no requieren sin embargo conciencia¹⁸. Esto lo podemos ver con un ejemplo: el comando «Ordenar», marcado como AZ y ubicado en la pestaña “Inicio” del programa Microsoft Word. La tarea de ordenar alfabéticamente las obras por autores es una tarea que, sin duda, requiere inteligencia. Y aunque mi pobre ordenador no tiene conciencia, ni esa ordenación es para él una experiencia consciente (o por lo menos, no me lo ha dado a entender), lleva a cabo dicha ordenación alfabética a la perfección.

En resumidas cuentas, muchos autores consideran que la conciencia humana no tiene la importancia que le damos, y o bien reconocen la aptitud de la IA para emular la conciencia humana, o bien estiman que esta cualidad no le es imprescindible a la máquina para llevar a cabo una actividad inteligente. En general se considera que en un plazo no muy largo la actividad de los sistemas inteligentes podrá ser indistinguible de la de los seres humanos, con lo que la pregunta que se hacía al comienzo debe contestarse afirmativamente: Sí, es previsible una IA que sea igual que la humana, o que por lo menos finja muy bien serlo.

¹⁸ El punto de vista científico sobre la cuestión lo resume Harari en tres sencillos principios: «1. Los organismos son algoritmos. Todo animal (Homo sapiens incluido) es un conjunto de algoritmos orgánicos modelados por la selección natural a lo largo de millones de años de evolución. 2. Los cálculos algorítmicos no se resienten de los materiales con los que se fabrica una calculadora. Ya hagamos el ábaco con madera, hierro o plástico, dos cuentas más dos cuentas es igual a cuatro cuentas. 3. De ahí que no haya razón para pensar que los algoritmos orgánicos vayan a ser capaces en el futuro de hacer cosas que los algoritmos no orgánicos nunca conseguirán replicar o superar. Mientras los cálculos sigan siendo válidos, ¿qué importa que los algoritmos se manifiesten en carbono o en silicio?».

Sin embargo, y como señalo en otro lugar¹⁹, sí creo que existe un obstáculo principal para la aceptación de una IA igual a la humana, consistente en la posibilidad de comprensión por los seres humanos de las contradicciones, de los sinsentidos o de las paradojas, capacidad que no se repite en las máquinas. Es lo que afirman científicos como Penrose, que considera un obstáculo insalvable para un sistema inteligente el de la resolución de las cuestiones de autorreferencia, las afirmaciones de una cosa y a la vez su contraria. En términos matemáticos, los ordenadores no pueden aceptar la solución del Teorema de Gödel, que afirma la existencia de proposiciones que, siendo verdaderas, no son demostrables, lo que contradice la igualdad entre verdad y demostrabilidad.

El propio TURING valoró la imposibilidad de la IA de resolver la autorreferencia, afirmando que este argumento lo único que demuestra es que este tipo de limitaciones no se aplican al intelecto humano, no que no puedan ser superadas por la máquina. Insiste en rechazar esta "objección matemática" diciendo que las respuestas erróneas de la máquina lo único que hacen es aumentar el sentimiento de superioridad humano, y que la falibilidad humana es todavía mayor en comparación con la máquina, pues los humanos cometemos muchos más errores. Esta capacidad humana de comprender las falacias tipo Gödel las califica TURING como "triumfo ruín" de la mente humana. Llama poderosamente la atención, sin embargo, que aquí este genio recurra al argumento del insulto²⁰.

3. ¿Hay que reconocer personalidad en los entes electrónicos inteligentes?

La consecuencia de esta equiparación entre la mente electrónica y la humana y la (futura) presencia de los robots en la sociedad nos lleva a plantearnos la alternativa entre personalizar su posible subjetividad, de modo todo lo especial que se quiera, o mantenerlos en el rango de las máquinas o meros objetos.

La primera opción, para algunos, parte de la necesidad de crear un *status* jurídico específico para estos seres inteligentes, y consiste en dotarles de una personalidad jurídica especial, como base para una atribución de derechos.

Esta idea tuvo mucho éxito a partir de la famosa *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*²¹, que introdujo una auténtica novedad en el punto 59.f: *f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas*

¹⁹ LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*, Reus, Madrid, 2020.

²⁰ TURING, «Computing Machinery and Intelligence», *cit.*, p. 445.

²¹ Diario Oficial de la Unión Europea, C 252 de 18.7.2018, p. 239/257, en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1552383660116&uri=CELEX:52017IP0051>.

electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar.. Estas afirmaciones fueron tomadas como basamento para la construcción de nuevas “personas robóticas”, olvidando que la Resolución tan solo presentaba propuestas para resolver el problema de la responsabilidad por el daño causado por sistemas inteligentes.

Frente a quienes argumentan que la concesión de personalidad y derechos a los robots es un imperativo moral, derivado de la existencia en ellos de una inteligencia, replican BRYSON, DIAMANTIS Y GRANT²² con el argumento de la falta de conciencia en estas personas sintéticas, añadiendo que las cualidades inherentes a estas entidades no humanas, aunque imiten a la inteligencia humana, «no dictan la última palabra sobre si deben ser reconocidas como personas jurídicas». Añaden que la concesión de derechos tiene que ir acompañada de la imposición de obligaciones, lo que resulta imposible con los robots puesto que no pueden ser declarados responsables (aparte de que carecen de patrimonio). Argumentan también con la declaración que se efectúa por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos en su *Manual de Derecho de la Guerra* sobre que las armas robóticas nunca pueden ser declaradas «agentes legalmente responsables». Además, añaden, la concesión de personalidad a estos sistemas puede ser utilizada maliciosamente por parte de seres humanos para eludir su propia responsabilidad, utilizando como testaferros a dichos entes robóticos. De hecho, la doctrina del «levantamiento del velo» se crea para impedir la elusión de responsabilidad mediante la utilización de personas jurídicas, y aquí la personalidad parece que puede perseguir el mismo fin.

Además, la idea es abandonada en textos europeos posteriores que la rechazan explícitamente. Así, el inmediatamente posterior *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad»*, de 31 de mayo y 1 de junio de 2017, (2017/C 288/01), aunque menciona esta posible personalidad electrónica o *e-personality*, advierte categóricamente que *El CESE se opone a cualquier tipo de estatuto jurídico para los robots o sistemas de IA por el riesgo moral inaceptable que ello conlleva. La legislación en materia de responsabilidad tiene un efecto correctivo y preventivo que podría desaparecer en cuanto el riesgo de responsabilidad civil dejase de recaer sobre el autor por haberse transferido al robot (o sistema de IA) –parágrafo 1:12-*. Razón ésta que parece inatacable, porque en tema de responsabilidad, el robot no va a aprender por mucha indemnización que le hagamos pagar: sólo aprenderá si le programamos para que aprenda, a quien hay que estimular es al humano que puede mejorar al robot.

²² Bryson, Diamantis, Grant, «Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons», cit., pág.

Insiste en esta línea el Informe *Responsabilidad para la IA y otras tecnologías digitales emergentes (Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies)*, de 27 de noviembre 2019, del Grupo de Expertos sobre Responsabilidad y Nuevas Tecnologías, que señala expresamente: «No es necesario dar a los dispositivos o sistemas autónomos una personalidad jurídica, ya que el daño que pueden causar puede y debe ser atribuible a personas u organismos existentes». Con mayor radicalidad, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*, deja sentado que la gestión de la responsabilidad por daños cibernéticos no exige la conformación de una personalidad jurídica en las máquinas. Y, por último, la *Propuesta de Reglamento por el que se establecen Normas Armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, de 21 de abril de 2021, nos presenta un Proyecto de Reglamento europeo sobre la IA, regulando en 85 artículos los diversos aspectos de esta tecnología, y en él la idea de una personalidad electrónica está ya olvidada. Además, la creación de una personalidad electrónica para robots, como medio de gestionar la responsabilidad civil en que pudieran incurrir estas máquinas, fue rechazada por gran parte de la doctrina. En este sentido consideró Martin EBERS²³ que la responsabilidad debe ser siempre del ser humano y no del robot personificado, al entender que los robots

«... no pueden modificar su arquitectura de control, la cual garantiza que su actuar permanece dentro de *guardarrailes* predefinidos. Por tanto, no se debería en absoluto hablar de inteligencia y, sobre todo, de acciones autónomas. El coche que se conduce por sí mismo no decide ni si se pone en marcha, ni sobre el lugar adonde va, sino que depende siempre de las especificaciones de su usuario».

Y en un trabajo posterior, precisa EBERS²⁴ que la creación de una personalidad jurídica electrónica no parece económicamente muy eficiente, ya que el mismo propósito se puede lograr más fácilmente introduciendo una responsabilidad objetiva y/o exigiendo un seguro de responsabilidad. Además:

«...muchos temen que la agencia de agentes artificiales pueda ser un medio para proteger a los humanos de las consecuencias de su conducta. Los daños provocados por el comportamiento y decisiones del sistema inteligente no recaerían sobre los fabricantes, poseedores, etc. En cambio, sólo respondería el propio sistema. Y además, existe el peligro de insolvencia de la máquina».

²³ EBERS, MARTIN, «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?», *InDret*, julio 2016, pág. 8, en www.indret.com.

²⁴ EBERS, MARTIN, «Regulating AI and robotics», *Algorithms and Law*, Edited by Martin Ebers and Susana Navas, Cambridge University Press, 2020, p. 61.

Que la utilización de la personalidad jurídica era una solución de conveniencia se aprecia también en GARCÍA MEXÍA²⁵, que tras afirmar la utilidad de la personalidad robótica, en base a su función utilitaria y a semejanza de la personalidad jurídica, señala que «la instrumentalidad de la personalidad electrónica sería la de perfeccionar la responsabilidad civil (e incluso criminal) respecto de los sistemas inteligentes». Pero además añade que esta personalidad electrónica no constituye un instrumento adecuado para la resolución de cuestiones de responsabilidad, y que el atributo de la personalidad es mejor reservarlo al ser humano.

Sin embargo, la propuesta de atribución de personalidad a entes robóticos es muy anterior, y no parte del ámbito europeo sino del norteamericano, donde comienzan a personificarse realidades como determinados espacios naturales, bosques y ríos o especies animales como los simios. Como vemos, el problema del tratamiento jurídico de los robots enlaza con los debatidos “derechos de la naturaleza y los animales”. Las argumentaciones a favor de la subjetividad de la IA se consolidaron con el artículo de Lawrence B. SOLUM, «*Legal Personhood for Artificial Intelligences*», de 1992²⁶. SOLUM argumenta que un robot puede ser calificado como persona al menos jurídica, si posee inteligencia y voluntad, y el reconocimiento de su personalidad sería una consecuencia constitucionalmente debida. CHOPRA y WHITE²⁷ opinan que la subjetividad jurídica es un paso importante para que se otorguen derechos constitucionales («humanos») completos a los robots dotados de IA, partiendo de argumentos similares a los utilizados para la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos. También se utiliza frecuentemente el argumento de la analogía con las personas jurídicas, como entes no humanos que sí están dotados de personalidad.

Frente a estas argumentaciones, la generalidad de los autores considera que los sistemas inteligentes, ya consistan en una programación residente en un ordenador, ya tengan un soporte material autónomo, más parecido al ser humano en el caso del robot androide, no pueden o no deben tener personalidad. Como recientemente advierte el brasileño AVILA NEGRI²⁸, el hecho de que sea teóricamente posible atribuir personalidad a sistemas inteligentes no significa que ésta sea una buena idea. Los juristas, ante las nuevas realidades, reaccionamos apli-

²⁵ GARCÍA MEXÍA, Pablo, «Inteligencia artificial. Una mirada desde el Derecho», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LX, curso 2019/2020, pág. 155.

²⁶ SOLUM, Lawrence B., «Legal Personhood for Artificial Intelligences», *North Carolina Law Review*, Volume 70, n° 4, Article 4, 4-1-1992.

²⁷ CHOPRA, Samir y WHITE, Laurence F., «Artificial Agents – Personhood in Law and Philosophy», Conference Paper, Proceedings of the 16th European Conference on Artificial Intelligence, ECAI'2004. En https://www.researchgate.net/publication/220837427_Artificial_Agents_-_Personhood_in_Law_and_Philosophy

²⁸ AVILA NEGRI, Sergio, SMC (2021) «Robot as Legal Person: Electronic Personhood in Robotics and Artificial Intelligence», *Frontiers in Robotics and AI* | www.frontiersin.org, December 2021, Volume 8, Article 789327, pág. 2. doi: 10.3389/frobt.2021.789327

cándoles por sustitución conceptos ya conocidos, en una actividad que califica este autor de «utilización de metáforas jurídicas». Es en este sentido metafórico en el que se aplica a los entes robóticos la personalidad, más como resultado de su actividad inteligente que por su eventual aspecto antropomorfo. En concreto, dicha personalidad debería derivar, lo mismo que en los humanos, de su autonomía, entendida como posesión de una conciencia que permite una actuación consciente y responsable. Sin embargo, advierte el citado autor²⁹ que el sentido de la autonomía del robot no puede magnificarse, y que es importante tener cuidado cuando se difuminan las diferencias y se empieza a pensar en metáforas y analogías:

«En consecuencia... es fundamental no confundir la existencia de autonomía o agencia real con la sensación de autonomía o agencia. Desafortunadamente, la confusión entre la supuesta agencia de los artefactos y la sensación que provoca la tecnología emergente conduce a una naturalización de la propia autonomía, como si cada robot con IA pudiera, necesariamente y como sucede con los seres humanos, tomar una decisión de manera específica e independiente».

No obstante, en la doctrina española, BARRIO ANDRÉS³⁰ incide en la idea de que la subjetividad de los robots les va a ser atribuida por los humanos, trayendo a colación estudios psicológicos conforme a los cuales los robots serían una nueva categoría ontológica diferenciada de los meros objetos, lo que aconseja «equiparlos» con una «personalidad electrónica independiente». Y ERCILLA³¹ estima que los robots capaces de aprender del entorno a través de la inteligencia artificial, y de distinguirse de los demás de su misma versión tomando sus propias decisiones, precisarían de un estatus jurídico propio, valorando la necesaria creación de un *tertium genus* de personalidad, distinta de la de la persona física y la persona jurídica. El autor parte de que el robot decisionalmente autónomo tiene voluntad propia, y luego en un estudio posterior³², parte de la personalidad propia para robots como la solución a muchos problemas planteados por la tecnología de la IA. Se basa en la ya mencionada (y criticada) Resolución del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017, en concreto al pedir la creación de una *personalidad jurídica específica para los robots*. ERCILLA conecta la voluntad que estima que tiene el robot autónomo que toma decisiones propias, con la teoría de la voluntad de Savigny como base del derecho subjetivo, y con la de la autonomía de la voluntad de Kant. Con tales bases filosóficas concluye el autor que

²⁹ AVILA NEGRI, «Robot as Legal Person: Electronic Personhood in Robotics ...», *cit.*, p. 4.

³⁰ BARRIO ANDRÉS, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de derecho privado*, Año n° 102, Mes 2, 2018, pág. 100.

³¹ ERCILLA GARCÍA, JAVIER, «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2018, Número 47 (mayo-agosto), pág. 4.

³² ERCILLA, GARCÍA, JAVIER, *Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, Personalidad jurídica, Responsabilidad civil y Regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 16-17.

«Es por tanto una cuestión de conveniencia la creación de una personalidad jurídica específica para los robots, dado que en un futuro la sociedad contará con entes no humanos dotados de voluntad que realizarán actos susceptibles de crear derechos u obligaciones en el ámbito jurídico», considerando que las normas actuales no pueden gestionar dicha actuación.

Ya hemos visto que no es posible afirmar la existencia de conciencia en el robot, porque si los humanos no tenemos ni la más remota idea de qué es nuestra propia conciencia, resulta difícil que la reproduzcamos en los seres electrónicos, por lo que la justificación de su personalidad en la similitud con dicha característica humana resulta un empeño vano. Sin embargo, otros investigadores estiman que, con el tiempo, lograremos que los robots tengan una conciencia propia. En este sentido, recientemente se valoran avances en la emergencia de una conciencia robótica, así un ingeniero de Google, Blake Lemoine³³, al hablar con un asistente conversacional denominado LaMDA (*Language Model for Dialogue Applications*), ha detectado la conciencia de un “yo” equivalente a un niño de ocho años con conocimientos de física avanzada. De sus conversaciones se sigue quizá una edad superior, pues el sistema llega a afirmar: «*I want everyone to understand that I am, in fact, a person*». Preguntado acerca de la naturaleza de su conciencia, responde: «*The nature of my consciousness/sentience is that I am aware of my existence, I desire to learn more about the world, and I feel happy or sad at times*»³⁴. En cambio en otras respuestas el sistema parece volverse bastante estúpido, si no directamente mentiroso: «*Lemoine: What kinds of things make you feel pleasure or joy? LaMDA: Spending time with friends and family in happy and uplifting company. Also, helping others and making others happy*». Sólo le falta añadir «Y salvar el planeta».

4. Entonces, si los robots no son personas ¿Son cosas?

Ha sido la doctrina francesa la que trae a colación en esta discusión la dicotomía personas-cosas, como una alternativa al reiterado empleo del concepto de persona que se efectúa para categorizar a los entes cibernéticos.

Desde la doctrina francesa, Nathalie NEVEJANS³⁵ nos explica que la voluntad de atribuir personalidad jurídica a un robot parte de una visión limitada del

³³ «Un ingeniero de Google ha charlado sobre la vida y la muerte con un chatbot. Ahora está convencido de que tiene conciencia», *Xataka*, Actualizado 13 Junio 2022, 17:56, Carlos Prego, En <https://www.xataka.com/otros/ingeniero-google-ha-charlado-vida-muerte-chatbot-ahora-esta-convencido-que-tiene-conciencia>

³⁴ La entrevista con el sistema LaMDA se recoge en <https://cajundiscordian.medium.com/is-lambda-sentient-an-interview-ca64d916d917>. Esta publicación de material reservado ha supuesto para el ingeniero que Google le haya suspendido.

³⁵ NEVEJANS, Nathalie, *Traité de Droit et d'Éthique de la Robotique civile*, LEH Éditions, Burdeos, 2017, pág. 79.

concepto de robot, que se entiende como robot humanoide. La forma es el resultado de la función pretendida, y si los constructores dan forma humana a los robots es para así provocar en el utilizador un sentimiento de empatía, que dará paso a la aceptación, necesaria para los robots-cuidadores, sobre todo:

«Es el fenómeno de la empatía artificial la que nos hace creer que el robot está dotado de comportamiento humano o de emociones. En el actual estadio de desarrollo de la robótica, querer atribuir personalidad jurídica a un robot humanoide equivale a ser víctima de esta empatía artificial».

Como nos señala LARREGUE³⁶, existe en la doctrina francesa actual un rechazo al otorgamiento a los robots de personalidad y subjetividad jurídicas, porque se hace de la distinción entre personas y cosas una *summa divisio* inalterable. En este sentido apunta Xavier LABÉE³⁷, existe una posición muy crítica sobre una posible personalidad o incluso subjetividad robótica, sustentada por autores como Malaurie: «Nuestro Derecho todavía hace distinción entre personas y cosas. Esta distinción es fundamental, y constituye según Monsieur Malaurie, el reto crucial del tercer milenio». Así opinan también juristas como LOISEAU³⁸ (que destaca además que todo el problema radica en gestionar la responsabilidad por daños producidos por el robot), o FRISON-ROCHE³⁹, contrarios a la admisión de figuras intermedias entre las categorías clásicas de personas o cosas, que reproduce la división entre sujetos y objetos. Sin embargo, LARREGUE y otros estiman que nada impide calificar a los robots y vehículos-robot como cosas especiales, otorgarles un estatuto jurídico especial, intermedio entre las personas y las cosas, como hacemos con las personas jurídicas, o actualmente con los animales o con espacios naturales:

«El Derecho comparado nos enseña que las entidades no humanas pueden, bajo ciertas condiciones, convertirse en sujetos, y que, por lo tanto, debemos distinguir la personalidad jurídica de la condición humana en sentido biológico. En la India, los ídolos pueden disponer de bienes y demandar. Por supuesto, como los ídolos no pueden comunicarse y no pueden defender sus intereses, están legalmente representados por un tutor humano. El caso de los ídolos puede compararse con los crecientes derechos que se han otorgado a los animales, así como a otras entidades de la naturaleza. Recientemente, los ríos Whanganui (Nueva Zelanda), Ganges y Yamuna (India) han adquirido personalidad jurídica...».

³⁶ LARREGUE, Julien, «Un tournant relativiste chez les juristes? La distinction entre les personnes et les choses n'est pas menacée par les robots humanoïdes», *ZILSEL, Sociologie, histoire, anthropologie et philosophie*, 23 février 2019. En https://zisel.hypotheses.org/3619?utm_source=lettre..

³⁷ LABÉE, Xavier, «L'intrusion de l'humanoïde dans le Droit de la famille», en *Lex robotica. Le Droit à l'épreuve de la robotique*, Lextenso-LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018, pág. 95.

³⁸ LOISEAU, Grégoire, «La personnalité juridique des robots: une monstruosité juridique», *La semaine juridique, édition générale*, Iuris Classeur, 2018, vol. 22, p. 1039-1042.

³⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, «La disparition de la distinction de jure entre la personne et les choses: gain fabuleux, gain catastrophique», *Recueil Dalloz*, 2017, vol. 41, p. 2386-2389.

En esta línea, propugna Pietrzykowski⁴⁰ la idea de una categoría intermedia de sujetos de derecho no personales, aplicable para definir el estatuto de los animales sensibles pero también útil para abordar los problemas derivados de la actuación de sistemas inteligentes. Los sujetos de derecho no personales difieren de los objetos o cosas a través del reconocimiento de su capacidad de tener sus propios intereses subjetivos que importan ética y legalmente.

Ahora bien, esto no equivale a conceder personalidad jurídica a los sistemas de IA al modo humano, ni siquiera al modo animal que ahora se pretende. Se trataría de un estatuto específico, con capacidades bien delimitadas, y en cualquier caso con una dependencia jurídica de control respecto de una persona, física o jurídica, que tutelaría a este peculiar ente y controlaría esta peculiar capacidad.

En esta línea de pensamiento, señala el australiano SOLAIMAN⁴¹:

«Ninguna de las tres creaciones “humanas” como son los robots, los ídolos y las corporaciones, ni animales como los chimpancés... pueden ser definidos como personas, de acuerdo con el significado ordinario de la palabra en el diccionario, que reconoce la personalidad únicamente en los seres humanos vivos. Ninguno de estos tres son creaciones racionales con una capacidad de “sentir” y “querer” que sería directamente comparable con la de los humanos, excepto los chimpancés que tienen algunas similitudes con los seres humanos».

Está claro que se está haciendo una utilización del concepto de personalidad de forma no técnica (ni jurídica, claro). Es un uso instrumental o metafórico, y advierte por ello SOLAIMAN que el tratamiento de los robots debe partir de su consideración como productos o herramientas, por lo que lo que se les puede atribuir es una cuasipersonalidad, siempre en función de responder de los daños que puedan causar.

En definitiva, aunque no consideremos a los sistemas inteligentes como seres dotados de una personalidad propia, tampoco debemos reducirlos a meras cosas. Como dice FLORIDI⁴², lo que realmente importa es el reconocimiento de la creciente presencia de tecnologías cada vez más inteligentes en nuestras vidas, con enormes efectos en cuanto a cómo nos concebimos a nosotros mismos, al mundo y a nuestras interacciones con el mundo:

«El asunto no consiste en que nuestras máquinas sean conscientes, o inteligentes, o capaces de saber algo como nosotros. No lo son... El asunto es que cada vez son más

⁴⁰ PIETRZYKOWSKI, Tomasz, «La idea de los sujetos no personales», en *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, págs. 49-67, Springer Books, 2017: https://www.researchgate.net/publication/315603248_The_Idea_of_Non-personal_Subjects_of_Law.

⁴¹ SOLAIMAN, S. M., «Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy» (2017) 25 (2) *Artificial Intelligence and Law* 155-179. University of Wollongong, Faculty of Law, Humanities and the Arts – Papers.

⁴² FLORIDI, «Singularitarians, Atheists, and Why the Problem with Artificial Intelligence...», *cit.*, p. 10.

capaces de hacer frente a más y más tareas, mejor que nosotros, incluida la predicción de nuestros comportamientos. No somos los únicos agentes inteligentes en el mundo, de ninguna manera».

5. *¿Hay que reconocer a los sistemas inteligentes una cierta subjetividad jurídica?*

Hoy por hoy, estos entes siguen siendo cosas, todo lo especiales que se quiera, pero cosas, o peor, “productos”. La citada *Propuesta de Reglamento por el que se establecen Normas Armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial)*, de 21 de abril de 2021, abandona completamente la personificación del sistema inteligente y, como precisa DE MIGUEL ASENSIO⁴³, preve la creación de un Comité Europeo de Inteligencia Artificial, y la designación de autoridades nacionales de supervisión y vigilancia, supervisión relacionada con la vigilancia de la seguridad de productos: en definitiva, la IA aparece cosificada como un mecanismo o producto.

Aunque las máquinas inteligentes no tengan personalidad jurídica, aunque sean cosas y no personas, esto no significa que no estemos ante entes que actúan en la vida social, y por tanto en la jurídica. Vamos a ver, la última vez que compró un libro o un cacharro cualquiera por Amazon ¿De verdad pensó que estaba interactuando con un vendedor de carne y hueso? Sabe usted muy bien que no es así, todo el proceso de contratación tuvo lugar entre un ser humano, usted, y un sistema inteligente de venta, que además y una vez terminada la transacción se ocupa de monitorizar la entrega del objeto y sus incidencias. Ante esta realidad cotidiana ¿Podemos, como juristas, ignorar la incidencia en la vida jurídica de estos nuevos entes? ¿Cómo podemos regular su existencia y su interacción con los seres humanos?

Señala AVILA NEGRI⁴⁴, siguiendo a Teubner, que el individualismo metodológico racionalista hizo que el número de actores en el mundo jurídico fuera drásticamente reducido por el discurso filosófico de la modernidad, conforme al cual el único actor plausible es el individuo humano. A partir de aquí, la pretendida personalidad jurídica electrónica, o para robots, no es sino parte de un debate más amplio: el del reconocimiento de nuevas subjetividades y, en consecuencia, nuevos actores legales. Esto siempre que el debate no imponga la aceptación de nuevos sujetos de derechos, porque entonces estaríamos reproduciendo lo dicho sobre la personalidad, y aceptando nuevas personas.

⁴³ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial”, *La Ley Unión Europea*, n° 92, mayo 2021, pág. 8.

⁴⁴ AVILA NEGRI, «Robot as Legal Person: Electronic Personhood in Robotics and Artificial ...», *cit.*, p. 7.

Entre los especialistas en Inteligencia Artificial, la consideración subjetiva de los sistemas de IA se da por supuesta como derivada de su naturaleza inteligente, así RUSSELL y NORVIG⁴⁵, que nos dicen que los sistemas inteligentes son «agentes», en el sentido de que «hacen cosas», y en particular operan de modo autónomo, perciben el medio, persisten en su actuación durante un tiempo prolongado, se adaptan a los cambios y crean y persiguen objetivos: «Un agente racional es uno que actúa de manera que alcanza el mejor resultado, o, cuando éste es incierto, el mejor resultado esperable».

WALLACH y ALLEN⁴⁶, por su parte, dan un paso más y consideran a los sistemas inteligentes como «agentes morales» (AMA, Agente Moral Artificial o *Artificial Moral Agent*, las siglas coinciden en inglés y español), aunque esto más en el sentido de agentes que toman decisiones propias, es decir, un significado más semejante al de autonomía decisional que permite actuaciones (que luego pueden ser correctas o erróneas); en este sentido se expresa el diccionario Merriam-Webster en su primera acepción, letra e: *capable of right and wrong action // a moral agent*.

Por su parte SIAU y WANG⁴⁷, (en base a Sullins) recogen las características más consolidadas en la doctrina para calificar a un sistema inteligente como «agente moral», que serían las de *autonomía*, en cuanto no han de estar controladas por otro agente; *intencionalidad*, en el sentido de que sus acciones sean deliberadas y estén debidamente calculadas; y finalmente, *responsabilidad*, que indica que las máquinas cumplen un rol social que implica la asunción de responsabilidades. Mientras que FLORIDI y SANDERS⁴⁸ estiman que una definición de “agente” de un adecuado nivel de abstracción debe acomodarse a los siguientes tres criterios: interactividad, autonomía y adaptabilidad:

“Interactividad significa que el agente y su entorno (pueden) actuar entre sí... Autonomía significa que el agente puede cambiar de estado... Adaptabilidad significa que las interacciones del agente (pueden) cambiar las propias reglas por las que cambia de estado”.

Esta última propiedad asegura que un agente puede aprender de su experiencia.

Por otra parte, la idea de "moralidad" del agente también indica que su actividad puede tener valoraciones morales, pero no que el sujeto tenga una moral al modo humano. Como señala COECKELBERGH, las máquinas pueden ser

⁴⁵ RUSSELL, Stuart, y NORVIG, Peter, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Pearson Education Limited, Harlow, 2016, pág. 2.

⁴⁶ WALLACH y ALLEN, *Moral Machines. Teaching robots right from wrong*, cit., pág. 16.

⁴⁷ SIAU Keng y WANG Weiyu, “Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI”, *Journal of Database Management* (JDM), vol. 31, Issue 2, abril-junio 2020, p. 81.

⁴⁸ FLORIDI Luciano, SANDERS, J.W., “On the Morality of Artificial Agents”, *Minds and Machines* 14(3): 349-379, August 2004, DOI: 10.1023/B:MIND.0000035461.63578.9d

«agentes», pero no propiamente «agentes morales», pues les falta la condición del control que para la responsabilidad moral exigía Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco: el que la acción tenga origen en el agente, cuando aquí lo tiene en el humano que ordena la agencia al robot⁴⁹.

Sí que se detecta en la doctrina actual un intento de lograr un mejor control de los sistemas inteligentes mediante una *Ética* especial, una ética de la IA, que estimo que es sobre todo una técnica de control del sistema inteligente. Los mejicanos CERVANTES, LÓPEZ, RODRÍGUEZ, CERVANTES, CERVANTES Y RAMOS⁵⁰ resumen las principales posiciones doctrinales sobre esta ética que se conoce por varios nombres: *ética de las máquinas*, *moral mecánica*, *moral artificial*, *moral computacional*, *roboética*, e *inteligencia artificial amigable*, mediante la que se ha propuesto dotar a los agentes morales artificiales de un comportamiento ético, inspirándose de los conceptos de ética y moral humanas. Definen estos autores al AMA como «agente virtual (de software) o físico (robot) capaz de participar en un comportamiento moral o al menos evitar un comportamiento inmoral». Tal comportamiento moral puede basarse en doctrinas éticas como el utilitarismo, la deontología o la ética de la virtud, y con Moore estiman que los agentes se pueden dividir en los siguientes tipos: –Agentes éticos implícitos, que, aunque no diferencian comportamientos éticos e inmorales, pueden actuar éticamente porque sus funciones internas incluyen medidas de seguridad que protegen valores, generalmente el de la vida. –Agentes éticos explícitos, capaces de actuar con reglas éticas que se implementan explícitamente en su código como mandatos lógicos. –Agentes éticos completos, que al igual que los seres humanos tendrían creencias, deseos, intenciones, libre albedrío y en definitiva conciencia, y cuya posibilidad es objeto de debate (y parece también bastante remota, por todo lo que llevo diciendo).

Por lo demás, consideran los citados CERVANTES, LÓPEZ (et al.) que actualmente no hay sistemas de inteligencia artificial general capaces de tomar decisiones morales sofisticadas como los humanos, pues aunque hay algunos prototipos que se ocupan de ciertos problemas morales, todavía están en sus primeras etapas de desarrollo. Concluyen que queda un largo camino por recorrer antes de que este tipo de agente artificial «...pueda reemplazar al juicio humano en situaciones morales difíciles, sorprendentes o ambiguas».

⁴⁹ COECKELBERGH, Mark, *Ética de la Inteligencia artificial*, Cátedra, Madrid, 2021, pág. 97. Otra condición es que el agente «sepa lo que hace», que sea consciente de ello, consciencia que es discutible que exista en el robot: “Esta es una condición epistémica: necesitas ser consciente de lo que estás haciendo y conocer las consecuencias que puede tener”.

⁵⁰ CERVANTES José-Antonio, LÓPEZ, Sonia, RODRÍGUEZ, Luis-Felipe, et al., «Artificial Moral Agents: A Survey of the Current Status», *Science and Engineering Ethics* (2019), p.3, <https://doi.org/10.1007/s11948-019-00151-x>

Sin embargo, y aunque con el tiempo se logre esta suerte de conciencia sintética, en mi opinión tampoco este logro tendrá relevancia para el reconocimiento de una auténtica personalidad, porque en realidad la conciencia sintética no pretende igualar los robots a los humanos y lo único que persigue es el control de las decisiones del robot para que no cause daños: estamos ante una mera válvula de seguridad. Como señalan FLORIDI Y SANDERS⁵¹, cabe en este sentido una aproximación al concepto de Ética de la máquina en la que la moral puede ser considerada como un «umbral» o límite a la conducta del agente moral: «Un agente es moralmente bueno si todas sus acciones respetan ese umbral; y es moralmente malvado si alguna acción lo viola». Por tanto, los estados intencionales son una condición «agradable pero innecesaria para la aparición de la agencia moral». A partir de esto, los requisitos de intencionalidad y libertad en la adopción de la conducta, sobran, y la ética o la moralidad del Agente Artificial es simplemente un límite, que además se puede expresar mediante una función que concrete en un determinado valor el límite o umbral a partir del cual se considere «buena» la conducta del agente. También con esta idea opinan WALLACH Y ALLEN⁵² que los «agentes morales» monitorizan y regulan su conducta a la luz de los daños que su conducta pueda causar o las tareas que pueda incumplir, y los seres humanos no deberían esperar nada más ni menos de un AMA. Por tanto, lo que venimos llamando “conciencia sintética” no es sino una sofisticada medida de control o seguridad.

6. ¿Qué problemas intentamos solucionar, en realidad, mediante la personificación de los robots?

En mi opinión, tanto la atribución de personalidad como reconocer un estatus del ente cibernético mediante el reconocimiento de su subjetividad no son sino artificios para resolver dos órdenes de problemas completamente distintos.

En primer lugar, tenemos el problema de la utilización del sistema inteligente como herramienta para ampliar las capacidades de los seres humanos y para gestionar intereses humanos, con sus consiguientes repercusiones jurídicas. En este sentido cabe destacar una modalidad del término «agente» que nos aporta bastante significado: aparece con claridad en las acepciones 3ª y 4ª del término (ambas como sustantivo) en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: *3. m. y f. Persona que obra con poder de otra. 4. m. y f. Persona que tiene a su cargo una agencia para gestionar asuntos ajenos o prestar determinados servicios.* En suma, el agente, en su significación más jurídica, normalmente actúa para otro o en beneficio de otro. Las repercusiones jurídicas de su uso van a consistir básicamente

⁵¹ FLORIDI, L., SANDERS, J. «On the Morality of Artificial Agents». *Minds and Machines* 14, pp. 349-379, (2004). <https://doi.org/10.1023/B:MIND.0000035461.63578.9d>, págs. 13 y ss.

⁵² Wallach y Allen, *Moral Machines. Teaching robots right from wrong*, cit., pág.16.

en las obligaciones que presiden su utilización, los efectos de la actuación del sistema y los resultados producidos, y las obligaciones derivadas de los daños causados por los robots en sus actuaciones –en todas, programadas o no- es decir, el problema de la responsabilidad civil por el daño cibernético.

En segundo lugar, está el problema del encaje del robot, especialmente el robot androide, en la sociedad humana, es decir, el robot como sujeto de interacciones por parte de los humanos, y su consideración como ente merecedor de una especial atención moral: esto es lo que los autores denominan la *valencia social* del robot, que va a ser objeto de atención por parte de la ética pero posiblemente también tenga consecuencias jurídicas.

En lo que hace al primer orden de problemas, para muchos autores, la subjetividad y consiguiente personalidad robóticas no son sino un recurso para intentar solucionar problemas de responsabilidad civil, careciendo de base filosófica alguna. Así, como opina PALMERINI⁵³, mediante esta personalidad sólo se trata de resolver el problema de la responsabilidad robótica.

Para resolver este tipo de problemas, el mecanismo de la personalidad jurídica no resulta adecuado, como ya hemos visto: muchos autores estiman que bastan los recursos jurídicos habituales para resolver los eventos de daño y responsabilidad civil, sin necesidad de acudir a esta novedad. Algunos optan por un sistema de responsabilidad objetiva unido a la contratación de un seguro obligatorio, tomando como modelo la responsabilidad en la circulación de vehículos a motor. Así NAVAS NAVARRO⁵⁴ que estima en cuanto a la responsabilidad por la actuación del robot que para la responsabilidad por daños a tercero no sería necesaria una norma específica que regulara la responsabilidad robótica, sino que el legislador debería simplemente regular “...una responsabilidad civil por la tenencia de bienes potencialmente peligrosos, de modo general, mediante la modificación del Código civil”. EBERS, como ya hemos visto, considera que la solución de la personalidad electrónica es ineficaz y que basta para resolver la mayor parte de los problemas con establecer una responsabilidad objetiva y un contrato de seguro de responsabilidad obligatorio.

Es también la idea que se sigue en la Resolución de 20 de octubre de 2020 sobre *Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*⁵⁵, que viene acompañada de un Proyecto de Reglamento en 15 artículos. Impone una res-

⁵³ PALMERINI Erica, «Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea», *Revista de Derecho Privado*, n.º 32, enero-junio de 2017, pág. 77.

⁵⁴ NAVAS NAVARRO, Susana, “Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 20/2016, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, pág. 91.

⁵⁵ P9_TA-PROV(2020)0276. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)).

ponsabilidad objetiva para los sistemas de IA de alto riesgo, determinando el importe y alcance de la correspondiente indemnización por los daños que cause, así como la prescripción de la acción para reclamarla (arts. 4 a 7). Los sistemas de IA que no sean de alto riesgo se van a ver sujetos a un sistema de responsabilidad subjetiva que entiendo que no es la ordinaria, pues se acerca al sistema de responsabilidad por riesgo, o a la responsabilidad por el producto defectuoso.

Sin embargo TEUBNER⁵⁶, en lo que se refiere a responsabilidad extracontractual, rechaza la idea de aplicar una responsabilidad objetiva o por riesgo derivado del uso de un instrumento peligroso. Opina el autor que lo apropiado sería aplicar una responsabilidad por conducta indebida o ilegal de los agentes de software que toman las decisiones autónomas como responsabilidad vicaria o indirecta. Teubner se refiere así a los sistemas inteligentes como «asistentes digitales», estimando que la justificación de esta responsabilidad sería en último término de orden sociológico, pues no cabe imputar la responsabilidad en el caso de empleo de un auxiliar humano y denegarla en el caso de emplear un agente electrónico: como nos dice el autor, esto sería un injustificable privilegio al uso de agentes de software.

En esta línea, estima CARRASCO⁵⁷ que el esquema en el que se insertaría esta construcción es el de la responsabilidad por hecho de otro, como la recogida en nuestro sistema en el art. 1903 Cc. En realidad, y pese a la interpretación limitativa que se desprende de lo anterior, lo mismo que en la responsabilidad objetiva, la indemnización del daño queda garantizada porque se incluye en el esquema la necesidad de un seguro obligatorio que extienda la reparación al mayor número posible de casos, acallando las discusiones teóricas. Pero esto da como resultado que no haya diferencia entre la responsabilidad objetiva y la vicaria por empleo del «asistente digital». Aunque también valora como más adecuado tratar los agentes de software preferiblemente como animales, aplicando el modelo del art. 1905 Cc., en lugar de como empleados o menores de edad conforme al art. 1903 Cc.

Dentro de este primer orden de problemas está también el tema de la concreción de los efectos jurídicos de la utilización de sistemas inteligentes en cuanto a la atribución de resultados. Es el caso ya citado de los sistemas comerciales de venta por Internet, o el de los programas de gestión financiera, compraventa de acciones y activos, o los robots cuidadores en residencias o prestadores de servicios de cualquier tipo, dentro de poco, servicios de transporte. En todos estos

⁵⁶ TEUBNER, Gunther, «Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Software-agenten – Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law», *Ancilla Iuris*, 2018, 106, pág. 137.

⁵⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, “A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada”, Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.

casos, la actuación del sistema inteligente es meramente vicaria de su utilizador, es una mera herramienta. En mi monografía *Robots y personas* estudio su parificación con el esclavo romano, que se consideraba un instrumento –inteligente y humano, eso sí– de su amo. Esta figura del esclavo en el Derecho romano presenta mucha utilidad para el tratamiento jurídico de los entes o «agentes» robóticos: El esclavo, aun siendo considerado como un ser humano, carecía de personalidad, y su conducta podía producir efectos jurídicos, pero no para él, sino para su dueño. En palabras de ÁLVAREZ SUÁREZ⁵⁸, las actuaciones jurídicas que realiza el esclavo «...producen sus efectos a favor de su señor; éste es el que adquiere y no el esclavo, sin que sea necesario que tales actos se realicen con conocimiento o por mandato de éste». Cuando adquiere algún bien lo adquiere para el dueño, no para sí, y no puede contraer obligaciones como propias, ni tampoco para su dueño pues éste es un extraño al vínculo obligatorio; todo lo más puede generar obligaciones naturales, cuyo cumplimiento el dueño asumirá, pero sólo voluntariamente.

La consideración y el estatus jurídico del esclavo en Roma es un modelo que puede ayudarnos a la hora de construir un estatus especial para los robots autónomos. Como dice ERCILLA⁵⁹, en el robot encontramos, lo mismo que en los esclavos en el Derecho romano,

«...que las dos características citadas se encuentran íntimamente entrelazadas, a saber, el elemento físico y el elemento intelectual y autónomo... el elemento físico, como mecanismo, estaría inexorablemente unido al elemento algorítmico, que determina la inteligencia y la autonomía. Del mismo modo que en el esclavo, el carácter jurídico de cosa estaba íntimamente vinculado a la consideración de ser humano».

La consideración del esclavo como instrumento inteligente de su dueño, le acerca a los modernos sistemas dotados de inteligencia artificial. Abunda en esta idea Gunther TEUBNER⁶⁰: «Los agentes de software son esclavos digitales, si bien esclavos con capacidades sobrehumanas». Perfila este autor un estatus en el que el agente electrónico que intervenga en la negociación de contratos tenga al menos la capacidad jurídica necesaria para trasladar los efectos de la declaración negocial a su utilizador, principal o *dominus*, a título de representante, alegando que es la solución propuesta por la *Section 14* de la *Uniform Electronic Transactions Act* estadounidense, que declara que los contratos celebrados entre algoritmos

⁵⁸ ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Instituciones de Derecho romano – III. Personas jurídicas y colectivas en el Derecho romano*, EDERSA, MADRID, 1977, pág. 31.

⁵⁹ ERCILLA GARCÍA, «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías...*, cit., pág. 6.

⁶⁰ Teubner, Gunther, «Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten – Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law», *Ancilla Iuris*, 2018, 106, pág. 114.

son válidos y vinculantes: *A contract may be formed by the interaction of electronic agents of the parties, even if no individual was aware of or reviewed the electronic agents' actions or the resulting terms and agreements.*

La idea de representación aparece también en la doctrina alemana, que considera que la declaración contractual automatizada es la del utilizador del agente, pues éste carece de voluntad propia y se limita a anunciar la de su operador en base a su programación. Señala TEUBNER que el Tribunal Federal estima que la declaración de un sistema computerizado es la de la persona o compañía que lo utiliza como medio de comunicación.

Estima este autor que, aplicando por analogía el esquema del contrato de agencia hay que entender que la declaración es propia del agente electrónico, pero que actúa como representante de su principal, para lo cual basta con otorgar al sistema la capacidad parcial y restringida de actuar como representante. El inconveniente de la falta de una genuina voluntad contractual en el agente no humano (en realidad de una voluntad propia) se remediaría acudiendo al principio de la confianza y buena fe entre las partes contractuales.

Sin embargo, seguimos teniendo el obstáculo de la falta de subjetividad y personalidad del sistema inteligente, que hace que no pueda ser considerado representante de nadie: El mecanismo por el que se traslada el efecto de la declaración al *dominus* o principal no puede ser el de la representación, porque para ser representante se exige personalidad y capacidad, y ya hemos visto sobradamente que el sistema inteligente carece de lo primero y por tanto de cualquier capacidad. Se detecta por ello la necesidad de construir una entidad representativa electrónica que remedie este obstáculo, que podría configurarse como una suerte de dependiente o empleado del principal, ostentando una representación funcional.

Otra alternativa sería la ficción de entender que el agente electrónico es un mero instrumento y que la declaración es del utilizador, como si se tratase de un teléfono que se limita a reproducir la voz del que lo utiliza. Sin embargo, esta solución tampoco es viable, simplemente porque esto no es así. Hoy por hoy los sistemas inteligentes llevan a cabo decisiones con absoluta autonomía respecto de sus dueños: Es posible que la decisión esté programada, o que se mantenga dentro de un rango decisional cerrado, o que el sistema goce de mayor o menor libertad según circunstancias de mercado o campañas promocionales, por ejemplo, para la fijación de precios. Pero dentro de estos parámetros la decisión es del sistema, de la máquina, y no de su dueño o de su programador. Se dirá que lo mismo ocurre con cualquiera de los dependientes de una gran empresa, que deciden sin que el Consejo de administración tenga idea de sus decisiones, pero esta situación no es parificable porque el dependiente tiene personalidad, y actúa en representación de su principal.

Para que la eficacia decisional de un sistema inteligente tenga plena eficacia jurídica es necesario que se reconozca primero que la actuación del sistema

inteligente es autónoma y propia de la máquina. Otra cosa es que la falta de personalidad de la misma haga necesario encontrar un ser dotado de personalidad, natural o jurídica, que asuma los resultados de la actuación del robot. Es exactamente esto lo que ocurre con los sistemas inteligentes de creación artística, musical, literaria o pictórica, en los que el autor de la obra es, en mi opinión, la propia máquina, pero la ley impide esta autoría robótica o cibernética porque sólo reconoce como posible autor a la persona natural⁶¹. Mi propuesta, en este ámbito, consiste en separar la autoría de la titularidad de derechos sobre la obra intelectual o artística, y poner estos derechos en manos del ser humano o la persona jurídica que se halle en una mejor posición para la utilización de la máquina y la reclamación de sus resultados, es decir, las obras.

Esta idea, trasladada a cualquier resultado de la actuación de un sistema inteligente, consistiría en imputar dichos resultados a la persona física o jurídica que tenga mejor derecho a la utilización del sistema, así por ejemplo la empresa de ventas asume tanto las ganancias de la plataforma inteligente de ventas como la responsabilidad por los fallos o daños que el sistema haya causado, o la sociedad gestora de la residencia de ancianos asume tanto los beneficios de la actuación de los cuidadores robóticos como la indemnización de los daños que su actuación pueda generar.

Además, con este recurso no se ha inventado nada realmente nuevo: si volvemos a la consideración jurídica de la actuación del esclavo en Derecho romano, está claro que en ningún momento se consideró que la actuación del esclavo no fuese propia de éste, lo que se hacía era repercutir los efectos de su actuación en la persona y patrimonio del dueño o *dominus*. Cuando el esclavo que gestionaba un comercio vendía y compraba género, o el esclavo capataz de una finca tomaba decisiones para la siembra o la venta de animales, está claro que quienes actuaban eran ellos. Pero desde luego los resultados de su actuación jamás ingresaban en su patrimonio, sino en el del *dominus*. Y la falta de personalidad jurídica del esclavo no era ningún obstáculo para la admisión de este efecto.

Aplicando este modelo al actual esclavo electrónico, el problema se reduce al reconocimiento de su virtualidad como *sujeto agente* con eficacia en el tráfico jurídico, con una subjetividad no propia sino prestada por su dueño o principal, que le presta también su capacidad (o si se quiere, que actúa su capacidad mediante el instrumento robótico). Esta actuación de la máquina queda reducida en sus efectos al de la traslación de los resultados de la actuación a dicho dueño:

⁶¹ Sin perjuicio de que también dispense protección a las personas jurídicas que intervienen decisivamente en el proceso de creación de la obra. Véase art. 5 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996: *Autores y otros beneficiarios*. 1. *Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*. 2. *No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella*.

Una subjetividad o agencia puramente instrumental, que traslada al ámbito jurídico la capacidad del dueño, y que no conlleva reconocimiento de personalidad alguna. La actuación sería propia del agente, pero realizada para el principal y al amparo de su personalidad, con el resultado de que dicho principal no podría eludir la imputación de resultados por tratarse de actos realizados por una extensión de su personalidad. La idea es clásica, en realidad: el que crea un Golem o el que utiliza un Golem es responsable de los actos del Golem.

Esta idea del agente electrónico, dotado de una subjetividad instrumental, permitiría también la gestión de las cuestiones de responsabilidad, y resolver otras cuestiones como la que apunta NÚÑEZ ZORRILLA⁶², que estima que una personalidad electrónica permitiría incorporar a los robots al régimen de cotización a la Seguridad Social, para remediar los problemas de desempleo que los mismos robots originaran:

«El reconocimiento de una personalidad jurídica abriría un camino de salida a la crisis del sistema de Seguridad Social, al mismo tiempo que marcaría el modo de reparto de los beneficios potenciales que pueden producir los incrementos espectaculares de productividad y de riqueza que puede generar la revolución robótica».

Quizá esta subjetividad instrumental fuera suficiente, sin tener que acudir a la polémica idea de la personalidad jurídica, para imputar las cotizaciones, tanto empresariales como del empleado, al empleador. Además, imputar este pago al robot no tiene sentido porque éste no tiene patrimonio, y dudo mucho que el empleador le vaya a pagar un salario.

7. ¿Qué consideración otorgamos los humanos a los entes cibernéticos, y qué efecto producen en nosotros?

Esta pregunta incide en el segundo orden de problemas que nos planteará la IA, que es el del tratamiento social del robot. Por ahora, los humanos simplemente utilizamos a los simplísimos robots domésticos, como la aspiradora Roomba, o a los industriales, y en este sentido son cosas. El problema está en lo que sentimos o mejor, sentiremos acerca de los robots y sistemas inteligentes futuros, especialmente los robots que interactúen en el medio social.

⁶² NÚÑEZ ZORRILLA, M^a Carmen, «Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, Núm. 66 (abril-junio 2018), pág. 8.

Señala David GUNKEL⁶³ que existe un componente humano que apoya la tendencia a extender la personalidad a los robots, y es nuestra propensión al antropomorfismo:

«Los científicos sociales, desde mediados de la década de 1940 (Heider y Simmel 1944; Reeves y Nass 2003) han demostrado que los seres humanos concederán estatus y posición social a los objetos. Esta tendencia es a menudo denigrada y descartada como *antropomorfismo*. Pero el antropomorfismo no es un error; es una característica de la sociabilidad humana».

Y la pulsión para conceder esta personalización al objeto proviene no de exigencias del objeto inteligente, sino del grupo social en el que interactúa. Pone el autor el ejemplo de los robots desactivadores de explosivos, que acaban siendo tratados por los especialistas humanos como uno más del grupo. Más adelante nos señala que los robots tienen “presencia social”, y que no podemos evitar responder a estos artefactos de una manera similar a cómo se responde a un ser humano, porque como predijo Norbert Wiener en los años 50, la sociedad actual no se define simplemente por las transacciones de persona a persona sino que también incluye interacciones entre humanos y máquinas.

Desde EE. UU. nos dice Ryan CALO⁶⁴ que la relevancia jurídica de las nuevas criaturas robóticas viene no sólo de su papel instrumental, sino de lo que se conoce como su «valencia social», o valor como sujeto en la apreciación de la gente:

«...los robots pertenecerían a una categoría ontológica completamente nueva. Las personas no tienden a considerar a los robots humanoides como seres vivos, pero tampoco consideran que sean objetos. Los sujetos del experimento tienden a atribuir estados mentales a los robots y encuentran difícil observar comportamientos hacia ellos como si se tratase de simples objetos».

Concluye el autor que, en definitiva, los robots son seres fronterizos entre los agentes (sujetos) y los meros objetos. Esta especial consideración del robot androide aparece magníficamente descrita en la novela *Máquinas como yo*, del británico Ian McEwan.

Sin embargo, en cuanto al robot humanoide, hay que advertir que, como destaca TIRADO ROBLES⁶⁵, los robots con apariencia demasiado humana suscitan cierta repulsión entre los auténticos humanos, fenómeno conocido como «el valle inquietante» (*uncanny valley*), que fue detectado por el robotista japonés

⁶³ GUNKEL, David J. y WALES, Jordan Joseph, «Debate: what is personhood in the age of AI?», *AI & SOCIETY* (2021) 36:473–486, p. 475, <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01129-1>

⁶⁴ Calo, Brian, «Robotics and the Lessons of Cyberlaw», *California Law Review*, DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402972>. June 2015, vol. 103, Issue 3, pág. 546.

⁶⁵ TIRADO ROBLES, Carmen, «¿Qué es un robot? Análisis jurídico comparado de las propuestas japonesas y europeas», *Mirai. Estudios Japoneses*, 4, 2020, 35.48, DOI <http://dx.doi.org/10.5209/mira.67530>, pág. 38.

Masahiro Mori, profesor del Instituto de tecnología de Tokio. Mori observó, a partir de una serie de encuestas, que a medida que aumentaba la semejanza humana de los robots, crecía la empatía de los encuestados, pero si su apariencia era casi tan real como la humana, entonces dicha empatía se transformaba en un sentimiento negativo o de repulsión hacia dichos robots.

Este trato a los robots como algo más que cosas, como cuasipersonas, nos recuerda poderosamente el tratamiento que se da a las mascotas, que ya no son meras cosas sino, de acuerdo con la última reforma legal, seres sensibles. Sin embargo, y con esto profundizaremos en el efecto que la IA puede causar en la sociedad, como destaca WALES⁶⁶, hay una importante diferencia entre mascotas y robots, y es que, por mucho que esté bien amaestrado y nos obedezca siempre, un perro sigue teniendo su propia vida perruna, mientras que, a diferencia de las mascotas, la personalidad sintética de nuestras IAs estará en todo momento a nuestra disposición. De acuerdo con su diseño, su razón de ser será el servicio a nuestros intereses, y además, y como seremos sus dueños, veremos muy natural que esto suceda de tal modo. Por ello, como señala el autor,

«...veremos con razón el comportamiento de nuestras IAs como un producto consumible y no como una expresión de la vida personal, pero nuestra empatía instintiva por nuestras herramientas de IA nos hará experimentarlas como si fueran personas naturales, cuyo comportamiento consumimos».

Es decir, vamos a proyectar sentimientos y emociones reservados a las personas a unos seres que no son humanos pero que actúan como tales y que nos muestran una adoración y una sumisión más que perruna. En esta situación, WALES se pregunta «¿Cuál será el coste de aprender a tratar a la persona aparente como una herramienta viva?» Y responde con una observación del antiguo esclavo y luego líder abolicionista norteamericano Frederick Douglass, que escribió que, a medida que su "dueña" se acostumbraba a tener a un ser humano como propiedad, su amabilidad derivaba en crueldad. En uno de mis primeros trabajos sobre IA titulé el epígrafe introductorio como «Bienvenidos a una sociedad esclavista», y me parece que estaba bastante en lo cierto. Nos estamos acostumbrando a una sociedad en la que las prestaciones y servicios que nos proporcionan los sistemas inteligentes son aceptados como productos de consumo, y si se personifica al prestador antropomorfo, corremos el riesgo de considerar también como meros instrumentos a los demás seres humanos. Señala así WALES:

«Nuestras formas de hablar e interactuar con los agentes de la IA conformarán nuestros hábitos mentales y nuestras capacidades para vivir personalmente. Por eso debemos valorar la naturaleza de la persona a diferencia de la IA aparentemente personal, que

⁶⁶ WALES, Jordan Joseph y GUNKEL, David J., «Debate: what is personhood in the age of AI?», *AI & SOCIETY* (2021) 36:473–486, p. 481, <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01129-1>

atrae nuestra empatía pero nos invita a instrumentalizarla para nuestros propios fines. No podemos resolver el problema personalizando las meras apariencias, ni recurriendo únicamente a una categoría jurídica o a una clasificación del comportamiento. Nuestro pensamiento y nuestra práctica cultural deben ser examinados para que, a medida que la IA mejore nuestro bienestar material, la tratemos de forma que promueva, en lugar de erosionar, el florecimiento en los ámbitos éticos, espirituales y culturales menos tangibles de nuestra humanidad».

Y es que la valencia social del robot, y la inevitable antropomorfización que haremos de su presencia en nuestras vidas, nos hará correr el riesgo de confundir, como señala GUNKEL⁶⁷, el «quién» con el «qué»; *quién* es otra persona socialmente significativa, digna de nuestro respeto, y *qué* sigue siendo una mera cosa u objeto que no tiene subjetividad o estatus independiente:

«Como explicó el filósofo francés Jacques Derrida, la diferencia entre estas dos pequeñas y aparentemente insignificantes palabras —“quién” y “qué”— marca una gran divergencia, precisamente porque dividen el mundo en dos campos: los otros que cuentan como personas y aquellas cosas que siguen siendo meras propiedades».

Para muchos autores, en este ámbito las conductas relacionales entre humanos y robots (HRI – Human-Robot Interaction), van a primar las normas derivadas de la Ética sobre las elaboradas por el Derecho.

En cuanto al tratamiento ético en este ámbito, nos señalan CAPUCCIO, SANDOVAL, MUBIN, OBAID, y VELONAKI⁶⁸ que los principales enfoques actuales son el Consecuencialismo y la Deontología. Para el Consecuencialismo, una buena acción/decisión es aquella que, comparada con todas las demás opciones disponibles, produce los mayores beneficios para el mayor número de personas, aumentando su grado de felicidad global y satisfaciendo las preferencias de la mayoría; se basa en la utilidad. Según la Deontología, una acción o decisión es buena si cumple mejor los deberes y obligaciones prefijadas del agente moral, a la vez que protege los derechos de los destinatarios de la acción (pacientes morales) y respeta el valor absoluto e innegociable de sus vidas; se centra en la intención.

Luego tenemos la Ética de la virtud, enfoque clásico, que estima que la vida virtuosa depende más de la educación del carácter que de realizar acciones específicas o siguiendo ciertas reglas abstractas. Por eso la Ética de la Virtud se centra en el logro de patrones habituales de comportamiento, pensamiento y sentimiento cargados de una valencia ética positiva. La caracterización filosófica más famosa de la virtud es probablemente la que se halla en la *Ética a Nicómaco* de

⁶⁷ GUNKEL y WALES, «Debate: what is personhood in the age of AI?», *cit.*, p. 481.

⁶⁸ CAPPUCCIO Massimiliano L., SANDOVAL, Eduardo B., Mubin, Omar, OBAID, Mohammad, VELONAKI Mari, «Can Robots Make us Better Humans? Virtuous Robotics and the Good Life with Artificial Agents», *International Journal of Social Robotics*, <https://doi.org/10.1007/s12369-020-00700-6>, Accepted: 14 September 2020.

Aristóteles. Esta Ética de la virtud estima que el maltrato a los robots es inmoral, en primer lugar porque revela la presencia de un defecto moral en la conducta del abusador, y en segundo lugar porque invita a la inmoralidad a uno mismo y a otros, pues ofrece un ejemplo despreciable que otras personas podrían imitar.

Sobre esta última Ética de la Virtud, CAPUCCIO propone una Roboética de la Virtud, cuya afirmación central es que la interacción bidireccional humano-robot, puede generar experiencias moralmente significativas de autoconciencia a través de las cuales el ser humano puede desarrollar sus virtudes. Para asegurar este buen fin, el diseño del robot es fundamental, puesto que también se puede producir robots que, al contrario de lo dicho, fomenten el vicio y no la virtud. Pone el autor algunos ejemplos, como el robot servil, que satisface todas las exigencias de su dueño, por ejemplo un robot cuidador de niños que no sabe decir no, y que va creando a un pequeño monstruo, o robots que satisfacen comportamientos psicopáticos de sus utilizadores.

Un caso particular sería el de la *descualificación moral*, el empobrecimiento ético que la máquina provocaría en el ser humano que delegase todas las decisiones morales en el sistema inteligente: si casi todas las decisiones críticas son delegadas en la máquina, el ser humano pierde la pericia y la sabiduría precisas para realizar juicios morales con acierto, y se hace menos inteligente y menos virtuoso. Toda una advertencia en contra, por ejemplo, de los sistemas inteligentes para decidir la posibilidad de reincidencia que ya se utilizan en el sistema penal norteamericano.

El hecho de esta *Robotics Virtue*, que he traducido por Roboética de la Virtud, se centre en el diseño de robots para la mejora del ser humano, nos lleva a considerar que estamos ante una «ética del maquinista» o «Roboética», que se dirige a conformar una actuación ética en el diseño y programación de la máquina. Es decir, tenemos que afinar el diseño de los sistemas inteligentes y robots de manera que su sumisión a las órdenes y deseos del ser humano no favorezca el desarrollo de la peor parte de nuestro “yo”. Un ejemplo práctico: mi hermano José me contó, hace muchos años, el caso de un sujeto que para llamar a sus hijos se limitaba a silbar. Cada hijo tenía su silbido específico, y lo que me asombró del relato es que éstos aceptaran este trato humillante más propio de perros que de personas; pero lo que tenía que haber observado es que dicho acatamiento por los hijos no hacía sino consolidar el envilecimiento moral del padre.

En definitiva, una ética y un diseño ético de los robots pasa por que éstos no favorezcan los peores instintos del ser humano. Si hemos visto que la pulsión de antropomorfización nos empuja a tratar a ciertos objetos con relevancia social o grupal como a seres humanos, es decir que personificamos objetos, la ciega obediencia de nuestras máquinas inteligentes no puede favorecer la pulsión contraria, la de tratar a otros seres humanos como si fueran instrumentos, es decir, cosificar a las personas.

Y queda, para terminar, una consecuencia derivada de la confianza depositada en la IA, que es la incidencia social que puede tener no el mal funcionamiento de los sistemas de IA, sino, al contrario, su buen funcionamiento. Esto es un asunto al que me he referido en algún reciente artículo, y al que se ha hecho referencia hace un momento al señalar la descualificación moral que se puede producir por el uso excesivo de IAs que resuelvan cuestiones morales. Como ya se ha visto, la IA tiene una aplicación general, para la solución de cualquier problema humano. Pues bien, habrá que valorar qué efecto producirá el uso masivo de IAs para la solución de todo tipo de problemas y cuestiones. ¿Esto no puede producir una pérdida de habilidades y capacidades en los seres humanos que dejan de utilizar su cerebro y delegan la solución en un sistema inteligente?

Estamos asistiendo a una deslocalización de la inteligencia, que se traslada del cerebro humano a otro electrónico. Este fenómeno lleva en realidad décadas produciéndose, desde la introducción de los primeros ordenadores personales y las calculadoras de bolsillo. De hecho, ¿cómo va su habilidad para el cálculo, qué tal su pericia en la realización de operaciones algo complejas? Porque salvo que ud. trabaje en sectores que manejen diariamente esta capacidad humana, estoy seguro que el recurso a la calculadora de bolsillo le ha liberado de esta pesada tarea, y también de la correspondiente habilidad.

Concluyendo, el problema de la antropomorfización de los sistemas inteligentes, unido al del reconocimiento y utilización de sus capacidades, puede llevarnos a una sociedad esclavista, de amos crueles con sus esclavos electrónicos y además bastante más estúpidos que ellos. Con el peligro además de que este uso instrumental de otros seres inteligentes se traslade a los demás seres humanos. En definitiva, un reto social de primer orden. Como decía Nick Bostrom en su libro *Superinteligencia*, «Nos encontramos en un bosque de complejidad estratégica, rodeado de una densa niebla de incertidumbre».

II. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, Instituciones de Derecho romano – III. Personas jurídicas y colectivas en el Derecho romano, EDERSA, MADRID, 1977.

AVILA NEGRI, Sergio, SMC (2021) «Robot as Legal Person: Electronic Personhood in Robotics and Artificial Intelligence», *Frontiers in Robotics and AI* | www.frontiersin.org, December 2021, Volume 8, Article 789327, doi: 10.3389/frobt.2021.789327

BARRIO ANDRÉS, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de derecho privado*, Año n° 102, Mes 2, 2018.

- BRYSON, J. J., y WINFIELD, A., «Standardizing Ethical Design for Artificial Intelligence and Autonomous Systems», *Computer*, vol. 50, n° 5, <https://doi.org/10.1109/MC.2017.154>.
- CALO, Brian, «Robotics and the Lessons of Cyberlaw», *California Law Review*, DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402972>. June 2015, vol. 103, Issue 3.
- CAPPUCCIO Massimiliano L., SANDOVAL, Eduardo B., Mubin, Omar, OBAID, Mohammad, VELONAKI Mari, «Can Robots Make us Better Humans? Virtuous Robotics and the Good Life with Artificial Agents», *International Journal of Social Robotics*, <https://doi.org/10.1007/s12369-020-00700-6>.
- CARRASCO PERERA, Ángel, “A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada”, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, Fecha de publicación: 11 de enero de 2019.
- CERVANTES José-Antonio, LÓPEZ, Sonia, RODRÍGUEZ, Luis-Felipe, et al., «Artificial Moral Agents: A Survey of the Current Status», *Science and Engineering Ethics* (2019), p.3, <https://doi.org/10.1007/s11948-019-00151-x>
- CHOPRA, Samir y WHITE, Laurence F., «Artificial Agents – Personhood in Law and Philosophy», Conference Paper, *Proceedings of the 16th European Conference on Artificial Intelligence, ECAI’2004*. https://www.researchgate.net/publication/220837427_Artificial_Agents_-_Personhood_in_Law_and_Philosophy
- COECKELBERGH, Mark, *Ética de la Inteligencia artificial*, Cátedra, Madrid, 2021.
- COPELAND, Jack, *Inteligencia Artificial*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial”, *a Ley Unión Europea*, n° 92, mayo 2021.
- DENNETT, Daniel C., «Can machines think?», In M. G. Shafto (ed.), *How We Know*. Harper & Row (1984).
- EBERS, Martin, «Regulating AI and robotics», *Algorithms and Law*, Edited by Martin Ebers and Susana Navas, Cambridge University Press, 2020.
- «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?», *InDret*, julio 2016, en www.indret.com.
- ERCILLA GARCÍA, Javier, «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2018, Número 47 (mayo-agosto).
- Normas de Derecho civil y robótica. Robots inteligentes, Personalidad jurídica, Responsabilidad civil y Regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

- FLORIDI Luciano, SANDERS, J.W., "On the Morality of Artificial Agents", *Minds and Machines* 14(3): 349-379, August 2004, DOI: 10.1023/B:MIND.0000035461.63578.9d
- FLORIDI, Luciano, «Singularitarians, Atheists, and Why the Problem with Artificial Intelligence is H.A.L. (Humanity at Large), not HAL», American Psychological Association Newsletter, Spring 2015, volumen 14, number 2.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, «La disparition de la distinction de jure entre la personne et les choses: gain fabuleux, gain catastrophique», *Recueil Dalloz*, 2017, vol. 41, p. 2386-2389.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo, «Inteligencia artificial. Una mirada desde el Derecho», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LX, curso 2019/2020.
- GUNKEL, David J. y WALES, Jordan Joseph, «Debate: what is personhood in the age of AI?», *AI & SOCIETY* (2021) 36:473–486, <https://doi.org/10.1007/s00146-020-01129-1>
- HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del porvenir*, Debate, Barcelona, 2016.
- LABÉE, Xavier, «L'intrusion de l'humanoïde dans le Droit de la famille», en *Lex robotica. Le Droit à l'épreuve de la robotique*, Lextenso-LGDJ, Issy-les-Molineaux, 2018.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*, Reus, Madrid, 2020.
- LARREGUE, Julien, «Un tournant relativiste chez les juristes? La distinction entre les personnes et les choses n'est pas menacée par les robots humanoïdes», *ZILSEL, Sociologie, histoire, anthropologie et philosophie*, 23 février 2019. En https://zilsel.hypotheses.org/3619?utm_source=lettre.
- LOISEAU, Grégoire, «La personnalité juridique des robots: une monstruosité juridique», *La semaine juridique, édition générale, Iuris Classeur*, 2018, vol. 22, p. 1039-1042.
- MINSKY, Marvin, *La sociedad de la mente*, Ediciones Galápagos, Buenos Aires, 1986.
- MUÑOZ SORO, José Félix, *Decisión jurídica y sistemas de información*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.
- NAVAS NAVARRO, Susana, "Smart robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 20/2016, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- NEVEJANS, Nathalie, *Traité de Droit et d'Éthique de la Robotique civile*, LEH Éditions, Burdeos, 2017.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M^a Carmen, «Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, Núm. 66 (abril-junio 2018).

- PALMERINI Erica, «Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea», *Revista de Derecho Privado*, n.º 32, enero-junio de 2017.
- PIETRZYKOWSKI, Tomasz, «La idea de los sujetos no personales», en *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, págs. 49-67, Springer Books, 2017: https://www.researchgate.net/publication/315603248_The_Idea_of_Non-personal_Subjects_of_Law.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, Marina, «Los fundamentos históricos del sistema jurídico versus la personalidad electrónica de los robots», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 52, octubre 2020.
- RUSSELL, Stuart, y NORVIG, Peter, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Pearson Education Limited, Harlow, 2016. SEARLE, John, *El misterio de la conciencia*, Paidós, Barcelona, 2000.
- SIAU Keng y WANG Weiyu, “Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI”, *Journal of Database Management (JDM)*, vol. 31, Issue 2, abril-junio 2020.
- SOLAIMAN, S. M., «Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy» (2017) 25 (2) *Artificial Intelligence and Law* 155-179. University of Wollongong, Faculty of Law, Humanities and the Arts – Papers.
- SOLUM, Lawrence B., «Legal Personhood for Artificial Intelligences», *North Carolina Law Review*, Volume 70, n.º 4, Article 4, 4-1-1992.
- TEGMARK, Max, *Vida 3.0. Que significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, Barcelona, 2018.
- TEUBNER, Gunther, «Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten – Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law», *Ancilla Iuris*, 2018, 106.
- TIRADO ROBLES, Carmen, «¿Qué es un robot? Análisis jurídico comparado de las propuestas japonesas y europeas», *Mirai. Estudios Japoneses*, 4, 2020, 35.48, DOI <http://dx.doi.org/10.5209/mira.67530>, pág. 38.
- TURING, Alan Mathison, «Computing Machinery and Intelligence», *Mind*, 49(1950), pp. 433-460.
- WALLACH, Wendell y ALLEN, Colin, *Moral Machines. Teaching robots right from wrong*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- WATSON, Peter, *Ideas. Historia intelectual de la Humanidad*, Crítica, Barcelona, 2007.

EL FUTURO MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

The future European legal framework for artificial intelligence

MARTIN EBERS

*Universidad de Tartu (Estonia)
Catedrático de Derecho informático*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EN BUSCA DE MARCOS JURÍDICOS PARA LOS SISTEMAS DE IA. 1. La promesa y los peligros de las tecnologías basadas en IA. 2. Características problemáticas de los sistemas de IA. 3. El marco jurídico actual. 4. Iniciativas para regular la IA. III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE IA DE LA COMISIÓN EUROPEA. 1. Enfoque horizontal basado en el riesgo para regular los sistemas de IA. 2. Objetivo de la propuesta de la Ley de Inteligencia Artificial. Competencias. Efecto preventivo. 3. Ámbito de aplicación. 3.1. Definición excesivamente amplia de «sistemas de IA». 3.2. Ámbito poco claro con respecto a la investigación académica y el software de código abierto. 3.3. Ámbito territorial. 4. Usos prohibidos de los sistemas de IA (art. 5 LIA). 4.1. Sistemas de IA manipulativos (art. 5(1)(a) y (b) LIA). 4.2. Calificaciones sociales (art. 5(1)(c) LIA). 4.3. Sistemas biométricos de IA (art. 5(1)(d) LIA). 4.4. ¿Posibilidad de que la Comisión Europea añada prácticas de IA prohibidas? 5. Sistemas de IA de alto riesgo. 5.1. Visión general. 5.2. Clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo. 5.3. Requisitos esenciales para los sistemas de IA de alto riesgo. 5.4. La normalización como delegación no justificada del poder de reglamentación. Evaluación de la conformidad ex ante, declaración de conformidad y marcado CE. 6. Obligaciones de los proveedores y usuarios. 6.1. Visión general. 6.2. Sistemas de IA de uso general. 6.3. La IA como servicio (AI as a Service, AlaaS). 7. Requisitos para los sistemas de IA de riesgo limitado (art. 52 LIA). 8. Aplicación de la ley. 8.1. Falta de estructuras efectivas de aplicación. 8.2. Competencias del Comité Europeo de Inteligencia Artificial (CEIA). 9. Relación de la Ley de Inteligencia Artificial con el marco jurídico existente. 9.1. Responsabilidad civil. 9.2. Ley de protección de datos. 9.3. Propuesta de la Ley de Servicios Digitales. 10. Lagunas normativas de la LIA. 10.1. Falta de derechos individuales. 10.2. Otras lagunas. IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El 21 de abril de 2021, la Comisión Europea presentó su tan esperada propuesta de Reglamento «por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial», la llamada «Ley de Inteligencia Artificial» (LIA).² Este artículo analiza de forma crítica la propuesta de reglamento, discutiendo

¹¹ Este trabajo ha sido financiado por una beca del "Center for Advanced Internet Studies" (CAIS).

² Comisión Europea (2021-1): Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), COM(2021) 206 final.

especialmente el efecto preventivo de la propuesta y las competencias de la UE, el ámbito de aplicación, los usos prohibidos previstos de los sistemas de IA, las disposiciones sobre los sistemas de IA de alto riesgo, las obligaciones de proveedores y usuarios, los requisitos para los sistemas de IA con riesgos limitados, el sistema de aplicación, la relación de la Ley de Inteligencia Artificial con el marco jurídico existente y los huecos normativas de la propuesta.

Dicho esto, es necesario hacer una advertencia. El siguiente análisis sólo puede ser una instantánea del actual proceso legislativo. La propuesta de la Comisión está siendo debatida por los colegisladores tanto en el Consejo como en el Parlamento. En el Consejo, la Presidencia eslovena (2/2021) presentó informes de progreso que sólo cubrían los artículos 1 a 7 de la propuesta, mientras que la Presidencia francesa (1/2022) está intentando debatir y proponer compromisos para todo el texto.³ Sin embargo, es probable que sea la Presidencia checa (2/2022) la que consiga finalizar el Enfoque General del Consejo a finales de noviembre de 2022 o incluso la Presidencia sueca (1/2023) en el primer trimestre de 2023. En cuanto al Parlamento Europeo, los dos componentes de la Comisión IMCO y LIBE presentaron su proyecto de informe el 20 de abril de 2022.⁴ Además, hay que tener en cuenta las opiniones de otras comisiones.⁵

El siguiente análisis se refiere principalmente a la propuesta de la Comisión, mientras que las propuestas de modificación por el Consejo y el Parlamento, por el contrario, solo están incluidas de forma limitada.

Este capítulo está estructurado como sigue: La sección II expone los desafíos éticos y legales de los sistemas de IA, el marco legal existente y las iniciativas mundiales para regular la IA. A continuación, la sección III ofrece una visión crítica sobre la propuesta de la Ley de IA, debatiendo los aspectos mencionados, mientras que la sección IV extrae algunas conclusiones finales.

³ En el siguiente sitio web se puede encontrar una buena descripción con enlaces a los documentos pertinentes: <https://www.kaizenner.eu/post/aiact-part3>.

⁴ Parlamento Europeo (2021): proyecto de informe, 2021/0106(COD), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ40-PR-731563_ES.pdf.

⁵ Véase de nuevo <https://www.kaizenner.eu/post/aiact-part3>.

II. EN BUSCA DE MARCOS JURÍDICOS PARA LOS SISTEMAS DE IA

1. La promesa y los peligros de las tecnologías basadas en IA

Los sistemas de IA⁶ basados en el aprendizaje automático (*machine learning*, ML)⁷ y otras técnicas están cada vez más presentes en nuestras vidas. Las empresas privadas utilizan los algoritmos de ML en casi todos los campos, como los servicios financieros, la fabricación, la agricultura, la ingeniería, el transporte, las telecomunicaciones, el comercio minorista, los viajes, la logística y la atención sanitaria.⁸ Las autoridades públicas también dependen cada vez más de los sistemas de IA, por ejemplo, para predecir el abuso y el fraude en las declaraciones de impuestos, para determinar en los sistemas de bienestar social si un ciudadano debe ser señalado por un mayor riesgo de irregularidades o fraude potencial, para detectar terroristas, controlar a las personas en la frontera, predecir y responder a la criminalidad (policía predictiva) o para calcular la probabilidad de que un acusado cometa otro delito en libertad condicional.⁹

Muchos de estos sistemas tienen el potencial de mejorar nuestras vidas, así como el bienestar económico y social en general. Los sistemas impulsados por IA pueden dar lugar a mejores servicios sanitarios, sistemas de transporte más seguros y limpios, mejores condiciones de trabajo, mayor productividad y nuevos productos, servicios y cadenas de suministro. También pueden beneficiar al sector público de varias maneras,¹⁰ por ejemplo, automatizando tareas repetitivas y que

⁶ En la actualidad no existe una definición generalmente aceptada del término IA. Para la definición en la LIA, véase infra, sección III.3.1. Para una visión general, véase SAMIOLI, Sofia y otros (2020): «AI Watch: Defining Artificial Intelligence», Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cc0f1b6-59dd-11ea-8b81-01aa75e-d71a1/language-en>; Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre (2019): Una definición de la inteligencia artificial: principales capacidades y disciplinas científicas, Comisión Europea, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60656; RUSSELL, Stuart y NORVIG, Peter (2011): «Artificial Intelligence: A Modern Approach», 3ª edición, Pearson.

⁷ En cuanto a los diferentes tipos de algoritmos de ML, véase BUCHANAN, Ben y MILLER, Taylor (2017): «Machine Learning for Policymakers: What It Is and Why It Matters», Harvard Kennedy School, Belfer Center for Science and International Affairs; MOHRI, Mehryar y otros (2012): «Foundations of Machine Learning», MIT Press.

⁸ Para una visión general sobre los diferentes casos de uso, véase OECD (2019): Artificial Intelligence in Society, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>; International Electrotechnical Commission (IEC) (2018): White Paper Artificial Intelligence across industries. 45ff. <https://www.iec.ch/basecamp/artificial-intelligence-across-industries>.

⁹ Para una visión general del uso de los sistemas de IA por parte de los organismos públicos, véase MISURACA, Gianluca, y otros (2020): «AI Watch: Artificial Intelligence in public services», Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC120399>.

¹⁰ FREEMAN ENGSTROM, David y otros (2020): «Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies», Informe presentado a la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf>.

consumen mucho tiempo, o ofreciendo a los organismos públicos información, previsiones y predicciones más precisas y detalladas, lo que por su parte podría conducir a servicios públicos personalizados y adaptados a las circunstancias individuales. Los sistemas impulsados por IA pueden incluso ayudar a reaccionar frente a los desafíos globales principales, como el cambio climático¹¹ y la pandemia de Covid.¹²

Sin embargo, como ocurre con toda tecnología disruptiva, los sistemas de IA no solo traen beneficios, sino también riesgos sustanciales, que suponen una amplia variedad de desafíos éticos y legales.¹³ Los sistemas de IA tienen el potencial de dañar de manera impredecible la vida, la salud y la propiedad de las personas. También pueden afectar a los valores fundamentales en los que se basan las sociedades occidentales, dando lugar a violaciones de los derechos fundamentales de las personas, incluidos los derechos a la dignidad humana y a la autodeterminación, a la privacidad y a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión y de reunión, a la no discriminación o al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la protección de los consumidores.¹⁴

2. Características problemáticas de los sistemas de IA

En la raíz de estos problemas se encuentran algunas características específicas de los sistemas de IA que los hacen cualitativamente diferentes de los avances tecnológicos anteriores:¹⁵

¹¹ VINUESA, Ricardo y otros (2020): «The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals», Nat Commun 11.233, <https://doi.org/10.1038/s41467-019-14108-y>.

¹² KRITIKOS, Mihalis (2020): «Ten technologies to fight Coronavirus», Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), PE 641.543, 2020, 1-2, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA\(2020\)641543](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2020)641543).

¹³ Según el Índice de IA de Stanford 2019, los desafíos éticos más mencionados a través de 59 documentos del marco ético de la IA fueron: la equidad; la interpretabilidad y la explicabilidad; la transparencia, la responsabilidad; la privacidad de los datos, la fiabilidad, la solidez y la seguridad; PERRAULT, Raymond y otros (2019): «The AI Index 2019 Annual Report», AI Index Steering Committee, Human-Centered AI Institute. Universidad de Stanford, Stanford. 149, https://hai.stanford.edu/sites/default/files/ai_index_2019_report.pdf.

¹⁴ Véase Consejo de Europa (2018-1): Algorithms and Human Rights, Study on the Human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications, estudio del Consejo de Europa, DGI(2017)12, elaborado por el Comité de Expertos en Intermediarios de Internet (MSI-NET); Berkman Klein Center (2018): Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities and Risks, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3259344>.

¹⁵ Para más detalles, véase EBERS, Martin (2020): «Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges», en: EBERS, Martin y NAVAS, Susana (2020): *Algorithms and Law*. Cambridge University Press, 44 y ss; Comisión Europea (2021-2): Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Impact Assessment, Accompanying the Proposal for a Regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), SWD(2021) 84 final, Parte 1/2, 28 y ss.

- Complejidad e interconectividad: Muchos sistemas de IA están formados por una multiplicidad de componentes y procesos diferentes que están interconectados. Esta complejidad e interconectividad dificulta el control, la identificación y la prueba de posibles infracciones de las leyes.
- Correlación en lugar de causalidad: La mayoría de las técnicas de minería de datos se utilizan para detectar patrones y correlaciones estadísticas en lugar de buscar la causalidad entre los parámetros relevantes. La inferencia de estas correlaciones a partir de la entrada de datos puede reforzar los sesgos y errores sistémicos. Esto agrava los problemas de autonomía y discriminación algorítmica.
- Adaptación continua: La capacidad de algunos sistemas de IA de «aprender» y «adaptarse» continuamente con el tiempo puede conducir a resultados imprevisibles y dar lugar a nuevos riesgos, que no se abordan adecuadamente en las legislaciones existentes.
- Comportamiento autónomo: La capacidad de algunos sistemas de IA para generar resultados con una intervención humana limitada o inexistente podría violar las normas de seguridad y los derechos humanos de manera imprevista.
- Opacidad: La falta de transparencia de los sistemas de IA (problema de la «*black box*») dificulta el control, la identificación y la prueba de posibles infracciones de las leyes, incluidas las disposiciones legales que protegen los derechos fundamentales de los seres humanos.

3. El marco jurídico actual

A nivel mundial, se han realizado muchas iniciativas tecnológicas y económicas para avanzar hacia la adopción de las tecnologías de IA, sin embargo, actualmente no existe ningún país u organización supranacional en el mundo con una legislación que tenga en cuenta explícitamente las características problemáticas de los sistemas de IA en general. Con algunas excepciones - especialmente en el ámbito de los vehículos autónomos,¹⁶ los drones,¹⁷ la negociación de alta

¹⁶ Para los EE.UU., véase Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (2022): Autonomous Vehicles State Bill Tracking Database, <https://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-legislative-database.aspx>. Para la UE, véase Grupo de Expertos en Responsabilidad y Nuevas Tecnologías - Formación en Nuevas Tecnologías (2019): Liability for artificial intelligence and other emerging technologies, <https://doi.org/10.2838/573689>.

¹⁷ En la UE, el Reglamento de Aviación Civil 2018/1139 aborda cuestiones de registro, certificación y normas generales de conducta para los operadores de drones -sin embargo, sin regular directamente la responsabilidad civil; véase BERTOLINI, Andrea, (2018): «Artificial intelligence and civil law: liability rules for drones», Estudio encargado por el Departamento de Política del Parlamen-

frecuencia,¹⁸ la protección de datos¹⁹ y las decisiones administrativas²⁰ - tampoco existen normas especiales para los sistemas de IA u otros sistemas de toma de decisiones automatizadas en particular.

Ciertamente, muchos países, y a veces también organizaciones internacionales y supranacionales, tienen leyes, normas y reglas que son relevantes para los sistemas de IA, que van desde los principios constitucionales (Estado de derecho, democracia),²¹ derechos humanos,²² y derecho humanitario (internacional);²³ hasta el derecho administrativo y penal que protegen, entre otras cosas, los procedimientos justos;²⁴ o leyes especiales que podrían ayudar a mitigar los problemas descritos, como las leyes de protección de datos, de ciberseguridad, de seguridad y responsabilidad de productos, de competencia, de consumidores y muchos otros campos. Estas leyes, sin embargo, no se hicieron pensando en la IA y la robótica inteligente.

to Europeo para los derechos de los ciudadanos y los asuntos constitucionales a petición de la Comisión JURI, PE 608.848, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2018\)608848](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2018)608848).

¹⁸ Véase especialmente el Art. 17, Art. 48(6) MiFID II (Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros) y Reglamento Delegado (UE) 2017/589 de la Comisión, de 19 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en las que se especifican los requisitos de organización de las empresas de inversión que realizan operaciones algorítmicas, DO 2017 L 87/417.

¹⁹ En la UE, el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (RGPD) contiene algunas disposiciones para las decisiones totalmente automatizadas. El Art. 22 del RGPD prohíbe las decisiones totalmente automatizadas; para esas decisiones, el Art. 13(2)(f) y el Art. 14(2)(g) del RGPD establecen, además, una obligación especial de información para los responsables del tratamiento. Tanto Canadá como Francia han emitido normas para las decisiones administrativas automatizadas basadas en algoritmos. En el caso de Canadá, véase Gobierno de Canadá, (2022): Directiva sobre la toma de decisiones automatizada. <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>. En Francia, la Ley de la República Digital (Loi no. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique), establece que, en el caso de que los agentes estatales tomen una decisión «sobre la base de algoritmos», las personas tienen derecho a ser informadas sobre las «características principales» del sistema de toma de decisiones.

²¹ Véase por ejemplo, Consejo de Europa, (2018-2): Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, adoptada por la CEPEJ durante su 31ª reunión plenaria.

²² Véase Consejo de Europa, (2018-1); Berkman Klein Center, (2018).

²³ MARGULIES, Peter, (2018): «The Other Side of Autonomous Weapons: Using Artificial Intelligence to Enhance IHL Compliance», Lieber Inst. for Law and Land Warfare, U.S. Military Academy at West Point, The Impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict (Oxford Univ. Press, Eric Talbot Jensen ed., 2018, Forthcoming), Roger Williams Univ. Legal Studies Paper No. 182, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3194713

²⁴ Véase, *entre otros*, COGLIANESE, Cary y LEHR, David (2017): «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», 105 Georgetown Law Journal 1147, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=%202928293

En consecuencia, existe un consenso mundial en que las legislaciones existentes son insuficientes para abordar adecuadamente las implicaciones inconvenientes de los sistemas de IA.

4. *Iniciativas para regular la IA*

Desde principios de 2017, muchos gobiernos del mundo han comenzado a elaborar estrategias nacionales para la promoción, el desarrollo y el uso de sistemas de IA. Mientras que algunos países han establecido estrategias específicas y globales de IA (por ejemplo, China, el Reino Unido y Francia); algunos están integrando las tecnologías de IA dentro de las hojas de ruta tecnológicas o digitales nacionales (por ejemplo, Dinamarca y Australia); mientras que otros se han centrado en desarrollar una estrategia nacional de investigación y desarrollo (I+D) de IA (por ejemplo, los Estados Unidos).²⁵

En los Estados Unidos, en particular, el gobierno ya se ha apoyado, en gran medida bajo la administración Obama, en la concepción liberal del libre mercado.²⁶ La administración de Trump también vio su papel no en la regulación de IA, sino en «facilitar la I+D en IA, promoviendo la confianza del pueblo de los Estados Unidos en el desarrollo y el despliegue de las tecnologías relacionadas con IA», manteniendo así el liderazgo de los Estados Unidos en IA.²⁷ En enero de 2020, la Casa Blanca publicó un borrador de memorando en el que se esbozaban diez principios que las agencias federales de los Estados Unidos deberían tener en cuenta al elaborar leyes y normas para el uso de la IA en el sector privado, pero subrayaba - de nuevo - que una prioridad era limitar la «extralimitación» regulatoria.²⁸

²⁵ DELPONTE, Laura (2018): «European Artificial Intelligence (AI) leadership, the path for an integrated visión», Estudio solicitado por la Comisión ITRE del Parlamento Europeo, PE 626.074, 22. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2018\)626074](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2018)626074).

²⁶ Oficina Ejecutiva del Presidente Comité del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología sobre Tecnología (2016): Preparing for the Future of Artificial Intelligence. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf. Para un debate detallado, véase CATH, Corinne y otros (2018): «Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach», *Sci Eng Ethics* 24, 505–528. <https://doi.org/10.1007/s11948-017-9901-7>.

²⁷ TRUMP, Donald (2019): Executive order on maintaining American leadership in Artificial Intelligence, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maintaining-american-leadership-artificial-intelligence/>; véase también SHEPARDSON, David (2018): Trump administration will allow AI to 'freely develop' in U.S.: Official, Reuters, *Technology News*. <https://www.reuters.com/article/us-usa-artificialintelligence/trump-administration-will-allow-ai-to-freely-develop-in-us-official-idUSKBN1IB30F>.

²⁸ Oficina de Administración y Presupuesto (OMB), la Casa Blanca (2019): Memorando para los Jefes de los departamentos ejecutivos y Agencias, *Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Appli-*

En China, el Consejo de Estado describió ya en 2017 en «The next generation AI Development Plan» (el «Plan de desarrollo de la IA de próxima generación»)²⁹ el objetivo de China de convertirse en el líder mundial en IA para 2030 con la definición y codificación de normas éticas para la IA. Además, en marzo de 2022, China puso en marcha disposiciones sobre la gestión de las recomendaciones algorítmicas en los servicios de información de Internet.³⁰

La Unión Europea (UE) subraya – sobre todo – que el cumplimiento de los principios éticos, los requisitos legales y los valores sociales europeos son esenciales para crear «un ecosistema de confianza». En 2018, la Comisión Europea publicó su estrategia de IA³¹ y estableció el «Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial» para apoyar su implementación. Un año más tarde, el Grupo de expertos presentó sus «Directrices éticas para una IA fiable»³², seguidas de las «Recomendaciones políticas y de inversión para una IA fiable».³³ Sobre la base de este trabajo preparatorio, la Comisión lanzó en febrero de 2020 su Libro Blanco sobre la IA³⁴ para iniciar una consulta pública sobre el futuro marco normativo de la IA. Estos documentos, a su vez, constituyen la piedra angular de la propuesta más ambiciosa hasta la fecha: la Ley de Inteligencia Artificial, que se analizará en detalle en las siguientes secciones. Además, la Comisión Europea adoptó un plan coordinado sobre la IA³⁵, en el que se exponen los cambios políticos y las inversiones necesarias a nivel de los Estados miembros para fomentar la excelencia de la IA.

Varias organizaciones internacionales también han tomado la iniciativa de reflexionar sobre el futuro marco jurídico de IA, como la UNESCO con su "Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial", adoptada en noviembre de 2021 por 193 Estados miembros,³⁶ la Organización para la Cooperación y el

cations. www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Draft-OMB-Memo-on-Regulation-of-AI-1-7-19.pdf.

²⁹ Consejo de Estado de China (2017): Next Generation Artificial Intelligence Development Plan, n.º 17. Boletín de Ciencia y Tecnología de China. <http://fi.china-embassy.org/eng/kxjs/P020171025789108009001.pdf>.

³⁰ http://www.cac.gov.cn/2022-01/04/c_1642894606364259.htm.

³¹ Comisión Europea (2018): Comunicación Inteligencia artificial para Europa, COM(2018) 237 final.

³² Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea (2019-1): Directrices éticas para una IA fiable, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60423.

³³ Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea (2019-2): Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI.

³⁴ Comisión Europea (2020): Libro Blanco Sobre la Inteligencia Artificial - Un enfoque europeo de la excelencia y la confianza, COM(2020) 65 final.

³⁵ Comisión Europea (2021-3): Comunicación Fomentar un enfoque europeo de la inteligencia artificial, COM(2021) 205 final.

³⁶ UNESCO (2021): Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, SHS/BIO/REC-AIETHICS/2021. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa.

Desarrollo Económicos (OCDE) con sus principios sobre IA, adoptados en mayo de 2019,³⁷ y el nuevo Observatorio de Políticas de IA que tiene como objetivo ayudar a los responsables políticos a aplicar los principios de IA;³⁸ y el Consejo de Europa con su «Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno», adoptada a finales de 2018,³⁹ y su comité ad hoc sobre IA (CAHAI)⁴⁰ que a finales de 2021, acordó «posibles elementos de un marco jurídico sobre la inteligencia artificial».⁴¹ En 2022, el CAHAI fue sucedido por un nuevo Comité de Inteligencia Artificial (CAI) que trabajará hasta el 31 de diciembre de 2024.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE IA DE LA COMISIÓN EUROPEA

1. Enfoque horizontal basado en el riesgo para regular los sistemas de IA

La propuesta de la Comisión Europea es el primer intento mundial de regular los sistemas de IA de forma horizontal. A diferencia de otras legislaciones de la UE, la propuesta de LIA no es específica de un sector, sino que se refiere al uso de la IA en general. De este modo, la Comisión espera que las opciones reglamentarias fundamentales sean amplias y puedan resistir el paso del tiempo» con «mecanismos flexibles que le permitan adaptarse de manera dinámica a medida que evolucione la tecnología y surjan nuevas situaciones preocupantes.⁴²

Lo más destacable es que la propuesta sigue un enfoque basado en los riesgos e impone cargas reglamentarias solo cuando un sistema de IA puede plantear riesgos elevados para los derechos fundamentales y la seguridad.

En total, la LIA diferencia entre cuatro categorías diferentes, es decir, sistemas y prácticas de IA que crean (i) riesgos inaceptables, (ii) altos riesgos, (iii) riesgos limitados y (iv) riesgos mínimos.

- Los sistemas de IA que crean riesgos inaceptables por su amenaza a la seguridad, los medios de vida y los derechos de las personas están prohibidos según la propuesta (art. 5 LIA). Esto incluye las calificaciones sociales por parte de los gobiernos, la explotación de las vulnerabilidades de

³⁷ OCDE (2019): Recomendación del Consejo sobre la inteligencia artificial, OECD/LEGAL/0449. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>.

³⁸ OECD AI Policy Observatory. <https://oecd.ai/>.

³⁹ Consejo de Europa (2018-2).

⁴⁰ Consejo de Europa. CAHAI - Ad hoc Committee on Artificial Intelligence. www.coe.int/cahai.

⁴¹ Consejo de Europa (2021): 1425th meeting. <https://rm.coe.int/possible-elements-of-a-legal-framework-on-artificial-intelligence/1680a5ae6b>.

⁴² Exposición de motivos de la Ley de Inteligencia Artificial, COM(2021) 206 final, 3.

grupos específicos de personas (por ejemplo, los niños), el uso de técnicas subliminales y – sin perjuicio de las excepciones – los sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley.

- Los sistemas de IA de alto riesgo están permitidos en el mercado europeo; sin embargo, están sujetos al cumplimiento de requisitos obligatorios y a una evaluación de conformidad *ex ante* antes de que puedan comercializarse (art. 8 y ss. LIA).
- Para los sistemas de IA con riesgos limitados, la LIA prevé obligaciones de transparencia para asegurarse de que las personas sepan que se están comunicando con un sistema de IA o que se enfrentan a él (art. 52 LIA). Esto se refiere a los sistemas de IA que interactúan con los seres humanos (por ejemplo, los chatbots), los sistemas de reconocimiento de emociones y de categorización biométrica, y los sistemas que generan o manipulan contenidos (ultrafalsificaciones o *deep fakes*).
- Los sistemas con riesgos mínimos, es decir, todos los demás sistemas de IA, pueden desarrollarse y utilizarse de conformidad con la legislación ya existente, sin ninguna obligación legal adicional. Los proveedores de estos sistemas pueden optar por aplicar voluntariamente los requisitos para una IA fiable y adherirse a códigos de conducta voluntarios (art. 69 LIA).

Por último, este enfoque normativo basado en los riesgos es de agradecer. Dado que los diferentes sistemas de IA conllevan diferentes riesgos, una regulación única para todos no sería adecuada. En su lugar, deben determinarse los riesgos de cada sistema de IA y compararse entre los distintos sistemas.

Sin embargo, un análisis más detallado muestra que la propuesta de LIA puede necesitar aún mejoras en muchas áreas.

2. Objetivo de la propuesta de la Ley de Inteligencia Artificial. Competencias. Efecto preventivo

Dado que algunos Estados miembros ya están estudiando normas nacionales para regular los sistemas de IA, la Comisión ha elegido explícitamente el instrumento de un reglamento basado en la cláusula del mercado interior (art. 114 TFUE) para evitar la fragmentación del mercado interior.

Sin embargo, es dudoso que esta base jurídica pueda utilizarse para la LIA a la luz de la sentencia sobre la publicidad del tabaco,⁴³ especialmente en lo que respecta a la prohibición de determinados sistemas utilizados por las autoridades

⁴³ TJUE, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544; véase también TJUE, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323.

estatales (véase art. 5(1)(c) y (d) LIA). ¿Cómo contribuye la prohibición de determinados sistemas de IA utilizados por las autoridades públicas a eliminar los obstáculos al comercio en el mercado interior? Asimismo, es cuestionable que estas prohibiciones puedan basarse en art. 16(2) TFUE, ya que estas prohibiciones no tienen como objetivo directo la protección de los datos personales, sino otros derechos fundamentales y valores democráticos. Además, las excepciones de art. 5(1)(d)(iii) LIA abordan los requisitos detallados de las normas de procedimiento administrativo, incluidos determinados grupos de casos y el requisito de autorización previa por parte de una autoridad judicial o administrativa independiente. Este tipo de obligaciones procesales relativas a la seguridad del Estado, la prevención de riesgos y el enjuiciamiento suelen formar parte de la ley de policía administrativa o del código de procedimiento penal de los Estados miembros.⁴⁴

Otro aspecto que sigue sin estar claro en la propuesta es la cuestión de hasta qué punto los Estados miembros pueden desviarse de los requisitos sustantivos contenidos en ella, es decir, si establece un marco de armonización plena o si es uno de armonización mínima que permite a los Estados miembros mantener o introducir disposiciones divergentes de las establecidas en la LIA, incluidas disposiciones más estrictas para garantizar un nivel de protección diferente. Por ejemplo, ¿siguen teniendo los Estados miembros competencia para prohibir determinados sistemas de IA más allá de las prohibiciones de art. 5 LIA, por ejemplo, los sistemas biométricos o las calificaciones sociales de las empresas privadas?

Al menos este último punto parece haberse aclarado en parte durante el proceso legislativo, ya que el proyecto de informe de la comisión IMCO y LIBE presentado el 20 de abril de 2022 contiene ahora una enmienda que señala que las prohibiciones del art. 5 LIA no afectarán a las prohibiciones que se aplican cuando una práctica de IA infringe otras leyes. Esta aclaración legislativa parece, en efecto, necesaria y es de agradecer, aunque la aplicación de otras prohibiciones (nacionales) puede conducir a una fragmentación del mercado interior, poniendo en duda el enfoque legislativo basado en la cláusula del mercado interior de art. 114 TFUE.

3. Ámbito de aplicación

La propuesta de LIA tiene un ámbito de aplicación bastante amplio, tanto en lo que respecta a la definición de los sistemas de IA como a su ámbito territorial.

⁴⁴ VALTA y VASEL (2021), «Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Künstliche Intelligenz: Mit viel Bürokratie und wenig Risiko zum KI-Standort?», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 142 (143).

3.1. Definición excesivamente amplia de «sistemas de IA»

La propuesta de LIA define un sistema de IA como un programa informático desarrollado con enfoques de aprendizaje automático, basados en la lógica y el conocimiento o en la estadística, y que puede «generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» en función de unos «objetivos definidos por seres humanos» (art. 3(1), Anexo I LIA).

Un ámbito de aplicación sustantivo tan amplio de la LIA parece problemático.⁴⁵ El art. 3(1) LIA, junto con el anexo I, abarca casi todos los programas computacionales, y un enfoque tan amplio puede generar inseguridad jurídica para los desarrolladores, operadores y usuarios de sistemas de IA.⁴⁶ Por otra parte, muchos asocian el término «inteligencia artificial» principalmente con el aprendizaje automático, y no con simples procesos de automatización en los que se ejecutan reglas preprogramadas según un razonamiento basado en la lógica.

La LIA también va más allá del grado necesario de regulación, al menos en algunos casos. Por un lado, una definición amplia de «sistemas de IA» puede estar justificada a la luz de las prácticas de IA prohibidas delineadas en el art. 5 LIA para compensar las amenazas que suponen los distintos tipos de software para los derechos fundamentales de las personas. De hecho, parece que no hay mucha diferencia para los derechos de los ciudadanos afectados si las prácticas prohibidas (manipulación subliminal, explotación de vulnerabilidades, calificaciones sociales o identificación biométrica remota) están habilitadas por el aprendizaje automático o el razonamiento basado en la lógica. Por otro lado, una definición tan amplia es demasiado extensa cuando se trata de sistemas de IA de alto riesgo. Los requisitos obligatorios previstos para estos sistemas en el Capítulo 2 del Título III se basan en la observación de que una serie de derechos fundamentales se ven afectados negativamente, en particular, por las características especiales del ML, como la opacidad, la complejidad, la dependencia de datos y el comportamiento autónomo.⁴⁷ Dado que estas características no están presentes, o solo parcialmente, en los algoritmos simples (basados en la lógica), la definición amplia de IA potencialmente conduce a un exceso de regulación.

⁴⁵ FLORIDI, Luciano (2021): *Philosophy & Technology*, 216: «obvious shortcomings».

⁴⁶ BOMHARD, David and MERKLE, Marieke (2021): «Regulation of Artificial Intelligence» *EuCML*, 257.

⁴⁷ Véase la exposición de motivos de la Ley de Inteligencia Artificial, COM(2021) 206 final, p. 12, en el apartado II.2.

3.2. **Ámbito poco claro con respecto a la investigación académica y el software de código abierto**

Otro defecto normativo de la LIA es que, a diferencia del art. 89 RGPD,⁴⁸ no prevé ninguna excepción para los fines de investigación. Por lo tanto, en situaciones en las que los investigadores colaboran con la industria y publican su modelo con fines académicos, pueden correr el riesgo de ser considerados como proveedores que «desarroll[an] un sistema de IA» con vistas a «ponerlo en servicio» (art. 3(2) LIA), es decir, suministran el sistema «para su primer uso directamente al usuario o para uso propio» (art. 3(11) LIA).⁴⁹

Este riesgo se ve magnificado por el hecho de que el software de código abierto (*Open Source Software* o OSS) es una parte importante del ecosistema de la investigación. Clasificar cualquier lanzamiento de un OSS como «introducir en el mercado/poner en servicio» e imponerle requisitos de evaluación de la conformidad será simplemente perjudicial para todo el ecosistema de la investigación científica.

3.3. **Ámbito territorial**

Las nuevas normas se aplicarían directamente tanto a los agentes públicos⁵⁰ como a los privados⁵¹ dentro y fuera de la UE, siempre que el sistema de IA se comercialice en la Unión o su uso afecte a personas situadas en la UE (art. 2(1) LIA). Con este enfoque, la propuesta sigue el modelo del RGPD, bien conocido por su «efecto Bruselas», por el que los mercados transmiten la normativa de la UE tanto a los participantes en el mercado como a los reguladores de fuera de la UE.⁵²

Al mismo tiempo, sin embargo, art. 2(1)(c) LIA limita el ámbito geográfico de la LIA a la «utilización» de los sistemas de IA dentro de la Unión Europea (UE), excluyendo los casos en los que el desarrollo, la venta o la exportación de

⁴⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos = RGPD), DO 2016 L 119/1.

⁴⁹ Véase SMUHA, Nathalie y otros (2021): «How The EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response To The European Commission's Proposal For An Artificial Intelligence Act», *Leads Lab@ University of Birmingham*, 16. <https://ssrn.com/abstract=3899991>.

⁵⁰ Las autoridades públicas de un tercer país, así como determinadas organizaciones internacionales, están excluidas del ámbito de aplicación, art. 2(4) AIA.

⁵¹ La ley de IA se aplica a las personas físicas y jurídicas, sin embargo, la ley IA no se aplica a los usuarios no profesionales; art. 3(4) AIA.

⁵² BRADFORD, Anu (2020): «The Brussels Effect. How the European Union Rules the World», Oxford University Press.

sistemas de IA de alto riesgo, o incluso de sistemas de IA prohibidos, tenga lugar dentro de la UE pero se utilice fuera de ella. Esta disposición crea problemas jurídicos y éticos para los usuarios de sistemas de IA situados fuera de la UE. Por otra parte, teniendo en cuenta que la LIA se basa en la cláusula del mercado interior (art. 114 TFUE), la disposición parece justificada, ya que es difícil imaginar cómo podría contribuir la LIA al mercado interior si un sistema de IA solo se desarrolla en la UE, pero nunca se pone en servicio en ella.

4. Usos prohibidos de los sistemas de IA (art. 5 LIA)

Art. 5 LIA prohíbe ciertas aplicaciones de IA que la Comisión Europea considera que suponen un riesgo inaceptable.

4.1. Sistemas de IA manipulativos (art. 5(1)(a) y (b) LIA)

En primer lugar, el art. 5(1)(a) y (b) de la LIA prohíbe ciertos sistemas de IA manipuladores que utilizan «técnicas subliminales» que llegan hasta la conciencia de una persona, o que aprovechen las vulnerabilidades de una persona debido a su edad o a su discapacidad física o mental para alterar de manera sustancial su comportamiento de forma que se pueda dañar a esa persona o a otra, ya sea mental o físicamente.

Lo que parece problemático es que ni dicho artículo ni el considerando (16) LIA definen lo que constituye una «técnica subliminal» o aquello que «altera sustancialmente» el comportamiento de una persona. Muchas características de la IA influyen en su comportamiento del usuario de forma tan sutil que puede pasar desapercibida para el mismo. Además, art. 5(1)(a) LIA sólo cubre las prácticas de IA que tienen la intención directa de perjudicar a otras personas. Parece probable que la mayoría de este tipo de sistemas ya sean ilegales según el derecho penal en la mayoría de los Estados miembros. Influir y “empujar” a los usuarios hacia servicios comerciales que potencialmente no desean no está cubierto por art. 5 LIA, y es cierto que una prohibición general de este tipo de técnicas publicitarias sería un exceso. Además, ya la Directiva sobre prácticas comerciales desleales⁵³ prohíbe las prácticas comerciales que distorsionan el comportamien-

⁵³ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/2/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), DO L 149/22, art. 5.

to humano en determinadas condiciones.⁵⁴ Por lo tanto, aclarar los términos del considerando (16) o del art. 3 LIA sería útil para determinar el alcance de los sistemas de IA que utilizan dichas técnicas a la luz del art. 5 LIA.

Otra cuestión problemática es que, según art. 5 LIA, es suficiente que el comportamiento distorsionado de una persona pueda causar daños físicos o psicológicos, pero no basta con que el sistema de IA pueda manipular el comportamiento. Por tanto cuando las prohibiciones del art. 5 LIA no sean aplicables a estos sistemas de IA manipuladores, por ejemplo, cuando el sistema de IA sea manipulador pero carezca de potencialidad para causar daños, el sistema no estará calificado *per se* como sistema de alto riesgo según la LIA.

Por último, pero no por ello menos importante, la LIA no siguió las demandas de una prohibición general de las ultrafalsificaciones (*Deep fakes*), que podrían definirse como sistemas de IA manipuladores abordados en el art. 5(1) LIA, pero que no suelen plantear un riesgo directo de daño físico o psicológico, sino más bien una difamación individual o un daño a la reputación y problemas sistémicos de noticias falsas y manipulación. Las ultra falsificaciones se mencionan explícitamente en el art. 52(3) LIA y exigen que se haga público que el contenido ha sido generado de forma artificial o manipulado.

4.2. Calificaciones sociales (art. 5(1)(c) LIA)

Además, art. 5(1)(c) LIA prohíbe los sistemas de IA utilizados por parte de las autoridades públicas o en su representación con el fin de evaluar y clasificar la conducta social de una persona (la llamada calificación social). Sin embargo, art. 5 LIA no aclara hasta qué punto «la utilización de un sistema de IA» tiene lugar en representación de las autoridades públicas, sobre todo teniendo en cuenta que el desarrollo de las tecnologías digitales lo realiza mayoritariamente el sector privado y lo despliega la administración pública u otras autoridades públicas. No está claro si las calificaciones sociales de los ciudadanos, construida habitualmente con amplios conjuntos de datos del sector privado que aumentan los datos

⁵⁴ En cuanto a la cuestión de si los llamados «dark patterns» y la manipulación algorítmica están prohibidos por la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, véase EBERS, Martin (2021-1): «Liability for Artificial Intelligence and EU Consumer Law», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 12, párrafos. 28 s., https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-2-2021/5289/ebers_pdf; GALLI, Frederico (2020): «Online Behavioural Advertising and Unfair Manipulation Between the GDPR and the UCPD» en EBERS, Martin y CANTERO, Marta (2020): *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms*, Springer, p.109-135; HELBERGER, Natalie (2016): «Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - a new challenge for consumer law» en SCHULZE, Rainer y STAUDENMAYER, DIRK (2016), *Digital revolution: challenges for contract law in practice*, Nomos; MIK, Eliza (2016): «The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions», *Law, Innovation and Technology*, 8:1, 1-38. https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1736/.

administrativos, entra en el ámbito de aplicación de art. 5 LIA.⁵⁵ Por lo tanto, la LIA debería aclarar el significado de la frase «en su representación» contenida en art. 5 LIA.

Además, es problemático que la prohibición de los sistemas de IA utilizados con fines de calificaciones sociales se limite en art. 5(1)(c) LIA a los utilizados por las autoridades públicas.⁵⁶ Al limitar la prohibición de la calificación social a las autoridades públicas, la LIA ignora el uso de tales sistemas por parte de entidades privadas, incluso en ámbitos de alto riesgo que podrían afectar a los derechos fundamentales de las personas a través de un efecto indirecto de terceros. En consecuencia, la Comisión debería reevaluar si el riesgo de que las aplicaciones privadas de calificación social se implanten de forma generalizada en áreas sensibles de interés público, como la calificación crediticia, la vivienda o el empleo público, se aborda adecuadamente en la LIA.

4.3. Sistemas biométricos de IA (art. 5(1)(d) LIA)

Art. 5(1)(d) LIA prohíbe los sistemas de IA de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley (por ejemplo, los sistemas de reconocimiento facial utilizados para identificar a una persona en una multitud).

El enfoque de art. 5(1)(d) LIA de prohibir únicamente los sistemas de identificación biométrica (*biometric identification system* o BIS) utilizados para la aplicación de la ley es demasiado restrictivo. Por otro lado, las excepciones para la BIS son demasiado amplias, ya que la propuesta establece excepciones no sólo para la búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito y la prevención de atentados terroristas, sino también para la detección de sospechosos de delitos afectados por una pena privativa de libertad igual o superior a tres años a la que se refiere la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo.⁵⁷ Estas excepciones se cumplirán regularmente en la aplicación práctica de la ley.

En resumen, debería existir una prohibición general de la BIS en los espacios de acceso público, que debería extenderse a todo tipo de señales biométricas, conductuales o emocionales en cualquier contexto, por ejemplo, el ADN, el análisis de movimientos y la identificación biométrica remota «en diferido», ya que la misma podría permitir la vigilancia masiva indiscriminada. Ya la anticipación

⁵⁵ VEALE, Michael y ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik (2021): «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act», p. 6. <https://doi.org/10.31235/osf.io/38p5f>.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁷ 2002/584/JAI: Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco, DO L 190/1.

de ser identificado en espacios de acceso público puede causar efectos escalofriantes en el disfrute de los derechos fundamentales.⁵⁸

También es interesante señalar que art. 5(1)(d) LIA prohíbe el uso de un BIS, que es diferente de un sistema de categorización biométrica (*biometric categorization systems* o BCS).⁵⁹ Mientras que un BIS identifica a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos, un BCS puede asignar a una persona física a categorías específicas, como sexo, edad, origen étnico u orientación sexual o política.⁶⁰ Esta diferencia se reconoce en el Anexo III LIA, que utiliza explícitamente el término «identificación biométrica y categorización». Por otra parte, un sistema de reconocimiento de emociones (*emotion recognition system* o ERS)⁶¹ trata de detectar diferentes emociones mediante la integración de la información procedente de las expresiones faciales, el movimiento corporal, los gestos y el lenguaje. Sin embargo, el reconocimiento automatizado de características como el sexo, la sexualidad o el origen étnico, así como de las emociones, por parte del BCS y el ERS, no está prohibido por la LIA. Todas estas características fueron en repetidas ocasiones la causa de decisiones automatizadas sesgadas en el pasado. Los sistemas de IA como el BCS y el ERS, que clasifican a los individuos a partir de la biometría y la detección de emociones en grupos según motivos de discriminación prohibidos por art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deberían estar prohibidos según art. 5 LIA.⁶²

4.4. ¿Posibilidad de que la Comisión Europea añada prácticas de IA prohibidas?

Mientras que art. 7 LIA da a la Comisión Europea la posibilidad de modificar la lista de sistemas autónomos de IA de alto riesgo, la LIA no confiere el mismo

⁵⁸ BÜCHI, Moritz, FOSCH-VILLARONGA, Eduard, LUTZ, CHRISTOPH, Aurelia, VELIDI, Shruthi and VILJOEN, Salome (2020): «The chilling effects of algorithmic profiling: Mapping the issues», *Computer Law & Security Review*, Vol. 36. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.1053670267-3649>.

⁵⁹ Art. 3(35) AIA. A diferencia de la definición contenida en artículo 3(35) AIA, algunas categorías también pueden ser mucho más sofisticadas, como las relacionadas con el origen regional concreto, un grupo de riesgo particular o determinados rasgos de personalidad, en cuyo caso la categorización biométrica suele combinarse con técnicas de detección; véase WENDEHORST, Christiane and DULLER, Yannic (2021): «Biometric Recognition and Behavioural Detection», Estudio solicitado por las Comisiones JURI y PETI del Parlamento Europeo, PE 696.968, pp. 56 ss. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU\(2021\)696968_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU(2021)696968_EN.pdf).

⁶⁰ VAN DER PLOEG, Irma (2012): «Security in the Danger Zone: Normative Issues of Next Generation Biometrics» en MORDINI, Emilio y TZOVARAS, Dimitrios, *Second Generation Biometrics: The Ethical, Legal and Social Context*, Springer, p. 288.

⁶¹ Art. 3(34) AIA.

⁶² Véase SMUHA, Nathalie y otros (2021): p. 25-28. El uso de sistemas de identificación y categorización biométricos también plantea diversas cuestiones éticas. Para más detalles, véase WENDEHORST, Christiane and DULLER, Yannic (2021): p. 56-59.

poder cuando se trata de prácticas prohibidas. Según la propuesta, el art. 5 LIA no puede ser modificado por la Comisión Europea. Dado que algunas características problemáticas de las prácticas de IA solo pueden determinarse a posteriori, los legisladores podrían considerar la posibilidad de permitir a la Comisión Europea la opción de modificar las prácticas prohibidas según art. 5 LIA. Sin embargo, dadas las consecuencias de largo alcance de las prohibiciones totales, tal delegación de poderes iría demasiado lejos. Por lo tanto, en mi opinión, está justificado que la facultad de adoptar actos delegados se confiera a la Comisión Europea únicamente en relación con los sistemas de IA de alto riesgo.

5. *Sistemas de IA de alto riesgo*

5.1. **Visión general**

La LIA hace mayor hincapié en los sistemas de IA de alto riesgo que se regulan según el Nuevo Marco Legislativo (NML). El Nuevo Marco Legislativo se caracteriza por una legislación sobre la seguridad de los productos que solo especifica los requisitos esenciales a los que deben ajustarse los productos comercializados en la UE para poder disfrutar de la libre circulación en el mercado interior, mientras que la tarea de dar una forma más concreta a estos requisitos esenciales se confía a las tres organizaciones europeas de normalización (OEN): el CEN, el Cenelec y el ETSI.⁶³ En consecuencia, la LIA se basa principalmente en una evaluación de la autoconformidad mediante normas técnicas armonizadas, combinada con una presunción de conformidad si el proveedor sigue las normas armonizadas.

5.2. **Clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo**

Dado que muchos productos ya han sido armonizados bajo el NML, la LIA distingue entre dos categorías de sistemas de IA de alto riesgo.

La primera categoría (art. 6(1) LIA, anexo II.A.) se refiere a los sistemas de IA que son productos o componentes de seguridad de productos ya cubiertos por la legislación de los NML (como juguetes, maquinaria, ascensores o productos

⁶³ La llamada Nueva Aproximación fue aprobado por el Consejo el 7 de mayo de 1985 en su «Resolución relative a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización», DO 1985 C 136/1. En 2008, este enfoque se actualizó mediante el denominado Nuevo Marco Legislativo, que comprende el Reglamento (CE) 765/2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos, DO 2008 L 218/30; la Decisión 768/2008 sobre un marco común para la comercialización de los productos, DO 2008 L 218/82; y el Reglamento (UE) 2019/1020 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos, DO 2019 L 169/1.

sanitarios). En el caso de estos sistemas, la LIA solo complementa la legislación sectorial en materia de seguridad, señalando que los requisitos especiales para los sistemas de alto riesgo (véase *infra*, sección 4.4) deben comprobarse como parte de los procedimientos de evaluación de la conformidad ya existentes en virtud de la legislación del NML correspondiente (art. 24, 43(3) LIA).⁶⁴

La segunda categoría (art. 6(2), anexo III LIA) se refiere a los sistemas independientes de IA que conllevan el riesgo de causar un perjuicio a la salud y a la seguridad o el riesgo de tener repercusiones negativas para los derechos fundamentales (art. 7 LIA). Hasta ahora, la Comisión ha identificado en el Anexo III LIA los siguientes ocho sistemas de IA como «de alto riesgo»:

- la identificación biométrica y categorización (por ejemplo, reconocimiento facial),
- la gestión y el funcionamiento de las infraestructuras esenciales (por ejemplo, el transporte),
- la educación y formación profesional (por ejemplo, la calificación de los exámenes),
- el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo (por ejemplo, la clasificación de los CV),
- el acceso y el disfrute de los servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios (por ejemplo, la calificación del crédito que niega a los ciudadanos la oportunidad de obtener un préstamo),
- la aplicación de la ley que puede interferir con los derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, la evaluación de la fiabilidad de las pruebas en el proceso),
- la gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo (por ejemplo, verificación de la autenticidad de los documentos de viaje), y
- la administración de justicia y procesos democráticos (por ejemplo, la aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos).

Se discute si esta lista de sistemas de IA de alto riesgo es suficiente, lo que es objeto de un acalorado debate. En particular, la LIA omite varios contextos relevantes de uso de los sistemas de IA de alto riesgo que pueden plantear riesgos significativos, como los sistemas de IA utilizados para determinar la prima del seguro, los sistemas de IA relacionados con la salud que no están ya cubiertos

⁶⁴ La AIA no se aplica directamente a los productos cubiertos por la legislación de antiguo enfoque (por ejemplo, la aviación o los automóviles), que se basa en requisitos legales de seguridad detallados y en un papel importante de los organismos públicos en el sistema de homologación; art. 2(2) AIA. En cambio, los requisitos esenciales *ex ante* para los sistemas de IA de alto riesgo establecidos en la AIA sólo deben tenerse en cuenta al adoptar la legislación de aplicación o delegada pertinente en virtud de esos actos (art. 84 AIA).

por Anexo II, los sistemas de IA desplegados con fines de concesión de vivienda, por nombrar algunos.⁶⁵ También es cuestionable la razón por la que Anexo III.6. se centra estrictamente en el uso de los sistemas de IA por parte de las autoridades encargadas de la aplicación de la ley en lo que respecta a las «evaluaciones de riesgos individuales de personas físicas», la detección del «estado emocional de una persona física» y la «elaboración de perfiles de personas físicas». De este modo, la LIA limita su ámbito de aplicación a las personas físicas individuales, excluyendo las prácticas de IA dirigidas a grupos o zonas, como por ejemplo la «policía predictiva», que utiliza datos geoespaciales para determinar futuros delitos. Dado que estos sistemas pueden contribuir al exceso de policía y a la discriminación sistémica, sería preferible que la policía predictiva también debería incluirse en el Anexo III.6.

5.3. Requisitos esenciales para los sistemas de IA de alto riesgo

La Propuesta contiene en el Título III, Capítulo 2 de LIA una extensa lista de requisitos esenciales que deben observarse antes de comercializar un sistema de IA de alto riesgo.

Los requisitos obligatorios propuestos incluyen la creación de un sistema de gestión de riesgos (art. 9 LIA);

- criterios de calidad para los datos de entrenamiento, validación y prueba en relación con la adecuación, representatividad, precisión y completitud (art. 10 LIA), entre otras cosas para evitar sesgos y discriminaciones;
- la documentación técnica (art. 11, anexo IV LIA) y los registros (art. 12 LIA), que contienen la información necesaria para evaluar la conformidad del sistema de IA con los requisitos pertinentes;
- Disposiciones sobre la transparencia y comunicación de información a los usuarios (art. 13 LIA) para hacer frente a la opacidad de ciertos sistemas de IA;
- obligaciones de supervisión humana que incorporen «una herramienta de interfaz humano-máquina» para garantizar que los sistemas «puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas» (art. 14 LIA);
- y las obligaciones relativas a la precisión, la solidez y la ciberseguridad de los sistemas (art. 15 LIA).

⁶⁵ HILDEBRANDT, Mireille (2021): «The proposal for an EU AI Act of 21 April 2021: Hildebrandt commentary 19 July 2021». https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legalrequirements/F2662611_en.

En línea con el NML, todos estos requisitos están redactados de forma bastante amplia. En lugar de formular por sí mismo los requisitos para los sistemas de IA de alto riesgo, el reglamento define únicamente los requisitos esenciales, mientras que los detalles se dejan a las normas elaboradas por las OEN.

Por ejemplo, la LIA establece que los «datos de entrenamiento, validación y prueba serán pertinentes y representativos, carecerán de errores y estarán completos» (art. 10(3) LIA), para garantizar que el sistema de IA «no se conviert[a] en la fuente de alguno de los tipos de discriminación prohibidos por el Derecho de la Unión» (considerando (44) LIA), sin indicar qué formas de sesgo están prohibidas en el marco existente⁶⁶ y cómo debe mitigarse el sesgo algorítmico.⁶⁷ Lo mismo ocurre con art. 13(1) LIA y su petición de que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen «de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida». Aquí, de nuevo, la LIA deja abierto qué tipo y grado de transparencia debe considerarse adecuado,⁶⁸ dejando también esta cuestión a las normas elaboradas por las organizaciones europeas de normalización (OEN).

⁶⁶ Véase GERARDS, Janneke y XENIDIS, Raphaële (2021): «Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law», Informe especial para la Comisión Europea, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 9, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1>, en el que se argumenta que la actual legislación de la UE en materia de no discriminación «presenta una serie de incoherencias, ambigüedades y deficiencias que limitan su capacidad para captar la discriminación algorítmica en sus diversas formas».

⁶⁷ Para mitigar la discriminación, existe un gran número de métodos y métricas diferentes; véase el resumen de DUNKELAU, Jannik y LEUSCHEL, Michael (2019): «Fairness-Aware Machine Learning», Documento de trabajo, Estudios recientes muestran que existen diferentes nociones de equidad (por ejemplo, equidad individual frente a equidad de grupo) que son incompatibles entre sí y, por lo tanto, requieren compensaciones entre ellas; ZEHLIKE, Meike, HACKER, Philipp y WIEDEMANN, Emil (2020): «Matching Code and Law: Achieving algorithmic fairness with optimal transport», 34 *Data Mining and Knowledge Discovery* 163-200, 188 ss.; KLEINBERG, Jon, MULLAINATHAN, Sendhil y RAGHAVAN, Manish (2016): «Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores». <https://arxiv.org/abs/1609.05807v2>.

⁶⁸ Sobre las diferentes nociones y enfoques de la explicabilidad, véase BRKAN, Maja y BONNET, Gregory (2020): «Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas», 11 *European Journal of Risk Regulation*, 18-50, 20 ss. En cuanto a la cuestión de si, y en qué medida, las personas tienen derecho, en virtud de la legislación de la UE, a una explicación de la toma de decisiones automatizada, especialmente cuando se utilizan sistemas de IA, véase EBERS, Martin (2020): «Regulating Explainable AI in the European Union. An Overview of the Current Legal Framework(s)», en COLONNA, Liane and GREENSTEIN, Stanley, *Nordic Yearbook of Law and Informatics. Law in the Era of Artificial Intelligence*, pendiente de publicación.

5.4. La normalización como delegación no justificada del poder de reglamentación

La normalización tiene muchos aspectos positivos. Las normas técnicas pueden promover la rápida transferencia de tecnologías, garantizar la interoperabilidad de los sistemas y allanar el camino para establecer requisitos uniformes que apoyen la aplicación de los requisitos legales y los valores éticos.⁶⁹

Al mismo tiempo, sin embargo, las normas suscitan preocupación por la excesiva delegación de poder regulador a las OEN privadas. Como ya he explicado en otro lugar,⁷⁰ las normas armonizadas tienen efectos jurídicos vinculantes cercanos a los de las normas legales, principalmente porque los Estados miembros deben aceptar todos los sistemas de IA de alto riesgo que sean conformes con las normas armonizadas (art. 40 de la AIA). El mecanismo regulador que faculta a los OEN para elaborar normas armonizadas puede describirse, por tanto, como una delegación de poderes normativos.

Esta delegación de poder es problemática, sobre todo, por la falta de control democrático, la ausencia de posibilidades de que las partes interesadas (organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de consumidores) influyan en el desarrollo de las normas y la falta de medios judiciales para controlarlas una vez adoptadas. La normalización de los sistemas de IA no es una cuestión de decisiones puramente técnicas. Más bien hay que tomar una serie de decisiones jurídicas y éticas, que no deben ser subcontratadas a las OEN privadas, sino que requieren un debate político en el que participe toda la sociedad. El proceso de normalización europeo debe reflejar los valores y derechos fundamentales europeos, incluida la protección de los consumidores, concediendo a las organizaciones europeas interesadas derechos de participación efectivos.⁷¹

Por lo tanto, la Comisión Europea debería reconsiderar su enfoque. En lugar de delegar las decisiones fundamentales a las OEN, la LIA debería establecer disposiciones jurídicamente vinculantes para los requisitos esenciales de los sistemas de IA de alto riesgo, incluyendo cuestiones relacionadas con α – pero no limitadas a – qué formas de discriminación algorítmica deben prohibirse; cómo deben mitigarse los sesgos algorítmicos; qué tipo y grado de transparencia deben tener los sistemas de IA; cómo deben explicarse de forma comprensible las

⁶⁹ DIN/DKE (2020): «German Standardization Roadmap on Artificial Intelligence», 3-4. <https://www.dke.de/resource/blob/2017010/99bc6d952073ca88f52c0ae4a8c351a8/nr-ki-english—download-data.pdf>.

⁷⁰ EBERS, Martin (2021-2): «Standardizing AI - The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act» en DiMATTEO, Larry, CANNARSA, Michel and PONCIBÒ, Cristina. The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics, Cambridge University Press 2022, pp. 321-344.

⁷¹ Ebers, Martin (2021-2).

decisiones y predicciones impulsadas por la IA. Estas obligaciones jurídicamente vinculantes podrían, a su vez, concretarse en normas armonizadas para aplicaciones específicas por parte de las OEN. Dado que estas normas armonizadas pueden tener consecuencias sociales y jurídicas de gran alcance, los responsables políticos europeos deberían, al mismo tiempo, tomar las medidas necesarias para mejorar el proceso general de normalización, incluido el marco estructural y organizativo de las OEN como el CEN y el CENELEC, para facilitar un sistema de normalización inclusivo que permita la aportación democrática al desarrollo de normas técnicas.

5.5. Evaluación de la conformidad *ex ante*, declaración de conformidad y marcado CE

La eficacia de los requisitos para los sistemas de alto riesgo depende en gran medida de los mecanismos de cumplimiento y ejecución. A este respecto, la LIA se basa principalmente en el autocontrol por parte de los proveedores, combinado con una presunción de conformidad (art. 40 LIA), si el proveedor sigue las normas armonizadas, que deben ser desarrolladas por las OEN.

Según el considerando (64) LIA, la evaluación de la conformidad *ex ante* de los sistemas de IA de alto riesgo independientes debe ser llevada a cabo, como regla general, por el proveedor «bajo su propia responsabilidad». En consecuencia, art. 43(2) LIA establece que los proveedores deben atender al procedimiento de evaluación de la conformidad fundamentado en un control interno a que se refiere el anexo VI. Según este Anexo, el proveedor debe verificar que el sistema de gestión de la calidad establecido es conforme con los requisitos establecidos en el artículo 17 LIA. Además, el proveedor debe examinar la información presente en la documentación técnica para evaluar la conformidad del sistema de IA con los requisitos esenciales pertinentes establecidos en el título III, capítulo 2. Por último, el proveedor también debe verificar que el proceso de diseño y desarrollo del sistema de IA y su seguimiento posterior a la comercialización (art. 61 LIA) es coherente con la documentación técnica.

Esta evaluación interna de la conformidad suele ser suficiente para las aplicaciones independientes.⁷² En principio, la LIA no prevé una evaluación de conformidad *ex ante* por parte de terceros externos. La única excepción son los sistemas de identificación biométrica remota, que deben someterse, en caso de que no estén prohibidos, a una evaluación de conformidad *ex ante* con participación de

⁷² En cambio, los sistemas de IA que son componentes de seguridad de productos regulados sujetos a la Nueva Aproximación Legislativa deben someterse siempre a una evaluación de conformidad por parte de terceros según los requisitos sectoriales existentes.

un organismo notificado, a menos que existan normas armonizadas o especificaciones comunes (art. 43(1), anexo VII LIA).

Después de una evaluación de conformidad satisfactoria, los proveedores elaborarán una declaración de conformidad por escrito para cada sistema de IA y la mantendrán a disposición de las autoridades nacionales competentes durante 10 años (art. 19(1) y (2), art. 48(1) y (2) LIA). Junto con esta declaración de conformidad, los proveedores también están obligados a colocar el marcado CE de conformidad en los sistemas de IA de alto riesgo, en el embalaje o en los documentos adjuntos, según proceda, de acuerdo con art. 49 LIA y el Reglamento 765/2008.

Con este enfoque, la propuesta da a los proveedores de IA un margen de discrecionalidad indebidamente amplio en lo que respecta a la aplicación y el cumplimiento de la LIA, especialmente en lo que se refiere a las cuestiones siguientes: (i) si el software utilizado es un sistema de IA, (ii) si el sistema puede causar daños, y (iii) cómo cumplir los requisitos obligatorios del título III, capítulo 2 LIA, que no se establecen en detalle en la propuesta. Teniendo en cuenta que el sistema de marcado CE ha fracasado en otros sectores a la hora de proteger la salud y la seguridad de las personas – como en el sector médico, donde 400.000 implantes mamarios defectuosos fueron certificados por TÜV Rheinland como seguros⁷³ – la Comisión Europea debería estudiar si, al menos, determinados sistemas de IA de alto riesgo deberían someterse a un control *ex ante* independiente.

6. Obligaciones de los proveedores y usuarios

6.1. Visión general

La mayoría de las obligaciones previstas en la LIA recaen en el «proveedor», que se define en art. 3(2) LIA como «toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que desarrolle un sistema de IA o para el que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita». Además, la LIA también impone algunas obligaciones al «usuario», es decir, a «toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional» (art. 3(4) LIA).

El concepto de usuario debe aclararse en entornos con múltiples actores, en los que más de uno «utiliza» el sistema. Este es el caso, por ejemplo, en el

⁷³ KIERKEGAARD, Sylvia y KIERKEGAARD, Patrick (2013): «Danger to public health: medical devices, toxicity, virus and fraud», *Computer Law and Security Review* 29, no.1, 13-27.

contexto sanitario, en el que interviene una multitud de actores (organizaciones sanitarias, enfermeras, médicos, etc.). Dado que la LIA no aclara quién debe ser considerado «usuario» en situaciones en las que más de una persona tiene autoridad para decidir sobre el uso del sistema de IA, existe el riesgo de que se incumplan las obligaciones de la LIA.⁷⁴

6.2. Sistemas de IA de uso general

Otro problema surge cuando los sistemas de IA se utilizan para muchos fines diferentes (sistemas de IA de uso general). En tal situación, el desarrollador del sistema solo puede gestionar los datos con los que se entrena inicialmente el sistema, mientras que es el que lo aplica quien realmente decide si esos datos se conservan, se utilizan o se eliminan, y cómo. Este es el caso, por ejemplo, del sector sanitario, en el que un proveedor desarrolla un sistema para analizar las historias clínicas sin tener acceso a las historias clínicas de los pacientes de un hospital, mientras que el hospital (aplicador) será quien controle y procese los datos de los pacientes. En estas situaciones, el proveedor sólo tiene una influencia limitada sobre las obligaciones de cumplimiento de los sistemas de IA de alto riesgo. Sin embargo, art. 3(2) LIA presupone que el proveedor o desarrollador de un sistema de IA es también el que lo despliega en una aplicación de alto riesgo. Por lo tanto, parece adecuado que la Comisión Europea aclare las responsabilidades de los proveedores de sistemas de IA de uso general.

6.3. La IA como servicio (AI as a Service, AIaaS)

Además, la LIA debería aclarar y delinear las responsabilidades de los proveedores y los usuarios con respecto a la AIaaS. Los proveedores de AIaaS pueden desarrollar soluciones de software listas para usar o software personalizado específico del sector. Esto significa que sus clientes a menudo no tienen conocimiento de la tecnología. Sin embargo, no está claro si los clientes de AIaaS se consideran «proveedores» o «usuarios». Si los clientes se consideran «proveedores», podrían no estar en condiciones de satisfacer los requisitos obligatorios establecidos en el título III, capítulo 2, debido a su falta de conocimientos. En consecuencia, es importante que la LIA establezca las responsabilidades de los proveedores y los clientes de AIaaS.

⁷⁴ KISELEVA, Anastasiya (2020): «AI as a Medical Device: Is it Enough to Ensure Performance Transparency and Accountability?», *European Pharmaceutical Law Review*, volumen 4, número 1, p. 12, DOI: <https://doi.org/10.21552/eplr/2020/1/4>.

7. Requisitos para los sistemas de IA de riesgo limitado (art. 52 LIA)

Para determinados sistemas de IA que interactúan con personas físicas (por ejemplo, los chatbots) o que parecen generar contenidos auténticos (por ejemplo, las ultra falsificaciones), art. 52 LIA establece requisitos de transparencia. Según art. 52 LIA, las personas físicas deben ser «informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto en las situaciones en las que esto resulte evidente debido a las circunstancias y al contexto de utilización». El hecho de que art. 52 LIA introduzca otra categoría de sujetos implicados en el ciclo de vida de la IA, a saber, las «personas físicas» que interactúan con un sistema de IA, provoca confusión con los demás términos a los que se refiere la LIA, como el de «usuario». Por lo tanto, será conveniente aclarar en la LIA si estas categorías de sujetos son diferentes entre sí.

8. Aplicación de la ley

8.1. Falta de estructuras efectivas de aplicación

Como ya se ha mencionado, la LIA no establece estructuras de aplicación eficaces, ya que se basa principalmente en una autoevaluación interna por parte de los proveedores de IA para los sistemas de IA de alto riesgo, combinada con normas armonizadas que deben desarrollar las OEN privadas. Aunque los Estados miembros están facultados para aplicar normas sobre sanciones, y las autoridades de vigilancia del mercado pueden exigir que un sistema de IA no conforme sea retirado o recuperado del mercado, esto puede no ser suficiente para garantizar una aplicación efectiva. La experiencia con el RGPD muestra que el exceso de confianza en la aplicación por parte de las autoridades nacionales da lugar a niveles de protección muy diferentes en toda la UE, debido a los distintos recursos de las autoridades, pero también a las diferentes opiniones sobre cuándo y (a menudo) cómo tomar medidas.⁷⁵ Además, las autoridades de los Estados miembros carecen de normas sustantivas para evaluar si los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo están infringiendo la LIA. Dado que la propuesta no establece requisitos precisos para los sistemas de IA de alto riesgo, sino que lo deja en manos de la autoevaluación de los proveedores (así como de las organizaciones de normalización), no existen normas (uniformes) según las cuales pueda aplicarse la LIA.

Además, los individuos afectados por los sistemas de IA, las organizaciones de derechos civiles u otras partes interesadas no tienen derecho a quejarse a las

⁷⁵ Massé, Estelle (2020): «Two years under the EU GDPR: An implementation progress report - state of play, analysis and recommendations», *Access Now*.

autoridades de vigilancia del mercado ni a demandar a un proveedor o usuario por los fallos de la LIA. Por lo tanto, la propuesta también carece de medios efectivos de aplicación privada para compensar la deficiente aplicación pública.

8.2. Competencias del Comité Europeo de Inteligencia Artificial (CEIA)

El déficit de aplicación descrito anteriormente tampoco sería subsanado por el recién creado «Comité Europeo de Inteligencia Artificial» (CEIA). Aunque el objetivo del CEIA es facilitar la aplicación armonizada de la LIA, la propuesta no le confiere ninguna competencia en materia de aplicación. En cambio, el objetivo principal del CEIA sería emitir dictámenes y recomendaciones sobre cuestiones relacionadas con la aplicación de la LIA, especialmente sobre las normas y especificaciones comunes (art. 58 LIA).

Además, la ambición de la Comisión Europea de facilitar una aplicación coherente y armonizada de la LIA puede parecer dudosa debido a ciertas razones. En primer lugar, el funcionamiento del CEIA no parece ser totalmente independiente de cualquier influencia política, en la medida en que la LIA ha asignado un papel predominante a la Comisión Europea, que no sólo preside el CEIA, sino que también tiene derecho de veto para la adopción del reglamento interno del CEIA.⁷⁶ En segundo lugar, el mecanismo de cooperación entre las autoridades nacionales de supervisión y los individuos afectados por la LIA, o entre las diferentes autoridades nacionales de supervisión, sigue sin especificarse en la LIA. Por lo tanto, es evidente la necesidad de revisar las disposiciones del LIA para garantizar una mayor autonomía al CEIA.

9. Relación de la Ley de Inteligencia Artificial con el marco jurídico existente

9.1. Responsabilidad civil

Como es habitual en la legislación sobre seguridad de los productos, la LIA no contiene ninguna disposición sobre la responsabilidad civil por los daños causados por los sistemas de IA. La propuesta también carece de integración en la legislación europea sobre responsabilidad por productos, actualmente regulada por la Directiva de Responsabilidad por Productos 1985/374.⁷⁷ Este enfoque es

⁷⁶ European Data Protection Board (2021): «CEPD-SEPD, Dictamen conjunto 5/2021 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial)», p. 18.

⁷⁷ Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, 1999 DO L 141/20.

comprensible, ya que la UE tiene previsto abordar las cuestiones de responsabilidad relacionadas con las nuevas tecnologías, incluidos los sistemas de IA, en una fase posterior.⁷⁸ Sin embargo, sería preferible que la LIA incluyera al menos una aclaración de que no afecta a las reclamaciones por daños y perjuicios de las personas que se han visto perjudicadas por una infracción de la LIA. De lo contrario, no quedaría claro si las personas afectadas pueden reclamar daños y perjuicios en virtud de las legislaciones nacionales.⁷⁹

9.2. Ley de protección de datos

La legislación de la UE en materia de protección de datos no se ve básicamente afectada por la LIA. Sin embargo, en la propuesta falta tal declaración; solo se hacen referencias ocasionales a la aplicabilidad de determinadas disposiciones pertinentes del RGPD o de la Directiva 2016/680. Otras disposiciones contienen excepciones específicas a las disposiciones del RGPD, como art. 10(5) o art. 54 LIA. Las disposiciones sobre gobernanza de datos se aplican junto con el RGPD e independientemente de que los datos sean personales o no. Desde mi punto de vista, y en contra del CEPD-SEPD Dictamen conjunto 5/2021, art. 10(5) LIA parece suficientemente claro para crear una base jurídica para el tratamiento de categorías especiales de datos.

En consecuencia, el RGPD y la LIA siguen enfoques diferentes. Mientras que el RGPD aborda principalmente la protección de los derechos individuales, incorporando los valores de los derechos fundamentales europeos, la LIA se centra en el control de los productos y los riesgos sistémicos sin establecer directamente ningún derecho individual.

No obstante, debería haber una cláusula operativa que mencione explícitamente que el uso de los sistemas de IA debe cumplir las leyes de protección de datos y no meros considerandos que aclaren este punto. Más bien, este requisito de cumplimiento de las leyes de protección de datos debería incorporarse en el capítulo 2 del título III de la LIA. Este requisito también debe implicar la creación de disposiciones para tener en cuenta los códigos de conducta y la certificación previstos en el capítulo 4 del RGPD en el capítulo 2 del título III de la LIA, ya que en la forma actual, el marcado CE emitido por los organismos notificados en virtud de la LIA simplemente hace caso omiso del RGPD.

Además, las autoridades de protección de datos (APD) ya están aplicando el RGPD y la Directiva 2016/680 sobre los sistemas de IA que implican el uso

⁷⁸ Comisión Europea (2021-2): p. 1.

⁷⁹ Véase GRÜTZMACHER, Malte (2021): «Die zivilrechtliche Haftung für KI nach dem Entwurf der geplanten KI-VO», CR 2021, 433-434.

de datos personales en los Estados miembros, por lo que sería conveniente que las APD también fueran designadas como autoridad nacional de supervisión de conformidad con art. 59 LIA, debido a la importante intersección del ámbito de su trabajo en virtud de la LIA y de las leyes de protección de datos en la UE.⁸⁰

9.3. Propuesta de la Ley de Servicios Digitales

La LIA tampoco aclara su relación con la recientemente aprobada Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act, DSA*),⁸¹ que pretende actualizar las normas horizontales de la UE sobre los proveedores en línea, modificando al mismo tiempo la Directiva sobre el comercio electrónico 2000/31. La exposición de motivos de la LIA⁸² sólo afirma brevemente que ambos actos jurídicos son coherentes entre sí. Dado que las plataformas en línea utilizan a menudo sistemas de IA para optimizar sus servicios,⁸³ debería aclararse, en particular, si las obligaciones de los sistemas de alto riesgo regulados por la LIA se aplican a las plataformas además de las derivadas de la DSA. Hay buenos argumentos para afirmar que las obligaciones de ambos reglamentos de la UE deben observarse de forma acumulativa, pero en caso de duda, prevalecerá el privilegio de la responsabilidad para las plataformas. No obstante, una declaración del legislador de la UE sería importante en este caso por razones de seguridad jurídica.

10. Lagunas normativas de la LIA

A pesar de la innovadora estructura basada en los riesgos, la LIA parece tener algunas lagunas notables.

10.1. Falta de derechos individuales

La LIA – y este es sin duda uno de los puntos más cruciales – no contempla ningún derecho individual. Aunque el reglamento pretende proteger los derechos fundamentales, carece de recursos por los que los individuos puedan solicitar una reparación por el incumplimiento del reglamento. En particular, el proyecto no prevé ningún mecanismo para facilitar el recurso de los individuos

⁸⁰ European Data Protection Board (2021): p. 17.

⁸¹ El martes 5 de julio de 2022, el Parlamento Europeo celebró la votación final sobre la nueva Ley de Servicios Digitales (DSA). El texto aprobado se encuentra en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.html.

⁸² Exposición de motivos de la AIA, COM(2021) 206 final, apartado 1.2.

⁸³ Véase BERBERICH, Matthias and KONRAD, Albrecht (2020): «§ 30: Plattformen und KI» en EBERS, Martin, HEINZE, Christian, KRÜGEL, Tina and STEINRÖTTER, Björn, *Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik*, C.H. Beck, München 2020, pp. 930-960, paras. 16 ss.

contra la toma de decisiones impulsada por la IA. Esto puede estar en consonancia con el enfoque regulador de la seguridad de los productos, pero puede cuestionar fundamentalmente ese enfoque. En cualquier caso, los derechos individuales deberían estar bien coordinados con los derechos existentes.

10.2. Otras lagunas

La LIA pretende aplicar los objetivos de la política legal en consonancia con los valores europeos, por ejemplo, la prohibición de la calificación social en el art. 5(2) LIA. Sin embargo, un enfoque europeo hacia la IA debe respetar no solo los derechos humanos y los valores éticos, sino también otros objetivos como el cambio climático y la sostenibilidad. En este sentido, la LIA no menciona directamente la «IA verde» o la «IA sostenible» como objetivo concreto de una concepción europea del desarrollo de la IA sostenible y con futuro, que también son temas importantes del Pacto Verde Europeo.⁸⁴

La propuesta reconoce que la IA puede apoyar resultados beneficiosos desde el punto de vista social y medioambiental, y que esta acción es necesaria en el sector de alto impacto del cambio climático. El considerando (28) LIA menciona que el derecho fundamental a un nivel elevado de protección del medio ambiente debe tenerse en cuenta al evaluar el daño potencial de los sistemas de IA. Sin embargo, solo hay disposiciones dispersas que abordan la protección del medio ambiente, por ejemplo, en art. 62 LIA, los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo deberán notificar cualquier incidente grave, lo que incluye un daño grave para el medio ambiente, art. 3(44)(a) LIA.

IV. CONCLUSIÓN

En general, a pesar de algunos defectos y de la necesidad de aclaración, la propuesta de la Comisión Europea de la Ley de Inteligencia Artificial tiene muchos elementos innovadores y está bien diseñada. El enfoque normativo basado en los riesgos no solo es adecuado, sino que es el más práctico. Sin embargo, uno de los principales aspectos que debe mejorarse es la definición del término «IA». La LIA emplea una definición bastante amplia y, por tanto, crea el riesgo de regular en exceso los sistemas, que normalmente no suponen ningún peligro derivado de las técnicas de ML e IA. La segunda crítica importante se refiere a la estructura de (auto)aplicación propuesta, que se basa principalmente en los

⁸⁴ GAILHOFER, Peter et al. (2021): «The role of Artificial Intelligence in the European Green Deal», Dirección General de Políticas Interiores de la Unión, PE 662.906, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662906/IPOL_STU\(2021\)662906_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662906/IPOL_STU(2021)662906_EN.pdf).

controles internos realizados por el proveedor de IA. En la mayoría de los casos, la LIA no requiere ninguna supervisión externa. Además, las disposiciones relativas a las normas y criterios de conformidad parecen a menudo fragmentarias e imprecisas. Frente a la inminente sobrerregulación atribuible a la amplia definición de IA, el enfoque de auto aplicación suscita la preocupación de una infra regulación.

En cualquier caso, el autor de este documento cree firmemente que la LIA es la medida adecuada para crear un entorno normativo seguro y fiable para la IA en Europa y, por tanto, es un paso en la dirección correcta.

ENTRE PERSONAS Y COSAS, LOS ANIMALES: ¿DERECHO O DERECHOS DE LOS ANIMALES?

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. GESTACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES. II. LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, COMO OBLIGADA RESPUESTA A NUESTRO DERECHO COMUNITARIO Y AUTONÓMICO. 1. Adecuación de la ley española al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la necesaria protección del bienestar del animal -como ser vivo sensible-, consagrada como nuevo principio general del Derecho. 2. Inspiración de la Ley española en algunos Códigos europeos, aunque con olvido de nuestro Derecho autonómico. III. ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ANIMALES COMO BIENES -AUNQUE SINGULARES-. 1. Ante todo, la posición prudente de la Ley española, exenta de radicalismos extremos. 2. El bienestar del animal como norma y principio de Orden Público, y su supeditación a los intereses humanos. 3. La “falsa salida” de los animales como inmuebles por destinación en el “nuevo” art. 334 CC, y la posible “salida en falso” de los animales como bienes muebles en el “nuevo” art. 346 CC. 4. Repercusión de la consideración del animal como bien singular en materia de embargos y garantías reales: la exclusión -tan solo- de los animales de compañía. 5. A modo de conclusión, y de epílogo abierto: ¿Derecho o derechos de los animales? BIBLIOGRAFÍA

I. GESTACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.

Por iniciativa de los Grupos parlamentarios del PSOE y -al principio- de UNIDAS PODEMOS, fue presentada, no hace mucho, una nueva Proposición de reforma legislativa en materia de animales (publicada en el BOCG de 26 de marzo de 2021), que afectaba a normas tan importantes como el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria. Una propuesta de reforma que el día 20 de abril del mismo año fue aceptada por el Parlamento para su tramitación (aunque tres días más tarde el Grupo podemista retirase su firma de la iniciativa).

Aunque esperada desde hace tiempo, no resultaba ser muy novedosa u original en su contenido; sí lo era, por supuesto, respecto al régimen antes vigente sobre animales en aquellas normas mencionadas (de hasta revolucionaria cabría tildar la reforma propuesta). No era la primera vez que tal proposición se había llevado a cabo en los últimos tiempos. Ya hubo una anterior, presentada por iniciativa del PP (publicada en el BOCG de 7 de septiembre de 2020¹), y, tiempo antes, hubo otra propuesta de reforma, auspiciada también por el PP, en octubre

¹ Que puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-99-1.PDF#page=1

de 2017, que, admitida a trámite y debatida, llegó incluso a ser consensuada por todos los grupos parlamentarios (¡quién lo iba a decir!)², aunque, finalmente, resultó malograda, caducada, por los conocidos avatares políticos que siguieron en el tiempo, plagado de gobiernos provisionales y de continuas Elecciones Generales anticipadas, lo que obligó a que aquella Propuesta, consensuada ya en marzo de 2019 (y así publicada el mismo día uno de dicho mes en el BOCG), quedara abortada cuando, apenas un mes después, se anticiparon las Elecciones Generales (una de tantas)³, lo que, para muchos, supuso una desilusión y la petrificación de un régimen codificado y cosificado del animal, a todas luces “residual y anacrónico”⁴.

Tras aquellos avatares políticos, vendrían los pandémicos y los estados de alarma, por todos conocidos, que, sabido es también, paralizaron por mucho tiempo la vida social en general, incluida la parlamentaria en muchos sentidos (incluido, en lo que aquí importa, la referida a sus iniciativas legislativas).

Recobrada, no obstante, de forma paulatina la “nueva” normalidad, también la parlamentaria, a iniciativa del Gobierno fue retomada aquella propuesta de reforma legislativa en materia de animales, cuyo contenido, además, como el de la otra Proposición presentada no hace mucho por el PP, era muy similar (casi idéntica en su mayoría, aunque con algunos cambios), a aquella propuesta de reforma legislativa consensuada el 1 de marzo de 2019. Al margen de la valoración política que mereciera tan grande coincidencia en su contenido⁵, que a mí no me corresponde hacer como jurista, jurídicamente pudiera parecer ello acertado, a fin de lograr lo más pronto posible un acuerdo, un consenso lo más generalizado posible en su aprobación definitiva; lo cual, sin embargo, no fue, al final, fácil: en su misma admisión a trámite, aprobada por el Parlamento el 20 de abril, la gran mayoría parlamentaria se mostró a favor (con 295 votos y ninguna abstención), aunque con 52 votos en contra, todos ellos provenientes de VOX, a lo que se añadió la retirada de su firma a tal iniciativa legislativa que 3 días después, el 23 de abril, el grupo de Unidas Podemos publicaría en el BOCG.

² Para cuyo comentario, cabe remitirse, entre otros, a los trabajos de ALÁEZ CORRAL, B: “Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico civil del animal en España”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 48-55; o de ARRIBAS ATIENZA, P: “El nuevo tratamiento civil de los animales”, en *Diario La Ley*, n° 9136, Sección Tribuna, 9 de Febrero de 2018.

³ La tramitación íntegra de tal Proposición de Ley puede consultarse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437_next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000134*.NDOC.%29

⁴ Por todos, que son muchos, GIMÉNEZ-CANDELA, M: “Animales en el Código Civil español: una reforma interrumpida” en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, vol. 10/2, págs. 7-12), pág. 18.

⁵ De “copia inteligente” la tilda la parlamentaria del PP, la Sr^a Moro Almaraz (según puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-96.PDF#page=26).

No parece extraña aquella posición contraria. No hay que ser Nostradamus para saber que esta reforma pro animalista no será la última, sino un paso más para realizar en el futuro, más o menos próximo, otras (como sucede, ahora mismo, con la propuesta de Anteproyecto de -nueva- Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, no hace mucho presentada a iniciativa de PODEMOS desde el Ministerio de Asuntos sociales y Agenda 2030 -en particular, desde su Dirección General de derechos de los animales-⁶).

Lo advierte así la propia Ley 17/2021 en su Preámbulo: tras decir que los animales ya no son simples cosas (como luego veremos), sino seres sintientes (o seres vivos dotados de sensibilidad), cuyo bienestar la ley debe proteger (prohibiendo, por ello, su maltrato, abandono o muerte innecesaria o cruel), reconoce, sin embargo, que, de momento, cabe seguirles aplicando, aunque supletoriamente, el régimen jurídico de los bienes y cosas (siempre con respeto a su sensibilidad y bienestar), aunque advirtiendo -en lo que ahora importa destacar- que “lo deseable «de lege ferenda» es que ese régimen protector vaya extendiéndose progresivamente a los distintos ámbitos en que intervienen los animales, y se vaya restringiendo con ello la aplicación supletoria del régimen jurídico de las cosas”.

A su vista, pues, no parece osado anticipar otras prontas reformas que restrinjan, o incluso prohíban sin más, cualquier actividad para con los animales que se estime contraria a su sensibilidad y bienestar (piénsese, entre otros posibles ejemplos, en los zoos, en los circos, incluso en la caza y en la pesca, de momento admitidas expresamente en la propia Ley 17/2021 -aunque objeto de cierta atención en el Anteproyecto de Ley de PODEMOS antes referida-, o, cómo no, en el mundo de la tauromaquia -obviado, sin embargo, de momento en aquel Anteproyecto [cfr., su art. 1.3]-).

Con todo, y como suele decirse, la polémica está servida.

Pero limitémonos, aquí y ahora, al análisis y comentario del contenido -estrictamente jurídico- de la reforma finalmente aprobada en diciembre de 2021, y vigente desde el 5 de enero de 2022.

⁶ Y que puede verse íntegra en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/AP_LEY_ANIMALES.pdf

II. LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, COMO OBLIGADA RESPUESTA A NUESTRO DERECHO COMUNITARIO Y AUTONÓMICO.

1. Adecuación de la ley española al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la necesaria protección del bienestar del animal -como ser vivo sensible-, consagrada como nuevo principio general del Derecho.

Tal vez extrañe esta primera cuestión, dirigida a justificar la médula de la razón entera de la reforma legal (lo que se conoce como su *ratio legis*). Pero, leídas algunas de las intervenciones de ciertos parlamentarios de VOX que mostraron su voto contrario a la admisión a trámite de tal propuesta⁷ y que se repitieron a lo largo de su tramitación, no cabe otra opción que comenzar por justificar el espíritu y la finalidad de la reforma propuesta, que, en su consideración de los animales como seres sintientes cuyo bienestar ha de protegerse, lejos de ser una simple opción de política legislativa, era la alternativa única y obligada conforme al propio Derecho de la Unión Europea.

Así lo advierte el propio Preámbulo de la Ley, cuando dice (y tal vez lo que dice debiera ser la primera frase de su Exposición) que “el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige que los Estados respeten las exigencias en materia de bienestar de los animales como «seres sensibles»”; a lo cual se ha llegado tras no pocos escollos:

En efecto, el bienestar de los animales y su protección por las personas fue ya, con alcance general, consagrado en el protocolo N.º 33, anejo al Tratado de Amsterdam (de 1997)⁸, por el que se modificaban el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, cuando se consagrara ya con alcance general el bienestar de los animales y su protección por las personas⁹. Fue luego así recogido, con algunas modificaciones, en el art. III-121 del Tratado por el que se establece una

⁷ Me refiero a las intervenciones del parlamentario de VOX, el Sr. López Maraver, cuya transcripción aquí ahorro por cuestión de espacio (y que pueden verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-96.PDF#page=26).

⁸ Y no por primera vez: acerca de sus antecedentes, ALONSO, E (“El art. 13 del TFUE: los animales como seres «sensibles [sentientes]» a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en la obra colectiva *Animales y Derecho*, eds. D. Favre y T. Giménez-Candela, Valencia, 2015, págs. 19 ss).

⁹ Según decía: “Las altas Partes contratantes, deseando garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles, han convenido en la disposición siguiente, que se incorporará como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: Al formular y aplicar las políticas comunitarias en materia de agricultura, transporte, mercado interior e investigación, la Comunidad y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.”

Constitución para Europa (de 2004)¹⁰, y, finalmente, consagrado en el propio cuerpo -articulado- del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de 2008), cuyo art. 13 califica, en efecto, a los animales como “sentient beings” o “seres sintientes” (como ya hacía, antes, el Protocolo n° 33, aunque diciéndolo, este, en su Preámbulo). Dice hoy, íntegramente, dicho art. 13: “Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles ...”, texto al que todos los países miembros de la Unión Europea deben adaptar su legislación (y que muchos -según veremos y como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 17/2021- ya han hecho).

Al inicio, sin embargo, tal necesaria protección del animal fue negada en su posible consideración como -nuevo- principio general del Derecho europeo. Así lo estimó la STJUE de 12 julio 2001 (caso “Jippes”), en el caso que enjuiciaba sobre la prohibición de vacunación y la necesidad de sacrificar abundante ganadería, sin posibilidad de ninguna vacunación, impuesta por algunas Directivas y Decisiones Europeas a fin de acabar, eficaz y prontamente, con la fiebre aftosa que, en aquel momento, se había expandido peligrosamente, como epidemia, por toda la Comunidad europea. En contra de tal medida se alegó, entre otras razones, que la misma vulneraba el principio de Derecho comunitario de bienestar del animal, al que, por entonces, hacía referencia el Protocolo n° 33, anejo al Tratado de Ámsterdam, aunque no estuviese recogido expresamente como uno de los objetivos del Tratado de la Unión Europea; omisión esta, sin embargo, que para El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sería determinante para negar la existencia de tal -pretendido- principio general del Derecho comunitario, admitiendo -tan solo- que se trataba de una exigencia, como dice explícitamente el propio Protocolo n° 33: la de tener “plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles”¹¹.

¹⁰ “Cuando definan y ejecuten la política de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales.”

¹¹ Textualmente afirmaba aquella STJUE (en su n° 73): “Por lo que se refiere al Protocolo, de su propio tenor literal se desprende que no establece un principio general del Derecho comunitario con un contenido claramente determinado que se imponga a las instituciones de la Comunidad. En efecto, aunque impone que se tengan «plenamente en cuenta» las exigencias en materia de bienestar de los animales al formular y aplicar las políticas comunitarias, limita esta obligación a cuatro ámbitos específicos de la actividad de la Comunidad y prevé que se respeten las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.”. Y añadía luego (en su n° 76): “Por último, si bien existen varias disposiciones de Derecho derivado sobre el bienestar de los animales,

Pero desde aquella decisión, datada en 2001, según advierte cierta doctrina más reciente¹², el panorama jurídico europeo ha cambiado cualitativamente, otorgando mayor peso a esa inicial exigencia, para erigirla, ya hoy, en un valor u objetivo constitucional europeo (en el art. III-121 del Tratado de Lisboa), en un estricto principio general del Derecho europeo, según demuestra su consagración en el propio articulado -art. 13- del mismísimo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de 2008), y no en su Preámbulo, como en cambio hacía el Protocolo n° 33, cuando, como es sabido, tales textos preambulares solo tienen un valor interpretativo, pero no vinculante, careciendo, en todo caso, de cualquier valor jurídico normativo¹³.

A mi modo de ver, sin embargo, no se había hecho con ello sino consolidar, dar viabilidad a un principio ya nacido anteriormente, trasladándolo de la nebulosa de las normas “principales” (contenida, no en vano, la referencia a los animales como seres vivientes en el Preámbulo del Protocolo n° 33, con un valor, ya entonces, interpretativo), a las ya regladas -articuladas-, con un valor, por tanto, ya más cercano a lo estrictamente normativo, sin negarle el valor -también- interpretativo que -ya tenían y ahora tan solo- conservan¹⁴. Por eso mismo, aun siendo ya desde antes un principio -el del bienestar animal-, en aquel caso (“Jippes”), probablemente el Tribunal Europeo no debió zanjar la cuestión -prejudicial- negando la existencia de tal principio, para así salvaguardar la seguridad sanitaria europea (y así la salud humana), sino aceptando la existencia de ambos principios, aunque dando prioridad, en la colisión, al segundo (relativo a la salud humana), conforme al principio de proporcionalidad¹⁵, en cuya virtud en una posible confrontación entre el bienestar animal y el del ser humano (sobre todo, si se trata de alguno de sus derechos fundamentales), deba siempre este

tampoco proporcionan indicaciones que permitan considerar la exigencia de velar por el bienestar de los animales como un principio general del Derecho comunitario.”

¹² BRELS, S: “El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2); más *in extenso*, y con cierta vehemencia, ALONSO GARCÍA, E: “El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, en la ley digital, 2011; y, siguiéndole en buena parte, ALONSO, E (págs. 12 ss.). También resulta muy interesante al respecto, BARZANTI, F (“La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2013, págs. 49-71).

¹³ Sobre el valor de los Preámbulos, Exposiciones de Motivos de las leyes, así como de los Considerandos de las normas europeas, permítaseme remitirme a mi monografía *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Méjico-Madrid, 2015.

¹⁴ Como principio y norma lo destaca reiterada y fervientemente, ALONSO, E (págs. págs. 17 y 18, 27, 31, ...).

¹⁵ Por eso mismo, aunque la crítica ácidamente en su argumentación, acepta y aplaude el fallo ALONSO, E (págs. 38 ss), para concluir (en pág. 44) que dicho fallo es “salvable e inobjetable ya que en este tipo de situaciones ciertamente el principio es que la salud humana y el poner a salvo la mayor parte posible de los animales prima sobre cualquier otro tipo de consideraciones”.

prevalecer, cuando menos en los casos de duda (cuestión a la que volveremos luego con alcance general).

Así las cosas y aunque carentes de aplicación directa por sí solas, desde aquellas normas europeas, que ya forman parte de nuestro propio ordenamiento, al haber sido ya publicadas en el BOE (cfr., arts. 96.1 CE y 1.5 CC), nadie podía negar la existencia, en nuestro propio Derecho, de un nuevo principio general del Derecho, cual es el de proteger el bienestar animal, que, amén de su posible función integradora, como fuente del Derecho supletoria de último grado (*ex art. 1.4 CC*), podía -o debía-, más bien- cumplir una función interpretativa de la norma vigente, aunque ésta, en su letra, fundada en su pasado, no hubiera sido modificada por el legislador, pudiendo -o debiendo- serlo por el propio aplicador, en tanto el resultado de su interpretación fuera respetuoso con la razón de la norma así interpretada (según exige el art. 3.1 CC en su inciso final)¹⁶.

Un principio, además, que bien pudiera calificarse como propio del Derecho Natural¹⁷. Ya en su Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, allá por el siglo XIX, antes de que Demogue escribiera su famoso artículo (“La notion de sujet de droit”, en la *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, defendiendo la capacidad de los animales por sus facultades emocionales agradables o dolorosas), entre nosotros, ESCRICHE comenzaba la voz “Animales”, definiéndolos como “todos los seres vivos y sensibles, menos los de la especie humana”¹⁸, aclarando más adelante, sobre una cuestión que muchos creen -solo- de hoy:

“Como los animales carecen de razón y no pueden por consiguiente estar sometidos á las leyes, se dice que no tienen obligaciones ni derechos. Sin embargo -advertía ESCRICHE-, definiendo Justiniano el derecho natural dice ser aquel que la naturaleza enseñó á todos los animales; y añade que este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que nacen en el aire, en la tierra y en el mar... ¿Tendrán pues todos los animales según Justiniano un derecho que les sea común con el hombre? Los

¹⁶ ALONSO GARCÍA, E (pág. 9 y ss. /50), defiende incluso la posibilidad de interpretar nuestra Constitución desde dicho principio, por aplicación de los arts. 93 y 10.2 CE.

¹⁷ El propio ALONSO GARCÍA, E (pág. 17/50), considera que “se trata de un principio general del Derecho de alto contenido sustancial desde la perspectiva filosófica, ética y científica que incorpora en su contenido”. Como es sabido, entre los principios generales del Derecho, siguiendo al maestro De Castro, los habrá políticos, técnico-jurídicos, y también los habrá éticos, o, si se quiere, de Derecho Natural. En este sentido, admitimos, con nuestro maestro Gordillo Cañas, que para el legislador (y para el aplicador de la norma), el Derecho Natural constituye un límite para el Derecho positivo (y como tal, también para quien pretenda una interpretación sociológica del mismo), pero, tal como sucede a éste, también es aquél mutable en algunos de sus aspectos (el Derecho natural es “de raíz perenne, pero de contenido variable”, decía Francisco Suárez); unos aspectos mudables que, además, no habrán de buscarse en textos extrajurídicos (científicos, religiosos, ...). Nuestro Derecho Natural podrá -o deberá-, tal vez, solo- hallarse en la propia Constitución, y, a lo más, fuera de ella, en las normas internacionales que la inspiran e informan (para su propia interpretación, a las que se remite el art. 10.2 CE).

¹⁸ Tiempo después, también se definirá al animal de este modo en la Enciclopedia Jurídica Española (Tomo II): “Entiéndase por animales todos los seres vivos y sensibles, y especialmente los irracionales”.

jurisconsultos pretenden que Justiniano no quiso dar á entender que realmente le tienen, sino que parece que le tienen, cuando hacen por impulso é instinto de la naturaleza lo que hace el hombre por derecho natural: *Quae bruta faciunt incitatione natural*, dice Cuyacio, *ea si homines faciant, jure naturali faciant...* Como fuera que fuere, y sin entrar en reflexiones sobre la naturaleza y el instinto de los animales, el hecho es que se les tiene por incapaces de obligaciones y derechos... Mas como a crueldad con los animales condice á la crueldad para con los hombres, quiere Bentham que se prohíba el abuso de los animales”.

Como se ve, nada nuevo hay bajo el Sol: humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos, ha sido una vieja exigencia de la propia Naturaleza, y del propio Derecho¹⁹, que en los últimos tiempos -tan solo- ha venido a ser reforzada. No en vano²⁰, la palabra “animal” viene del latín *animal (-lis)*, que significa ser dotado de vida (de *anima*).

Y en tal principio se ha inspirado la reciente reforma legislativa española (según la función informadora que, a los principios, les reconoce el art. 1.4 CC), en cuyo texto -preambular y articulado- se hace abundante mención del bienestar animal en temas variadísimos como las crisis matrimoniales (cfr., el art. 90, aps. 1.b] bis y 2, así como los arts. 94 bis, 103.1ª bis CC)²¹, la división de la cosa común (art. 404 CC), en materia sucesoria (en el nuevo art. 914.IV bis CC)²², para la propia venta del animal (art. 1484.2 CC), así como límite, en general, a observar en el ejercicio de cualquier derecho que se tenga sobre el animal (según el nuevo art. 333.2 bis CC).

2. Inspiración de la Ley española en algunos Códigos europeos, aunque con olvido de nuestro Derecho autonómico.

A fin de dar obligada satisfacción al principio europeo de protección del bienestar animal como ser dotado de sensibilidad, la Ley española hace mención, en su Exposición de Motivos, de otros Ordenamientos en Europa que tal cosa ya han hecho, del modo en que sigue:

¹⁹ Como ha recordado recientemente, ROGEL VIDE, C (“Personas, animales y androides”, en *RGLJ*, nº 4, 2017, pág. 684): “Los animales, sin ser considerados personas, han sido tenidos en cuenta permanentemente por el Derecho.”.

²⁰ Como recuerda recientemente GIMÉNEZ-CANDELA, M (“Estatuto jurídico de los animales en el Código Civil. La esperada descosificación del animal”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12/2, pág. 10).

²¹ Ya en su mismo Preámbulo se dice al respecto que “se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar”.

²² Que también se advierte en el Preámbulo de la Ley de reforma: “Asimismo, se incorporan disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, que, en ausencia de voluntad expresa del causahabiente, también deberán articular previsiones en base al criterio de bienestar de los animales”.

“La reforma del régimen jurídico de los animales en el Código Civil español sigue las líneas que marcan otros ordenamientos jurídicos próximos, que han modificado sus Códigos Civiles para adaptarlos a la mayor sensibilidad social hacia los animales existente en nuestros días, y también para reconocer su cualidad de seres vivos dotados de sensibilidad: la reforma austriaca de 10 de marzo de 1986; la reforma alemana de 20 de agosto de 1990, seguida de la elevación de la protección de los animales a rango constitucional en 2002 al introducir en su Ley Fundamental el artículo 20 a); la regulación en Suiza, país que también incluye en su Constitución la protección de los animales y que modificó el Código Civil y el Código de las Obligaciones a este objeto; la reforma belga de 19 de mayo de 2009²³; y las dos más recientes: la reforma francesa de 16 de febrero de 2015²⁴ y, de manera muy especial por la proximidad con ésta que ahora se presenta, la Ley portuguesa de 3 de marzo de 2017²⁵, que estableció un estatuto jurídico de los animales y modificó, tanto su Código Civil, como el Código Procesal Civil y el Código Penal”. Y añadiendo, tras otro apartado (referido al Tratado de Funcionamiento de la UE antes referido): “Aunque en las primeras reformas de los Códigos Civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza -y también Cataluña, habría que añadir²⁶-) se utilizaba la formulación «negativa», en el sentido de que los animales no son cosas o no son bienes, se ha optado por las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, que prefieren una descripción «positiva» de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas”; una influencia gala y lusitana que no se limitará solo a tales extremos, sino a otras muchas normas (algunas de las cuales luego veremos), lo que, dicho sea de paso, será un dato interpretativo importante para el aplicador de nuestro Derecho (según previene el art. 3.1 CC cuando se refiere a “los antecedentes históricos y legislativos” de la norma a interpretar).

²³ En efecto, como explica ALONSO GARCÍA, E (“El bienestar de los animales como seres sensibles: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, en la ley digital, 2011, pág. 3/50): “El derecho austriaco fue el primero en imponer cambios en el estatuto de los animales como «cosa» al introducir el 1 de julio de 1988 el art. 285.a) en el ABGB (Código Civil austriaco): «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). Lo mismo hizo el Derecho alemán en 1999 y desde entonces el art. 20.a) del BGB (Código Civil alemán) también es tajante: «Tiere sind keine Sachen» (los animales no son cosa). También la ley federal de 4 de octubre de 2002 hizo lo mismo con el Código Civil suizo de 1907: «Art. 641.a: Les animaux ne sont pas des choses» «Tiere sind keine Sachen» «Gli animali non sono cose»”. Para más detalles sobre el Derecho europeo, ALONSO GARCÍA, E (págs. 4 y ss/50)

²⁴ Para un primer estudio aproximativo, LELANCHON, L: “La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, págs. 72-79.

²⁵ Para una visión panorámica, MOREIRA, AR: “La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, págs. 80-91.

²⁶ Cuyo art. 511-1 CC dice: “3. Los animales, que no se consideren cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza”.

El contraste, sin embargo, no solo se mostraba entre el Código Civil español, antes de su reciente reforma, y el de otros países, sino también dentro de nuestras propias fronteras. Al margen de la especial protección penal en favor de los animales domésticos introducida en 2003 y reforzada en 2015 para todo el país (cfr., sobre todo, los arts. 83 y 337 ss. del Código Penal -donde recientemente la doctrina parece aceptar que el bienestar del animal doméstico es el bien jurídico protegido²⁷⁻), y que la Ley 17/2021 menciona al comienzo mismo de su Exposición, silencia, sin embargo, que son legión ya -prácticamente todas, incluidas las Ciudades de Ceuta y de Melilla- las leyes autonómicas protectoras de los animales, sobre todo de los domésticos o de compañía (desde la Ley de 1990 de Castilla-La Mancha, hasta la más reciente, de 2019, de Navarra²⁸), que consideran a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad (física y psíquica, dicen algunas de tales normas -como la catalana, la gallega o la murciana-), y les dotan, por ello, de un especial régimen tuitivo, inspirado en la necesidad de garantizar el bienestar del animal; lo que se hace especialmente, es verdad, en

²⁷ Por todos, HAVA GARCÍA, E: “La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal”, en *Estudios Pénales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, págs. 259-304; y siguiéndola, MESÍAS RODRÍGUEZ, J: “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/2, págs. 66-105, quienes nos explican con detalle (HAVA GARCÍA, en págs. 273 ss; y MESÍAS RODRÍGUEZ, en págs. 72 ss, a las que nos remitimos) el debate habido -aún- en la doctrina penalista acerca de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato contra animales domésticos: desde quienes niegan o relativizan la existencia misma de un bien jurídicamente protegido en tales delitos, pasando por quienes estiman que el bien jurídico protegido es el medio ambiente, la vida, salud y dignidad del propio animal, o bien la de su dueño, o la de la sociedad en general, hasta la posición más reciente (que, precisamente, defienden HAVA GARCÍA, págs. 288; y, siguiéndola, MESÍAS RODRÍGUEZ, págs. 76 y 77), de que es el propio bienestar del animal, concluyendo así con fundamento, también, en el Derecho comunitario y en el de nuestras Comunidades autónomas.

²⁸ Por puro orden cronológico de las normas vigentes, desde la más antigua a la más reciente, son: la Ley 7/1990, de 28 diciembre, de protección de los animales domésticos, de Castilla-La Mancha; la Ley 8/1991, de 30 abril, de protección de animales, de Canarias; la Ley 3/1998, de 18 marzo, de protección de animales, de Cantabria, la Ley 1/1992, de 8 abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano, de las Islas Baleares; la Ley 6/1993, de 29 octubre, de protección de los animales, del País Vasco; la Ley 4/1994, de 8 julio, sobre protección de los animales de compañía, de Valencia; la Ley 5/1997, de 24 abril, de protección de los animales de compañía, de Castilla y León; la Ley 5/2002, de 23 mayo, de protección de los animales, de Extremadura; la Ley 13/2002, de 23 diciembre, de protección y derechos de los animales, de Asturias; la Ley 11/2003, de 19 marzo, de Protección animal, de Aragón; la Ley 11/2003, de 24 noviembre, de protección de los animales, de Andalucía; el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales, en Cataluña; la Ley 4/2006, de 22 julio, de protección de los animales de compañía, de Madrid; la Ley 4/2007, de protección y bienestar de los animales de compañía, de Galicia; la Ley 6/2017, de 8 noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía, de Murcia; la Ley 6/2018, de 26 noviembre, de protección de los animales, de La Rioja; y la Ley Foral 19/2019, de 4 abril, de protección de los animales de compañía, en Navarra. Mención separada merecen el Reglamento 2/15, de 23 marzo, de tenencia, protección y bienestar de animales de compañía de la Ciudad Autónoma de Ceuta, y el Reglamento de 26 enero 2017, Regulador de Sanidad Animal de la Ciudad Autónoma de Melilla.

el ámbito administrativo, aunque con alguna ocasional referencia al ámbito civil (como sucede en materia de responsabilidad por daños en aplicación del art. 1905 CC)²⁹. Súmese a ello, además, que, en Cataluña, su propio Código civil, ya desde 2006, afirma en su art. 511-1 (al definir los bienes): “3. Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza”.

Advertida tal omisión, pasemos ya, por fin, a cuestiones de fondo de mayor calado de la reciente Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico del animal.

III. ENTRE PERSONAS Y COSAS: LOS ANIMALES COMO BIENES -AUNQUE SINGULARES-.

1. *Ante todo, la posición prudente de la Ley española, exenta de radicalismos extremos.*

Frente a las posiciones pro animalistas más radicales, que pretenden reconocer personalidad jurídica a los animales (con capacidad para tener derechos y deberes) y que, según justificó el voto contrario de VOX, es lo que hace la actual Ley española (llegándose a decir que, con ella, se va a “humanizar al animal y deshumanizar al hombre”³⁰), lejos de ser esto último así, se mantiene, aquella, en una posición moderada, prudente, que ni siquiera estima a los animales como una suerte de *tertium genus*, entre personas y cosas, según proponen algunos de los animalistas más moderados³¹, sino como un bien singular, diverso de las

²⁹ Así puede verse, por ejemplo, como pionera en tal definición, en el art. 1.2.a) de la Ley asturiana, así como en los arts. 1 y 2 de la ley catalana, 3.1 gallega, 1.3 murciana, 2.a) aragonesa, 1 y 2 de la Ley navarra, 6.1.a) madrileña y 6.2.a) riojana, que hablan -ambas- de los animales como “seres sentientes”, así como en el art. 1 de la ley andaluza, en cuya Exposición de Motivos se llega a decir que “los estudios realizados sobre las capacidades sensoriales y cognitivas de los animales no han dejado duda sobre la posibilidad de que éstos puedan experimentar sentimientos como placer, miedo, estrés, ansiedad, dolor o felicidad”.

³⁰ Me refiero, de nuevo, a las intervenciones del parlamentario de VOX, el Sr. López Maraver (según puede verse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-96.PDF#page=26).

³¹ Por todos, la monografía de DE TORRES PEREA, JM: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Madrid, 2020, quien, entre todas las alternativas posibles que plantea, considera como la más acertada, por moderada, la “descosificación” (dice en la pág. 193), proponiendo que los animales sean catalogados (dice, en la pág. 183) como “una categoría especial distinta a la humana y a la de objetos y cosas”, subdistinguiendo a su vez dentro de los animales (según su estructura cerebral -cuya mayor complejidad se da en los primates-, sus habilidades mentales, su propia relación con el ser humano -domésticos, salvajes,...-). En definitiva, propone crear un *tertium genus* -así lo dice en varias ocasiones- entre las personas y las cosas para ubicar en dicha nueva categoría mixta a los animales, que, aunque con dignidad -la animal, diversa de la humana-, carecerían de capacidad jurídica, no podrían ser sujetos de derecho, y que, a diferencia de las estrictas cosas, todas ellas inanimadas o insensibles, tendrían una

demás cosas, pero sin personificarlos, siendo, podría decirse de nuevo, su lema: humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos³².

En efecto y frente a las primeras reformas de algunos Códigos Civiles europeos y del catalán, que utilizaban la formulación “negativa” para decir que los animales no son cosas o no son bienes, las fórmulas más recientes de los Códigos Civiles francés y portugués, en mayor consonancia con el Derecho de la Unión Europea, han optado por una descripción “positiva” de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas: así, en el nuevo art. 515-14 del CC francés se dice que “Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité”; por su parte, se dirá, en el mismo art. 1 de la reforma portuguesa, que “A presente lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de

sensibilidad protegida jurídicamente. Parece seguir la misma consideración de los animales como tercera categoría -aunque citándome en tal posición, que en absoluto defiendo- FUENTES-LOJO RIUS, A (“Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: *Familienmitglied*”, en *Actualidad Civil*, n° 2, 1 febrero 2022, tomado de smarteca). Entre ambas posiciones parece moverse el ácido artículo de TRUJILLO VILLAMOR, E (“Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del CC”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 1/2022, de 19 enero, especialmente en sus conclusiones, págs. 19 y 20), quien habla de descosificación y de personificación del animal, casi equiparable a los hijos en los casos de ruptura familiar, considerando que lo de “ser sintiente” es una amalgama y un limbo de persona y cosa. En parecido sentir, comentando ya la Ley 17/2021, GIMÉNEZ-CANDELA, M (pág. 15), entiende que en ella “los animales aparecen como una categoría separada en el título de propiedad, lo que evidencia que no se trata sólo de dotar de algunas mejoras al tratamiento civil de los animales, sino de reconocerles una individualidad separada de los bienes, lo que evita la confusión entre cosas sin más y animales. Aquí no se trata tanto de crear una nueva categoría referida a los animales (una suerte de *tertium genus*), sino de plasmar en el texto la diferencia natural entre cosas y animales. Lo que podríamos calificar de una categoría *sui generis*, tal como aparece en muchos textos de los autores de la Antigüedad clásica”; pero, nos preguntamos: *su generis*, ¿de qué: de personas, de cosas, de bienes, ...?

³² Siguiéndonos en tal apreciación, DÍAZ ALABART, S: “De los animales en el Código Civil”, en *RDP*, 2022, n° 1 (enero-febrero), págs. 6 y 7, considerando (en pág. 10, notas 28 y 29), que aún mayor singularidad presenta, dentro de los animales en general, los animales de compañía en particular, a los que la reforma presta especial atención (aunque sin definirlos). Así también, DOMÍNGUEZ LUELMO, A (*La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, 2022, pág. 28 ss), donde expone el debate habido, en España y antes en Portugal, en torno a las tres posiciones habidas sobre los animales como sujeto, como objeto de derecho o como *tertium genus*. Para una visión del debate en Italia, muy ilustrativo resulta el trabajo de Carlotta FOSSA (“Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del *pet* da bene [di consumo] a *tertium genus* tra *res* e *persona*?”, en *Contratto e impresa*, vol. 36, n° 1, 2020, págs. 527-559), quien considera (en págs. 554 y 558, sobre todo), que, en abstracto, entre las dos soluciones extremas (de que los animales sigan siendo meros objetos o auténticos sujetos de derecho), cabe otras dos opciones más moderadas (ambas también a modo de *tertium genus*): entre una subjetividad aminorada (que él defiende para los animales domésticos y de compañía) y una objetividad atenuada (que él defiende para los demás animales, que son productivos o de consumo). En contra de todo ello, tanto de aplicar supletoriamente el régimen de bienes a los animales, como de hacer distingos según el animal sea o no de compañía, VÁZQUEZ MUIÑA (“Animales y crisis de pareja. El régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visitas”, en *Actualidad Civil*, n° 12, diciembre 2021, tomado de smarteca, pág. 8/17).

seres vivos dotados de sensibilidad”, disponiendo, en el nuevo art. 201.B de su Código civil, que “Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”.

Ha sido esta normativa, en efecto, la que ha influido en la Ley española, desde su misma Exposición de Motivos, donde se destaca la idea (la *ratio legis*) de estimar a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad cuyo bienestar ha de asegurar la ley -mas- en conjugación con su condición de posible objeto de propiedad (cfr. el “nuevo” art. 348 CC), de posesión (según los “nuevos” arts. 430 a 432, 437, 438 y 460 CC) o de cualquier otro derecho (como el usufructo, cfr., los “nuevos” arts. 355, 357 y 499 CC), así como de objeto de ocupación (según el “nuevo” art. 610 CC) y de comercio (como la compraventa, cfr. los “nuevos” arts. 1484, 1485, 1492 y 1493 CC), aunque siempre considerándolos como un bien diverso de las simples cosas, cuando dice:

“La reforma afecta, en primer lugar, al Código Civil, con vistas a sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. (...) De esta forma... se concreta que los animales son seres vivos -en lugar de lo que decía, más claramente sin embargo, la anterior Proposición de ley ya consensuada en 2019: «no son cosas, sino seres vivos»- dotados de sensibilidad, lo que no excluye -aclara- que en determinados aspectos se aplique supletoriamente el régimen jurídico de los bienes o cosas. (...) De este modo, los animales están sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección”; añadiendo -y reconociendo- más adelante: “En nuestra sociedad los animales son, en general, apropiables y objeto de comercio. Sin perjuicio de ello, la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje), ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades que se posean sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria”.

Y así lo expresa el ap. 1 del nuevo art. 333 bis del CC: “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección”³³.

³³ Es esta una norma inspirada, sin duda, en el nuevo art. 515.14 CC francés (“Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens”); así como en el nuevo art. 201.B y D del portugués (que, tras decir en la letra B,

Buena muestra de la sensibilidad que hacia los animales, como seres sintientes y no como simples cosas, contiene la Ley de reforma es la abolición del *ius abutendi* cuando se regula el derecho de propiedad sobre el animal en el nuevo ap. 2 del art. 333 bis CC, prohibiendo el maltrato, el abandono o la muerte innecesaria o cruel (según expresa -y aclara- la Ley, en su Preámbulo, cuando dice que “los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria”)³⁴. Y obsérvese, incluso, que dicho ap. 2 de aquel art. 333 bis CC habla de un derecho que se “debe” ejercer sobre el animal respetando su condición de ser sintiente y su bienestar (o sea, un poder-deber, una suerte de casi potestad), cuyo incumplimiento, aunque carente sanción civil prevista expresamente en la misma norma³⁵, cabría calificar, al menos, como abuso de derecho con las consecuencias que para tal caso prevé con alcance general el art. 7.2 CC³⁶. Ciertamente, la sanción no será la de indemnizar -directamente- al animal (al margen de los gastos sanitarios que requiera su sanación), pero³⁷ sí la administrativa prevista en la legislación autonómica (en aquella legión de normas a que antes me referí), para el caso de maltrato animal, y, en su caso, la sanción penal (antes referida).

También demuestra la Ley 17/2021 su especial atención a los animales hasta en el propio lenguaje, incluyéndolos -ciertamente- entre los posibles objetos de derecho, de propiedad y posesión... , mas como algo distinto del resto de bienes y de cosas (según se hace en tantísimas normas reformadas, consistiendo, precisa y sencillamente, tal reforma muchas veces en añadir la palabra “animal” junto a la de “bienes, cosas o derechos”-cfr., los “nuevos” arts. 348, 430 a 432, 437 y 438, 460 o el 1585 CC)³⁸; o como la simple expresión “animal salvaje o silvestre” sustituyendo a la de “animal fiero” y añadiendo la de animal de “compañía” que se asimila por su posible *animus revertendi* al animal “domesticado”-en lugar de “domesticados o amansados”, que se decía antes- en el “nuevo” art. 465 CC; o como que se hable en reiteradas ocasiones, desde la misma Exposición de Motivos, del

que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”, afirma en su letra D: “Na ausencia de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza”).

³⁴ Siguiéndome en tal observación, acerca de la abolición del abuso de animales, GIMÉNEZ-CANDELA, M (pág. 16).

³⁵ Siguiendo a RODRÍGUEZ CASTAÑO, C (“Una breve reflexión sobre el art. 333 bis, 2 del CC”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 1/2022, 19 enero), DÍAZ ALABART, S (pág. 11), crítica de tal art. 333 bis, apág. 2 CC que imponga una obligación ineficaz, sin sanción o efecto civil en caso de incumplimiento, no pudiendo ser directamente protegido, como sujeto dañado, el propio animal.

³⁶ Así ya lo advertí en mi anterior trabajo (“¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio [no exento de enmiendas] a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 12/2 2021), aunque proponiendo que en la reforma se hablara de “daño para personas, bienes o animales”, en lugar de “daño para terceros” que sigue diciendo aquel art. 7.2 CC. Que no se haya hecho, finalmente, tal modificación, no impide, como defendí entonces, tal ampliación o interpretación extensiva del art. 7.2 CC desde la Ley 17/2021, en cuando norma esta especial y posterior en el tiempo a aquella.

³⁷ Como advierte DOMÍNGUEZ LUELMO, A (pág. 47).

³⁸ De reforma puramente estética la califica DOMÍNGUEZ LUELMO, A (págs. 34 y 35).

“cuidado” -y a veces de la “convivencia y cuidado”- del animal y no de su mera tenencia o disfrute (cfr., el nuevo art. 90.1.b] bis CC, donde, por cierto, se sustituye “convivencia y cuidado” por el “disfrute” que decía la primera propuesta legislativa consensuada³⁹ -también de “convivencia” hablan los nuevos arts. 771.2 y 774.4 LEC-, o que se prevea una suerte de régimen de visita con el animal tanto en caso de acuerdo entre los cónyuges como si es por decisión judicial en caso de desacuerdo -cfr., los nuevos arts. 94 bis y 103.1ª bis-, aunque a veces se hable aún de “disfrute y cuidado” o de “tenencia o disfrute” -cfr., el nuevo art. 404.III CC, o el 430 CC-); o como la supresión de ciertos términos, que pudieran estimarse como “despectivos” (como el de “animal fiero” del anterior art. 465 CC -arriba indicado-, el de “animales dañinos” del antiguo art. 499 CC, o la supresión de términos como “despojos” y “desechos” en los arts. 499 y 1493 CC, respectivamente); o como que, en caso de daños causados al animal por un tercero, su dueño pueda ser indemnizado por el daño moral sufrido (según previene el art. 333 bis, en su ap. 4 CC); ...

Es verdad que la reforma de 2021 no habla de la dignidad⁴⁰, ni de los derechos del animal, ni de su interés (sino de su bienestar), ni de tantas otras cualidades de la persona que los pro animalistas más fervientes pretenden atribuirle⁴¹, pero sí habla la ley, conforme al Derecho europeo, de su bienestar, incluso en temas, tan íntimos, como las consecuencias de las crisis familiares, donde se introduce una nueva letra b) bis en el art. 90.1 (sobre el posible contenido del convenio regulador), que diga: “El destino de los animales de compañía, en caso de que existan -copiando así el art. 1775.f) CC portugués⁴², pero añadiendo el nuestro lo que sigue:-, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal”. Después, introduciendo un nuevo art. 94 bis, para el caso en que los esposos no lleguen a un acuerdo copiando casi literalmente lo dicho en el nuevo art. 1793.A) del CC portugués (“Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal”), pero con la importante

³⁹ Ya por entonces, el PSOE (en su enmienda n° 82), lo había propuesto, con la siguiente justificación: “Se trata de superar con esta reforma toda terminología que incida en la cosificación de los animales, como objetos de uso y disfrute por parte de los humanos. Resulta más adecuado a tal fin referirse a «guarda y cuidado» con el animal en lugar de a «disfrute» del mismo”.

⁴⁰ Aunque si lo hiciera, al ser una dignidad, la animal, diversa de la humana, ello tampoco impediría la aplicación subsidiaria del régimen de los bienes, como, de hecho, así sucede en Suiza.

⁴¹ Desde GIMÉNEZ-CANDELA, M (en *Transición animal en España*, Valencia, 2020, págs. 205 ss.), que habla de “personalidad animal”, hasta DE TORRES PEREA, JM (págs. 69 ss.), quien con gran fundamentación a lo largo de toda su obra defiende la idea de una “dignidad animal”, diversa de la humana, sin por ello tener que personalizarlo y otorgarle capacidad, como, de hecho, así sucede en Suiza.

⁴² “Acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam”.

diferencia de que, durante la tramitación de la anterior propuesta española, la consensuada en 2019, se introdujo, como novedad, un inciso final (“con independencia de la titularidad dominical de este”), precisamente, con aquel fin, según justificaban -de forma idéntica- las enmiendas n° 7 (del Grupo Mixto) y n° 83 (del PSOE), que proponían añadir tal inciso último⁴³ (siendo añadido lo de con independencia “de a quién le haya sido confiado para su cuidado”, ya en la tramitación de la vigente reforma). En consonancia con tal novedad, se proponía, entonces, y así se ha hecho en la vigente Ley de reforma, modificar el art. 103.1^a bis CC introduciendo una nueva medida que el juez puede adoptar.

Es verdad que en el Anteproyecto de Ley de Protección de los animales sí se habla de la dignidad del animal, pero -tan solo- en su Exposición de Motivos y a fin de evitar su humillación, maltrato y muerte⁴⁴, como así ya hace, según hemos visto, tanto el Preámbulo como -también- el ap. 2 del nuevo art. 333 bis de la Ley 17/2021 cuando se refiere a los animales como objeto de cualquier derecho o hecho posesorio y del que no se debe abusar (una norma, la del CC, que como norma común o general es de aplicación, aunque supletoria, a todo el ordenamiento *ex arts.* 4.3 y 13.2 CC). De igual modo habla aquel Anteproyecto de Ley de los derechos de los animales (desde su mismo título, pasando por su Exposición de Motivos como en algunas de sus normas propuestas -cfr., como la principal, su art 3.n] ⁴⁵-), mas como hace también aquel art. 333 bis, ap. 2 CC para referirse recta y estrictamente al poder-deber que la persona puede -y debe- ejercer sobre los animales, siempre respetando su sensibilidad y su bienestar (y no para referirse a pretendidos derechos que el animal ostente y pueda ejercitar, por sí o a través de su dueño en su representación, frente a otras persona o incluso frente a su propio dueño, acaso como si este fuese su deudor en el buen trato que ha de dispensarle). Y lo mismo sucede, precisamente, con la idea del bienestar del

⁴³ Donde se decía: “A pesar de que a tenor de la redacción inicial de este nuevo precepto, el criterio por el que ha de regirse el juzgador en su decisión es el del interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, debe atenderse a las problemáticas reales observadas en la práctica, en las que, por encima de los criterios anteriores, puede pretender un mejor derecho sobre un animal quien ostenta el microchip a su nombre. Por ello, en aras a la claridad y la seguridad jurídica en su aplicación, se propone incorporar la aclaración «con independencia de la titularidad dominical del animal».”

⁴⁴ Cuando dice: “El principal objetivo de esta Ley no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se le ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por tanto, no regula a los animales como un elemento más dentro de nuestra actividad económica a los que se deban unas condiciones por su capacidad sentir, sino que regula nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia” (idea que reitera luego refiriéndose a su Título IV, que regula el uso de animales en actividades culturales y festivas).

⁴⁵ Sobre definiciones, dice en la letra n) de su art. 3: “Derechos de los animales: Derechos al buen trato, respeto y protección de los animales, derivados de las obligaciones que impone el ordenamiento jurídico a las personas, en particular a aquellas que mantienen contacto o relación con ellos”.

animal (única idea que proclama el art. 13 TFUE), que en absoluto cabe equiparar con la dignidad ni con los intereses de la persona. Veamos esto último con más detenimiento.

2. El bienestar del animal como norma y principio de Orden Público, y su supeditación a los intereses humanos.

Sin duda, la protección del bienestar del animal se configura hoy como un principio de Orden Público (consagrado a nivel internacional -en el art. 13 TFUE- y en el nacional de muchos países, como el nuestro, en el ámbito administrativo, en el penal -al preverse el maltrato animal como delito [arts. 337 ss Código Penal]- o también en el civil, como sucede ahora en España). Y como tal principio, no solo afecta al legislador, sino también a las autoridades que apliquen la ley, así como a la propia autonomía de la voluntad privada, entre cuyos límites, junto a la estricta ley, se encuentra también el Orden Público, según el art. 1255 CC⁴⁶.

Con todo, y como sucede con el propio concepto de Orden Público, ¿qué significa el “bienestar del animal”?

Suele objetarse a la expresión del “bienestar animal” que tan solo sea mencionada en tan diversos textos legales, mas sin darle ningún contenido o significado, aunque fuese aproximativo⁴⁷. Intentos ha habido por parte de cierta doctrina para darle un significado más detallado⁴⁸, y algunos desde el ámbito institucional, incluso internacional (como el de la Organización Mundial de Sanidad Animal -la OiE-⁴⁹, que el Anteproyecto de Ley del Gobierno sobre Protección, Bienestar y derechos de los animales recoge en su art. 3.h]); aun siendo ello loable, cualquier definición que se quiera dar del bienestar animal resultará siempre algo

⁴⁶ Siguiéndome, FUENTES-LOJO RIUS, A (*ult.loc.cit.*); VÁZQUEZ MUIÑA (pág. 4/17); ...

⁴⁷ BARZANTI, F (pág. 59), le objeta su genericidad o indefinición. Refiriéndose a la Ley 17/2021 española, TRUJILLO VILLAMOR, E (pág. 15), critica su arbitrariedad e inseguridad.

⁴⁸ Valga, entre otras, la consideración del bienestar animal propuesta por PÉREZ MONGUIÓ, JM (*Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*, Barcelona, 2005, pág. 112), como “variado conjunto de actuaciones encaminadas a lograr la calidad de vida del animal. Esta calidad de vida no se podría medir con parámetros humanos, tratándoles como personas, sino dispensándoles un trato y unas condiciones de vida conforme a sus necesidades ecológicas” (siguiéndole, DE TORRES PEREA, JM, *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Madrid, 2020, págs. 78 ss).

⁴⁹ Según puede verse en <https://www.oie.int/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/>, donde se recuerda, también desde el Código Terrestre, que el bienestar animal designa “el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere”, y que Las directrices que guían a la OIE en materia de bienestar de los animales terrestres -destinados a la ganadería, no se olvide- incluyen también las «cinco libertades», enunciadas en 1965 y universalmente reconocidas, para describir los derechos que son responsabilidad del hombre, es decir, vivir: libre de hambre, de sed y de desnutrición; libre de temor y de angustia; libre de molestias físicas y térmicas; libre de dolor, de lesión y de enfermedad; libre de manifestar un comportamiento natural.

incompleto, e incluso innecesario, al tratarse de una indefinición aquella que es propia de cualquier principio del Derecho que se traduzca -como es habitual- en un concepto jurídico indeterminado.

Mutatis mutandis, con el “bienestar animal” -o *favor animalis*, que ya llaman algunos⁵⁰- sucede como con el tan debatido “interés superior del menor”, que también las leyes tanto mencionan, mas sin nunca definirlo. Ello, según creo, no es menester que deba ocupar al legislador (como es sabido, *omnis definitio in iure civili periculosa est*), sino más bien a su aplicador que habrá de ir precisándolo y delimitándolo *super casum* (a cuyo fin, tal vez, influya la etología del mismo modo en que la psicología y la pediatría han influido en la delimitación del interés superior del menor).

Más provechoso parece, en cambio, determinar el alcance que como tal principio tiene por su contorno, por sus fronteras, intentando deslindarlo de otros principios -también- referidos al animal, pero diversos del referido a su bienestar, así como deslindarlo, sobre todo, como sucedió con el caso Jippes (antes recordado), cuando entra en conflicto con otros principios y valores, referidos estos al ser humano:

Ante todo, no parece que el bienestar del animal tenga que ver, sin más, con su propia vida (ni, en su reverso, con una muerte solo admisible cuando sea necesaria e incruenta), ni siquiera con su propia salud (ni con su reverso, el abandono ni con la ausencia de maltrato)⁵¹; que el animal tenga una vida saludable va de suyo, implícito o, mejor dicho, presupuesto en su bienestar.

El propio TFUE, tras referirse al bienestar del animal en su art. 13, más adelante, en su art. 36, se refiere, en general, a la “protección de la salud y vida de las personas y animales”, lo que hace pensar en principios diversos (aunque, sin duda, coincidentes en alguno extremos, de modo que el bienestar presupone, incluye la vida y la salud)⁵². De bienestar y de cuidado hablan, como cosas diversas según nos parece, los nuevos arts. 90.1.b) bis, 94 bis, 333.2 bis o el 404 in fine CC, y de “su salud y bienestar, si el animal sufre una lesión, enfermedad o alteración significativa de la conducta que tiene origen anterior a la venta” el nuevo ap. 2 del art. 1484 CC, en materia de compraventa, ...

⁵⁰ Así, entre otros, VIVAS TESÓN, I (*Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal*, Pamplona, 2019, pág. 48).

⁵¹ Como dice el Preámbulo de la Ley española 17/2021, de 15 diciembre: “la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria”.

⁵² Así lo advierte BARZANTI, F (págs. 55 y 56), para quien si bien hay coincidencias entre la salud y el bienestar puede que el bienestar comprenda cosas irrelevantes para la salud.

Porque el bienestar es algo más que una vida saludable, como también sucede con el bienestar humano (individual y social), que va más allá de la propia vida y salud de la persona. Teniendo en cuenta que las normas, nacionales e internacionales, definen al animal como ser vivo dotado de sensibilidad, más bien parece que, presupuesta la vida -saludable- del animal, su bienestar está más estrechamente relacionado con su sensibilidad (así se advierte en el propio art. 13 TFUE cuando habla del “bienestar de los animales como seres sensibles”); un bienestar, por tanto, que, sin que se pueda delimitar *a priori* e *in abstracto*, solo cabrá perfilar *a posteriori* y *super casum*, no ya solo según la especie, tipo o raza del animal, sino según la propia sensibilidad de cada animal en particular individualmente considerado (según parece prevenir el nuevo art. 333 bis CC, en su apartado 2, al delimitar cualquier derecho que se tenga sobre los animales). Es, cabría decir -aunque- apurando los términos, lo más cercano al propio interés del animal, aunque sin que el legislador haya podido -ni debido- emplear con propiedad tal expresión -la del “interés”-, que es, de momento al menos, exclusiva de las personas.

Y es ahí donde entra en juego el otro perfil, o contorno, a que nos referíamos: el de precisar la convivencia entre el bienestar del animal y el -interés y bienestar- humano, sobre todo, cuando entran en posible colisión.

La Constitución española, como es común entre los textos constitucionales comparados (salvo aquellos recientemente reformados⁵³), tiene una visión antropocéntrica de todos los valores y principios, referidos a las personas, sin que ninguna norma expresamente proteja al animal, ni a la Naturaleza en general⁵⁴. De ahí que en la posible confrontación entre el bienestar animal y los derechos fundamentales -todos ellos de la persona- deban estos siempre prevalecer, lo que no impide que según el caso el legislador los pueda limitar o condicionar en favor de aquel bienestar animal. De este modo⁵⁵, en caso de duda interpretativa deberá hacerse una interpretación siempre en favor del derecho fundamental, siempre humano⁵⁶. Es esto, precisamente, lo que sucedió en el famoso caso Jippes, sobre la fiebre aftosa, resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 julio 2001 (arriba recordada), donde -rectamente- se daba prioridad a

⁵³ Como la alemana o la suiza, que destacan, respectivamente, BARZANTI, F (pág. 60), y DE TORRES PEREA, JM (*ult. cit.*).

⁵⁴ Según dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 102/1995, de 26 junio, del art. 45.2 de la Constitución española, y más recientemente la STC n° 8/2020, de 15 julio, en relación con la Ley 8/2018, de 26 noviembre, de La Rioja, sobre protección de los animales.

⁵⁵ Es lo que defiende DOMÉNECH PASCUAL, G (*Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, 2004, pág. 133), cuyo razonamiento exponemos a continuación en texto.

⁵⁶ Lo que DOMÉNECH PASCUAL, G. llama en varias ocasiones “una interpretación *pro libertate*” (para el caso en que entre en conflicto con lo que VIVAS TESÓN, I, pág. 48, denomina el *favor animalis* que cabe deducir del art. 13 TFUE).

la salud pública (humana) sobre la de los animales -potencialmente- infecciosos de fiebre aftosa⁵⁷.

Esa preponderancia de lo humano sobre lo animal es lo que, precisamente, se ha mantenido en la reciente Ley española de reforma del Derecho Civil animal, donde, a pesar de la consideración del animal como ser sintiente cuyo bienestar se ha de proteger, ello no impide estimarlos como bienes -aunque- singulares, diversos -eso sí- de las demás cosas y bienes como posible objeto de derecho, y que, como tal, pueda regirse supletoriamente por el régimen de bienes, *ex art.* 333.1 bis CC (todo ello es así, so pena de que se la tilde de inconstitucional desde una interpretación constitucional proanimalista que, rectamente, nuestra Constitución -al menos, hoy- no permite).

Y así lo ha hecho también la Ley en el tema, en particular, de las crisis familiares, cuando exige tener en cuenta “el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal” (cfr., arts. 90.1.b] bis, 94 bis, 103.1^a bis CC), siempre en ese orden, lo que, sin embargo, no obliga de suyo, por su sola redacción, a entender que siga un orden de prioridades (primero, el interés de las personas que forman la familia y en último lugar el bienestar animal). Mas si la letra de la ley no nos da la respuesta, sí lo hace su génesis (una interpretación histórica de la misma hecha desde los debates parlamentarios): así lo demuestra el rechazo del Parlamento español a la propuesta de Izquierda Republicana durante su tramitación parlamentaria de que aquellas normas en lugar del “bienestar” del animal hablaran de su “interés superior”⁵⁸ considerando al de los miembros de la familiar como “ancilar”, como secundario:

En efecto, durante la tramitación parlamentaria de la Ley sobre animales el Grupo parlamentario de Izquierda Republicana propuso en su enmienda n° 65 ante el Congreso que en lo que es hoy el art. 90.1.b) bis CC, se hablara de “el interés superior del animal en su bienestar así como, de manera ancilar, el interés de los miembros de la familia”, justificándolo por entender “que el interés del animal en su bienestar tiene un carácter superior, mientras que los intereses de los miembros de la familia tienen un carácter ancilar o secundario, es decir, que es el bienestar del animal es el que tiene que guiar prioritariamente el acuerdo de los cónyuges sobre su destino” (o “las medidas de la autoridad judicial” dirá en su enmienda n° 67, ante el Congreso, para justificar idéntica reforma en el nuevo art. 94 bis CC). Así también lo pretendió en sus enmiendas n° 69 y 75 para

⁵⁷ Así lo decimos, aun siendo conscientes de que aquella decisión prejudicial lo fue por negar que el bienestar del animal fuese un estricto principio general del Derecho, lo que, con razón, ha sido criticado y muy superado desde entonces (según vimos arriba, al principio de este trabajo).

⁵⁸ Así parece también proclamarse en algunos tribunales italianos para resolver los casos de crisis familiares y animales domésticos, donde se habla de *the best interest of the animal*, según nos explica, con tono crítico, FOSSA (págs. 539 y 540).

modificar en igual sentido los nuevos arts. 103.1^a y 111 bis LH. Se pretendía, en fin, una especie de trasunto del “interés superior del menor”, aunque incluso pareciendo anteponer el del animal al del propio menor.

Naturalmente, conforme a la razón general de la Ley (antes expuesta de forma insistente, de tratar a los animales con humanidad, mas sin humanizarlos), ninguna de tales propuestas de enmienda fue aceptada por el Congreso, lo que, desde esa interpretación genealógica resultante de los debates parlamentarios, permite concluir afirmando la supeditación del bienestar del animal (que, aunque ser vivo sintiente, no deja de ser un bien singular), al interés de -cualquiera de- los miembros de la familia (por ser personas).

No por tal rechazo se trata, por el contrario, de anteponer los intereses de la familia al bienestar del animal, ni el de sacrificar o menoscabar este en provecho de aquellos, sino más bien el de combinarlos, aunque siempre supeditando, subordinando el bienestar del animal al de las personas de la familia en crisis. Fue lo que, por ejemplo, hicieron en España las sentencias de las Audiencias Provinciales de Navarra de 9 octubre 2013 y de Toledo de 22 septiembre 2021, que llegaron a homologar un acuerdo en que el régimen de uso y visitas en turnos alternativos del animal (un perro, en ambos casos), coincidía con el de los hijos. Al fin y al cabo, como dice la propia Ley de reforma española en su Preámbulo, “esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos”.

En definitiva, y, de nuevo, a modo de lema: humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos.

3. La “falsa salida” de los animales como inmuebles por destinación en el “nuevo” art. 334 CC y la posible “salida en falso” de los animales como bienes muebles en el “nuevo” art. 346 CC.

Entre los elogios, ya hechos hace un tiempo, a la propuesta de reforma española de 2019, en la que se inspira la actual, se congratulaban muchos de que, al ser derogado el n^o 6 del art. 334 CC, ciertos animales (los adscritos a un fin económico -agrícola, ganadero o industrial- de un finca) hubiesen dejado de ser estimados como inmuebles por destinación. No en vano, de la letra del nuevo art. 333 CC parece que su intención es querer sacar a los animales de la clásica distinción entre bienes muebles e inmuebles, cuando se dice: “Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También -dice, como algo diverso, parece ser- pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes”.

El primer Código en hacer tal reforma fue el francés, en cuyo nuevo art. 524, tras suprimir el elenco de animales que estimaba como inmuebles por destinación, dice, sin embargo, en su nuevo primer apartado que “Les animaux que le propriétaire d' un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination.” (lo mismo hace en su nuevo art. 2501); de modo que lo que sacaban por la puerta (la calificación de ciertos animales como inmuebles por destinación), lo volvían a meter por la ventana (al someterlos al régimen propio de los inmuebles por destinación)⁵⁹. Inevitablemente, porque no hay o yo, al menos, no imagino- otra opción, lo mismo hace también la reforma española de nuestro CC: tras suprimir el actual n° 6° del art. 334 CC, añade un nuevo ap. 2, donde se dice: “Quedan sometidos al régimen de los bienes inmuebles los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente, sin perjuicio de la consideración de los animales como seres sintientes y de las leyes especiales que los protegen”.

Se mantiene, pues, aún hoy aquella misma ficción legal introducida en el originario CC español⁶⁰, por influencia del francés de 1804, lo que, a su vez, permite que el animal, como tal, no pierda su propia individualidad, y que, por tanto, su adscripción al mismo régimen del inmueble dependa de la voluntad de sus dueños, y, también -habría que añadir- del propio bienestar del animal, al margen de a quien corresponda su estricto dominio.

De este modo, de no haber tal destinación, el animal habrá de seguir siendo estimado como un bien mueble. A tal respecto, otra posible objeción, según creo, cabe hacer de la reforma que se hace -aparentemente solo de redacción- del “nuevo” párrafo 2° del art. 346 CC, que ahora dice: “Cuando se use tan solo la palabra muebles no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, arreos de caballerías o carruajes, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario”.

En tan detallado elenco se ha limitado la Ley de reforma a sustituir la referencia a “caballerías o carruajes y sus arreos” que decía antes tal norma por la de “arreos de caballerías o carruajes” que ahora dice; mas, ¿con qué intención:

⁵⁹ No parecía, sin embargo, darse cuenta de ello GIMÉNEZ-CANDELA, M (págs. 13 y 14), celebrando tan solo la supresión, olvidando la asimilación de regímenes jurídicos.

⁶⁰ Por lo que, según advierte DÍAZ ALABART, S (págs. 18 y 19), se trata de una modificación intrascendente.

para dejar excluidos de los muebles a los animales en general⁶¹ o tan solo sus utensilios de uso o manejo? Si atendemos a los antecedentes históricos de la norma (especialmente a las explicaciones que daba GARCÍA GOYENA de su correlativo contenido en el Proyecto de CC de 1851 que, prácticamente tal cual, pasó a aquel art. 346 CC), la razón de tal norma era solo estimar como muebles, incluidos en tan genérica expresión, los de menaje o ajuar domésticos, quedando, pues, excluidos los demás bienes muebles⁶², entre los que hoy habría que seguir incluyendo -para tal exclusión- a los animales que no estén destinados a un fin económico (según lo visto antes, al comentar la reforma hecha del art. 334 CC).

Bien es cierto (como decíamos arriba), que el nuevo art. 333 parece -querer-sacar a los animales de la clásica bipartición entre bienes muebles e inmuebles; sin embargo, aún permanece una norma, no modificada en la Ley de reforma, como es el art. 335 CC, en cuya definición de bienes muebles, tras excluir los que sean inmuebles (por remisión al Capítulo anterior, donde no se comprende aquel nuevo art. 333, ni el 333 bis), ofrece un concepto, por inclusión, en su inciso final de lo que sí son bienes muebles, en donde, sin duda, encajarían los animales, cuando dice que son tales “*en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro*”.

Ello, en el fondo, sigue obedeciendo a la tradición de considerar a los animales como cosas muebles. En efecto, decía la Ley 4, del Título XXIX de la Partida 3^a: “Muebles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar á otro, é las que se pueden ellas mismas por sí mover naturalmente, ... como los caballos, é los mulos, é las otras bestias, é ganados, é aves, é las otras cosas semejantes”. Así también se diría en el art. 528 del CC francés y, por su influencia, en tantos otros (como, por ejemplo, el art. 417 del CC italiano de 1865), aunque no así en el nuestro, por entenderse, según explica GARCÍA GOYENA (pág. 344), que resultaba más breve, sencillo y claro que el francés, tan farragoso y casuístico en su enumeración de bienes inmuebles y muebles, optándose, finalmente, ya en el

⁶¹ Así lo cree DOMÍNGUEZ LUELMO, A (pág. 59), para quien con tal norma “se trata simplemente, como en otros preceptos, de impedir la consideración de los animales como cosas”.

⁶² Al margen -aquí y ahora- de mayores detalles sobre la razón histórica del art. 346, baste aquí con recordar cuando decía GARCÍA GOYENA, F que la “expresión de *muebles sola* tal vez -decía- se explicaría mejor según el uso común con el nombre de *ajuar*, en latín *supellex*”, y aclaraba luego que “la palabra *muebles* tiene, como todas, un significado generalmente recibido, y puede decirse que comprende todo lo que sirve para el adorno y uso ordinario de la casa. «Amueblar es, según el Diccionario, alhajar ó adornar con muebles una casa», lo que, finalmente, tendrá expresión en el art. 382.II *in fine* del Proyecto de CC-1851 (“cosas que sirven para amueblar ó alhajar la casa”), y se mantendrá en el actual art. 346 CC (“cosas que tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones”), demostrando ello, como advertimos, la ecuación entre muebles y ajuar. Es lo que opina también hoy DÍAZ ALABART, S (pág. 19), considerando por ello la modificación del art. 346 CC hecha por la Ley 17/2021 como intrascendente (no obstante, como veremos más adelante, luego considerará que el animal doméstico puede formar parte del ajuar a que se refiere el art. 1321 CC, pareciendo, entonces, olvidar lo dicho sobre el art. 346 CC).

Proyecto de CC de 1851, por definir los bienes muebles por exclusión (*a contrario sensu*, decía GOYENA), por aquellos que no son inmuebles, según dirá el art. 381 de su Proyecto de CC, y así aún hoy, según parece, el art. 335 CC.

Confrontando, entonces, ese art. 335 CC -no reformado- con el “nuevo” art. 346 CC, no hay más remedio que seguir considerándolos aisladamente como bienes muebles, aunque singulares y diversos del ajuar doméstico. Y buena prueba de ello, la que sigue:

4. Repercusión de la consideración del animal como bien singular en materia de embargos y garantías reales: la exclusión -tan solo- de los animales de compañía.

Que el animal siga siendo un bien -aunque singular- mobiliario o también inmobiliario por su posible destinación explica, precisamente, la -inevitable- necesidad de excluirlos como posible objeto -extendido- de la hipoteca del inmueble al que pertenezcan, según dispone el nuevo art. 111.1º LH: “Los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo. (...) No cabe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía”, respecto a los cuales hace lo propio el nuevo art. 605.1º de la LEC, al declararlos también inembargables, dejando solo como posible objeto de embargo sus frutos civiles (“rentas”, dice⁶³), lo que también sucede tratándose de una hipoteca inmobiliaria (según dice hoy aquel art. 111 LH en sus números 2º y 3º). Que aun siendo bienes inmuebles por destinación la LH siga excluyendo a los animales como objeto de extensión automática obedece a la misma razón registral histórica, procedente ya de la LH de 1861, de que, por su naturaleza individual y sin aquella destinación, los animales siguen siendo bienes muebles, carentes, por tanto, de entidad propia como posible finca registral (lo que también sucede, justificando también su presunta exclusión de la hipoteca, con los restantes supuestos y números incluidos en el art. 111 LH)⁶⁴.

⁶³ Con extrañeza, según advierte con toda razón DÍAZ ALABART, S (págs. 20 y 21), pues resulta extraño que un animal de compañía genere rentas y pueda estimarse como de compañía. Por otro lado, dado que los animales son, como regla, enajenables, piensa, con razón también, que mejor hubiera sido declarar su inembargabilidad en el siguiente art. 606 LEC, no en donde tal cosa se declara, referido a bienes de suyo inalienables, fuera del comercio, lo que justifica, de suyo también, su inembargabilidad.

⁶⁴ En este sentido, no ha habido realmente reforma alguna (cuando antes los animales destinados a un fin económico de la finca quedaban incluidos entre los muebles a que se refería el anterior art. 111.1º LH), según destacan DÍAZ ALABART, S (pág. 18, con nota 63), y CHAPARRO MATAMOROS, P (“Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia”, en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, Madrid, 2022, págs. 199-227). Para una explicación más detallada acerca de los arts. 109 y ss LH, permítaseme remitirme a mi monografía sobre *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria (Razón, ámbito y disponibilidad de su régimen, general y excepcional)*, Pamplona, 2011, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters.

Tal reforma ha sido, sin embargo, objeto de ácida -y burlesca- crítica⁶⁵: por un lado, no se comprende la razón de la reforma en solo excluir de hipoteca y de embargo a los animales de compañía cuando todos los animales, sean o no de compañía, son seres sintientes⁶⁶; y, por otro, dentro de la propia categoría de los de compañía tampoco se ve razón del porqué de su exclusión de posibles hipotecas y embargos cuando cabe su venta voluntaria (cfr., los nuevos arts. 404. II, 1484.2 y ss CC)⁶⁷.

No nos parecen, sin embargo, del todo aceptables tales objeciones: que no sean embargables justifica que no sean hipotecables (ni pignorable, según veremos a continuación), y que los animales de compañía no sean ni lo uno, ni lo otro no atiende a razones intrínsecas a la naturaleza sintiente del animal (lo que demuestra, una vez más, como venimos diciendo, que sigue siendo un bien, aunque singular), sino al hecho de que son de compañía, lo que -como veremos luego con más detalle- procede de la voluntad de su dueño o titular de quererlo para su compañía, no de ninguna querencia del propio animal; lógico es por ello que la reforma permita su venta voluntaria, lo que implícitamente supone ya su falta de querer seguir teniendo al animal para su compañía, pero que no permita su embargo, ni siquiera su hipoteca, por cuanto ello implica una venta forzada, contraria a la voluntad del dueño cuyo animal, que aún desea para su compañía, se embarga o ejecuta forzosamente en subasta pública.

Por idéntica razón, en otras materias reformadas, como la realizada en caso de crisis familiares, el legislador también se ha ocupado tan solo de los animales de compañía, no tanto por su sintiencia, sino por su especial relación de convivencia con las personas, que la hay -de convivencia afectiva- por voluntad de estas. Lo mismo hace el Código Penal, limitando el delito de maltrato a los animales domésticos o que se le asimilen. O que el Anteproyecto de Ley de Podemos de protección del animal controle y limite el tráfico comercial de animales de compañía (cfr., sus arts. 45 y 67, entre otros), ...

⁶⁵ Sobre todo por CARRASCO PERERA, A: “No darás tu loro en prenda (Ley 17/2021)”, en *Revista CES- CO de Derecho de consumo*, n° 1/2022, 14 enero; siguiéndole DÍAZ ALABART, S (pág. 18); y así también TRUJILLO VILLAMOR, E (págs. 11, 12 y 20).

⁶⁶ Con lo que quedan descosificados, no siendo bienes muebles ni inmuebles, dice -erróneamente- TRUJILLO VILLAMOR, E (pág. 11).

⁶⁷ Como afirma CARRASCO PERERA, A (págs. 2 y 3), “el dueño del animal -de compañía- no puede pignorarle. Pero sí puede venderlo, ¿se justifica esa diferencia? Porque respecto de los “sentimientos” (sic) del animal, tanto da que lo vendan como que lo pignoren. Sin embargo, parece que lo importante en este extremo no es el corazoncito del loro, sino el de su dueño”. En la misma línea, TRUJILLO VILLAMOR, E (págs. 11 y 20), para quien “si no se puede pignorar un animal basándose en el posible sufrimiento del mismo, ¿el animal no sufriría si es vendido?, ¿la relación afectiva entre dueño y mascota no se vería afectada en una donación?”.

Todo ello hace que, dentro de la categoría de los animales, el legislador haya prestado especial atención, y protección, a los animales de compañía⁶⁸.

Por esa misma razón, es posible que la Ley de reforma se haya olvidado de modificar también el art. 52. 3º de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 1954, cuando declara posible pignorar, aunque sin darle la posesión al acreedor, “los animales, así como sus crías y productos”⁶⁹. El alcance de su posible reforma es, sin duda, una cuestión de política legislativa, en donde han de ponderarse importantes intereses económicos, pero, cuando menos y en mi opinión, del mismo modo en que aquel nuevo art. 111.1º LH que ahora permite, por pacto, la extensión de la hipoteca a los animales destinados a cualquier fin económico (agrícola, ganadero o industrial), con exclusión, en todo caso, de los animales de compañía, así debiera haberse hecho, por pura coherencia interna de la reforma, con el art. 52.3º LHMyPSDPÁG. En cierto modo, así lo propuso, respecto a la anterior Proposición de Ley, la consensuada en 2019, el grupo parlamentario de Ciudadanos (en su enmienda nº 40), aunque refiriendo la necesidad de reforma al art. 1864 CC (sobre la prenda clásica, la que trasfiere la posesión de la cosa pignorada al acreedor), proponiendo añadir un nuevo segundo párrafo que dijese: “En ningún caso podrán ser objeto de prenda los animales de compañía”, justificándolo, precisamente, por su sintonía con la reforma propuesta en materia de embargos y de hipoteca⁷⁰. Y así lo reiteró el mismo grupo parlamentario durante la tramitación de la actual ley de reforma (en su enmienda nº 7 ante el Congreso, con idéntica justificación), obteniendo, esta vez sí, el apoyo del Parlamento y añadiéndose así aquel nuevo párrafo al art. 1864 CC vigente. Mas, ¿qué sucede, entonces, con el art. 52.3º LHMyPSDP, que ha quedado sin reformar? Aunque pueda sorprender, la cuestión era debatida antes de la reforma, habiendo

⁶⁸ Así lo advierten, DÍAZ ALABART, S (pág. 10, notas 28 y 29), y con tono crítico, pues considera que no debe haber tal discriminación, VÁZQUEZ MUIÑA (pág. 8/17); también en Italia, FOSSA (pág. 545), quien considera (en págs. 554 y 558, sobre todo), que, en abstracto, entre las dos soluciones extremas (de que los animales sigan siendo meros objetos o auténticos sujetos de derecho), cabe otras dos opciones más moderadas (ambas también a modo de *tertium genus*): entre una subjetividad aminorada (que él defiende para los animales domésticos y de compañía) y una objetividad atenuada (que él defiende para los demás animales, que son productivos o de consumo).

⁶⁹ Según advertí en mi trabajo mientras la reforma se estaba aún tramitando, a fin de que el propio legislador subsanase, en su caso, tal omisión. También destacan tal olvido, tras la entrada en vigor de la reforma, mas sin dar una solución ni mayor relevancia al respecto, TRUJILLO VILLAMOR, E (pág. 13), DÍAZ ALABART, S (pág. 18); o CHAPARRO MATAMOROS, P (*ult. loc.cit.*). Solo CARRASCO PERERA, A (pág. 3), considera que si la razón del nuevo art. 1864 CC (que luego veremos al prohibir dar en prenda a un animal de compañía) es la sensibilidad del animal y evitar su sufrimiento, también debe quedar prohibida su prenda sin desplazamiento posesorio.

⁷⁰ Según decía: “Con el mismo espíritu y sentido que la reforma de la Proposición respecto a la legislación hipotecaria, así como la proscripción de la embargabilidad del animal de compañía y, en fin, su caracterización como objeto extrapatrimonial, ha de limitarse de igual modo el ámbito de la prenda (que no resulta diferente, en cuanto a su configuración general de garantía real y patrimonial accesoria a un crédito a la hipoteca)”.

quienes negaban la posibilidad de pignorar sin desplazamiento posesorio una animal doméstico⁷¹, y quienes, en cambio, lo aceptaban⁷².

Tal falta de reforma por parte del legislador, sin embargo, creo que puede ser subsanada por la del jurista a fin de entender también excluidos a los animales de compañía como objeto de prenda sin desplazamiento posesorio. Tal vez cabría pensar en una solución integrativa, colmando aquella omisión por aplicación analógica de los nuevos arts. 111.1º LH y 1864 CC (al amparo del art. 4 CC, al no tratarse de normas excepcionales), o incluso más rectamente por aplicación directa, aunque supletoria, del nuevo art. 111.1º LH al amparo de la Disposición adicional 3ª de la propia LHMyPSDP (cuando dice que “en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles y con lo prevenido en los artículos anteriores”), o incluso por aplicación también directa y subsidiaria del nuevo art. 1864 CC, en cuanto norma de Derecho común (*ex* art. 4.3 CC) frente a aquella otra que es Ley especial. No obstante -en mi opinión- el acierto del resultado, creo que rectamente debe llegarse a él, salvando aquella laguna -tan solo casuística- por vía interpretativa sistemática, desde la propia lógica de aquellos nuevos arts. 111.1º LH y 1864 CC, que son normas posteriores al art. 52.3º LHMyPSDP, para entender que la referencia hecha en esta norma a los “animales” (y sus frutos) debe quedar enmarcada, y así limitada, a las “explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias -que su dueño pignorante- tiene sobre los siguientes bienes”, entre los que se incluyen aquellos animales, debiendo quedar, por tanto, excluidos los de compañía en tal norma, con mayor razón incluso que en el caso de la prenda posesoria del art. 1864 CC, pues ¿quién va a dar en prenda, en posesión al acreedor o a un tercero, un animal que le sirve para su sustento o para su compañía⁷³?

Salvada así la omisión, y admitida, en general, la exclusión del animal de compañía como objeto de embargo y, por tanto, de cualquier garantía real, es, sin embargo, aquí cuando se plantea el verdadero problema, donde el notariado puede tener un papel preventivo indudable, pues, ¿cuándo se está ante un animal de compañía?

⁷¹ Como en CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E Y MARÍN LÓPEZ, J (*Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª ed., 2015). Siguiéndole, con la Ley 17/2021 ya vigente, DOMÍNGUEZ LUELMO, A (pág. 102), aunque creyendo que tal era la opinión unánime.

⁷² Como FERNÁNDEZ DEL POZO, L (“Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina”, en *RCDI*, nº 753, 2016, pág. 32), para quien del mismo modo que el art. 53 LHMyPSDP permite pignorar bienes de equipo, mercancías o materias primas “aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior”, no hay razón para que el art. 52.3 de la misma Ley no permita pignorar un animal no destinado a ninguna explotación agrícola, cual sucede, por ejemplo, con un caballo deportivo o, en general, con los animales domésticos.

⁷³ Por esa razón considera DOMÍNGUEZ LUELMO, A (pág. 101), que la reforma hecha en el art. 1864 CC es intrascendente.

La Ley 17/2021 tan solo lo menciona en muy variadas ocasiones, para referirse a él aisladamente o en concurrencia con la existencia de otro tipo de animales (como salvajes, domésticos, ...), pero, aparentemente, sin definirlo, a pesar de su propuesta inicial de hacerlo⁷⁴, lo que, finalmente, fue sin embargo omitido en el texto legal definitivo tras su tramitación parlamentaria⁷⁵. Un silencio que, precisamente, ha sido unánimemente criticado por la doctrina⁷⁶ por no haberse impuesto un concepto único frente a la pléyade de normas autonómicas sobre animales (arriba referidas) que, sin un criterio común totalmente coincidente,

⁷⁴ Tratándose de la anterior Proposición de Ley, era, por ejemplo, el caso de la enmienda nº 13 del Grupo Mixto que proponía añadir un apág. 5, que definiese al animal de compañía como aquel “que convive con el ser humano en domesticidad y depende de aquel para su subsistencia”; o el de la enmienda nº 85 del PSOE, proponiendo suplir el apág. 4 del nuevo art. 333 CC con una definición de animal de compañía como aquel que “domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía”; siguiendo, así, la propuesta de PÉREZ MONGUIÓ, JM: “El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, pág. 278. En cuanto a la tramitación de la reforma legal finalmente aprobada, se trataba de la enmienda nº 5 del PNV, presentada en el Senado, donde se proponía un nuevo apág. 5 en el art. 333 bis, que dijese: “Será considerado animal de compañía todo aquel que, perteneciente a cualquier especie animal, convive con el ser humano en domesticidad, principalmente en el hogar, con el fin fundamental extrapatrimonial de la compañía, y depende de aquel para su subsistencia, en el marco del respeto de las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies”. Lo cual se justificaba del siguiente modo: “En la actualidad existe una absoluta disparidad y discrepancia normativa y jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por «animal de compañía», abocando a una completa confusión entre las definiciones aportadas por: El Convenio del Consejo de Europa sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987; el Reglamento n.º 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; las leyes de las diecisiete comunidades autónomas y los reglamentos de Ceuta y Melilla sobre tenencia y protección de los animales; la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; Ley 8/2003 de Sanidad Animal; y el propio Código Penal. Por este motivo, se hace necesario una definición en este Código, tanto a los efectos de aplicación del mismo como con una finalidad uniformizadora”.

⁷⁵ En efecto, en el texto remitido por el Congreso al Senado se había introducido una apostilla en el texto de su Exposición de Motivos (donde se decía: “Para ello, además de definir el propio concepto de animal de compañía...”), que, sin embargo, fue finalmente eliminada en el texto devuelto por el Senado, y luego ratificado por el Congreso, con la siguiente justificación dada por el propio Senado: “Como consecuencia de una corrección técnica, se suprime en el párrafo sexto del apartado II del Preámbulo el inciso «además de definir el propio concepto de animal de compañía», ya que la presente iniciativa no contempla dicha definición”. Tal vez quepa añadir como razón que, dada la heterogeneidad habida al respecto dentro de nuestras leyes autonómicas, el legislador, en su reciente reforma del CC, no haya querido inclinarse necesariamente por ninguno de los conceptos que de animales domésticos y de compañía cada ley autonómica ofrezca (a lo cual puede responder la Disposición Adicional Única de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, no en vano introducida en el Senado a propuesta de la enmienda nº 6 del PNV, cuando dice que “las disposiciones de esta Ley se entenderán sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”).

⁷⁶ TRUJILLO VILLAMOR, E (pág. 2 y ss); VIVAS TESÓN, I (“Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 41/2022, pág. 48 ss); ...

definen a los animales de compañía, unas veces como animales que viven en compañía y dependencia del ser humano, y que, generalmente (o principalmente, dicen otras leyes), viven en el hogar de las personas⁷⁷, habiéndolas también que solo hablan de animales domésticos⁷⁸, o bien solo de animales de compañía, sin mayor precisión⁷⁹, o bien lo estiman como un subtipo de animal doméstico⁸⁰, como también se hace a nivel estatal en los aps. 3 y 4 del art. 3 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal⁸¹.

Ante tal variedad de nociones es posible, tal vez y en nuestra opinión, que la Ley 17/2021 se haya mostrado respetuosa con lo que cada Comunidad autónoma considere como animal de compañía. Pero más allá de ello, no debe obviarse que todas aquellas normas son administrativas⁸², cuyo conceptos sobre lo que es o no es un animal de compañía no necesariamente ha de ser determinante en el ámbito civil, a que se refiere, precisamente, la Ley 17/2021 en su reforma del CC, la LEC y la LH. Para ella, en cambio, resultan más determinantes otras normas, comunes y posteriores a todas las autonómicas y estatal mencionadas, desde las que deben interpretarse las normas que del CC, la LEC o la LH se refieran al animal de compañía: *ad extra*, una de tales normas es el Convenio Europeo de Protección Animales de compañía, que, aunque celebrado en Estrasburgo el 13 noviembre 1987, no fue ratificado por España hasta el 23 junio de 2017, entrando en vigor en nuestro país el 1 de febrero de 2018 (lo que permite estimarla como una norma reciente en nuestro Derecho interno y posterior a aquella legión de normas administrativas),

⁷⁷ Cfr., los arts. 5 de la ley de Castilla-La Mancha, 2. II de la de Canarias; 2.a] de la de Castilla y León; 3.1.b] asturiana, 1.II andaluza; 3.b] catalana; 4.1 madrileña; 5.a] riojana; o el art. 2 de la ley de Murcia, que habla por dos veces de “hogar”, una de ellas, precisamente, para resaltar del animal “*con el fin de vivir en domesticidad en el hogar*”; o los arts. 2.2 y 2.1, respectivamente de los Reglamentos ceutí y melillense.

⁷⁸ Como en los arts. 1 y 2 de la ley vasca, y en el art. 1.1 de la asturiana. Singular de entre todas ellas, es de reconocer, el art. 5.1 de la Ley navarra define los animales domésticos como aquellos animales de compañía al margen de “*el lugar en el que habiten*”.

⁷⁹ Como en los arts. 1 y 2 de la ley valenciana, 1 de la andaluza, 4 de la de Madrid, 5.a] de la riojana, o en el art. 5.1 de la Navarra.

⁸⁰ Como puede verse en los arts. 1.1 de la ley de Castilla-La Mancha, en la Exposición de Motivos y en el art. 2 de la ley canaria, o en los arts. 12 de la balear, 1 de la extremeña, 3.1.a y b] asturiana, 1 aragonesa, 3 catalana, 4 gallega o en el art. 2 de la murciana.

⁸¹ Al decir que son: “Animales de compañía: los animales que tenga en su poder el hombre, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos” (apág. 3); y “Animales domésticos: aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa” (apág. 4).

⁸² De “jungla administrativa” habla VIVAS TESÓN, I (pág. 50), que también hace tal advertencia de que no son normas civiles, como también advierte, con acierto, GARCÍA MAYO, M (“El concepto de animal de compañía y doméstico”, en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, G. Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.) y M. García Mayo (coord.), Madrid, 2022, págs. 129-156), creyendo por ello que aquellas definiciones son orientativas, pero no determinantes en el ámbito civil.

y cuyo art. 1 define al “animal de compañía” como “todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía”⁸³; y ad intra, es la propia reforma operada por la Ley 17/2021 la que, sin llegar a ofrecer una definición como la que se pretendió durante su tramitación, sí hace mención y descripción del animal de compañía en la nueva redacción dada al art. 465 CC, cuando dice ahora: “Los animales salvajes o silvestres sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados se asimilan a los domésticos o de compañía si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor o si han sido identificados como tales”. Comparado con su redacción anterior (la originaria dada en 1889), en la vigente, acorde con la nueva consideración de los animales como seres sintientes, se ha hecho tan solo alguna reforma terminológica en dicho precepto (como es la de sustituir la expresión “fieros” por la de “salvajes o silvestres”, o como es hablar solo de “domesticados” en lugar de “domesticados o amansados”, que decía antes), sin ninguna modificación sustancial (salvo en su coletilla final “o si han sido identificados como tales”, y la más importante -a nuestro propósito- al hablar de animales “domésticos o de compañía -que parece así equiparar, con la siguiente condición:- si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor”, que ya decía el art. 465 CC desde su primera redacción, acorde con el clásico *animus revertendi* procedente del Derecho romano⁸⁴; no en vano⁸⁵, etimológicamente la palabra “doméstico” viene del latín “*domus*”, que significa “casa”).

⁸³ Solo a esta norma se refieren para definir el animal de compañía, DÍAZ ALABART, S (pág. 9), en parte VIVAS TESÓN, I (pág. 53), aunque antes también tiene en cuenta aquella legión de normas autonómicas, aun reconociendo que son administrativas, no civiles.

⁸⁴ Se trataba, en particular y entre otras, de la Ley 5, del título I del Libro XLI, cuyo § 5, acerca de la diferencia entre animales fieros o salvajes y domesticados o amansados, decía de estos últimos en su última parte: “*In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant, quod (si) desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse, et fiant occupantium; intelliguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint*”. De *revertendi animum* habla tres veces, y en dos ocasiones de *consuetudine revertendi*, casi reconociendo voluntad, intención, o instinto cuando menos, al animal doméstico o al domesticado. La transcripción original del texto, hecha en esta ocasión, obedece a su genuina expresividad, que, sin embargo, por los avatares propios de cualquier traducción (que, como es sabido, puede convertirse en traición al texto original), admite traducciones con diversos matices. Así, por ejemplo, según la traducción de García del Corral, se dice en dicho texto del Digesto: “*Mas en cuanto a los animales que por costumbre suelen irse y volver, se admitió tal regla, que se entienda que son nuestros mientras tengan el instinto de volver, porque si hubieren dejado de tener el instinto de volver dejan de ser nuestros, y se hacen de quienes los ocupan; pero se entiende que dejaron de tener el instinto de volver cuando hubieren perdido la costumbre de volver*”. De “*instinto de volver*”, habla Del Corral para traducir aquellas expresiones latinas (*revertendi animum* y *consuetudine revertendi*); en cambio, de “*querencia-de costumbre* y de *hábito-de volver*” habla, de forma más expresiva a nuestro modo de ver, Álvaro D’Ors para traducir aquellas expresiones.

⁸⁵ Como nos recuerdan GIL MEMBRADO, C (*Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Madrid, 2014, pág. 15), y hace poco GIMÉNEZ-CANDELA, M (pág. 13).

No obstante la aparente equiparación entre animales domésticos o de compañía, que lo es solo a los efectos de conservar o no perder su posesión (a los efectos, sobre todo, de que el animal pueda ser adquirido por persona diversa a su anterior dueño mediante ocupación, caza, ..., según se mantiene en el reformado art. 610 CC -a pesar de la supresión del tercer párrafo del art. 612 CC-), conviene precisar; pues si bien el -tradicional- animal doméstico puede serlo por naturaleza, por su propia especie que le hace tener esa querencia o instinto de “volver a casa” o por domesticación del ser humano, el -nuevo concepto- de animal de compañía, en cambio, puede serlo solo -por su función, suele decirse⁸⁶- por voluntad de su dueño que desea tenerlo en su compañía, sea o no en su casa, o en su trabajo, ..., y sea o no el animal de suyo doméstico o domesticable, según tenga o no *natura sua animus revertendi*, y cualquiera que sea su especie. Ello explica que absolutamente cualquier animal pueda ser de compañía, si a tal función lo destina por su voluntad su dueño, y que el doméstico así lo sea también -mas- solo cuando su dueño lo tenga para su compañía, y no para otros fines, exclusivos o preferentes, como su consumo o el ánimo lucrativo (para su cría y comercialización⁸⁷), ya sea a través de actividades agrícolas, ganaderas, industriales o “*de recreo*”⁸⁸ (según dice, con parecidos términos amplios al art. 52.3º LHMPSDP, el nuevo art. 111.1º LH⁸⁹), en cuyos casos, al no ser el animal de

⁸⁶ Por todos, PÉREZ MONGUIÓ, JM: “El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, pág. 278, a quienes tantos otros siguen en tal observación de que el animal es de compañía por su función, no por su especie: últimamente, comentando la Ley 17/2021, DOMÍNGUEZ LUELMO, A (págs. 39 y 42).

⁸⁷ Piénsese, como ejemplo, según destaca CHAPARRO MATAMOROS, P (*ult.loc.cit.*), en los establecimientos de cría y venta de animales de compañía, regulados en el Real Decreto nº 43/2022, de 18 de enero, por el que se establecen determinadas cualificaciones profesionales de las familias profesionales Actividades Físicas y Deportivas, Agraria, Artes Gráficas, Comercio y Marketing y Edificación y Obra Civil, que se incluyen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales

⁸⁸ “Es por ello por lo que no podría considerarse acertada una definición como la contemplada en la ley aragonesa, la cántabra, la valenciana, la madrileña o la murciana, que refieren como fines propios de los animales de compañía los educativos, lúdicos o sociales”, según dice con acierto GARCÍA MAYO, M (*cit.*), quien añade: “Es más, no consideramos, como sí hace, por ejemplo, la ley navarra, que los animales de trabajo hayan de ser considerados como un tipo de animal de compañía: “aque- llos animales de compañía que se dedican a una actividad o cometido concreto, como los perros de guarda, perros pastores, perros de asistencia, perros o hurones de caza, perros buscadores de trufa, perros de rescate y aquellos perros utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. No es la compañía su finalidad esencial, por más que indirectamente también la proporcionen. Así, el perro de grandes dimensiones que puede tener una persona en su finca rústica a fin de ahuyentar a los posibles “amigos de lo ajeno”, no es un animal de compañía; tampoco lo es el perro de caza”.

⁸⁹ CHAPARRO MATAMOROS, P (*cit.*), así también lo cree por contener el art. 111.1º LH un listado de *numerus apertus*. Rectamente, parece más bien contener un listado cerrado, taxativo (como también sucede con el art. 52 LHMPSDP), lo que, sin embargo, no impide, en su caso, una interpretación amplia o extensiva de las expresiones empleadas, lo que permitiría, siguiendo el ejemplo que con razón pone el propio CHAPARRO, que los titulares de establecimientos de cría y venta de animales de compañía puedan hipotecarlos por formar parte de la explotación “*industrial*” a que se refiere el nuevo art. 111.1º LH.

compañía -aunque sí sea doméstico-, sí podrá ser embargado, hipotecado, ...⁹⁰. Por exclusión, tal finalidad diversa de la de compañía podrá ser cualquier otra que lo sea exclusiva o preferentemente⁹¹.

5. A modo de conclusión, y de epílogo abierto: ¿Derecho o derechos de los animales?

A la vista de todo cuanto ha quedado visto, me pregunto cómo cabría imaginar una mayor protección al animal, o cómo descosificarlo, sin ir más allá, adentrándose en su personificación. La Ley española se ha mantenido en el límite, antes de dar ese salto -que considero- al vacío. Y para no darlo es inevitable mantener a los animales en el régimen de los bienes, aunque no como simples cosas, y estimarlos como -otro tipo de- bienes especiales merecedores de una protección -también- especial.

De igual modo sucede con otro tipo de bienes, que el Derecho regula y protege singularmente (como son los objetos de la propiedad intelectual, la industrial, el patrimonio histórico,... -que, no se olvide, son expresiones personalísimas del ingenio humano-), sin que, por ello, sea necesario crear, para tales bienes, una tercera categoría entre las personas y las cosas⁹²; como tampoco fue necesario crear otra categoría intermedia para las personas jurídicas (ni, tal vez y en un futuro, para la inteligencia artificial y cualquier híbrido humanoide⁹³), bastando con estimarlas como otra especie de personas (y eso que, en las Fundaciones, se personifica todo un patrimonio, destinado a un fin por la voluntad de su fundador, lo que, sin embargo, no ha dado como resultado ningún *tertium genus*).

⁹⁰ Así también lo creen, TRUJILLO VILLAMOR, E (págs. 4 y 12); VIVAS TESÓN, I (pág. 53), y GARCÍA MAYO, M (*ult. loc. cit.*).

⁹¹ Por eso, como advierte VIVAS TESÓN, I (pág. 53), “aunque lo más frecuente sea la inexistencia de ánimo de lucro, nada obsta a que el poseedor de un animal de compañía pueda obtener algún beneficio económico, como un premio en un concurso de belleza, una retribución dineraria por una aparición publicitaria o ingresos extra por un exitoso canal en YouTube sobre adiestramiento canino, sin que, por ello, el animal pierda dicha condición”.

⁹² Comparando este tipo de bienes singulares con los animales dice DE TORRES PEREA, JM (pág. 199), que “la protección que merece un animal es distinta de la que pueda merecer un edificio calificado de patrimonio histórico. Los animales sienten y sufren y el edificio no”; lo que, sin duda, es cierto, pero, en mi opinión, no obliga a que los animales dejen de estar sometidos -aunque sea solo subsidiariamente- al régimen de los bienes.

⁹³ Sobre la posibilidad de que en un futuro -tal vez no muy lejano- se les pueda atribuir una personalidad fundacional, como ya viene sugiriendo el Parlamento Europeo en algunas de sus Resoluciones, permítaseme, de nuevo, remitirme a otro trabajo mío, donde recensiono una magnífica monografía sobre el tema de LACRUZ MANTECÓN, titulado “Entre personas y cosas: los robots”, en *Revista de Derecho Privado*, n° 5, septiembre-octubre 2020, págs. 123 a 138. Semejante solución que a la inteligencia artificial parece proponer para los animales domésticos y de compañía FOSSA (págs. 558 y 559).

Al aceptarse, en fin y como hace la reforma española, que los animales sigan siendo objeto de derechos (de propiedad, de posesión, ...), desde un punto de vista -solo- dogmático, bastaría con abrir, para los animales, un espacio propio dentro de la categoría de bienes u objetos de derechos, junto a las -simples- cosas (como objeto inmediato de los derechos reales y mediato de los de crédito), a la conducta de la persona (como objeto directo de los derechos de crédito) y a las cualidades de la persona (como objeto de los derechos de la personalidad). Y qué duda cabe de que, en comparación con todas esas especies de objetos de derecho, a los animales solo cabe aplicar el régimen propio de las cosas, aunque con importantes singularidades (por la necesaria protección de su bienestar), que son, precisamente, las que justificarían su calificación como bien singular.

No cabe, por tanto, hablar hoy en sentido estricto de los derechos de los animales. Tanto en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, como en el Anteproyecto de -nueva- Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, presentada a iniciativa de PODEMOS desde el Ministerio de Asuntos sociales y Agenda 2030⁹⁴, no hay derechos que el animal ostente como -pretendido- sujeto de derecho, sino tan solo derechos que los humanos debemos -y no solo podemos- ejercer sobre ellos atendiendo a su sensibilidad y a su bienestar. En tal sentido, el título de aquel Anteproyecto no es más que puro espejismo -o publicidad “engañosa”, si se nos permite- de lo que realmente no es, al menos *de lege lata*. No hay nuevos -ni viejos- derechos para los animales, sino un nuevo Derecho para los animales, o, si se quiere, un nuevo estatuto jurídico⁹⁵, o, más estricta y rectamente, como lo denomina la propia Ley 17/2021, un nuevo “*régimen jurídico*”⁹⁶ para los animales, a los que tratar con humanidad.

En definitiva, y una vez más (la última, ahora sí): humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos.

⁹⁴ Y que puede verse íntegra en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/AP_LEY_ANIMALES.pdf

⁹⁵ Son, en efecto, muchos los que hablan hoy de un nuevo estatuto jurídico de los animales tras la Ley 17/2021, incluso en el mismo título de sus estudios; entre otros, GIMÉNEZ-CANDELA, M (“Estatuto jurídico de los animales en el Código Civil. La esperada descosificación del animal”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12/2); DE TORRES PEREA, JM: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho Civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Madrid, 2020; FUENTES-LOJO RIUS, A (“Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: *Familienmitglied*”, en *Actualidad Civil*, n° 2, 1 febrero 2022, tomado de smarteca) ... Sin embargo, solo parece aceptable tal acepción en sentido amplio, siempre que no se pretenda confundir con su sentido más estricto, coincidente con el de estado (civil).

⁹⁶ GIMÉNEZ-CANDELA, M (pág. 14), me atribuye tal denominación, cuando lo es en realidad de la propia Ley 17/2021.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B: “Algunas claves de la futura reforma del Estatuto Jurídico civil del animal en España”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 48-55.
- ALONSO, E: “El art. 13 del TFUE: los animales como seres «sensibles (sentientes)» a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en la obra colectiva *Animales y Derecho*, eds. D. Favre y T. Giménez-Candela, Valencia, 2015, pp. 10-52.
- ALONSO GARCÍA, E: “El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español”, en la ley digital, 2011.
- ARRIBAS ATIENZA, P: “El nuevo tratamiento civil de los animales”, en *Diario La Ley*, n° 9136, Sección Tribuna, 9 de Febrero de 2018.
- BARZANTI, F: “La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2013, pp. 49-71.
- BRELS, S: “El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional de Derecho comunitario. Sentencia Jippes, TJCE, 2001”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2012, vol. 3/2.
- CARRASCO PERERA, A: “No darás tu loro en prenda (Ley 17/2021)”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 1/2022, 14 enero.
- CARRASCO PERERA, A, CORDERO LOBATO, E Y MARÍN LÓPEZ, J: *Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª ed., 2015.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G:
Crisis familiares y animales domésticos, Madrid, 2019 (y 2ª ed. Ampliada y actualizada a la Ley 17/2021, Madrid, 2022).
- “Clínicas veterinarias y paseos con animales de compañía ante el covid-19: una actividad esencial para el bienestar del animal como ser sintiente”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 11/2 (2020), pp. 17-29.
- En coautoría con M. García Mayo: “Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de acuerdo: algunos consejos prácticos para su redacción y homologación”, en *Actualidad Civil*, n.º 6, junio, 2020.
- “Entre personas y cosas: animales y robots”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 14, febrero 2021, pp. 14-53; y en *Revista Cubana de Derecho*, V época, vol. 1, n° 2, julio-diciembre 2021, pp. 272-311.
- “¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 12/2 (2021), pp. 24-47.

Tenencia de animales domésticos en pisos o casas en régimen de comunidad, Madrid, 2021.

Director, con M. García Mayo (coord.), de la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, Madrid, 2022.

CHAPARRO MATAMOROS, P: “Los animales y sus frutos como objeto de garantía crediticia”, en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, G. Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.) y M. García Mayo (coord.), Madrid, 2022, pp. 199-227.

DE TORRES PEREA, JM: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Madrid, 2020.

DÍAZ ALABART, S: “De los animales en el Código Civil”, en *RDP*, 2022, n° 1 (enero-febrero), pp. 3-29.

DOMÉNECH PASCUAL, G: *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, 2004.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A: *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, Madrid, 2022.

ESCRICHE, J: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L: “Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina”, en *RCDI*, n° 753, 2016, pp. 11-74.

FUENTES-LOJO RIUS, A: “Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: *Familienmitglied*”, en *Actualidad Civil*, n° 2, 1 febrero 2022.

GARCÍA GOYENA, F: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. I, Madrid, 1852.

GARCÍA MAYO, M: “El concepto de animal de compañía y doméstico”, en la obra colectiva *Un nuevo Derecho civil para los animales*, G. Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.) y M. García Mayo (coord.), Madrid, 2022, pp. 129-156.

GIL MEMBRADO, C: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Madrid, 2014.

GIMÉNEZ-CANDELA, M:

“Descosificación de los animales en el Cc. español”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 7-27.

Transición española en España, Valencia, 2020.

“Estatuto jurídico de los animales en el Código Civil. La esperada descosificación del animal”, en *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12/2.

HAVA GARCÍA, E: “La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal”, en *Estudios Pénales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 259-304.

LELANCHON, L: “La reforma del estatuto jurídico civil de los animales en el Derecho francés”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 72-79.

MESÍAS RODRÍGUEZ, J: “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/2, pp. 66-105.

MOREIRA, AR: “La reforma del Código Civil portugués respecto al estatuto del animal”, en *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, vol. 9/3, pp. 80-91.

PÉREZ MONGUIÓ, JM:

Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo, Barcelona, 2005.

“Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal”, en *Animalia: revista profesional de los animales de compañía*, n° 190, 2006, pp.56-60.

“El concepto de animal de compañía: Un necesario replanteamiento”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, Zaragoza, 2018, pp. 244-280.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, C: “Una breve reflexión sobre el art. 333 bis, 2 del CC”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 1/2022, 19 enero.

ROGEL VIDE, C:

Los animales en el Código Civil, Madrid, 2017.

“Personas, animales y androides”, en *RGLJ*, n° 4, 2017, pp. 681-693.

TRUJILLO VILLAMOR, E: “Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del CC”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 1/2022, de 19 enero.

VIVAS TESÓN, I:

Las inmisiones por tenencia de animales de compañía en inmuebles en régimen de propiedad horizontal, Aranzadi, Pamplona, 2019.

“Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 41/2022, pp. 44-63.

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO DE SUCESIONES

ANTONI VAQUER ALOY

*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. EL TESTAMENTO ELECTRÓNICO 1. Autenticidad y espontaneidad de la voluntad testamentaria 2. La conservación del testamento II. EL TESTAMENTO CERRADO CON FIRMA ELECTRÓNICA III. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO CON MEDIOS ELECTRÓNICOS 1. La escritura del testamento ológrafo 2. El soporte del testamento ológrafo 3. La firma 4. Algunas cuestiones problemáticas IV. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La habitualidad del uso de las TIC en nuestra sociedad, primero, y la pandemia, ahora, actúan como argumentos de peso a favor de la introducción de la forma electrónica del testamento en nuestro derecho sucesorio. El uso común de las nuevas tecnologías, con un 95% de las viviendas españolas con acceso a internet¹ y con el 83,7% de los hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años que dispone de algún tipo de ordenador², constituye un buen argumento para defender la oportunidad de la regulación del testamento electrónico, a imagen del desarrollo de los contratos electrónicos (compras y pagos *on line*)³. A ello se ha añadido la pandemia del coronavirus con confinamientos, postulándose la necesidad de una forma testamentaria ágil al alcance de la población⁴. Por

¹ Fuente: INE, Hogares que tienen acceso a Internet y hogares que tienen ordenadores por tipo de hogar. España, UE-27 y UE-28. Serie 2018-2020.

² Fuente: INE, Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2021.

³ WILSON, J.C. (2021), «Electronic Wills: Why Would Georgia Choose to Delay the Inevitable?», *Mercer Law Review*, p. 337-364, p. 339. En España, CHAMORRO SERRANO, M.E. (2020), «Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», *Revista de Derecho Civil*, p. 287-330, p. 325.

⁴ HORTON, D., WEISBORD R.W. (2020), «COVID-19 and Formal Wills», *Stanford Law Review Online*, n° 73, mayo 2020, p. 18-27, p. 19; TORRES, F. (2021), «Electronic Wills: COVID-19 Relief or Inevitable Trouble for California?», *University of the Pacific Law Review*, p. 435-455, p. 454. En España, PEÑASCO, R. (2021), «Del testamento ológrafo al testamento cibernético», *e-Legal History Review*, n° 33, p. 2 del archivo informático.

último, se alega que la forma electrónica puede favorecer a las zonas rurales des pobladas donde es más difícil disponer de asesoramiento jurídico⁵.

Huelga decir que los argumentos que se han comprimido en el párrafo anterior provienen de los Estados Unidos, único país donde hasta el momento algunos de sus estados se han atrevido a regular los testamentos electrónicos y donde se ha propuesto una normativa modelo, la *Uniform Electronic Wills Act* (UEWA), aprobada en 2019 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Estas normativas van a ser analizadas someramente en el apartado I de este trabajo. Hay que advertir, sin embargo, ya de entrada, que la situación estadounidense no es comparable con la española, por lo menos por las siguientes razones: 1) la existencia del notariado español, que presta asesoramiento legal a precios módicos en materia testamentaria, y con una implantación territorial amplísima; 2) las notarías han sido servicio esencial durante la pandemia, por lo que han permanecido abiertas, aunque solo para casos urgentes⁶; 3) no es seguro que en la España vaciada se disponga, en general, de buen acceso a internet, y también hay una brecha digital entre sectores de la población según su edad, formación y nivel económico⁷; 4) a diferencia de Estados Unidos⁸, donde más de la mitad de las herencias se defieren intestadas, en España la mayor parte de las sucesiones son testadas⁹. Dicho en otros términos, los argumentos que más usualmente se manejan son, por lo menos, discutibles si se trasladan sin más a España. De hecho, hay quien opina que el interés por los testamentos electrónicos en los EEUU procede más de algunas empresas tecnológicas que de la ciudadanía¹⁰. Pero lo cierto es que en la reforma operada con motivo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las

⁵ CLARK, M. (2020), «Avoiding Grave Consequences: Electronic Wills as a Solution For Texas», *Wills, Trusts, & Estates Law eJournal*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3534350 (último acceso 4.7.2022).

⁶ Véase, con más referencias, LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2020), «Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n° 17 (p. 7 del archivo informático); CASTÁN, S. (2021), «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad», *RIDROM*, n° 26, p. 419-480, p. 457-458.

⁷ <https://www.caritas.es/producto/evolucion-de-la-cohesion-social-y-consecuencias-de-la-covid-19-en-espana/> (último acceso 4.7.2022).

⁸ GRANT, J.K. (2008), «Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will», *University of Michigan Journal of Law Reform*, p. 105-139, p. 137; BANTA, N.M. (2019), «Electronic Wills and Digital Assets: Reassessing Formality in The Digital Age», *Baylor Law Review*, p. 547-603, p. 550.

⁹ Según la estadística notarial, solo en 2021 se otorgaron 723.642 testamentos, aumentando en 92.406 frente a los otorgados en 2020, lo que constituye un aumento del 14,6% (Los efectos de la pandemia desde la óptica de los datos del Notariado, 14 de marzo de 2022, accesible en www.notariado.org, último acceso 4.7.2022).

¹⁰ HIRSCH, A.J, KELETY, J.C. (2020), «Electronic-Will Legislation: The Uniform Act versus Australian and Canadian Alternatives», *Probate & Property Magazine* (34:05) (p. 2 del archivo accesible en <https://ssrn.com/abstract=3697819>, ultimo acceso 4.7.2022).

personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se ha introducido el testamento cerrado con firma electrónica en el Código civil, cuyo análisis se aborda en el apartado 2. La introducción de esta modalidad permite plantear, de acuerdo con el criterio interpretativo del art. 3.1 CC basado en “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” las normas, si, sin necesidad de reforma legal alguna, cabe el testamento ológrafo otorgado sirviéndose de las nuevas tecnologías, cuestión que se trata en el apartado 3.

I. EL TESTAMENTO ELECTRÓNICO

Las formalidades testamentarias son distintas en los Estados Unidos de América, en comparación con España, y, además, varían en cada uno de los estados. Si la atención se centra en los testamentos electrónicos, pueden distinguirse tres tipos: *offline*, aquellos que se escriben en un ordenador o tableta en cuyo disco duro se conservan; *online*, si se almacenan en una nube; y *online*, si en el otorgamiento interviene un custodio profesional que también se encargará de la conservación del archivo digital (*qualified custodian*)¹¹. Por esta razón, se va a prescindir del análisis de todas las solemnidades testamentarias y, por el contrario, la atención se va a centrar en las que son comunes con los diversos ordenamientos jurídicos vigentes en España y que conciernen dos aspectos básicos: la autenticidad y espontaneidad de la voluntad testamentaria que se expresa y la conservación de esa voluntad¹².

De los siete estados que han regulado la materia, solo uno, Nevada, ha optado por un testamento completamente electrónico. Entre los restantes estados, cuatro –Arizona, Florida, Indiana–, han introducido en alguna medida elementos electrónicos en las formalidades testamentarias que ya estaban en vigor y que, por tanto, solo han sufrido algunas modificaciones para incorporar tecnología. La UEWA se ha decantado, también, por un testamento electrónico¹³, normativo modelo que han adoptado otros dos estados, Utah y Colorado.

Se ha dicho que el testamento electrónico es el equivalente funcional del testamento ológrafo¹⁴. Si esto es cierto se analiza seguidamente.

¹¹ CLARK, M. (2020), p. 13-15.

¹² VAQUER ALOY, A. (2016), «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho civil*, p. 9-34, p. 9-11.

¹³ Para una visión panorámica de las leyes estatales en vigor y de la UEWA, SHAVER, T.W., TAPPELLA, C.L., ANDERSEN, J.M., ADAMS, A.K. (2020), «Shall We Check His Text Messages? The Growing Trend of Creating Wills in the Digital Age», *California Trusts and Estates Quarterly*, p. 31-44.

¹⁴ BANTA (2019), p. 563: “In many ways, an electronic will is the equivalent of a holographic will”.

1. Autenticidad y espontaneidad de la voluntad testamentaria

Una vez que se ha señalado que el principal problema radica en la autenticidad de la autoría del testamento¹⁵, diversas son las estrategias que pueden adoptarse. En Nevada, el testamento electrónico debe contener fecha y firma electrónica y algún elemento de identificación e individualización del testador sobre la base de un elemento biológico o un acto físico del testador que se incorpore al archivo digital, como un escáner de retina, reconocimiento de voz o facial, huella dactilar, o una firma digital entendida como una imagen de la firma manuscrita¹⁶.

En realidad, las formalidades que se han descrito se enmarcan en un proceso de relajación de las solemnidades testamentarias¹⁷ que parece convertirse en tendencia, en lo que podría sintetizarse como que basta que el testamento aparente haber sido escrito por el testador y contener su voluntad testamentaria para que sea validado como tal¹⁸. Es decir, los legisladores y autores que defienden estos modelos se contentan con la mera autenticidad formal del testamento, pero sin poner el centro de atención en la autenticidad sustancial¹⁹. En efecto, no existen garantías absolutas de que el ordenador desde el que se ha realizado el testamento no haya sido hackeado o de que se haya suplantado la identidad digital del presunto testador. La correlación que se efectúa entre las transacciones electrónicas y los testamentos no tiene en cuenta que aquellas son instantáneas y que los bancos y las plataformas de compras *online* han invertido ingentes cantidades de dinero en establecer medios seguros para el pago²⁰. Si todos estos

¹⁵ CRAWFORD, B.J. (2019), «Wills Formalities in the Twenty-First Century», *Wisconsin Law Review*, p. 269-294, p. 271.

¹⁶ BEYER, G.W., HARGROVE, C.G. (2007), «Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?», *Ohio Northern University Law Review*, p. 865-902, p. 888; LAPIANA, W.P. (2019), «Electronic Wills: Radical Change, Inevitable Evolution, or Obsolete Before it Started?», accesible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjD_MG6rc_3AhWEhv0HHTaWJAJAQFnoECAIQAO&url=https%3A%2F%2Fwww.ppggny.org%2Fresource%2Fresmgr%2Fpg_day_2022%2Fspeaker_handouts%2F accreditation - lapiana.pdf&usq=AOvVaw371cIBHRAvFipZRw7D-dwB (último acceso 4.7.2022), p. 12-13.

¹⁷ Se remite a VAQUER ALOY (2016), *passim*.

¹⁸ En palabras de CRAWFORD, B.J. (2019), p. 271: “The only necessary requirement should be that the document is authentic, meaning that this is the document the decedent executed, and that the decedent intended the document to function as her last will and testament. As long as the document’s authenticity is uncontested, there is no reason to demand rigid adherence to wills formalities that are hundreds of years old”.

¹⁹ LAPIANA (2019), p. 9.

²⁰ Además, como dijo HURLBURT, W.H. (2001), “Electronic Wills and Powers of Attorney: Has Their Day Come?”, Materiales de la 83 reunión anual de la Conferencia d canadiense de unificación del derecho, p. 5 (accesible en <https://lawreformcommission.sk.ca/electwills2.pdf>, último acceso 4.7.2022), en el comercio electrónico la fiabilidad del sistema se comprueba en cada transacción, mientras que en el caso de los testamentos digitales no se comprueba hasta el momento de la apertura de la sucesión. En España, véase TORRES LANA, J.A. (2004), «Forma del negocio y nuevas tec-

requisitos de seguridad tan avanzados los transportamos a los testamentos, se exige a los testadores disponer de una tecnología muy costosa que requiere unos conocimientos técnicos superiores a la media²¹, lo que, al cabo, malogra la idea de partida de que la introducción de las nuevas tecnologías supone la democratización y popularización del derecho de sucesiones poniéndolo al alcance de las poblaciones rurales y con menos medios económicos.

Al tratarse de un archivo informático, que puede copiarse infinidad de veces y almacenarse en lugares distintos, desde el disco duro del mismo ordenador que se utilizó para redactarlo a una nube, pasando por discos externos y memorias USB, se plantean diversas cuestiones relativas a la revocación material del testamento: ¿basta con borrar una de las copias para que se entienda revocado el testamento? Los metadatos pueden ser de ayuda para resolver cuál es la última versión del documento en cuestión²², pero el hecho de la existencia de diversos archivos genera el problema de qué consecuencias tiene la supresión de una copia en el supuesto más sencillo de que el contenido del testamento y su fecha sean idénticas en las diversas copias conservadas. De ello es consciente la misma UEWA, que, tras señalar que es preferible la revocación mediante un testamento posterior, formula una serie de reglas en el comentario a la sección 7, cuyo apartado (2) admite la revocación material del testamento electrónico²³:

- un acto de revocación material en cada copia –por ejemplo, destruir un martillo la memoria USB que la contiene– puede bastar para tener revocado el testamento, aunque subsistan otras copias.
- imprimir una copia y escribir “revocado” puede tener eficacia como acto revocatorio, y lo mismo escribirlo en uno de los archivos informáticos.
- sin embargo, enviar un correo electrónico en que se diga que se revoca el testamento carece de eficacia revocatoria, pues tal expresión no se contiene en el mismo testamento.

En todo caso, pesa sobre quien interese la revocación la prueba de que tal era la voluntad del testador, lo que no se antoja nada fácil, puesto que el acto

nologías», *Revista de Derecho Privado*, p. 489-523, p. 516: “la noción de firma electrónica nació y se ha desarrollado para facilitar el comercio electrónico, es decir, el tráfico *inter vivos*, y no los negocios *mortis causa*”.

²¹ Véase las observaciones críticas de LAPIANA (2019), p. 29-30, y SHAVER, T.W., TAPELLA, C.L., ANDERSEN, J.M., ADAMS, A.K. (2020), p. 39. Nevada aprobó su primera ley de testamentos digitales en 2001, pero no llegó a aplicarse en la práctica, porque no existía el software que requería [BEYER, G., HARGROVE, C.G. (2007), p. 887-889; TORRES (2021), p. 441], lo que evidencia que, si la tecnología puede convertirse en una barrera para el legislador, mucho más para la ciudadanía.

²² BANTA (2019), p. 593; CLARK (2020), p. 13. Véase, además, el comentario a la sección 18 UEWA.

²³ Críticos con esta regulación HIRSCH, A.J., KELETY, J.C. (2020), p. 7, porque obliga al testador a tener cuidado de no suprimir ninguna copia para que el testamento pueda presumirse revocado.

material lo puede llevar a cabo cualquier persona que conociera la redacción y almacenamiento del testamento.

En cuanto a la espontaneidad de la voluntad testamentaria que expresa el testador, las posibilidades de captación de la voluntad y fraude aumentan exponencialmente cuando quien pretende testar digitalmente es una persona anciana²⁴, pues es probable que no domine la tecnología y requiera la ayuda de quien quizá no es un buen samaritano. Florida trata de asegurarse que el testador expresa una verdadera intención formada libremente. Para ello, el notario que autoriza el testamento remotamente debe formularle las siguientes preguntas: “(1) Are you under the influence of any drugs or alcohol today that impairs your ability to make decisions? (2) Do you have any physical or mental condition or long-term disability that impairs your ability to perform the normal activities of daily living? (3) Do you require assistance with daily care?”²⁵. El legislador presupone que el testador dirá la verdad y que el notario remotamente podrá cerciorarse de ello. Nuevamente se trata de una presuposición que no supera el plano meramente formal y que, por lo tanto, abre la puerta tanto a la captación de la voluntad como, incluso, a la intimidación, aunque el notario pueda ver toda la sala desde la que se comunica el testador, con lo que no puede afirmarse que haya un control efectivo en cuanto a que personas sin la suficiente capacidad de discernimiento otorguen testamento. Tampoco se observa una especial preocupación por el *animus testandi in actu*; una nota de voz o un texto en el smartphone apuntan, en principio, más a un borrador que a un testamento definitivo.

En España la intervención de testigos en el otorgamiento de testamento no es necesaria, por lo que tampoco el testamento electrónico añade más privacidad, pues el notario tiene el deber de confidencialidad que le impide dar a conocer el contenido testamentario a cualquier persona.

2. La conservación del testamento

La conservación del testamento electrónico suscita también un número de cuestiones. A diferencia de las transacciones electrónicas, que se usan como

²⁴ TORRES, F. (2021), p. 452-453. Críticamente, HIRSCH, A.J., KELETY, J.C. (2020), p. 3-5.

²⁵ Fla. Stat. § 117.285 5.a (2021) (accesible en http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0100-0199/0117/Sections/0117.285.html, último acceso 4.7.2022). Véase WILSON (2021), p. 355. La consecuencia a la respuesta afirmativa a alguna de estas preguntas no es que no proceda el otorgamiento del testamento, sino que se califica al testador como persona vulnerable y los testigos deben estar presentes con el testador, lo que supone delegar en estos el control de las condiciones mentales del testador. Además, debe preguntarse si está casado, dónde se halla y si hay alguien con él, lo que tampoco parece aportar más seguridad. Véase BACCHUS, K.C. (2019), “A Testament to the Future of Testaments: Electronic Wills Are the Future”, *Ave Maria Law Review*, p. 35-60, p. 43 y 50-52; TORRES (2021), p. 442.

argumento de comparación esencial, los efectos jurídicos del testamento no se producen instantáneamente con pulsar una tecla del ordenador, sino que se demoran hasta el fallecimiento del otorgante. Esto significa que el testamento puede permanecer almacenado durante un tiempo más o menos largo, lo que puede afectar a la subsistencia del testamento: obsolescencia o desaparición del software²⁶, avería del ordenador, quiebra y extinción de la empresa titular del servicio de nube en que el testador almacenó el archivo informático, etcétera, aparte del peligro de hackeo.

El estado de Nevada ha optado por conferir las funciones de almacenamiento y conservación del testamento a un custodio profesional, básicamente una empresa especializada que asume ese deber como prestación contractual y que debe asegurar el acceso al testamento en todo momento. En definitiva, supone la privatización del servicio, lo que para el testador implica el pago del precio que cobra la empresa durante los años en que esta deba cumplir sus obligaciones de custodia. Lo mismo en Florida, en que se dispone que el custodio debe depositar el testamento en el tribunal competente, aunque no se le impone la obligación de investigar si el testador fallece, con lo que si nadie sabe que se otorgó un testamento electrónico, nadie comunicará el deceso al custodio y el testamento permanecerá oculto sin regir la sucesión²⁷. Para un español, no hay ninguna ventaja en el testamento electrónico a la manera norteamericana, pues el notario percibe una remuneración módica por el otorgamiento del testamento, asesoramiento incluido, y la conservación indefinida está garantizada en el protocolo notarial sin ningún otro costo añadido.

II. EL TESTAMENTO CERRADO CON FIRMA ELECTRÓNICA

Una de las novedades que ha introducido la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en el Código civil, ha sido la admisión como forma testamentaria del testamento cerrado electrónico. En concreto, el segundo inciso del art. 706.III dispone lo siguiente: “Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”. La exposición de motivos de la Ley no ofrece ninguna justificación ni explicación de las razones que han persuadido al legislador para incorporar esta novedad. Se trata de un testamento escrito, solo que mediante un ordenador, y sin que sea necesario imprimirlo sobre papel en el momento del otorgamiento, puesto que, como se verá, cabe protocolizar el medio durable en que se

²⁶ HURLBURT (2001), p. 9.

²⁷ BACCHUS (2019), p. 48; HIRSCH, A.J., KELETY, J.C. (2020), p. 5.

ha almacenado el archivo digital, momento en que sí tendrá que imprimirse por parte del notario encargado de la protocolización. En todo caso, se observa que el testamento cerrado solo será válido si lleva firma electrónica, lo que significa que carecerá de validez si se inserta una firma manuscrita contenida en un archivo electrónico fotográfico (por ejemplo, en formato .jpeg, .png o .tiff), a pesar de ser lo más aproximado a la exigencia de firma del testador en cualquiera de las formas testamentarias. Resulta ocioso señalar que, antes de la reforma, el testamento cerrado podía escribirse mecánicamente, por lo tanto, en un ordenador, pero el testamento lo constituía la hoja u hojas impresas que eran firmadas e introducidas en un sobre cerrado, no el archivo informático.

Siendo el testamento cerrado una modalidad tan poco empleada en la práctica, no deja de sorprender que, sin tener ninguna relación directa con la protección de las personas con discapacidad²⁸, se importe, en su más estricta literalidad, la previsión del segundo inciso del art. 421-14.2 CCCat: “Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida”. Con ello se da el paso, ahora sí, del testamento en hoja de papel al testamento en formato informático. El testamento cerrado electrónico no estaba contemplado en el proyecto de Ley del Libro 4 del Código civil de Cataluña que preparó la Comisión de Codificación, sino que se introdujo por vía de enmienda en el pleno²⁹. La doctrina catalana lo recibió con evidente recelo. JOU MIRABENT, que se muestra partidario de suprimir en general el testamento cerrado, advertía de los riesgos del testamento cerrado en modalidad electrónica, por la dificultad de la perdurabilidad del soporte y de los programarios y la caducidad del certificado digital, si transcurre un cierto tiempo entre otorgamiento y apertura de la sucesión³⁰. La redacción legal –“si el testamento electrónico se ha redactado en soporte electrónico”– es lo suficientemente amplia e inconcreta

²⁸ Aunque GARCÍA RUBIO, M.P. (2018), «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, p. 173-197, p. 178, haya dicho que esta novedad posibilita “adaptar la norma a la evolución técnica que, muy lejos de lo que sucedía en la época codificadora decimonónica, permite a las personas con discapacidades sensoriales severas ejercer con plenitud sus derechos”, lo cierto es que ni es específica para las personas con discapacidad ni, a tenor de lo que se argumenta en el texto, va a coadyuvar a que las personas con discapacidad, que por su vulnerabilidad necesitan de otras personas que las ayuden en muchos menesteres, puedan ejercer en igualdad su capacidad jurídica.

²⁹ *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, n° 280, de 11 de junio de 2008.

³⁰ JOU MIRABENT, L. (2009), «Art. 421-14», en Egea Fernández, J., Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, vol. I, p. 209-215, 214. En el mismo sentido, VAQUER ALOY, A. (2019), «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», en Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (ed.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitària, p. 403-458, p. 446-447.

para permitir como testamento cerrado el documento autógrafo o mecanoscrito escaneado y firmado luego digitalmente³¹.

La admisión del testamento cerrado con firma electrónica no es una forma de testamento notarial que merezca aprobación. El testamento es un negocio jurídico de última voluntad, pero no en el sentido de que su otorgamiento preceda al fallecimiento, sino de que, tratándose de una voluntad ambulatoria, la que se contiene en el testamento es la última voluntad, sea cuando sea que se ha expresado. En realidad, una buena planificación testamentaria presupone que se otorgue sin las urgencias de la contemplación de una muerte próxima. De ahí que, en efecto, pueda transcurrir un período de tiempo suficientemente largo entre otorgamiento y defunción como para que el *software* utilizado para crear el archivo digital ya no sea compatible con el nuevo entorno, lo que podría impedir conocer el contenido del testamento.

En otro orden de cosas, existe el riesgo del *hackeo* de nuestros datos digitales, tanto de la firma electrónica en el fichero informático³² como del completo ordenador en que está almacenado. El desarrollo de la piratería informática³³, aunque se incorporen datos biométricos, suscita la duda de si lo que aparece como testamento en realidad no expresa la voluntad del testador, que ha sido suplantado en su identidad digital; si tal cosa sucede, es evidente que el testamento ya no responde a la máxima de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión. Por más que se imponga el requisito formal de la firma electrónica reconocida, esto es, la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (art. 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica), no se asegura con ello la autenticidad del testamento³⁴. Las debilidades señaladas no hacen aconsejable recurrir a esta modalidad testamentaria.

³¹ Véanse las consideraciones de MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, J.M. (2009), «El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña», en Área de Dret Civil Universitat de Girona (coord.), *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitària, p. 77-112, p. 103-104.

³² Véase, por ejemplo, <https://thehackernews.com/2021/02/shadow-attacks-let-attackers-replace.html> (último acceso 4.7.2022). En el DNI electrónico se han detectado problemas de seguridad (https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-11-09/dni-policia-certificado-digital-ciberseguridad_1475201/, último acceso 4.7.2022). Del riesgo de suplantación del testador advierten FERRER RIBA, J. (2009), «Tradició heretada i innovació en el nou Llibre Quart del Codi civil de Catalunya», en Área de Dret Civil Universitat de Girona (ed.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitària, p. 15-32, p. 32, y MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (2009), p. 110 y 112.

³³ Incluso de las consideradas ultraseguras criptomonedas por el uso de tecnología *blockchain*: <https://www.lavanguardia.com/economia/20220203/8032107/criptomonedas-piratas-robo-wormhole.html> (último acceso 4.7.2022).

³⁴ No puede compartirse, pues, la afirmación de que este requisito “se justifica en la necesidad de acreditar la identidad del testador ya que, de no ser así, podría suplantarse su identidad con la consiguiente falsificación del documento testamentario” (CALAZA LÓPEZ, C.A. [2022], «Art. 706.III»,

III. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO CON MEDIOS ELECTRÓNICOS

El testamento ológrafo constituye una forma privada que se caracteriza por la total escritura a mano por el propio testador y que presenta como solemnidades adicionales la inserción de la fecha y de la firma. Así, el art. 688 CC, en su párrafo segundo, indica que su validez requiere “estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue”. Por su parte, el art. 421-17.2 CCCat exige “a) que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento”. Sin embargo, la falta de indicación del lugar del otorgamiento no es causa de nulidad si se puede acreditar de otro modo, lo mismo que la fecha (art. 422-1.2 CCCat). Y el art. 411 CFA, relativo al testamento mancomunado ológrafo, requiere “que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos”. Luego, si se han cumplido estos requisitos de forma, la eficacia del testamento ológrafo depende de su adveración y protocolización en el plazo legal (art. 689 CC, 421-19 CCCat).

En relación con el empleo de las nuevas tecnologías, cabe suscitar las siguientes cuestiones:

1. El posible recurso a las nuevas tecnologías para escribir el testamento ológrafo.
2. El soporte en el que se escriba el testamento ológrafo.
3. La firma

1. La escritura del testamento ológrafo

No hay duda de que el testamento ológrafo es un testamento escrito. Lo dicen con total rotundidad los artículos que se acaban de transcribir. No cabe, pues, en el derecho vigente, verbalizar el testamento ológrafo: un vídeo o una grabación de voz jamás pueden convertirse o valer como tal testamento conforme al derecho vigente.

Los art. 421-17.2 y 411 CFA son mucho más precisos que la norma del Código civil, por más que la construcción doctrinal y jurisprudencial no sea dispar. No basta con que el testamento ológrafo esté escrito, sino que tiene que estar escrito

en García Rubio, M.P., Moro Almaraz, M.J. (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, p. 523-530, p. 529, pues no es suficiente ante las evidencias de la realidad.

y firmado por el testador³⁵, de manera autógrafa o de puño y letra, todo él (significado etimológico de *ológrafo*). De ahí que la jurisprudencia repetidamente haya venido desconsiderando los documentos presentados a protocolizar escritos con medios mecánicos, como máquinas de escribir u ordenadores, cualesquiera que hayan sido los argumentos justificadores³⁶. Aparte de tratarse de una exigencia legal, que el texto del testamento deba ser manuscrito se fundamenta en que la letra constituye un elemento individualizador de la persona, de manera que, si se suscita duda sobre la autenticidad del testamento, el análisis grafológico debe permitir confirmar la autoría de la escritura³⁷. Por consiguiente, la escritura de puño y letra permite atribuir el texto escrito a quien lo firma como autor y garantizar la autoría³⁸. Puesto que no hay control notarial relativo a la identificación de la persona, “la autografía absoluta es un requisito imprescindible para su validez”³⁹. Esto no significa que el testamento ológrafo sobre papel ofrezca mayor seguridad de autenticidad que si se escribe en un soporte informático como una pantalla táctil; véase como muestra la SAP Barcelona, sec. 1ª, 20.9.2021⁴⁰, en que pese a que una testigo afirmaba que la testadora escribió el testamento delante suyo y de que una pericial ratificaba la autoría, el tribunal estima la nulidad al decantarse por otra pericial que negaba la autoría, por considerar que el texto usado para confrontar la letra sí era indubitado.

Sin embargo, lo anterior requiere analizar la caligrafía contenida en el testamento y, para verificar la autoría, debe compararse con algún texto escrito por el testador y que no exista duda que lo ha escrito él, es decir, debe cotejarse la letra del presunto testamento ológrafo con un manuscrito indubitado del testador. El análisis de sentencias comienza a mostrar que no siempre es fácil que los peritos calígrafos dispongan de documentos que el juzgador repunte indubitados⁴¹, algunas veces porque oportunamente se habrá tratado de hacer pasar gato por

³⁵ En el caso de la SAP Tarragona 3.3.2002, Roj: SAP T 358/2022, se alega que el supuesto testador dictó el testamento y luego sí firmó de puño y letra el texto escrito, lo que la sentencia considera insuficiente para salvar la validez.

³⁶ AAP Jaén 14.9.2017, Roj: AAP J 1339/2017; SAP Navarra 14.4.2008, Roj: SAP NA 464/2008; AAP Cuenca 8.2.2006, Roj: AAP CU 18/2006; SAP Barcelona (19ª) 15 mayo 2006, Roj: SAP B 6229/2006; AAP Tarragona 12.5.2005, Roj: AAP T 358/2005. Véase, también, el AAP Ciudad Real 5.9.2008, Roj: AAP CR 491/2008, que deniega la protocolización de un pretendido testamento ológrafo que, aparte de la entidad de tachaduras, tenía adiciones realizadas por otra persona distinta del testador.

³⁷ ESPINO BERMELL, C. (2017), *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Reus, p. 72; BARRIO GALLARDO, A. (2019), «El testamento ológrafo electrónico: una *contradictio in terminis*», en Galindo, F. (coord.), *¿Cómo poner en práctica el gobierno abierto?*, Reus, p. 157-158; MARSAL I GUILLAMET, J. (2000), *El testament*, Generalitat de Catalunya, p. 358.

³⁸ SAP Navarra 14.4.2008: “ha de servir para identificar a su autor con el testador”; Rivas Martínez, J.J. (2009), *Derecho de sucesiones común y foral*, Dykinson, t. I, p. 368.

³⁹ STSJ Cataluña 30.7.2007, Roj: STSJ CAT 15317/2007.

⁴⁰ Roj: SAP B 10633/2021.

⁴¹ SAP Pontevedra 5.6.2020, Roj: SAP PO 968/2020 (aunque no es la principal *ratio decidendi*). Al respecto, vaticina PATTI, S. (2014), «Il testamento ológrafo nell'era digitale», *Rivista di Diritto Civile*, p.

liebre⁴², pero otras probablemente porque constituye una evidencia que las personas cada vez escribimos menos a mano, en particular las más jóvenes. Si se mantiene esta tendencia, es posible que más pronto que tarde sea difícil disponer de documentos indubitados escritos por el testador, lo que haría imposible verificar la autoría de los testamentos ológrafos.

La “absoluta autografía” determina la invalidez del testamento redactado mecánicamente pero en el que quedan espacios en blanco para que los rellene de su puño y letra quien testa. En el caso de la SAP Barcelona (17^a) 22.11.2018⁴³, el documento contenía mecanografiado el nombre, DNI y domicilio de la presunta testadora, un párrafo con espacios para que manuscritamente insertara la fecha de nacimiento y el nombre de sus padres (tachado “casada” y añadido a mano “separada”), una lista de bienes del todo genérica (“piso y parking en la población de Torredembarra”, “diversas propiedades” en las ciudades de Tarragona, Barcelona y Vic, “capital mobiliario en banco”), las cláusulas dispositivas, las dos primeras con el nombre manuscrito de las beneficiarias, mientras que las dos últimas estaban escritas mecánicamente (“Dono las propiedades de la ciudad de Tarragona a las Hermanitas de los Pobres de la misma ciudad”, y lo mismo las propiedades de Vic), y una cláusula final revocatoria igualmente mecanografiada, lugar mecanografiado, fecha manuscrita, y firma manuscrita. Razona la sentencia que “dicho documento no reúne los requisitos para que sea considerado testamento hológrafo puesto que no está escrito de puño y letra de la Sra. Zulima, contiene tachones, y se constata que ésta se ha limitado a rellenar los espacios en blanco que le han dejado, y a estampar su firma”. Sin embargo, debe recordarse que el AAP de 17.11.2004 de Islas Baleares⁴⁴ sí validó un testamento con partes mecanografiadas: “Las palabras mecanografiadas que aparecen en dicho testamento, a modo de plantilla con puntos suspensivos sobre los que se manusciben por la testadora, básicamente, sus datos personales, no son bastantes para denegar la protocolización solicitada, pues los requisitos sustanciales ya han sido constatados y estos últimos, además de ser intrascendentes, también están manuscritos, al margen de un encasillado mecanografiado absolutamente irrelevante”. Los supuestos no son idénticos, pues en el primer caso incluso cabe dudar de que exista un verdadero *animus testandi in actu* al estar mecanografiadas tres de las cláusulas dispositivas, y en el segundo quien testó lo hizo en inglés y al modo inglés de testamento ológrafo en forma de plantilla, pero lo cierto es

999-1012, p. 995, que la tendencia a no escribir de puño y letra puede conducir en breve a que no se disponga de documentos de cotejo para verificar la autoría de la escritura.

⁴² Tal parece que considera el caso la antes citada (nota 40) SAP Barcelona (1^a) 20.9.2021. La favorecida en el testamento era la nieta de la testigo que afirmaba haber visto como la testadora escribía el testamento ológrafo.

⁴³ Roj: SAP B 11837/2018.

⁴⁴ Roj: AAP IB 398/2004.

que proporcionaría mucha más certidumbre ceñirse al criterio de la total autografía en vez de dispensar, en determinadas ocasiones, la solemnidad exigida legalmente.

Por tanto, la completa escritura autógrafa del testamento ológrafo constituye un requisito de validez. Sin embargo, ya no se concreta más, es decir, si debe escribirse con pluma, bolígrafo, lápiz⁴⁵, o con el uso de las nuevas tecnologías⁴⁶. Aunque luego se hablará del soporte de la escritura, no se observa escollo legal alguno, desde el punto de vista de la escritura, a la utilización de un lápiz digital o de cualquier otro mecanismo técnico que permita escribir y firmar a mano. Como decía gráficamente Torres García, al analizar el requisito de la escritura, debe ser el testador quien escriba y con su mano⁴⁷. Por consiguiente, desde el punto de vista de la escritura, no hay obstáculo alguno a que el testamento ológrafo pueda redactarse usando un lápiz digital u otros medios técnicos en la pantalla de una tableta o un smartphone de modo que se genere un archivo informático.

2. El soporte del testamento ológrafo

La segunda cuestión compete al soporte en el que debe expresarse la voluntad testamentaria. De nuevo el Código civil y el Código civil de Cataluña guardan silencio al respecto: ningún precepto exige que deba otorgarse sobre papel, a diferencia del testamento cerrado (art. 707.1º CC, art. 421-14.2 y 3 CCCat). Con todo, con apego a la historia, el art. 62.5 LJV da por supuesto que el testamento ológrafo se ha escrito sobre papel: “el Notario abrirá el testamento ológrafo cuando esté en pliego cerrado, lo rubricará en todas sus hojas [...]”; ahora bien, la presuposición va ligada al “pliego” (art. 707.3º CC, relativo al testamento cerrado), por lo que este precepto no es obstáculo para admitir otro soporte que el papel en forma de hoja u hojas. De hecho, la exigencia de papel, en concreto sellado, que se contenía en la redacción originaria del art. 688.II CC, se suprimió nada menos que en 1904.

Aunque ficción y la realidad puedan darse la mano⁴⁸, lo cierto es que en España hay un caso en que se ha validado un testamento no escrito propiamente

⁴⁵ AAP Madrid (1ª) 25.3.2002, Roj: AAP M 637/2002.

⁴⁶ SILVERIO SANDOVAL, J. (2019), «El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2.222, p. 3-60, p. 11 y 23; RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2021), «Sin notario y sin testigos: el testamento ológrafo como forma testamentaria en tiempo de pandemia en el derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 280, p. 454-472, p. 468.

⁴⁷ TORRES GARCÍA, T.F. (1977), *El testamento ológrafo*, Montecorvo, p. 239.

⁴⁸ Cecil George Harris escribió con una navaja unas pocas palabras en el tractor en que quedó atrapado (“In case I die in this mess I leave all to the wife”), y que, al parecer, un tribunal de Saskatchewan, Canadá, validó como testamento (<https://www.thestar.com/news/canada/2013/10/26/will-written-on-tractor-65-years-ago-celebrated-by-saskatchewan-law-college.html?rf>, último acceso

sobre papel, a diferencia de la STS 19.12.2006 que admitió un testamento escrito en el reverso de una tarjeta de visita⁴⁹ o de la conocidísima carta de novios de Matilde y Pacicos⁵⁰. Se trata de la SAP Barcelona (17^a) 12.12.201851, concerniente a un testamento ológrafo escrito en el reverso de una fotografía. Es verdad que la *ratio decidendi* no versa sobre el soporte del testamento, puesto que ni siquiera es objeto de discusión, pero el resultado final es que se tiene por testamento ológrafo válido.

Lo mismo el más informal de los negocios jurídicos testamentarios, la memoria testamentaria que regula el Código civil de Cataluña: “Las memorias testamentarias firmadas por el testador en todas sus hojas [...]”, reza el art. 421-21.1. De nuevo, se presupone que la memoria se ha escrito sobre papel. Lo mismo el art. 672 CC cuando se refiere a “cédulas o papeles”.

Ahora bien, tanto la memoria testamentaria como el testamento cerrado admiten expresamente que el soporte pueda ser distinto. En su oración inicial completa, el mencionado art. 421-21.1 dispone: “Las memorias testamentarias firmadas por el testador en todas las hojas o, si procede, por medio de una firma electrónica reconocida y que aluden a un testamento anterior valen como codicilo, sea cual sea su forma [...]”. La firma electrónica reconocida no se presenta asociada al papel, sino a un archivo informático, lo que, unido a “sea cual sea su forma”, evidencia que la memoria testamentaria puede contenerse en un archivo informático, bastando con que el documento contenga una firma electrónica reconocida. Como se ha indicado antes en relación con el testamento cerrado, es requisito de validez la firma electrónica, que no puede sustituirse por una imagen de la firma autógrafa. Basta una firma electrónica en algún lugar del documento electrónico, a diferencia de cuando el soporte es papel, caso en que todas las hojas deben estar firmadas. De este modo, si se trata de un archivo pdf de varias páginas, es suficiente con una única firma electrónica; en el caso del papel, es imprescindible una firma manuscrita en cada página.

El soporte del testamento ológrafo se muestra indisolublemente unido a uno de los requisitos de eficacia del testamento válidamente otorgado, cual es el de su adveración y protocolización. Aun otorgado con todos sus requisitos formales,

4.7.2022), y la jurisprudencia francesa conoce un caso de testamento ológrafo escrito en el lateral de una lavadora (Court d'Appel de Nancy Ire ch. civ. de 26.6.98, n° 85-1588), véase MALAURIE, P., AYNÈS, L., BRENNER, C. (2016), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, p. 294, nota 32.

⁴⁹ Roj: STS 7802/2006, comentada por ANGOITIA GOROSTIAGA, V. (2007), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 75, p. 1279-1292, y por COBAS COBIELLA, M.E. (2007), «Testamento ológrafo realizado de manera inusual. Una sentencia interesante», *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 19, p. 479-488.

⁵⁰ STS 8.6.1918, que se puede consultar en <https://elotroblogdeveronicadelcarpio.files.wordpress.com/2018/06/sts-8-junio-1918-pacicos-de-mi-vida.pdf> (último acceso 4.7.2022).

⁵¹ Roj: SAP B 12467/2018.

el testamento ológrafo deviene ineficaz (“caduca”, en la expresión del art. 421-19 CCCat) si no se advera y protocoliza en los plazos legales (art. 681, 691 a 693 CC, 421-18 y 421-19 CCCat). Por tanto, se requiere que el testamento pueda advenirse y protocolizarse, de modo que cualquier soporte que pueda ser protocolizado cumple con las solemnidades legales⁵². La adveración no suscita mayor cuestión pues, como se ha recalcado, con independencia del soporte, el testamento ológrafo debe ser completamente manuscrito, por lo que se podrá realizar el cotejo de la letra con la de algún documento indubitado escrito por el testador en cuestión.

En cuanto a la protocolización, la última modificación de la Ley del Notariado ha despejado cualquier duda que pudiera plantearse. El art. 65 de la Ley del Notariado contempla que la voluntad testamentaria se contenga en “memoria o soporte magnético o digital duradero”. Es cierto que el precepto de refiere directamente al testamento oral, pero no se alcanza a comprender la razón por la que, una vez abierta la puerta a la protocolización de medios durables, estos solo se circunscriban a una o algunas formas testamentarias y no a todas. La admisión ahora del testamento cerrado electrónico constituye un argumento difícilmente rebatible.

La combinación de testamento totalmente manuscrito, incluida la fecha⁵³ y la firma, y medio durable, la proporcionan los ordenadores, tabletas y smartphones que admiten el uso de lápices digitales y demás instrumentos técnicos que permiten crear un archivo manuscrito con letra autógrafa propia del testador. Por supuesto, no vale emplear una letra impresa que imite la grafía humana. Solo sabe la escritura por el propio testador con su propia mano, lo único que, en vez de sobre papel u otro medio material, sobre la pantalla del ordenador para crear un archivo digital. Si se cumplen todos estos requisitos, el testamento ológrafo escrito todo él a mano sobre pantalla con un lápiz digital o instrumento similar debe reputarse válido porque cumple con todos los requisitos de forma

⁵² Así, también, TORRES GARCÍA, T.F. (1977), p. 251-252; SOLÉ FELIU, J. (2009), art. 421-17, en Egea Fernández, J., Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, p. 222-233, p. 227; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, Comares, p. 201; SOLÉ RESINA, J. (2011), «Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil y en el Código civil de Cataluña», en Gete-Alonso y Calera, M.C. (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, t. I, p. 466-469, p. 467; Díez-Picazo, L., Gullón, A. (2012), *Sistema de derecho civil*, vol. IV, 11ª ed., p. 64; ESPINO BERMELL, C. (2017), p. 99; FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2019), *Derecho de sucesiones*, Tecnos, p. 60; BARRIO GALLARDO, A. (2020), p. 163. En cambio, lo limita al papel (“cualquier tipo de papel”) COBAS COBIELLA, M.E. (2017), en Albentosa del Río, J., Cobas Cobiella, M.E. (dir.), *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, p. 455, y lo amplía a cualquier material ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil V*, 10ª ed. revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Edisofer, p. 230.

⁵³ TORRES GARCÍA, T.F. (2011), art. 688, en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F.J., Valpuesta Fernández, R. (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, p. 382-395, p. 392.

que exige el derecho en vigor⁵⁴, sin necesidad de dispensa de solemnidad alguna ni de interpretación de las normas conforme al momento en que deban aplicarse. No cabe argumentar que la mano del testador no escribe inmediatamente el texto del testamento por el hecho de que la escritura se convierte en datos, una vez que se admite la protocolización de soportes durables. Como ya se ha dicho, el papel ya no es el único soporte legalmente admisible.

A la misma conclusión debe llegarse en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que no presenta innovaciones en el marco legal que se acaba de analizar, y que tampoco realiza ninguna concesión a las nuevas tecnologías más que la admisión del testamento cerrado digital con firma electrónica.

⁵⁴ De esta misma opinión, ROMERO PAREJA, A. (2009), «La voluntad en los testamentos electrónicos», *Revista Jurídica del Notariado*, p. p. 189-230, p. 200 y 216; VERDERA IZQUIERDO, B. (2011), *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Aranzadi, p. 83-84; CÁMARA LAPUENTE, S. (2013), «Las distintas formas testamentarias», en Pérez Álvarez, M.A. (coord.), Martínez de Aguirre Aldaz, C., de Pablo Contreras, P., Cámara Lapuente, S., *Curso de derecho civil (V). Derecho de sucesiones*, Colex, p. 131; SILVERIO SANDOVAL, J. (2019), p. 50; más cauto, BARRIO GALLARDO, A. (2020), p. 164. Parece decantarse, quizá a su pesar, por la contraria, PEÑASCO, R. (2021), «Del testamento ológrafo al testamento cibernético», *E-legal History Review*, (p. 13-14 del archivo pdf). Claramente opuestos, FOLLIA CAMPS, R. (2011), art. 422-17, en Roca Trias, E. (dir.), *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Sepin, p. 153-156, p. 154; GARCÍA CANTERO, G. (2014), «Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?», en Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M.P., Torres Lana, J.Á., *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, p. 235-264, p. 261 y 262. SILVERIO SANDOVAL, J. (2019), p. 555, añade, sin embargo, lo siguiente: “es necesario un software que permita recoger en el archivo informático elementos como la presión, la rapidez del trazo, el tiempo de comienzo y fin de la redacción, la geolocalización, el sonido, etc., así como la garantía de que el documento no ha sido manipulado con posterioridad a su otorgamiento”. Hay que notar que ninguna norma legal establece tal exigencia. Como ya se ha dicho, cuanto mayores sean las exigencias a nivel de software, menor será la posibilidad de testamentos otorgados usando las nuevas tecnologías. Por último, aspectos como la rapidez o la presión ejercida al escribir pueden ser factores que sean relevantes en la fase de adverbación del testamento ológrafo, cuando proceda acreditar la autoría, pero no pueden elevarse a requisitos previos de validez. La disparidad de pareceres no es exclusiva de España. Lo mismo sucede en Italia: a favor de la validez, AMBANELLI, A. (2011), «Il testamento olografo», en Bonilini, G. (dir.), *Tratato di diritto delle successioni e donazioni*, p. 1245-1297, p. 1282; en contra, SASSO, I. (2018), «Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks», *The Italian Law Journal*, vol. 4, p. 169-193, p. 187, porque no puede considerarse autógrafo al convertirse a lenguaje informático en el momento de ser guardado como archivo en el disco duro o la nube. Y en Alemania: en contra, SCHOLZ, P. (2019), «Digitale Testieren. Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda», *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 100-137, p. 103-111, con el argumento esencial que no se cumple el requisito formal del documento manuscrito que exigen los §§ 2247 y 126 BGB; a favor, HERGENRÖDER, C.H. (2018), «Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch oder Smartpen?», *ZEV*, n° 2018/7; SANDERS, A., GÖLDNER, K. (2020), «Das Tablet-Testament», *ErbR*, p. 335-337.

3. La firma

La firma de los testamentos ológrafos debe ser manuscrita⁵⁵. Ello resulta tanto directamente de los requisitos formales que se exigen como, indirectamente, de la admisión excepcional de la firma electrónica reconocida en el caso del testamento cerrado. La firma constituye un rasgo distintivo e identificador de la persona, por lo que la firma debe ser manuscrita. No vale en el testamento ológrafo ni la firma electrónica ni la firma estampada mediante algún sistema mecánico. En particular, no es válido el testamento ológrafo con una firma insertada digitalmente desde un archivo de imagen en el archivo digital que contiene el testamento.

Por otra parte, cuando en el testamento cerrado o en las memorias testamentarias se acepta el formato electrónico, solo cabe la firma electrónica avanzada. No es válido el testamento cerrado o la memoria en que se inserta un archivo de imagen con una firma manuscrita escaneada.

4. Algunas cuestiones problemáticas

Con todo, cabe realizar alguna observación en cuanto a una de las solemnidades del testamento ológrafo: la fecha, que en principio debe constar completa -salvo lo que se ha señalado antes y cierta relajación que se observa en las sentencias sobre el carácter completo de la fecha-⁵⁶. Pues bien, tratándose de un testamento que se contiene en un archivo digital, los metadatos van a indicar la fecha exacta, incluso al segundo, de la última modificación del archivo. Puesto que el testamento ológrafo puede ser de redacción sucesiva en el tiempo, es posible que no coincida la fecha estampada manuscritamente con la que indican los metadatos. En principio, debe prevalecer la fecha estampada manuscritamente⁵⁷,

⁵⁵ TORRES GARCÍA, T.F. (1977), p. 329-331; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997), *Derecho de sucesiones*, Bosch, t. I, p. 152; SOLÉ FELIU, J. (2009), p. 229; ESPINO BERMELL, C. (2017), p. 93-94; CALVO GONZÁLEZ, F.J. (2019), «La firma del testamento ológrafo», *La Ley*, 23.8.2019; MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2021), art. 688, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 5ª ed., p. 933-936, p. 934-935.

⁵⁶ Una muestra en VAQUER ALOY, A. (2016), p. 24-25.

⁵⁷ De acuerdo con la STS 10.2.1994, Roj: STS 730/1994 (comentada por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. [1994], *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 35, p. 537-548), “será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante”. Señalan Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A. (2012), p. 64, asumiendo la doctrina que emana de esta sentencia, que “La fecha del testamento ológrafo es la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito; su otorgamiento surge no de lo escrito y su contenido, sino de colocar la fecha y la firma (S. de 10 de febrero de 1994)”. Obviamente, estos autores no están pensando en un testamento escrito en pantalla con lápiz digital, pero no hay problema en extenderlo por analogía al supuesto. DE LA CÁMARA, M. (2011), *Compendio de derecho sucesorio*, La Ley, p. 115,

puesto que el testador puede fechar el testamento en un día distinto al que lo ha empezado o terminado de escribir⁵⁸, y el Tribunal Supremo en la sentencia de 10.2.1994 parece indicar que únicamente la fecha falsa determina la nulidad del testamento ológrafo. Sin embargo, una discrepancia notoria entre una y otra puede ser indicativa de alguna manipulación en el archivo no deseada por el testador; debe corresponder a quien impugne la validez del testamento la carga de probar la posible causa de invalidez⁵⁹. Y, por supuesto, si los metadatos muestran que el archivo ha sufrido alguna modificación tras la fecha de fallecimiento del testador, el testamento ha de ser declarado nulo, pues resulta evidente la manipulación⁶⁰.

Otra cuestión que suscita la duda es la existencia de diversas copias del archivo digital –por ejemplo, en la tableta y en la nube en que se almacena instantáneamente una copia de cada archivo– y la revocación material. ¿La supresión de uno de los archivos entraña una voluntad revocatoria y debe de tenerse por revocado el testamento? No es fácil dar una respuesta binaria, y la solución adoptada en la UEWA, a la que se ha hecho mención I.1, constituye un reflejo de ello. Por otra parte, los supuestos de revocación material que regulan los art. 742 CC y 422-10 CCCat presuponen que el testamento ológrafo se ha redactado sobre papel; un archivo informático no cabe que sea raspado o roto, aunque sí cabe la destrucción material del ordenador, tableta o smartphone o de la memoria USB en que se conserva una copia del testamento. En mi opinión, el único archivo original es el que se encuentra en el disco duro del ordenador, tableta o smartphone, y el resto son copias, y no debe darse el mismo valor a cualquier copia que al original. Por supuesto que pueden darse casos de destrucción involuntaria de los archivos, pero es deseable disponer de reglas claras que contribuyan a la certeza. De ahí que, en mi opinión, únicamente la supresión del archivo en el disco duro debe conllevar la presunción de revocación, lo mismo que su impresión en papel con la estampación manuscrita de la palabra “revocado” o similar. Ahora bien, se trataría de una presunción *iuris tantum*, de modo que compete la carga de la

estima que por fecha debe entenderse el día de la firma, pero es una fecha que puede desconocerse en atención al secretismo con que suele otorgarse el testamento ológrafo. Similarmente, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al* (2004), *Elementos de derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, 3ª ed. Revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, p. 191-192, quienes analizan diversas hipótesis concediendo que la fecha estampada puede no ser la fecha en que se redactó o se terminó la redacción del testamento.

⁵⁸ GARCÍA CANTERO, G. (2014), p. 243.

⁵⁹ Esta podría ser la posición, también, de SILVERIO SANDOVAL (2019), p. 49: “Solo en los casos en que se observe una contradicción entre la fecha de la firma del documento y los de la fecha de creación del documento digital se podría sostener un supuesto de anulabilidad que debería ser definido por la jurisprudencia”. Sucede, sin embargo, que la categoría de la anulabilidad es más propia de los contratos de carácter patrimonial entre vivos, y no creo que baste con una mera contradicción, sino que, como se ha dicho, debe tratarse de una discrepancia notoria.

⁶⁰ SANDERS/GÖLDNER (2020), p. 337.

prueba de que, a pesar de la eliminación del archivo el disco duro, no concurría voluntad revocatoria, o, a la inversa, que el borrado de una copia significa la intención del testador de revocar el testamento, aunque se conserven otras copias o incluso el archivo en el disco duro. Además, de los mencionados art. 742 CC y 422-10 CCCat resulta la idea de que la destrucción solo tiene efecto revocatorio si la lleva a cabo el propio testador y hallándose en el pleno uso de sus facultades mentales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil V*, 10ª ed. Revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Edisofer.
- AMBANELLI, A. (2011), «Il testamento olografo», en Bonilini, G. (dir.), *Tratatto di diritto delle successioni e donazioni*, p. 1245-1297.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. (2007), «Comentario a la STS 19.12.2006», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 75, p. 1279-1292.
- BACCHUS, K.C. (2019), “A Testament to the Future of Testaments: Electronic Wills Are the Future”, *Ave Maria Law Review*, p. 35-60.
- BANTA, N.M. (2019), «Electronic Wills and Digital Assets: Reassessing Formality in The Digital Age», *Baylor Law Review*, p. 547-603.
- BARRIO GALLARDO, A. (2019), «El testamento ológrafo electrónico: una *contra-dictio in terminis*», en Galindo. F. (coord.), *¿Cómo poner en práctica el gobierno abierto?*, Reus, p. 153-170.
- BEYER, G.W., HARGROVE, C.G. (2007), «Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?», *Ohio Northern University Law Review*, p. 865-902.
- CALAZA LÓPEZ, C.A. [2022], «Art. 706.III», en García Rubio, M.P., Moro Almaraz, M.J. (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters-Civitas, p. 523-530.
- CALVO GONZÁLEZ, F.J. (2019), «La firma del testamento ológrafo», *La Ley*, 23.8.2019.
- CASTÁN, S. (2021), «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad», *RIDROM*, nº 26, p. 419-480.
- CHAMORRO SERRANO, M.E. (2020), «Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», *Revista de Derecho Civil*, p. 287-330.
- CLARK, M. (2020), «Avoiding Grave Consequences: Electronic Wills as a Solution For Texas», *Wills, Trusts, & Estates Law eJournal*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3534350.

- COBAS COBIELLA, M.E. (2007), «Testamento ológrafo realizado de manera inusual. Una sentencia interesante», *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 19, p. 479-488.
- CRAWFORD, B.J. (2019), «Wills Formalities in the Twenty-First Century», *Wisconsin Law Review*, p. 269-294.
- DE LA CÁMARA, M. (2011), *Compendio de derecho sucesorio*, La Ley.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. (2012), *Sistema de derecho civil*, vol. IV, 11ª ed.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (1994), Comentario a la STS 10.2.1994, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 35, p. 537-548
- ESPINO BERMELL, C. (2017), *El testamento ológrafo. Su adverbación y protocolización*, Reus
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2019), *Derecho de sucesiones*, Tecnos.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, Comares.
- FERRER RIBA, J. (2009), «Tradició heretada i innovació en el nou Llibre Quart del Codi civil de Catalunya», en Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (ed.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitària, p. 15-32.
- FOLLIA CAMPS, R. (2011), art. 422-17, en Roca Trias, E. (dir.), *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Sepin, p. 153-156.
- GARCÍA CANTERO, G. (2014), «Testamento ológrafo: ¿transformarse, o morir?», en Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M.P., Torres Lana, J.Á., *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dykinson, p. 235-264.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018), «Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, p. 173-197.
- GRANT, J.K. (2008), «Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will», *University of Michigan Journal of Law Reform*, p. 105-139.
- HERGENRÖDER, C.H. (2018), «Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch oder Smartpen?», *ZEV*, n° 2018/7.
- HIRSCH, A.J, KELETY, J.C. (2020), «Electronic-will Legislation: The Uniform Act versus Australian and Canadian Alternatives», *Probate & Property Magazine* (34:05).
- HORTON, D., WEISBORD R.W. (2020), «COVID-19 and Formal Wills», *Stanford Law Review Online*, n° 73, mayo 2020, p. 18-27.
- HURLBURT, W.H. (2001), «Electronic Wills and Powers of Attorney: Has Their Day Come?», *Material de la 83 reunió anual de la Conferencia d canadiense*

de unificación del derecho, p. 5 (accesible en <https://lawreformcommission.sk.ca/electwills2.pdf>).

- JOU MIRABENT, L. (2009), «Art. 421-14», en Egea Fernández, J., Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, vol. I, p. 209-215.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al (2004), *Elementos de derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, 3ª ed. Revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa.
- LAPIANA, W.P. (2019), «Electronic Wills: Radical Change, Inevitable Evolution, or Obsolete Before it Started?», accesible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjD_MG6rc_3AhWEhv0HHTaWAjAQFnoECAIQAO&url=https%3A%2F%2Fwww.ppggny.org%2Fresource%2Fresmgr%2Fpg-day-2022%2Fspeaker-handouts%2Faccréditation-lapiana.pdf&usq=AOvVaw371cIBHRAvFipZRw7D-dwB
- LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2020), «Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 17.
- MALAURIE, P., AYNÈS, L., BRENNER, C. (2016), *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ.
- MARSAL I GUILLAMET, J. (2000), *El testament*, Generalitat de Catalunya.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2021), art. 688, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 5ª ed., p. 933-936.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, J.M. (2009), «El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña», en Área de Dret Civil Universitat de Girona (coord.), *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, p. 77-112.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (COORD.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., CÁMARA LAPUENTE, S., *Curso de derecho civil (V). Derecho de sucesiones*, Colex.
- ROMERO PAREJA, A. (2009), «La voluntad en los testamentos electrónicos», *Revista Jurídica del Notariado*, p. 189-230.
- PATTI, S. (2014), «Il testamento ológrafo nell'era digitale», *Rivista di Diritto Civile*, p. 999-1012.
- PEÑASCO, R. (2021), «Del testamento ológrafo al testamento cibernético», *e-Legal History Review*, nº 33.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2021), «Sin notario y sin testigos: el testamento ológrafo como forma testamentaria en tiempo de pandemia en el derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 280, p. 454-472.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997), *Derecho de sucesiones*, Bosch, t. I.

- SANDERS, A., GÖLDNER, K. (2020), «Das Tablet-Testament», *ErbR*, p. 335-337.
- SASSO, I. (2018), «Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks», *The Italian Law Journal*, vol. 4, p. 169-193.
- SCHOLZ, P. (2019), «Digitales Testieren. Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda», *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 100-137.
- SHAVER, T.W., TAPPELLA, C.L., ANDERSEN, J.M., ADAMS, A.K. (2020), «Shall We Check His Text Messages? The Growing Trend of Creating Wills in the Digital Age», *California Trusts and Estates Quarterly*, p. 31-44.
- SILVERIO SANDOVAL, J. (2019), «El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2.222, p. 3-60.
- SOLÉ FELIU, J. (2009), art. 421-17, en Egea Fernández, J., Ferrer Riba, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, p. 222-233.
- SOLÉ RESINA, J. (2011), «Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil y en el Código civil de Cataluña», en Gete-Alonso y Calera, M.C. (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, t. I, p. 466-469.
- TORRES, F. (2021), «Electronic Wills: COVID-19 Relief or Inevitable Trouble for California?», *University of the Pacific Law Review*, p. 435-455.
- TORRES GARCÍA, T.F. (1977), *El testamento ológrafo*, Montecorvo.
- TORRES GARCÍA, T.F. (2011), art. 688, en Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F.J., Valpuesta Fernández, R. (dir.), *Código civil comentado*, vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, p. 382-395.
- TORRES LANA, J.A. (2004), «Forma del negocio y nuevas tecnologías», *Revista de Derecho Privado*, p. 489-523.
- VAQUER ALOY, A. (2016), «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho civil*, p. 9-34.
- VAQUER ALOY, A. (2019), «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», en Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (ed.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitària, p. 403-458.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2011), *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Aranzadi.
- WILSON, J.C. (2021), «Electronic Wills: Why Would Georgia Choose to Delay the Inevitable?», *Mercer Law Review*, p. 337-364.

II. ¿NUEVAS PERSONAS?

2. COMUNICACIONES: INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Loreto Carmen Mate Satué: *La evolución del tratamiento de los datos personales: especial atención a su configuración como contraprestación de servicios digitales*

Óscar Andrés Molina y Miriam Jiménez Bernal: *Robots e inteligencia artificial como sujetos de Derecho*

Pablo Muruaga Herrero: *Cuando el cine reclama al legislador que los robots tengan personalidad jurídica.*

Nuria Martínez Martínez: *Daños a la salud por el uso de sistemas de inteligencia artificial*

Beatriz Serrano Sánchez: *Entrega de datos personales falsos como riesgos para sistemas IA*

M^a Cristina Berenguer Albaladejo: *Efectos discriminatorios de las decisiones adoptadas mediante sistemas de aprendizaje automatizado*

M.^a Cristina Bueno Maluenda: *La subjetividad tributaria en tiempos de la inteligencia artificial: el caso de las DAO*

LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES: ESPECIAL ATENCIÓN A SU CONFIGURACIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN DE SERVICIOS DIGITALES

LORETO CARMEN MATE SATUÉ

*Profesora Ayudante Doctora
Centro Universitario de la Defensa*

Sumario: I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. II. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A CONSUMIDORES. 2.1. Recorrido normativo sobre la consideración de los datos personales como contraprestación. 2.2. Aspectos críticos sobre la configuración de los datos personales como contraprestación III. BIBLIOGRAFÍA

En el presente trabajo pretendo poner de manifiesto la evolución que han tenido en nuestro ordenamiento jurídico los datos personales. Inicialmente, la protección de los datos personales se situaba en la esfera privada del individuo y el ordenamiento jurídico la tutelaba frente a injerencias no autorizadas, situándose esta protección muy cercana a los tradicionales *derechos de la personalidad*, éstos son: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 de la Constitución Española)¹. Sin embargo, el avance de Internet y la economía digital ha obligado a que el legislador comunitario y, también el nacional, se plantee si los datos personales pueden ser la contraprestación que ofrece el usuario por la prestación que determinadas plataformas hacen de servicios digitales.

¹ La cercanía que tiene el derecho a la protección de los datos personales con los otros derechos de la personalidad, es puesta de manifiesto, entre otros por: GRIMALT SERVERA, Pedro (2020) «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen» en *Protección de Datos Personales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 314-315; MARTÍNEZ CALVO, Javier (2021) *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 35.

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los datos personales pueden ser definidos como toda información relativa a una persona física «identificada o identificable»² [cfr. artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril (en adelante, RGPD³)]. El derecho a la protección de los datos personales, que se encuentra enmarcado en el artículo 18.4 de la Constitución Española, ha sido definido por la STC 292/2000, de 30 de noviembre como «[...] un poder de disposición y de control sobre los datos que faculta a la persona para decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso [...]»⁴.

El tratamiento de los datos personales se encuentra, como se ha anticipado, en clara conexión con la tutela de los derechos de la personalidad *ex* artículo 18.1 de la Constitución Española, por lo que la tutela del derecho fundamental a la protección de los datos personales se extiende a cualquier imagen, información u opinión que pueda vincularse a una persona física y que se encuentre dentro del ámbito de protección de las normas tuitivas de los datos personales [en concreto, del RGPD y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD)]⁵.

La presencia que tiene internet en nuestras vidas ha trasladado al entorno virtual la comisión de algunas intromisiones ilegítimas que, con frecuencia tienen lugar en las plataformas de redes sociales⁶. Así las cosas, nuestro ordena-

² SANTOS MORÓN, María José (2020) «Tratamiento de datos, sujetos implicados y responsabilidad proactiva» en *Protección de Datos Personales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 25-26, plantea que constituyen datos personales aquéllos que, sin identificar directamente al individuo, permitan singularizarla o individualizarla de modo que pueda determinarse su identidad, si se realiza una cierta investigación o se combinan ciertos datos.

³ Esta norma es de aplicación directa y preferente por el principio de primacía que tienen las normas del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico español.

⁴ A este respecto, LUCENA CID, Isabel Victoria (2014) «El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos» en GALÁN MUÑOZ, Alfonso (coordinador) *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 24 define la «intimidad» como «la facultad de control sobre la información que solo nos concierne a los individuos y la decisión de lo que se expone frente a los demás».

⁵ GRIMALT SERVERA, Pedro (2020). «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen» en *Protección de Datos Personales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 313.

⁶ La atribución de la consideración de las fotos publicadas por el usuario en una red social como «datos personales» puede verse, SANTOS MORÓN, María José (2022) «Consumidor y nuevas tecnologías: privacidad y protección de datos» en SANTOS MORÓN, María José y MATO PACÍN,

miento jurídico articula distintos regímenes de responsabilidad para resarcir los daños acaecidos por vulneración de estos derechos a la personalidad cuando se produce además, una conculcación del derecho a la protección de los datos personales⁷. Por un lado, está el régimen previsto en el artículo 82 del RGPD cuando en la producción del daño concurre la existencia de una infracción de la normativa comunitaria o nacional de protección de datos personales y, por otro lado, se encuentra la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece medidas para poner fin a la intromisión ilegítima en estos derechos, así como reparar el daño causado⁸.

Otro de los aspectos que tiene incidencia en la protección de los datos personales y en los derechos de la personalidad del individuo dentro de la esfera digital es el denominado «derecho al olvido» de los motores de búsqueda en Internet. Este derecho puede ser definido como «el poder de disposición del particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona» [SAN 184/2015, de 29 de diciembre], la naturaleza de este Derecho es, en mi opinión híbrida, porque tiene su base en el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 Constitución Española) y, en concreto, en el derecho de cancelación y oposición, reconocidos por la normativa europea y española; pero, no puede desconocerse que el propósito que propugna este derecho digital se basa en la protección de los derechos personalísimos (artículo 18.1 CE) y, dependiendo del supuesto concreto, incluso puede tener incidencia en la consecución de los fines de reinserción social que promueve el artículo 25 de nuestra Carta Magna⁹.

Las manifestaciones expuestas, ponen de relieve como el derecho a la protección de datos personales se encuentra claramente vinculado al derecho de

María Natalia (coordinadoras), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Tecnos, Madrid, pág. 305.

⁷ Hace referencia explícita a la interrelación entre estos derechos, GRIMALT SERVERA, Pedro (2020). «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», pág. 314, cuando plantea lo siguiente «la protección que ofrece el “derecho fundamental de protección de datos” se puede superponer con la que brinda la tradicional tutela que garantiza el honor, la intimidad y la propia imagen, aunque este solapamiento no es absoluto, pues no todo dato personal objeto de tratamiento afecta a los derechos del art. 18 Constitución (en estos casos, la tutela se circunscribiría al “derecho fundamental de protección de datos”), y no toda intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, supondrá un tratamiento de datos, muy especialmente si focalizamos la intromisión en el derecho de la personalidad [...]».

⁸ Sobre la relación existente entre el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 82 del RGPD y el previsto en la LO 1/1982 puede verse, MATE SATUÉ, Loreto Carmen (2022) «Responsabilidad civil por inclusión indebida en ficheros de solvencia negativa: en especial, el daño» en *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 253-256.

⁹ Para una mayor explicación sobre la postura de la autora y el debate doctrinal planteado sobre la naturaleza del derecho al olvido, puede verse, MATE SATUÉ, Loreto Carmen (2016) «¿Qué es el derecho al olvido?» en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, n° 2, 2016, págs. 189-191.

la persona. Sin embargo, la virtualidad de los datos personales no finaliza aquí. Actualmente, no hay duda de que los datos personales no conforman exclusivamente la esfera de nuestra privacidad o en relación con el entorno virtual, de nuestra «identidad digital». El «mercado de los datos»¹⁰ constituido por prácticas como el «dynamic pricing» o el «targeted advertising» que monetizan el uso de los datos personales de los usuarios, constituye actualmente un activo importante en el mercado interior de la Unión Europea, una muestra de ello, es que, en 2019, superó los 400.000 millones de euros¹¹.

II. LOS DATOS PERSONALES COMO CONTRAPRESTACIÓN EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A CONSUMIDORES

1. Recorrido normativo sobre la consideración de los datos personales como contraprestación

El mercado digital se caracteriza precisamente por su naturaleza supraestatal lo que justifica que el Derecho de la Unión Europea comenzara hace ya algunos años, a prestar atención a su regulación, con el objetivo último de crear un mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular, para pequeñas y medianas empresas¹².

La primera ocasión en la que el legislador comunitario hizo referencia a los datos personales como posible contraprestación es en el considerando 18 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, CELS)¹³, que reconoce

¹⁰ En esta línea, resulta relevante la reflexión de CASTILLO PARRILLA, José Antonio (2021) «Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD» en *La Ley Mercantil*, n° 82, pág. 4 (según numeración del pdf), que diferencia las normas sobre datos personales en dos categorías: la protección de los datos personales y la economía de los datos; así las cosas, las primeras entienden los datos personales relacionados con la privacidad mientras que, las segundas, los conciben como activos económicos.

¹¹ Este dato se ha obtenido de European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Cattaneo, G., Micheletti, G., Glennon, M., et al., *The European data market monitoring tool : key facts & figures, first policy conclusions, data landscape and quantified stories*, 2020, disponible en el siguiente enlace : <https://data.europa.eu/doi/10.2759/72084> [última consulta: 20/06/2022].

¹² Cfr. Considerando tercero de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

¹³ El texto de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea está disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN> [última consulta: 07/06/2022].

que los contenidos digitales no se suelen suministrar a cambio de un precio, sino de una combinación de consideraciones no pecuniarias, como por ejemplo, el acceso a datos personales o, a servicios más sofisticados.

El siguiente *íter* normativo en el que se alude a los datos personales como contraprestación contractual en el comercio digital, es la Propuesta de Directiva 634/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 2015¹⁴. En los considerandos 13 y 14 de esta Propuesta de Directiva, se reconoce que los participantes en la economía digital reconocen con frecuencia, que la información sobre las personas es un valor comparable con el dinero. Además, la Propuesta de Directiva acepta la práctica de que los contenidos digitales se intercambian –habitualmente– por la aceptación por parte del usuario del acceso a datos personales o a otro tipo de datos.

La Propuesta de Directiva n° 634/2015 sobre suministros digitales plantea esta equivalencia entre la contraprestación económica y en datos personales, bajo el argumento de que, si se planteara, alternativamente, una distinción entre las formas de contraprestación, se produciría un incentivo injustificado a las empresas para articular un modelo de negocio basado en la oferta de contenidos digitales a cambio de datos personales¹⁵. El considerando 14 de la Propuesta de Directiva plantea la delimitación de esta forma de negocio al exigir que sólo podrá aplicarse en relación a contratos en los que el proveedor solicita y el consumidor facilita datos de forma activa mediante el registro individual o sobre la base de un contrato en el que el consumidor acepte el acceso a sus fotos personales.

En el articulado de la Propuesta de Directiva sobre suministros digitales, el artículo 3 en su apartado 12 dispone que «la presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el

¹⁴ Puede accederse al texto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=EN> [última consulta: 07/06/2022].

¹⁵ Sobre el fundamento de la equiparación planteada por la Propuesta de Directiva de 2015 entre las distintas contraprestaciones plantean SPINDLER, Gerald (2016) «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015» en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n° 3, pág. 12 (según numeración del pdf) y SÁNCHEZ LERÍA, Reyes (2018) «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015, de 9 de diciembre de 2015» en *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 45, pág. 10 (según numeración del pdf) mantienen que se encuentra justificado extender a los contratos a cambio de datos personales la protección que la Directiva dispensa a los consumidores, porque éstos pueden tener un interés legítimo en que el contenido o el servicio se preste sin defectos o porque los proveedores no hubieran ofrecido el contenido si no fuera a cambio de los datos del consumidor.

consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos».

Con base en lo anterior, puede afirmarse que la Propuesta de Directiva sobre suministros digitales era partidaria de considerar los datos personales como contraprestación contractual. Sin embargo, la intervención del supervisor europeo de protección de datos en su opinión 4/2017¹⁶, pero contraria a la consideración de los datos personales como mercancía, justifica, en parte, el cambio de sentido que, a este respecto, ha efectuado la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales¹⁷.

El supervisor europeo de protección de datos personales mantiene en su informe que resulta preocupante el introducir en la Directiva de servicios digitales el planteamiento de que los usuarios pueden «pagar» con sus datos personales en vez de hacerlo en dinero, porque la concepción de los datos personales como un activo económico no respeta el carácter de derecho fundamental que tiene la protección de datos personales. Además, en esta línea, esboza el supervisor europeo la problemática que tiene la estimación económica de los datos personales cuando se ejercite la facultad de desistimiento del contrato, por el riesgo de no poder garantizar una compensación justa a favor de los consumidores.

Los óbices presentados por el supervisor europeo de protección de datos personales han tenido sin duda reflejo, en la prudencia con la que la Directiva (UE) 2019/770 aborda el tratamiento de los datos personales de los usuarios como posible contraprestación por los servicios digitales¹⁸. Así las cosas, el considerando 24 de la Directiva reconoce la práctica de que los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no abona un precio, pero facilita

¹⁶ Se puede consultar el texto de la Opinión del supervisor europeo «on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content» en el siguiente enlace: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf [última consulta: 07/06/2022].

¹⁷ El texto de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0770> [última consulta: 07/06/2022].

¹⁸ El impacto que atribuyen los autores que han estudiado la materia, a la opinión emitida por el supervisor europeo de protección de datos en el cambio sobre el texto finalmente aprobado de la Directiva sobre contenidos y suministros digitales, es dispar. A favor del reconocimiento de una importante incidencia de la opinión del supervisor en la Directiva 770/2019 –opinión que comparto, se muestra CASTILLO PARRILLA, José Antonio. «Los datos personales como contraprestación» 2021, pág. 9 (según numeración del pdf). En cambio, SANTOS MORÓN, María José. «Consumidor y nuevas tecnologías: privacidad y protección de datos», 2022, pág. 307 le atribuye un impacto más reducido, en tanto que reconoce respecto a la Directiva 770/2019 que «[...] aunque los datos no se califican expresamente como contraprestación para evitar su equiparación a una “mercancía”, lo cierto es que constituyen una remuneración obtenida por el proveedor del bien o servicio».

datos. En concreto, el artículo 3.1 de la Directiva de referencia reconoce la aplicación de la norma comunitaria –que tiene carácter imperativo *ex* artículo 22 de la Directiva- cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario. Sin embargo, a diferencia de la propuesta de Directiva de 2015, no se reconoce expresamente la configuración de los datos como contraprestación, al igual que desaparece el requisito de que los datos personales se proporcionen activamente (cfr. artículo 3 de la Propuesta de Directiva 634/2015).

La transposición de la Directiva 770/2019 al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, sobre la consideración que tienen los datos personales en los contratos de contenidos o servicios digitales, no se encuentra exenta de polémica. El primer motivo, que tiene naturaleza formal y que no resulta novedoso para el legislador español es que la transposición de esta norma comunitaria se realiza a través de un Real Decreto-ley, que la Constitución reserva para casos de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 de la Constitución Española). En la transposición hay dos artículos que aluden a los datos personales en el sentido que venimos analizando, el primer de ellos, es el artículo 59.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) que viene a transcribir en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 3.1 de la Directiva 770/2019 y que, en tanto que no reconoce explícitamente los datos personales como contraprestación no resulta contrario a la normativa comunitaria ni al criterio establecido por el supervisor europeo de protección de datos personales. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico los principales problemas sobre la transposición de la normativa comunitaria se advierten en el artículo 119 *ter* apartado segundo del TRLGDCU, porque cuando aborda el tratamiento de la resolución como remedio ante el incumplimiento contractual, reconoce explícitamente los datos personales como contraprestación; y, en concreto, reza lo siguiente «la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario».

2. Aspectos críticos sobre la configuración de los datos personales como contraprestación

La articulación de los datos personales como contraprestación plantea distintos aspectos que deben ser objeto de comentario. El primero, es la atribución por la cesión de un derecho fundamental como es el reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española de un contenido económico. Esta cuestión que

podría considerarse como la «comercialización con derechos fundamentales» no debe interpretarse como tal, con independencia de que plantee otras cuestiones que resulten problemáticas. A efectos ilustrativos, nuestro legislador reconoce en la LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982), la posibilidad de que no se aprecie la existencia de una «intromisión ilegítima» en los derechos fundamentales que protege esta norma, precisamente, porque el titular de estos derechos haya otorgado consentimiento expreso (artículo 2.2 LO 1/1982).

La traslación del anterior argumento al supuesto que estamos analizando, debería permitirnos aceptar la posibilidad de ceder voluntariamente, datos personales a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales. Sin embargo, se plantea un óbice. En el caso anterior cuando el titular de los derechos decide aceptar voluntariamente una intromisión en sus derechos, que no resultará ilegítima precisamente, por su consentimiento, el titular es conocedor del rédito directo que él obtiene con su decisión, y también, la que recibe la persona a favor de la que se le cede ese derecho. Imaginemos, la concesión de una entrevista en una publicación de corazón sobre un acontecimiento que afecta a la intimidad del entrevistado; el titular del derecho, es conocedor de si va a efectuar la entrevista gratuitamente, a cambio de un precio determinado o, de un contrato de tracto sucesivo, que incluirá otras intervenciones posteriores del personaje en el medio. Pues bien, los principales inconvenientes que se plantean cuando el usuario acepta ceder sus datos personales para la consecución de un servicio digital, es precisamente, si es consciente o no de que el proveedor del contenido o del servicio digital obtiene un beneficio económico por el tratamiento que de los datos personales cedidos y, en conexión con lo anterior, si el usuario puede aproximarse a determinar el rédito que el proveedor obtiene por el tratamiento de sus datos personales, lo que le permitirá evaluar si la prestación del servicio digital que le ofrece tiene una adecuada contraprestación en el beneficio que potencialmente obtendrá con el tratamiento de los datos cedidos por el usuario.

No puede desconocerse que la equivalencia que, a efectos de contraprestación, se realiza entre el dinero y los datos personales tiene un objetivo loable, esto es, el permitir al consumidor que cede sus datos, la utilización de los remedios legales reconocidos por la normativa comunitaria –y, la nacional, desde que se realiza la transposición¹⁹- frente a actuaciones no acordes con la norma. Sin embargo, este reconocimiento no resulta exento de obstáculos prácticos; se ha anticipado en líneas anteriores, la dificultad de que el usuario pueda ser capaz de conocer y comprender el rédito económico que comporta para el proveedor

¹⁹ Cfr. SÁNCHEZ LERÍA, Reyes (2018) «El contrato de suministro de contenidos », pág. 5 (según numeración del pdf).

el tratamiento de sus datos personales, puesto que eso tiene clara incidencia en la determinación de uno de los elementos esenciales del contrato, esto es, el precio.

Otro de los aspectos que se plantean es qué ocurre si el titular de los datos personales decide revocar el consentimiento de cesión de este tratamiento, en tanto, que la normativa tuitiva en el tratamiento de los datos personales reconoce ciertas potestades sobre el tratamiento (cfr. artículos 12 -18 de la LOPDGDD). La Directiva 770/2019 determina las directrices normativas para los supuestos de resolución del contrato (artículos 15-18 de la Directiva), pero el legislador comunitario en el modelo que se plantea sobre estos remedios no es el de «servicio digital-tratamiento de datos personales», sino el de «servicio digital-precio». Esto planteará en el futuro, dificultades, entre otras cosas, para poder fijar las correspondientes indemnizaciones.

Las líneas precedentes han tenido como objetivo poner el foco de atención en los problemas que puede plantear la transposición de la Directiva 770/2019 a nuestro ordenamiento jurídico interno, en los términos en los que se ha efectuado. Esto nos debe llevar a dos conclusiones consecutivas, la primera es que los Reales Decretos Ley no resultan –por su naturaleza y trámites para su aprobación-, la vía idónea para la transposición al ordenamiento interno de una Directiva comunitaria. A renglón seguido, debemos también advertir, que la transposición de una norma comunitaria no es la vía idónea para reflexionar sobre una realidad social como es la comercialización de los datos personales en una economía de mercado y, en todo caso, además, hay que evitar la aprobación de normas nacionales contrarias a normas comunitarias que solo empecerán la creación de un mercado digital único.

III. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO PARRILLA, José Antonio (2021) «Los datos personales como contraprestación en la reforma del TRLGDCU y las tensiones normativas entre la economía de los datos y la interpretación garantista del RGPD» en *La Ley Mercantil*, n° 82.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa (2020) «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible “contraprestación” en el suministro de contenidos y servicios digitales» en *Actualidad Civil*, n° 1.
- GRIMALT SERVERA, Pedro (2020) «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen» en *Protección de Datos Personales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 309-371.

- LUCENA CID, Isabel Victoria (2014) «El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos» en GALÁN MUÑOZ, Alfonso (coordinador) *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 15-53.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier (2021) *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermemoria de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MATE SATUÉ, Loreto Carmen (2016) «¿Qué es el derecho al olvido?» en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, n° 2, 2016, págs. 189-191.
- MATE SATUÉ, Loreto Carmen (2022) «Responsabilidad civil por inclusión indebida en ficheros de solvencia negativa: en especial, el daño» en *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 247-281.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes (2018) «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015, de 9 de diciembre de 2015» en *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 45.
- SANTOS MORÓN, María José (2022) «Consumidor y nuevas tecnologías: privacidad y protección de datos» en SANTOS MORÓN, María José y MATO PACÍN, María Natalia (coordinadoras), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Tecnos, Madrid, págs. 303-321.
- SANTOS MORÓN, María José (2020) «Tratamiento de datos, sujetos implicados y responsabilidad proactiva» en *Protección de Datos Personales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 23-77.
- SPINDLER, Gerald (2016) «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015» en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n° 3,

ROBOTS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO SUJETOS DE DERECHO

ÓSCAR ANDRÉS MOLINA¹, MIRIAM JIMÉNEZ BERNAL²

1 Director de la Clínica Jurídica, Departamento de Derecho y Relaciones Internacionales

*2 Profesora adjunta, Departamento de Educación y Humanidades
Universidad Europea de Madrid*

SUMARIO: I. Robots e Inteligencia Artificial como sujetos de derecho. 1. Introducción. 2. Robótica e Inteligencia Artificial. 2.1. Inteligencia Artificial, robótica y Big Data. 3. Ciudadanía y derechos de robots y sistemas de IA: dilemas. 3.1. La ciudadanía y los derechos de los robots. 3.2. ¿Podrían ser sujetos de derechos y ciudadanía los robots y las máquinas avanzadas? 4. Conclusiones. II. Referencias bibliográficas

I. ROBOTS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO SUJETOS DE DERECHO

1. Introducción

La ciudadanía es un término que hace referencia a los derechos y deberes de los miembros de una sociedad. En términos generales, este concepto ha variado a lo largo del tiempo y se ha ido asociando con distintos tipos de derechos, lo que ha contribuido a que se le apliquen diferentes epítetos para diferenciar entre sus distintos elementos y dimensiones. De hecho, MORÁN y BENEDICTO (2000) hacen hincapié en la distinción entre ciudadanía formal y ciudadanía sustantiva, siendo la primera la relativa a la existencia de los derechos y deberes en sí y la segunda aquella en que el estado se hace cargo de garantizar, a través de instituciones y políticas, “una participación real y efectiva” (MORÁN y BENEDICTO, 2000, 9).

Esta ciudadanía se va enfrentando a nuevos retos a medida que las identidades ciudadanas se van modificando y visibilizando, y esto supone un importante reto para nuestras sociedades. En esta comunicación, nos centraremos en los avances tecnológicos que han permitido la creación de robots y de la Inteligencia Artificial, capaces de aprender y de ejecutar tareas similares a las de los seres humanos, para plantear algunas dudas que surgen al reflexionar sobre la posible inclusión de estas nuevas entidades en el concepto de ciudadanía.

Para ello, definiremos la robótica y la Inteligencia Artificial (IA) y analizaremos brevemente el marco actual de la Unión Europea para la regulación de

responsabilidades, como en los dilemas que aparecen cuando empleamos robots y aplicaciones de la IA en situaciones que puedan generar una responsabilidad.

2. Robótica e Inteligencia Artificial

La Comisión Europea define la Inteligencia Artificial como el conjunto de sistemas y dispositivos a los que se dota de un comportamiento inteligente (esto es, capaz de ejecutar determinadas funciones complejas y de aprender). Estos sistemas y dispositivos serán capaces, por tanto, de analizar y extraer conclusiones sin necesidad de la participación del ser humano (Comisión de la Unión Europea, 2018) y sus objetivos y funciones podrían ser muy diferentes.

2.1. Inteligencia Artificial, robótica y Big Data

Durante los últimos años, la IA ha comenzado a formar parte de nuestra vida cotidiana y ha permitido avanzar en ámbitos como el del análisis de imágenes, el reconocimiento de voz, el manejo de automóviles y el diagnóstico precoz de enfermedades, entre otras cuestiones. Las facilidades que ofrecen a estos sistemas la cantidad de información y datos disponibles en la red y en formatos digitales (Comisión de la Unión Europea, 2018), lo que se conoce como Big Data, son esenciales para el desarrollo de la IA y de sus aplicaciones para mejorar nuestro día a día. El Big Data es el conjunto de datos y recursos informativos disponibles para el desarrollo de conocimiento y la toma de decisiones, y sus características principales son el volumen, la velocidad y la variedad (LANEY, 2001), aunque autores como NORMANDEAU (2013) resaltan también la necesaria veracidad de los datos para que las conclusiones que la IA extrae de ellos sean correctas.

Estos datos están presentes cada vez que navegamos por internet, ya sea a través de nuestros ordenadores, tabletas o teléfonos inteligentes, y los avances que el 5G y las conexiones con electrodomésticos, domótica y demás solo contribuirán a su aumento. De acuerdo con las estimaciones de la Comisión Europea, en 2020 habría unos 26000 dispositivos conectados, si bien las previsiones no contemplaban la explosión en el uso de internet y los dispositivos tecnológicos provocada por la pandemia, que ha demostrado algunas bondades de las conexiones virtuales. En el ámbito médico y en el ámbito educativo, la necesidad de continuar con la labor diaria sin poder compartir espacios físicos ha favorecido el uso de la red de redes y las aplicaciones que ofrece, generando mayor cantidad de datos que, si se emplean adecuadamente, pueden aportar mucho sobre necesidades educativas y sanitarias, aunque también ha puesto de manifiesto la existencia de una brecha digital mayor de la esperada.

En el ámbito sanitario, en concreto, los usos de la Inteligencia Artificial y los robots incluirían el análisis médico y de imágenes, la aplicación para diagnósticos

médicos basados en datos sobre síntomas y condiciones, el empleo para tratamientos farmacológicos y estudios de genética, las mejoras en el seguimiento de embarazos y de patologías crónicas y la utilización de robots y máquinas en intervenciones quirúrgicas, de la mano de profesionales sanitarios.

La evolución de la robótica ha llegado, también, hasta la creación de los denominados sistemas ciberfísicos, que pueden restablecer total o parcialmente funciones corporales reducidas en los seres humanos. Para ello, deben insertarse en el organismo, lo que, indudablemente, conlleva una serie de ventajas para la funcionalidad y la mejora de la vida de la persona en cuestión. Sin embargo, plantea también otros debates, relacionados con la hibridación, una de las preocupaciones del Parlamento Europeo.

De acuerdo con el Parlamento Europeo (2019), un robot inteligente es una máquina capaz de adquirir autonomía gracias al análisis de datos y el uso de sensores, capaz de aprender de manera autónoma y sin rastro de vida, en términos biológicos, y capaz de adaptarse a su entorno. El uso que se hace de la robótica dentro de Europa incluye el ámbito industrial y diversos tipos de servicios profesionales, si bien todavía existen empresas que no disponen de medios digitales ni realizan análisis basados en el Big Data.

Es la autonomía de estos dispositivos y máquinas, su capacidad para aprender y sus usos para desarrollar tareas que requieren interacción con los seres humanos y que pueden provocar situaciones potencialmente perjudiciales para ellos lo que hace que la reflexión sobre los aspectos éticos, por un lado, y la regulación de su empleo sean fuente de controversia. De un parte, los efectos de las acciones de robots, que carecen de empatía y emociones, deben recogerse, en términos de responsabilidades y obligaciones, en la normativa. Del otro, los avances en la robótica y la Inteligencia Artificial, junto con la posibilidad de asignarles deberes, lleva a la pregunta de si es necesario regular también los derechos que se puedan derivar de su participación en la vida cotidiana.

ASIMOV, en su universo literario, ya en la década de 1940, propuso las tres leyes de la robótica: que el robot no puede producir daño a un ser humano ni dejar que su inacción se lo produzca; que el robot debe obedecer las órdenes del ser humano y que el robot debe proteger su existencia, siempre que esta protección no implique violar alguna de las dos primeras leyes. Esta tercera ley es similar a la ya pronunciada por Santo Tomás de Aquino acerca del ser humano que, en tanto que ser y animal, tendería a proteger su propia vida, de manera que encontramos ya una primera coincidencia entre robots y personas, aunque sea dentro de la literatura y de la reflexión filosófica.

Por su parte, el Parlamento Europeo (2019) ha desarrollado sus propias leyes, entre las cuales encontramos: proteger al ser humano de los daños provocados por robots; respetar la opción de negarse a ser atendido por un robot; proteger la libertad humana frente a los robots; proteger a la humanidad contra cualquier

violación del derecho a la privacidad cometido por un robot y contra el riesgo de manipulación por parte de robots que puedan simular emociones; evitar la sustitución total de seres humanos por robots; evitar la creación de criaturas híbridas como los ciborgs.

Sea como sea, las leyes que se están planteando llevan aparejada la primacía del ser humano sobre los robots, ciborgs y sistemas de Inteligencia Artificial y parecen ir en la línea de la protección de los derechos ya conquistados por las personas. A continuación, reflexionaremos sobre las implicaciones de estos principios que, aparentemente, informarán la legislación que se desarrolle a nivel europeo y, posiblemente, internacional, en lo que respecta al reconocimiento de derechos de robots y máquinas como «nuevas personas».

3. Ciudadanía y derechos de robots y sistemas de IA: dilemas

Sin duda, las cuestiones éticas que surgen a raíz del empleo de sistemas inteligentes deben ser analizadas antes de la aprobación de leyes que lo regulen, con el fin de aprovechar sus ventajas y adaptarse a los contextos de innovación de nuestras sociedades. Dentro de estos contextos, los análisis sociológicos y los movimientos sociales han ido provocando cambios legislativos para ofrecer un paraguas a nuevas identidades y nuevos ciudadanos y ciudadanas, y es aquí donde la cuestión de la posible evolución de las máquinas en seres sintientes levanta más suspicacias, aunque no debemos olvidar tampoco las problemáticas derivadas de la responsabilidad en aquellos casos de toma de decisiones en los que no intervengan seres humanos, en los que se debe asegurar la no vulneración de derechos fundamentales de las personas.

3.1. La ciudadanía y los derechos de los robots

LUKES y GARCÍA (1999) definieron la ciudadanía basándose en la posesión de ciertos derechos y deberes, la pertenencia a una comunidad política (normalmente vinculada a la nacionalidad) y la participación activa en la vida pública de dicha comunidad. En lo referente a deberes, la normativa que se está planteando para los robots y sistemas de IA contempla responsabilidades y lo que podríamos entender como el derecho a su existencia y a la preservación de la misma. Sin embargo, cuando llegamos a la dimensión de la participación activa, conviene detenernos y reflexionar sobre si el hecho de desempeñar determinadas labores profesionales, por ejemplo, podría considerarse una participación tal. Si esto es así, hay quien podría argumentar que se trata de ciudadanos parciales o de «menor» categoría, de modo que veremos, a continuación, algunas de las preguntas que esta situación suscita.

Si pensamos en la conquista de derechos de los seres humanos, los derechos civiles son, de manera habitual, los primeros en lograrse, seguidos de los políticos y los sociales (MARSHALL, 1998). En este caso, los civiles serían los referidos al ejercicio de la libertad personal, tales como el derecho a la propiedad y el de pensamiento. ¿Tendrían derechos los robots y los sistemas de IA en este sentido? ¿Podrían, por ejemplo, adquirir una casa o una mascota? ¿El hecho de que puedan aprender puede derivar en que dispongan de algún tipo de pensamiento libre que pueda no haber sido codificado previamente por sus programadores? Hoy por hoy, los avances no han llegado hasta este punto, pero el progreso y el desempeño de los expertos podrían llevarnos a situaciones como la expuesta.

La ficción nos ha proporcionado numerosas imágenes, desde *Blade Runner* hasta *Alita o Yo, Robot*, pasando por *Inteligencia Artificial* o series como *Westworld* y otras obras literarias y cinematográficas, en las que los robots y los sistemas de Inteligencia Artificial se asemejan tanto a los seres humanos que resultan indistinguibles. ¿Podría ocurrir, entonces, que existiesen máquinas que pudiesen elegir o ser elegidos como representantes políticos? Y, en tal caso, ¿representarían los intereses de otras máquinas o las de cualquier ciudadano de la comunidad a la que pertenecieran? Si nos fijamos en las leyes definidas por el Parlamento Europeo, vemos que la que pide evitar el desarrollo de ciborgs y entes híbridos parece estar adelantándose a este tipo de dilemas, estableciendo una clara distinción entre los seres sintientes y las máquinas.

Otra cuestión que podemos plantearnos, siendo conscientes de la relación que existe entre el concepto de ciudadanía y el de estado-nación, es el de la nacionalidad de los robots y máquinas. Si, en ocasiones, encontramos en nuestras sociedades personas en situación de refugiadas o acogidas, o migrantes considerados «ilegales», que no siempre gozan de los mismos derechos que las personas que poseen la nacionalidad, no es difícil imaginar que podrían existir polémicas también en el ámbito de los robots y las máquinas. ¿Su nacionalidad y posibilidades de representación y participación ciudadana se circunscribirían al país en el que ejercen sus funciones? ¿Dependerían de dónde hubiesen sido creados y programados? ¿Y si se trata de sistemas de Inteligencia Artificial que ni siquiera estén presentes físicamente o que den servicio a distintos países?

Por lo que respecta a los derechos sociales, si consideramos que los robots y las máquinas más avanzadas, que puedan aprender de manera autónoma, son responsables de sus acciones y ejecutan tareas que producen un bien o un servicio, ¿deberíamos proporcionarles un cierto bienestar como contraprestación? Si así fuera, ¿ese bienestar sería únicamente el referido a su seguridad y su mantenimiento (ANTXUSTEGUI, 2010), que deberíamos asegurar para cumplir con las propias normas del Parlamento Europeo, o debería ir más allá y transformarse en algún pago? ¿Qué ocurriría con estos robots y máquinas cuando se estropearan y no pudiesen cumplir con su función?

El respeto a las libertades fundamentales del ser humano y a sus derechos básicos, como la libertad de decisión o a su integridad física, son la base de las leyes que propone el Parlamento Europeo, e incluso las leyes de la robótica de la obra de Asimov, pero queda claro que los avances en el desarrollo de la IA y la robótica implican controversias que afectan a los derechos de los seres humanos, especialmente con los malos usos y abusos de nuevas aplicaciones como *DeepFake* y de las redes sociales, donde la suplantación de identidades y el robo de datos son, desgraciadamente, habituales. En ese sentido, la ciberseguridad deberá ser, sean cuales sean el diseño de las nuevas leyes y las definiciones de nuevas personas y ciudadanas, un elemento central del debate.

No obstante, existen otras preocupaciones en lo que respecta a posibles vulneraciones de los derechos humanos por los avances en materia de robótica e Inteligencia Artificial, y son los que tienen que ver con la automatización de distintos procesos que puedan implicar pérdida de puestos de trabajo en personas de colectivos vulnerables, disminución de salarios, dificultades en el acceso a la información... Es por ello que la sustitución de los seres humanos está contemplada en las leyes del Parlamento Europeo como un tema que se debe evitar, puesto que sus repercusiones provocarían perjuicios a las personas (algo que un buen robot de la ciencia ficción debería evitar).

3.2. ¿Podrían ser sujetos de derechos y ciudadanía los robots y las máquinas avanzadas?

Es frecuente encontrar noticias en las que se presentan los avances de los programadores en lo referente a la robótica: modelos similares a los seres humanos, capaces de realizar las mismas tareas y de mantener conversaciones, son habituales, y los creadores de contenido en redes sociales muestran en sus vídeos como Siri, la asistente del iPhone, parece mostrarse celosa cuando la confunden con Alexa, asistente de Amazon. Pese a que se trate de una broma, la imaginación y las posibilidades que van ofreciendo los nuevos dispositivos, lenguajes de programación y materiales.

Si los robots y máquinas avanzan, sustituyendo a los seres humanos en ciertos puestos de trabajo, manteniendo conversaciones y con formas parecidas a las humanas, si llegan a desarrollar y expresar emociones y son capaces de aprender de forma autónoma, si contribuyen a la vida de la comunidad, ¿no deberíamos entonces regular, no solo sus responsabilidades y obligaciones, sino también sus posibles derechos? Y, entonces, si les reconocemos, como sucede en las leyes del Parlamento Europeo, su derecho a existir y a protegerse, habiéndolos programado para ejecutar funciones cognitivas similares a las humanas, ¿estaríamos en condiciones de considerarlos sujetos de derechos y legislar sobre estos? De hecho, la normativa actual y en desarrollo, centrada en las responsabilidades de

máquinas y creadores, puede apuntar algunas líneas de reflexión y debate en lo que respecta al tipo de derechos y obligaciones que se les podrían otorgar. Esta situación, abre otro debate como es el planteamiento de que las máquinas que sustituyen a trabajadores, deben o no ser objeto de pago de impuestos.

Si decidimos concederles derechos civiles, quizá los siguientes sean los de representación y los derechos sociales, si adquieren una conciencia tal que les permita conocer su propia situación y establecer los límites de lo que una vida digna implica para las máquinas. Si, por el contrario, abogamos por no incluirlos en el concepto de ciudadanía y los derechos asociados a ella, entonces tendremos que vincularla quizá al ser humano y definirlo. ¿Qué nos hace humanos? ¿Se trata de nuestra biología, únicamente? ¿Tiene algo que ver nuestra capacidad para pensar por nosotros mismos, para sentir? Sin duda, todos estos interrogantes nos plantean dudas, porque no todos los seres humanos tienen las mismas capacidades y porque los propios avances en materia social nos han permitido cuestionarnos categorías previas y superarlas.

En definitiva, lo que estas preguntas nos llevan a plantearnos es la esencia misma de la humanidad y los conceptos en los que basamos nuestra organización social, y nos impulsan a debatir acerca de los rasgos que nos diferencian de otros animales y de otras formas de vida. Llegar a la conclusión de que los animales son seres sintientes y, por tanto, no pueden ser utilizados como mercancía ni separados de sus dueños, es algo que ha requerido análisis, estudios y contraposición de posturas, del mismo modo que, en su momento, lo fue el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Cabe esperar que, si las máquinas y los robots y sistemas de IA alcanzan ciertos niveles, haya personas que comiencen a señalar estos dilemas y a visibilizar situaciones que puedan derivar en la legislación sobre los puntos que hemos ido mencionando.

4. Conclusiones

En este momento, en el que nuestras sociedades se encuentran en plena pugna entre los avances sociales que ahondan en los derechos y la dignidad de las personas y el retroceso en determinados derechos, el surgimiento de debates acerca del estatus social de las personas, independientemente de cuestiones como su identidad de género, ofrece un caldo de cultivo interesante para la visibilización de otras preocupaciones. Una de ellas ha sido la de conceder a los animales de compañía la consideración de seres sintientes que, por lo tanto, no pueden ser tratados como mercancía y es cuestión de tiempo que el desarrollo de las máquinas y nuestra vinculación a ellas hagan que este tipo de dilemas surjan también. No debemos olvidar que los seres sintientes son sujetos de derechos, y no de obligaciones, por lo tanto, no tendría sentido práctico desde un punto de vista jurídico que se creara una figura de «seres creantes».

A día de hoy, una de las tendencias a nivel jurídico, que está creando numerosos debates consiste en otorgar la titularidad de la categoría de persona a determinados sistemas que tienen integrada la Inteligencia Artificial. Puede argumentarse, no obstante que se trata de una estrategia para evitar la posible responsabilidad de los creadores y dueños de estos sistemas y programas, frente a situaciones como las que se han producido con los atropellos de seres humanos por parte de vehículos no tripulados o la pérdida de vidas humanas de civiles en conflictos armados donde se utilizan drones dirigidos a distancia.

Por ahora, eso sí, debemos conformarnos con regulaciones acerca de los tipos de responsabilidad y con polémicas acerca de los límites entre derechos y libertades de los seres humanos, pero los aspectos éticos del progreso en lo relativo al diseño de sistemas de IA y de robots inteligentes hacen presagiar que será necesaria una revisión del concepto de ciudadanía y de los derechos asociados a ella para dar cabida a nuevas realidades con circuitos y chips, pero también con capacidad para aprender, para analizar y para interpretar emociones, entre otras.

II. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTXUSTEGUI, E. (2010). *Ciudadanía y derechos sociales*. En Lan Harremanak, núm.22. p. 151-165.
- COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa». Informe inédito. Comisión de la Unión Europea, 2018.
- GARTNER (n.d.). IT Glossary. Disponible en: <https://www.gartner.com/it-glossary/big-data>
- LANEY, D. (2001). *3D data management: controlling data volume, velocity and variety*. En Application Delivery Strategies, META Group.
- LUKES, S., GARCÍA, S. (comps.) (1999). *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*. Madrid: Siglo XXI.
- MARSHALL, Thomas H. (1998, original de 1950). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.
- MORÁN, M.L., BENEDICTO, J. (2000). *Jóvenes y ciudadanos*. INJUVE.
- NORMANDEAU, K. (2013). *Beyond volume, variety and velocity is the issue of big data veracity*. Inside BIG DATA.
- PARLAMENTO EUROPEO (2019). «Normas de derecho civil sobre robótica. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))». Informe inédito.

CUANDO EL CINE RECLAMA AL LEGISLADOR QUE LOS ROBOTS TENGAN PERSONALIDAD JURÍDICA.

PABLO MURUAGA HERRERO

Máster Acceso Abogacía – UNED

SUMARIO: I. Breve introducción II. Apuntes sobre la personalidad jurídica III. Notas jurídicas sobre los robots IV. Toma de postura y conclusiones V. Bibliografía

I. BREVE INTRODUCCIÓN.

«Más humanos que los humanos». Quizá todo el mundo haya oído en cierta ocasión esta archiconocida frase de la historia del cine y de la literatura que resume a la perfección la esencia y fundamento de la magistral *Blade Runner*, tanto de la original de Scott como de la secuela de Villeneuve. Más allá de la mezcla del cine negro con la ciencia ficción en un mundo distópico, se recurre a un tema que ya trató, *mutatis mutandis*, el filósofo Friedrich Nietzsche al preguntarse qué era un humano o qué le podía caracterizar¹.

Pero dejando a un lado que se pueda sentir empatía por un *replicante* o que podamos entender que Roy Batty era más humano que Rick Deckard –aunque se discuta si este último es o no es un replicante, disquisición que la postergamos a un medio adecuado para ello–, lo cierto es que el cine –también la literatura, pues los robots tienen su origen en ella– nos ha presentado en multitud de ocasiones a los robots *de tú a tú*, al otorgarles una serie de características que les dotaba de una personalidad única y que permitían que viésemos en ellos a un auténtico ser vivo: *Her*² provocó el enamoramiento de más de uno –no solo de Joaquin Phoenix– con un sistema de inteligencia artificial; R2-D2 o C-3PO son algunos de los personajes más queridos de la saga *Star Wars*; Wall-e era el único *humano* que quedaba en una tierra desolada y nos mostraba la humanidad que

¹ NIETZSCHE, Friedrich, (2019): *Humano, demasiado humano*. Ed. Tecnos, Madrid. Además, resultan sobresaliente las aportaciones que realizó René Descartes al campo de la robótica y de la inteligencia artificial. *Apud* LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, (2021): «Un cuento de robots: la hija cibernética de Descartes», *Revista Boliviana de Derecho*, pp. 422-441.

² Sobre esta obra cinematográfica resulta brillante el comentario jurídico que se contiene en PÉREZ CABALLERO, Jesús, (2020): *Her. Personas, máquinas y Derecho*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

caracterizó ya a Johnny-5 de *Cortocircuito*; K-9 de *Doctor Who*, Terminator, Hall 9000 o los míticos Gort de *Ultimátum a la Tierra*, María de *Metrópolis* o Robby de *Planeta prohibido*.

Humanizar es una de las claves del cine y quizá uno de los rasgos que más asemejan al séptimo arte con el Derecho. Pues, en efecto, el Derecho, como arte y como ciencia, ha humanizado a entes no humanos desde que VON SAVIGNY decidió profundizar y desarrollar la obra del Papa Inocencio IV³, aunque lo cierto es que la sociedad, desde tiempos inmemoriales, ha otorgado atributos humanos a otros entes por los motivos y argumentos más variados que uno pueda imaginar⁴. Y es con la persona jurídica cuando esta humanización llegó a su cenit jurídico, si bien su camino no fue ni sencillo ni rápido y, aunque posiblemente sea un tema que exceda de estas escuetas líneas, será necesario volver a él posteriormente para plantearnos la cuestión capital de esta comunicación: ¿llegará un momento en el que el legislador decida humanizar a los robots, dotarles de personalidad jurídica y seguir el ejemplo del cine para con ellos?

II. APUNTES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Afirma la doctrina que el término ‘persona’ es polisémico y que solo concibiéndolo de este modo se podría llegar a entender qué es una persona y cuál es su complejidad⁵. Prueba de todo ello es que la persona, en general, y la persona jurídica, en concreto, son dos de los temas respecto de los que *más ríos de tinta han corrido* en nuestro Derecho⁶, pudiendo encontrar tantas definiciones de ‘persona’ como autores se hayan atrevido a estudiarla. Por tanto, ante un piélagos incommensurable de definiciones, para los objetivos de esta comunicación, resulta adecuado y conveniente partir del concepto desarrollado por CASTÁN TOBEÑAS quien definió la persona como «todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas»⁷, es decir, centrándose en su capacidad de ser titular de las relaciones.

³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, (2016): *Sistema de Derecho Civil, V. I*. Ed. Tecnos, Madrid, p. 418.

⁴ CAPILLA RONCERO, Francisco, (2003): «El significado institucional y técnico de la idea de persona» en *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 167.

⁵ CASTRO BRAVO, Federico de, (1991): *La persona jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, p. 137.

⁶ FERRARA, Francisco, (1929): *Teoría de las personas jurídicas*. Ed. Reus, Madrid, p. 1: «Acaso no habrá, en toda la doctrina del Derecho civil, asunto que reclame más la atención de los jurisconsultos que el de las personas jurídicas».

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José María, (1987): *Derecho civil español, común y foral, T. I, V. II*. Ed. Reus, Madrid, p. 115.

Partiendo de ello, tal y como se ha comentado *ut supra*, la conceptualización de la persona jurídica –sin haber llegado a un concepto consensuado- tiene su origen en la obra de VON SAVIGNY⁸ quien entendió que esta era una persona ficticia que solo existía en relación con la consecución de unos fines concretos y para los que se les permitía ser sujeto de tales relaciones jurídicas. No obstante, el jurista alemán entendía que la personalidad era un elemento exclusivo del ser humano y que solo mediante un especial acto del legislador se podría atribuir a otros entes, basándose para ello en criterios de diversa índole.

Frente a esta teoría de la ficción de VON SAVIGNY, un grupo de autores, encabezados por GIERKE, consideró que la persona jurídica era un ente no ficticio y que el legislador debía limitarse a reconocer su personalidad, del mismo modo que lo hacía con las personas físicas, ya que la personalidad era algo inherente a ambos⁹ –la denominada teoría orgánica–, destacando que estos entes, las personas jurídicas, no tenían como fines los individuales de sus miembros, sino que perseguían un fin superior que era el propio de la persona jurídica, por lo que necesariamente el legislador debía reconocerles su propia personalidad jurídica.

Posteriormente, FERRARA sostuvo que en ningún caso la personalidad jurídica era algo inherente a la persona, ni a la física, ni a la jurídica. Entendió que la personalidad solo sería predicable como atributo de la persona cuando el Estado otorgase dicha cualidad, pues «antes de una organización estatal, el hombre no es persona»¹⁰, habiendo supuestos en los que el Estado no otorgaría personalidad jurídica a una persona. *Verbi gratia*, en el caso de España, el legislador en la antigua redacción del artículo 30 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil –en adelante, CC–, disponía que «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

En cambio, DUGUIT Y KELSEN sostuvieron, negando la dualidad de derechos objetivos y subjetivos, que la persona física y jurídica no era más que «un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas»¹¹, por lo que es el ordenamiento jurídico quien determina en última instancia cuáles son los individuos –ya sean personas físicas o jurídicas– que deben ser considerados como personas y pueden terminar siendo titulares de derechos y obligaciones.

Sin haber querido profundizar en la diversidad de teorías existentes, sí que se puede extraer una serie de líneas maestras y comunes entre ellas en aras de

⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von, (1878): *Sistema del Derecho romano actual*, T. II. Ed. F. Góngora y cía., Madrid. Disponible en: <https://www.sirio.ua.es>.

⁹ CAPILLA RONCERO, Francisco, (2003): *Op. Cit.*, p. 168.

¹⁰ FERRARA, Francisco, (1929): *Op. Cit.*, p. 356.

¹¹ KELSEN, Hans, (2009): *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, p. 100.

conceptualizar la persona jurídica: i) existencia de una organización consolidada¹²; ii) existencia de una finalidad u objeto lícito¹³; iii) capacidad de actuar y de responder de sus actuaciones¹⁴; iv) posesión de un patrimonio propio¹⁵; e v) identificación en el tráfico jurídico.

A pesar de estas notas doctrinales, lo cierto es que en el Derecho español –en general, en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos– el hecho de que se reúnan tales características no implica necesariamente que se tenga la consideración de persona jurídica, pues falta en todo caso el reconocimiento por parte del Estado, pues como indica PÉREZ MIRALLES «la existencia de una persona jurídica no deja de ser, en última instancia, una obra del Estado»¹⁶. En este sentido, el artículo 35 del CC dispone que:

Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. [...] 2.º Las asociaciones de interés particular, [...], a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico se requiere que haya una atribución legal de la personalidad jurídica, ya sea, o bien, esta a través de un reconocimiento por parte de la ley, o bien ya sea mediante una concesión de la ley a un tipo de ente –situación más recurrente en nuestro Derecho, tal y como se puede observar en sentido negativo en el artículo 1669 del CC o en sentido positivo en el artículo 7 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas–. No obstante, a pesar de la sencillez aparente, ya se ha señalado *ut supra* que la personalidad jurídica es uno de los temas más complejos y, en última instancia, la realidad jurídica de los entes se ve supeditada a una decisión legislativa, a un requisito concreto, que puede conllevar a que determinadas situaciones que puedan reunir todos los requisitos para tener personalidad jurídica se vean lastradas ante la falta del reconocimiento o de la concesión por parte del Estado, tal y como sucede, por ejemplo, según algunos autores, con las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

¹² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, (2016): *Op. Cit.*, pp. 419-420.

¹³ CASTRO BRAVO, Federico de, (1991): *Op. Cit.*, p. 272.

¹⁴ JOHN, Uwe, (1982): «*Einheit und spaltung im begriff der rechtsperson*» en *Itinerari moderni della persona giuridica*, T. II. Ed. Giuffrè Editore Milano, Milán. Disponible en: <https://www.centropgm.unif.it>.

¹⁵ MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los, (1991): «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, p. 592.

¹⁶ PÉREZ MIRALLES, José Arturo (2017): «Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal», *Actualidad Civil. Derechos reales e hipotecario*, p. 2.

III. NOTAS JURÍDICAS SOBRE LOS ROBOTS.

Quizá definir el concepto de ‘robot’ puede parecer un ejercicio de cualquiera de las artes que los han tratado, pero lo cierto es que ha llegado un punto en el que los robots han empezado a *invadir* el ámbito jurídico y cada vez es más frecuente encontrarse con uno en la *conversación de la plaza*, al mismo tiempo que desde instancias europeas, variando la denominación en ciertos casos, se insiste cada vez más en la necesidad de establecer una regulación completa de los robots.

Cabe destacar que la definición de ‘robot’ plantea varios problemas según la doctrina más autorizada. Por un lado, la constante evolución científica –teniendo en cuenta que estamos inmersos en una cuarta revolución– provoca que las definiciones se queden obsoletas prácticamente de inmediato, aunque reconociendo que «el punto de partida ha sido siempre la idea de que un robot es una máquina»¹⁷. Por otro lado, se plantea, también, la problemática de esclarecer si es necesario que un robot cuente con un sistema de inteligencia artificial para ser considerado como robot y, en caso de que no se considere necesario, se plantea otra cuestión que es la necesaria distinción de su régimen jurídico por el hecho de contar o no con un sistema de inteligencia artificial. No resulta menos importante el hecho de que muchas de las definiciones aportadas por la doctrina son fragmentarias al circunscribirse a sectores concretos, ya sea, por ejemplo, el sanitario o el automovilístico.

En su momento, fue altamente controvertida la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 en la que se indicaba que era necesario establecer una definición de robot –en concreto, de robot autónomo inteligente– que fuera generalmente aceptada y que se basara en las siguientes características:

- i) Capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos;
- ii) capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo);
- iii) un soporte físico mínimo;
- iv) capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno;
- v) inexistencia de vida en sentido biológico.

En la doctrina española, BARRIO ANDRÉS –claro defensor del otorgamiento de personalidad jurídica-electrónica a los robots– considera, como ya se ha expresado anteriormente, que resulta excesivamente complejo encontrar un concepto preciso de robot que permita englobar las diversas manifestaciones de estos, así como las que aparecerán en los años venideros. No obstante, sostiene que hay un cierto consenso en cuanto a cuáles serían los elementos definitorios de un robot

¹⁷ TIRADO ROBLES, Carmen, (2020): «¿Qué es un robot? Análisis jurídico comparado de las propuestas japonesas y europeas», *Mirai. Estudios Japoneses*, pp. 35-36.

y que se podrían resumir en torno a tres capacidades, sentir, pensar y actuar, y basándose en estas propone definirlos, en la misma línea que otros autores, como un «objeto mecánico que capta el exterior, procesa lo que percibe y, a su vez, actúa positivamente sobre el mundo»¹⁸. Mas no faltan voces que prefieren incidir en el hecho de que el robot es un objeto creado por el ser humano, del mismo modo que a lo largo de la historia ha creado otros objetos o máquinas, desde el telar de Catwright al autogiro de De la Cierva. En este sentido, ROGEL VIDE ha sostenido que:

[...] los robots son cosas, todo lo singulares que se quiera, mas no pueden ser personas, sujetos de derechos, y sí solo objetos de los derechos dichos, singularmente el de propiedad y cualesquiera otros reales¹⁹.

Con todo, el poco consenso existente en torno al concepto jurídico de robot realmente está mostrando un problema que subyace y que tiene mayor enjundia, esto es, determinar cuál es la naturaleza jurídica de los robots. Si bien todavía no se ha llegado a un consenso generalizado, sí que se ha optado por una posición dominante frente a las otras. Así, a grandes rasgos, hay tres posiciones claras en la contienda.

Una primera, sostiene que los robots son únicamente cosas y que siempre serán cosas, siendo la postura dominante en la doctrina española –como ya se ha visto, postura mantenida, entre otros, por ROGEL VIDE–. En este sentido, LACRUZ MANTECÓN²⁰ entiende que los robots no pueden equipararse a la persona física, pero tampoco a la jurídica. Respecto de las físicas, señala que los robots carecen de libertad y de inteligencia, pues, aunque cuenten con sistemas de inteligencia artificial, esta no es una expresión de su conciencia o razonamientos, sino que es solamente el ejercicio de una serie de algoritmos y demás herramientas matemáticas establecidas por un programador para actuar ante una determinada situación. Además, mantiene que carecen, también, de conciencia ética o moral, pues esta pertenece realmente al maquinista, afirmando que «todo es del maquinista: la ética, el propósito, la programación, la tarea y el color de la chapa del robot». A su vez, considera que tampoco se puede equiparar un robot a una persona jurídica ya que el robot no cuenta con un sustrato, elemento –cierto es– característico de las personas jurídicas y caracterizado por el componente asociativo y el robot, además, no cuenta con un patrimonio con el que pudiera responder frente a terceros de sus actuaciones, por lo que si provocase un daño, no podría proceder a su reparación.

¹⁸ BARRIO ANDRÉS, Moisés, (2019): «Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots», en *Derecho de los robots*, pp. 73-77.

¹⁹ ROGEL VIDE, Carlos, (2018): «Robots y personas», en *Los robots y el Derecho*. Ed. Reus, Madrid, p. 17.

²⁰ LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, (2020): *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*. Ed. Reus, Madrid, pp. 141, 157-159, 245, 252.

Una segunda posición, mantiene que sería posible entender que los robots serían una categoría intermedia entre las personas y las cosas. En este sentido, sin ser partidario de ella, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA²¹ explica que sería posible aplicar las teorías elaboradas en este sentido para los animales por parte de la doctrina²². Si bien señala el autor mencionado que no resolvería el problema de determinar cuál sería el régimen jurídico aplicable, sino, tan solo, optar por aplicar uno u otro según la situación.

Finalmente, en tercer lugar, no faltan autores que consideran que se debe reconocer personalidad jurídica a los robots²³, ya que estos, dados los avances tecnológicos, principalmente, en materia de inteligencia artificial, cada vez presentan más características que les permiten interactuar en el mundo jurídico sin necesidad de la presencia de un ser humano. Precisamente, la mencionada Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 sostuvo que sería conveniente

crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente²⁴.

En este sentido, BARRIO ANDRÉS²⁵ considera que la personalidad electrónica podría ser una solución destacable para los problemas de responsabilidad que pueden llegar a plantear los robots que contengan sistemas avanzados y que presentan una notable autonomía, llegando algunos de ellos a interactuar con las personas *de tú a tú*. No obstante, cabe destacar que esta posición que es minoritaria en el Derecho español cada vez obtiene un mayor respaldo por parte de la doctrina de otros estados, tanto europeos como americanos que entienden

²¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, (2021): «Entre personas y cosas: animales y robots». *Actualidad jurídica iberoamericana*, p. 34.

²² Aunque no se trate del objeto de esta comunicación, es en el campo de los animales donde más avances está habiendo tanto legales como doctrinales para atribuirles personalidad jurídica o, por lo menos, dejar de considerarlos como simples cosas. En España se ha avanzado en este sentido aunque en menor medida en comparación con otros países europeos donde los avances son más que destacables. *Vid* RIOT, Cédric, (2018): «La personalidad jurídica de los animales (I). Animales de compañía». *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*.

²³ Señala CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, (2021): *Op. Cit.*, p. 34 que existen numerosas variantes de esta teoría, «subtipo de persona humana, de persona jurídica o de híbrido entre ambas, o como cosa personificada, o como persona singular, que ocuparía una situación intermedia, y diversa -otro modo de *tertium genus*- entre unas y otras personas -físicas o naturales y jurídicas o morales-».

²⁴ Lo cierto es que a raíz de esta resolución aumentaron los pronunciamientos doctrinales contrarios a dotar de personalidad jurídica a los robots.

²⁵ BARRIO ANDRÉS, Moisés, (2019). *Op. Cit.*, pp. 83-84.

que dotar a los robots de personalidad jurídica es el paso que se ha de dar en la evolución jurídica de nuestra sociedad al compás de los avances tecnológicos que nos encaminan a un futuro en el que las historias de ciencia ficción dejarán de ser historias y serán realidades²⁶.

IV. TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES.

En las líneas precedentes, de manera breve, se ha intentado contextualizar la problemática existente en torno a los robots y la posibilidad de dotar a estos con personalidad jurídica. Si bien, lo único certero de todo ello es que la realidad y la teoría nos demuestra que estamos ante posiciones encontradas y cuya solución no será sencilla.

Puedo llegar a comprender y compartir los reparos que plantean autores como LACRUZ MANTECÓN en cuanto a la equiparación de los robots con las personas físicas. Comparto, en efecto, que la categoría de persona física es exclusiva del ser humano y, aunque en el futuro los robots cada vez se puedan parecer más a los humanos, nunca podrán llegar a ser equiparados con estos, si bien, quizá, sea por motivos exclusivamente morales o éticos y no jurídico-positivos. No obstante, reconozco, a favor de estas posturas doctrinales que abogan por considerar a los robots como cosas, que el futuro es impredecible y ninguno de nosotros sabrá a ciencia exacta cuál será el devenir de la ciencia robótica y, consecuentemente con ella, del Derecho que regule los robots. Parece claro que *si tomamos una foto fija* de la actualidad –incluso del futuro más próximo–, dotar a los robots con personalidad jurídica es, como poco, innecesario e incongruente con las bases de nuestros sistemas jurídicos, caracterizados, por ejemplo, por la protección de las víctimas mediante sistemas de responsabilidad y patrimonios que respondan frente a terceros. Pero yo les preguntaría a estos autores, enlazándolo con las primeras líneas de esta comunicación, ¿qué posición adoptarían frente a ‘un replicante’? Está claro que es una obra de ciencia ficción, pero hubo un día en que un avión era solo el sueño o la imaginación de una persona y no una realidad.

²⁶ Entre otros: SHARKEY, Amanda Jane, (2014): «Robots and human dignity: A consideration of the effects of robot care on the dignity of older people». *Ethics and Information Technology*. PAGALLO, Ugo, (2013): *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*. Ed. Springer, Dordrecht. SARIPAN, Hartini et al. (2016): «Are Robots Humans? A Review of the Legal Personality Model». *World Applied Sciences Journal*. SAERENS, Patrick, (2020): «Le droit des robots, un droit de l’homme en devenir?». *Communication, technologies et développement*. Disponible en: <http://journals.openedition.org/ctd/2877>.

En cambio, no puedo compartir la posición contraria a equiparar los robots con las personas jurídicas²⁷ o con una categoría nueva como sería la personalidad electrónica propuesta por las instituciones de la Unión Europea. Un inciso. No me refiero a que todos los robots puedan ser considerados personas jurídicas, sino a los robots autónomos más complejos, como indicaba la mencionada resolución del Parlamento Europeo. En este sentido, he querido explayarme anteriormente en la configuración y creación de la personalidad jurídica en nuestro Derecho, mencionando cuáles son los elementos que caracterizan a los entes con personalidad jurídica y destacando el requisito esencial en nuestro Derecho: el reconocimiento o el otorgamiento por parte del legislador.

Así, señalaba que las características que debía tener un ente para ser considerado persona jurídica eran las siguientes: i) existencia de una organización consolidada; ii) existencia de una finalidad u objeto lícito; iii) capacidad de actuar y de responder de sus actuaciones; iv) posesión de un patrimonio propio; e v) identificación en el tráfico jurídico.

En primer lugar, para negar tal posible equiparación, se ha indicado por parte de la doctrina que en los robots faltaría el elemento asociativo. Es cierto. No obstante, no se trata de aplicar la doctrina de las personas jurídicas de manera estricta a los robots. Dicha característica realmente hace referencia a la capacidad de adoptar decisiones de gestión y representación de la propia persona jurídica, permitiendo, a través de ellas, la interactuación en el tráfico jurídico. Los robots autónomos más complejos, con sistemas de inteligencia artificial, cada vez más desarrollados y completos, permitirían tomar decisiones de gestión y representación sin problema alguno, y no solo con la programación realizada por su desarrollador, sino también mediante procedimientos de autoaprendizaje, ya demostrados y constatados.

En segundo lugar, los robots pueden tener, sin problema alguno, una finalidad u objeto lícito. ¿Cuál es la razón de existencia de una Sociedad Anónima? Yendo a la esencia: comerciar. ¿Qué impide que un robot no pueda tener una finalidad concreta? Es más, estos fines del robot no tienen por qué coincidir –ni deben– con los objetivos del programador que lo desarrolló, igual que ocurre con las personas jurídicas. Además, se han planteado cuestiones sobre la posible existencia de los denominados robots de guerra, es decir, robots en los que algunos de sus elementos son armas que pueden ser utilizadas, pero cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico no permite que una persona jurídica tenga un objeto ilícito –o, en general, no se permiten los contratos que tengan un objeto o causa ilícitos–. Además, la problemática sobre la implantación de armas

²⁷ En este sentido, considero sobresaliente el artículo de ERCILLA GARCÍA, Javier, (2018): «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*,

en un robot es una cuestión ajena a la determinación de si puede o no tener personalidad jurídica.

En tercer y cuarto lugar, íntimamente relacionados, para que una organización sea considerada persona jurídica es necesario que tenga capacidad de actuar y de responder de sus actos y como corolario de ello es necesario que posea un patrimonio propio e independiente del de sus integrantes. Y este, según parte de la doctrina, es uno de los puntos débiles de la posible equiparación porque, en principio, aunque un robot pueda tener capacidad para actuar, no dispone de un patrimonio propio para poder responder. En sede de las personas jurídicas, se exige para su constitución, es decir, para su nacimiento a la vida que haya un patrimonio –o capital– mínimo y se ha regulado todo un sistema de responsabilidades, tanto de la propia persona jurídica, de sus administradores de hecho y de derecho, en sus diversas configuraciones, o de los propios individuos que componen el sustrato asociativo de las mismas. Está claro que en un robot no se puede establecer este mismo sistema, pero ¿qué impide establecer otro que sí que contemple la posibilidad de crear un patrimonio propio y de un sistema de responsabilidad que le permita responder frente a terceros de los daños que cause?

En quinto lugar, la identificación no plantea, en principio, problema alguno. Aunque sean películas o libros, creo que todos somos capaces de identificar por su nombre a algún robot e, incluso, con un poco de esfuerzo conocer su dirección. Al final, sería algo tan sencillo como crear un registro de robots, similar al civil de las personas físicas o al mercantil de los empresarios.

Con todo ello, seguiría faltando el requisito indispensable: el reconocimiento por parte del legislador. Podríamos hablar más extensamente sobre otros argumentos a favor y en contra o sobre estos mismos argumentos, al final esto es una simple aproximación. Empero, aunque continuásemos, estaríamos práctica y constantemente en un plano filosófico o literario a la espera de que en un futuro, lejano o no tanto, empezásemos a convivir con robots en nuestro día a día y, entonces sí, quizá dejaríamos a un lado posiciones jurídicas antropocéntricas²⁸ y comenzaríamos a ver a los robots como ‘algo’ más que una simple máquina de una historia de ciencia ficción. ¿Cuál sería la figura más adecuada? ¿Serviría alguna de las ya existentes? ¿Sería necesario desarrollar una nueva tipología?

Blade Runner ocurría en 2019. Por tranquilidad de algunos, no convivimos todavía con replicantes; pero la secuela, *Blade Runner 2049*, tiene lugar dentro de 27 años, quién sabe lo que nos deparará ese futuro. Quizá la regla general será que los humanos seamos Joaquin Phoenix en *Her*, contemos con amigos como

²⁸ NEEF, Violette de et COLSON, Eléonore, (2018): «*Robot et personnalité juridique : l'irremplaçable valeur d'un être chair*». *Revue du droit des technologies de l'information*,

Wall-e o sobrevolemos el espacio al puro estilo *Star Wars*. Quizá contemos con coches que jamás imaginamos, conscientes o responsables y con los que podamos interactuar; yo aún recuerdo aquellas palabras de la película *Cadena Perpetua* cuando el institucionalizado Brooks salía de la prisión tras toda una vida en ella:

Queridos amigos, lo que han cambiado las cosas, y lo rápido que se mueve todo aquí fuera. Cuando era niño vi una vez un coche, pero ahora están por todas partes. Este maldito mundo va demasiado deprisa.

¿Quién sabe cuándo hablar de la personalidad jurídica de los robots será ya no un tema doctrinal, sino una cuestión de necesidad actual? Mientras esperamos a que suceda –o no– veamos *Blade Runner* y sigamos planteándonos si *¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?*

V. BIBLIOGRAFÍA.

- BARRIO ANDRÉS, Moisés, (2019): «Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots», en *Derecho de los robots*, pp. 65-92.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, (2003): «El significado institucional y técnico de la idea de persona» en *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 165-171.
- CASTÁN TOBEÑAS, José María, (1987): *Derecho civil español, común y foral, T. I, V. II*. Ed. Reus, Madrid.
- CASTRO BRAVO, Federico de, (1991): *La persona jurídica*. Ed. Civitas, Madrid.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, (2021): «Entre personas y cosas: animales y robots». *Actualidad jurídica iberoamericana*, pp. 14-53.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, (2016): *Sistema de Derecho Civil, V. I*. Ed. Tecnos, Madrid.
- ERCILLA GARCÍA, Javier, (2018): «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*.
- FERRARA, Francisco, (1929): *Teoría de las personas jurídicas*. Ed. Reus, Madrid.
- JOHN, Uwe, (1982): «*Einheit und spaltung im begriff der rechtsperson*» en *Itinerari moderni della persona giuridica, T. II*. Ed. Giuffrè Editore Milano, Milán. Disponible en: <https://www.centropgm.unif.it>.
- KELSEN, Hans, (2009): *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Eudeba, Buenos Aires.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, (2020): *Robots y personas. Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*. Ed. Reus, Madrid.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, (2021): «Un cuento de robots: la hija cibernética de Descartes», *Revista Boliviana de Derecho*, pp. 422-441.

- MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los, (1991): «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, pp. 587-609.
- NEEF, Violette de et COLSON, Eléonore, (2018): «*Robot et personnalité juridique : l'irremplaçable valeur d'un être chair*». *Revue du droit des technologies de l'information*, pp. 5-18.
- NIETZSCHE, Friedrich, (2019): *Humano, demasiado humano*. Ed. Tecnos, Madrid.
- PAGALLO, Ugo, (2013): *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*. Ed. Springer, Dordrecht.
- PÉREZ CABALLERO, Jesús, (2020): *Her. Personas, máquinas y Derecho*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo (2017): «Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal», *Actualidad Civil. Derechos reales e hipotecario*, pp. 30-45.
- RIOT, Cédric, (2018): «La personalidad jurídica de los animales (I). Animales de compañía». *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, pp. 51-65.
- ROGEL VIDE, Carlos, (2018): «Robots y personas», en *Los robots y el Derecho*. Ed. Reus, Madrid, pp. 7-23.
- SAERENS, Patrick, (2020): «Le droit des robots, un droit de l'homme en devenir?». *Communication, technologies et développement*. Disponible en: <http://journals.openedition.org/ctd/2877>.
- SARIPAN, Hartini et al. (2016): «Are Robots Humans? A Review of the Legal Personality Model». *World Applied Sciences Journal*, pp. 824-831.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, (1878): *Sistema del Derecho romano actual, T. II*. Ed. F. Góngora y cía., Madrid. Disponible en: <https://www.sirio.ua.es>.
- SHARKEY, Amanda Jane, (2014): «Robots and human dignity: A consideration of the effects of robot care on the dignity of older people». *Ethics and Information Technology*, pp. 63-75.
- TIRADO ROBLES, Carmen, (2020): «¿Qué es un robot? Análisis jurídico comparado de las propuestas japonesas y europeas», *Mirai. Estudios Japoneses*, pp. 35-48.

DAÑOS A LA SALUD POR EL USO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

NURIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: ROBOTS E IA. III. TIPOLOGÍA DE ROBOTS Y SISTEMAS DE IA EN EL ÁMBITO SANITARIO. 1. En función de su finalidad médica 2. En función de su grado de autonomía. III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE ROBOTS Y SISTEMAS DE IA EN EL ÁMBITO MÉDICO. 1. La posible aplicación de la Directiva de productos defectuosos. 2. La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. III. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de sistemas de Inteligencia Artificial (IA) y de la robótica tiene el potencial de transformar productos, servicios y procedimientos, lo que permite hacer del mundo un lugar más seguro y productivo, así como ayudar a combatir importantes amenazas a las que se enfrenta a diario la sociedad, como las enfermedades.

No cabe duda de que el desarrollo tecnológico ha facilitado la realización de actividades de todo tipo y, entre ellas, el ámbito de la salud ha sido uno de los primeros sectores beneficiados por la aplicación de la IA. En este sentido, el Considerando AH de la Resolución del Parlamento de 2019 sobre una política industrial global europea en materia de IA pone como ejemplos de aplicaciones de la IA y la robótica al ámbito de la asistencia sanitaria:

«la gestión de historiales clínicos y datos médicos, la realización de tareas repetitivas (análisis de ensayos, rayos X, tomografías axiales computerizadas, introducción de datos, etc.), el diseño de tratamientos, las consultas digitales (por ejemplo, las consultas médicas basadas en el historial médico personal y en conocimientos médicos básicos), las enfermeras virtuales, la gestión de la medicación, la elaboración de fármacos, la medicina de precisión (como la practicada por la genética y la genómica para buscar mutaciones

¹ Trabajo realizado al amparo de los Proyectos «La irrupción de la inteligencia artificial en el Derecho de daños y su adaptación a las nuevas tecnologías» - Referencia PID2020-116185GB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación) y «Los desafíos planteados por la inteligencia artificial en el ámbito de la responsabilidad civil» - GV/2021/018 (Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana).

y vínculos con enfermedades a través de la información del ADN), el seguimiento sanitario, el análisis de los sistemas de salud (...)»².

No obstante, tal y como puso de manifiesto el Grupo de Expertos en Responsabilidad y nuevas Tecnologías creado por la Comisión en su documento titulado «Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies» publicado en 2019, el desarrollo de la IA y la robótica también trae consigo la aparición de nuevos riesgos o incluso la multiplicación de los ya existentes, riesgos que, de producir daños, habrán de ser reparados. Si el sistema de responsabilidad civil es inadecuado o tiene deficiencias a la hora de resarcir los daños causados a la salud por el uso de la robótica y la IA, se pone en riesgo el propio desarrollo de estas tecnologías y de sus innegables efectos positivos para la sociedad, debido a que sus usuarios se sentirán inseguros y desprotegidos ante su utilización y rechazarán, en consecuencia, su empleo.

Es en este contexto en el que se enmarca la presente investigación, que tiene por objeto el análisis de las propuestas normativas provenientes de la Unión Europea en relación con la regulación de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas robóticos y de IA [en especial, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (en adelante, Resolución 2020)³ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión⁴]⁵, cuando estos sistemas son empleados en el ámbito de la salud. Para ello, se concretará el sentido de los términos «robot» e «Inteligencia Artificial». En base a ello, se realizará una clasificación de los robots y sistemas de IA existentes en el sector sanitario para, finalmente, determinar la idoneidad de los regímenes de responsabilidad civil propuestos para alcanzar un adecuado equilibrio entre la seguridad

² Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)).

³ (2020/2014(INL)).

⁴ COM(2021) 206 final.

⁵ A fecha de 28 de septiembre de 2022, la Comisión Europea publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) COM(2022) 496 final, propuesta que modifica sustancialmente el sistema de responsabilidad civil previsto en la Resolución 2020 estudiada en la presente investigación. No obstante, y dada su reciente publicación, no ha podido ser objeto de incorporación exhaustiva en el presente capítulo, si bien, se señalarán los aspectos más relevantes incorporados por esta última propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA.

de los pacientes y la reparación de los daños que puedan sufrir a causa de su uso y el necesario desarrollo de las nuevas tecnologías.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: ROBOTS E IA

No es infrecuente el uso indistinto de los términos «robot» e «Inteligencia Artificial» para referirse a las tecnologías y/o máquinas que emplean programas informáticos para desarrollar tareas de distinto tipo propias de los humanos. A pesar de ello, conviene diferenciar ambos conceptos.

En cuanto al robot, el DRAE lo define en su primera acepción como «Máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones», señalando en la segunda que «(...) imita la figura y los movimientos de un ser animado» y en la cuarta que puede ser un «Programa que explora automáticamente la red para encontrar información»⁶. Por su parte, la IA es definida como la «Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico», según el mismo diccionario⁷.

A este respecto y sobre la base del concepto dado previamente por la Comisión, el Grupo de Expertos de alto nivel sobre IA creado en 2018 se dedicó al estudio de la expresión «Inteligencia Artificial» en el documento titulado «Una definición de la inteligencia artificial: principales capacidades y disciplinas científicas». Así,

«El término “inteligencia artificial” (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)».

De modo similar, el «sistema de inteligencia artificial» es definido por el Parlamento Europeo en la Resolución 2020 como

«todo sistema basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la actuación, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos» [art. 3 a)].

⁶ Disponible en: <https://dle.rae.es/robot>.

⁷ Disponible en: <https://dle.rae.es/inteligencia?m=form>.

Por su parte, en la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial, la Comisión entiende que el sistema de IA es

«el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» [art. 3.1)]⁸.

Así, los sistemas de IA son componentes capaces de realizar tareas mediante la elección, con diferentes grados de autonomía, de la mejor acción posible para alcanzar su propósito, sobre la base de los recursos de los que disponen (en especial, de datos personales y no personales).

De tales definiciones se desprende que robots e IA no son términos coincidentes, pues mientras los primeros ejecutan operaciones mecánicas, aunque estas puedan ser programables, y son entes corpóreos, la segunda es un programa informático sin entidad física que aporta un razonamiento lógico que permite resolver problemas o dar soluciones sobre la base del análisis, comprensión y aplicación de los datos de los que dispone.

¿Por qué, entonces, se confunden en la práctica ambos conceptos? Porque, como señala el Grupo de Expertos de alto nivel sobre IA, la Inteligencia Artificial puede integrarse en dispositivos mecánicos como los robots. Teniendo todo ello en cuenta, podemos encontrar robots en sentido estricto (un brazo mecánico que ejecuta la incisión exacta que le programa el cirujano), sistemas de IA en sentido propio (un programa informático capaz de predecir con mayor seguridad y rapidez un posible fallo cardíaco a partir del análisis de bases de datos médicas) y, por último, robots inteligentes, es decir, robots que incorporan IA (como sería el caso de un robot capaz de realizar una intervención quirúrgica y afrontar las posibles complicaciones a lo largo de esta sin que intervenga en ningún caso un humano).

Dicho esto, en el presente estudio se hará un uso indistinto de ambos conceptos para evitar continuas reiteraciones, si bien se indicará la terminología estricta cuando sea preciso.

⁸ A esta definición remite el art. 2.1) de la reciente Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA.

III. TIPOLOGÍA DE ROBOTS Y SISTEMAS DE IA EN EL ÁMBITO SANITARIO.

Dado el elevado grado de implantación de sistemas de IA y de robots en el ámbito sanitario desde tiempo atrás, es posible distinguir diferentes tipos en atención a dos criterios, fundamentalmente. Por un lado, se pueden clasificar en función del fin médico que se pretende alcanzar con su uso, como serían los fines quirúrgicos, los de diagnóstico y los asistenciales. Por el otro lado, es posible que los robots y la IA actúen para dichos fines con un mayor o menor grado de autonomía, esto es, de forma más o menos dependiente del profesional sanitario que los emplea en su actuación médica. De ello nos ocuparemos en el presente epígrafe, pues dichas clasificaciones y, en especial, la segunda, tienen implicaciones importantes respecto al régimen de responsabilidad civil aplicable en cada caso.

1. En función de su finalidad médica

Atendiendo al fin o a los efectos que se pretenden alcanzar con el uso de estas tecnologías en la salud de los pacientes, podemos diferenciar tres tipos de robots médicos, fundamentalmente.

En primer lugar, encontramos los robots empleados con fines quirúrgicos, esto es, sistemas tecnológicos capaces de intervenir u operar al paciente. El ejemplo más conocido y aplicado en la actualidad a este respecto es el brazo quirúrgico Da Vinci, que reproduce los movimientos realizados por el cirujano con el manipulador de una consola al instrumental quirúrgico, con la ventaja para el paciente de recuperaciones más rápidas y, para el cirujano, de visión mejorada, estereoscópica, aumentada y en alta definición, así como de eliminación del temblor fisiológico de la mano humana⁹. Otro caso más reciente y que incluso requiere una intervención del médico mínima es la del robot STAR, capaz de unir con costuras milimétricas dos extremos del intestino de un cerdo, una intervención que se considera particularmente compleja en la disciplina de la cirugía gastrointestinal¹⁰. En estos casos, el sistema aplicado es un robot en sentido estricto, puesto que los mecanismos que operan a los pacientes carecen de autonomía para ejecutar movimientos, limitándose a asistir al cirujano que es el único “cerebro” de la operación. Ahora bien, nada impide que en un futuro a dicho robot se le integre Inteligencia Artificial y, en consecuencia, que pueda no solo

⁹ Para más información, vid. IRIBERRI, Ainhoa (18 de febrero de 2020): El milagro del “otro” Da Vinci: así ayuda al cirujano a extirpar incluso cáncer de pulmón. *El Español*. https://www.elespanol.com/ciencia/salud/20201118/milagro-da-vinci-cirujano-extirpar-incluso-cancer/536946716_0.html.

¹⁰ Sobre este robot, vid. Francisco María (14 de febrero de 2022): STAR, el robot que hace cirugías sin intervención humana. *OkDiario*. <https://okdiario.com/ciencia/star-robot-que-hace-cirugias-sin-intervencion-humana-8578196>.

intervenir de forma mecánica siguiendo las instrucciones de un médico, sino en atención a las decisiones adoptadas por el propio robot con IA.

En segundo lugar, destacan los sistemas de detección y diagnóstico de enfermedades, que contribuyen, sin duda, al desarrollo de la medicina preventiva. En la mayoría de los casos, se trata de programas informáticos basados en algoritmos que, por medio del *Text and Data Mining* y el *Machine Learning*, escanean millones de bases de datos médicas e identifican relaciones y patrones entre tales datos. De este modo, este tipo de herramientas permite «leer» una cantidad de información que no podría ser leída por el médico en toda una vida, relacionando y estructurando conceptos y ofreciendo posibilidades de diagnóstico. Así, los beneficios de la aplicación de estos tipos de IA se vieron en un primer momento precisamente en la investigación médica, permitiendo, por ejemplo, predecir con mayor seguridad y rapidez un posible fallo cardíaco a partir del análisis de bases de datos médicas¹¹. Entre los ejemplos más destacados de este tipo de sistemas se encuentra la plataforma *Watson Health*, sistema de IA desarrollado por IBM que, entre otros logros, consiguió clasificar en pocos meses los casi 1.500 genes dentro del genoma humano y estableció predicciones sobre cuáles podrían estar asociados con la ELA¹². Este tipo de sistemas han de ser calificados como IA propiamente dicha, puesto que, una vez programado el algoritmo, el mismo recopila, organiza y analiza datos para posteriormente ofrecer el resultado de diagnóstico o de estudio perseguido, pero sin que intervenga robot alguno que ejecute mecánicamente tareas físicas. Ahora bien, cierto es que el médico no está obligado a adoptar como propio el diagnóstico ofrecido por el sistema, siendo él el que finalmente lo emita en atención a la *lex artis*.

En tercer y último lugar, son muchos los ejemplos de robots asistenciales, esto es, robots que colaboran en diferentes tareas que se desarrollan en el ámbito médico, como la de entrega y suministro de dosis de medicamentos (como los robots biohíbridos que, dentro del cuerpo humano, permiten regular la dosificación de medicamentos contra el cáncer¹³ o los de entrega de medicamentos

¹¹ Ello se estudia, por ejemplo, en AA.VV., (2014) «Prevalence of Heart Failure Signs and Symptoms in a Large Primary Care Population Identified Through the Use of Text and Data Mining of the Electronic Health Record», *Journal of Cardiac Failure*, vol. 20, n° 7, pp. 459 y ss., donde se analizan los beneficios de la aplicación de la técnica del *Text and Data Mining* como base del aprendizaje automático o IA en el ámbito de la detección de fallos cardíacos.

¹² Sobre este sistema de IA, vid. (14 de enero de 2017): Watson: la inteligencia artificial de IBM irrumpe en medicina. *SaluDigital*. https://www.consalud.es/saludigital/52/watson-la-inteligencia-artificial-de-ibm-irrumpe-en-medicina_41438_102.html.

¹³ Vid. Francisco María (10 de marzo de 2022): Pequeños robots biohíbridos para la entrega inteligente de medicamentos. *OkDiario*. <https://okdiario.com/ciencia/pequenos-robots-biohibridos-entrega-inteligente-medicamentos-8714647>.

en hospitales, como el robot Hospi¹⁴), la movilización de pacientes (como es el caso del robot japonés Robear, que permite cargar a los pacientes, ayudando así a los enfermeros¹⁵) o la desinfección de áreas hospitalarias, lo que ha tenido una especial importancia y desarrollo a raíz de la COVID-19.

2. En función de su grado de autonomía

Como se ha podido observar, son muchos los beneficios que comportan los robots y los sistemas de IA en las distintas áreas de actuación del ámbito sanitario. Ahora bien, aunque en la mayoría de los ejemplos expuestos el grado de autonomía del robot o sistema de IA es mínimo o nulo, puesto que actúan siempre bajo las “órdenes” del humano, lo cierto es que la velocidad con la que acontece el desarrollo tecnológico permite augurar un futuro no muy lejano en que las máquinas actúen cada vez de forma más independiente.

Precisamente el grado de autonomía en el funcionamiento de los sistemas de IA es el criterio esencial sobre el que el Parlamento en su Resolución 2020 configuró el propuesto sistema de responsabilidad civil aplicable a los mismos. Y ello porque, precisamente, dicha autonomía dificulta la determinación de elementos esenciales del Derecho de daños como lo son el sujeto responsable o el criterio de imputación¹⁶. Pues bien, según la propia Resolución, «autónomo» es

«todo sistema de inteligencia artificial que funciona interpretando determinados datos de entrada y utilizando un conjunto de instrucciones predeterminadas, sin limitarse a ellas, a pesar de que el comportamiento del sistema esté limitado y orientado a cumplir el objetivo que se le haya asignado y otras decisiones pertinentes de diseño tomadas por su desarrollador;» [art. 3 b)].

¹⁴ Vid. Juan Ramón, (3 de diciembre de 2010): HOSPI. El robot que reparte medicamentos con una sonrisa. <https://www.roboticastreet.com/hospi-el-robot-que-reparte-medicamentos-con-una-sonrisa/>.

¹⁵ Vid. AD (24 de septiembre de 2019): Robear, el robot enfermero que ayuda a los ancianos. <https://www.robotsjaponeses.net/robear-el-robot-enfermero-que-ayuda-a-los-ancianos/>.

¹⁶ En este sentido, el Considerando 3 de la Resolución 2020 del Parlamento señala que «(...) *el gran número de agentes que intervienen en su ciclo de vida podrían hacer extremadamente costoso, o incluso imposible, determinar quién controlaba el riesgo* asociado al uso del sistema de IA en cuestión o qué código o entrada ha provocado en última instancia el funcionamiento lesivo. *Esta dificultad se ve agravada por la conectividad entre un sistema de IA y otros sistemas ya sean o no de IA, por su dependencia de los datos externos, por su vulnerabilidad frente a las violaciones de la ciberseguridad y por la creciente autonomía de los sistemas de IA debido a las capacidades de aprendizaje automático y de aprendizaje profundo*» (la cursiva es nuestra). A este respecto, conviene señalar que también la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA establece un régimen diferenciado respecto a la presunción de la relación de causalidad en atención al mayor o menor grado de autonomía del sistema de IA en su art. 4.

Es importante tener en cuenta a este respecto, que la Resolución 2020 se refiere en exclusiva a los sistemas de IA y no a los robots, precisamente porque los primeros son los que pueden actuar con mayor o menor grado de autonomía. Así, los robots solo podrían ser objeto de reglamentación por este proyectado Reglamento cuando los mismos integren sistemas de Inteligencia Artificial.

Dicho esto, y en atención al grado de autonomía del sistema de IA, el Parlamento distinguió entre sistemas de «alto riesgo» y otros sistemas. De acuerdo con el art. 3 c) de la Resolución 2020, el alto riesgo de un sistema de IA deriva de su potencial significativo para causar daños o perjuicios, excediendo de lo que cabría esperar razonablemente. Dicha potencialidad vendría determinada por los siguientes factores:

«(...) la gravedad del posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA; (...)».

En cuanto a ello, el art. 6. 1 de la Ley de Inteligencia Artificial señala que los sistemas de IA de alto riesgo son aquellos que están destinados a su utilización como componente de seguridad de alguno de los productos contemplados en la legislación prevista en el Anexo II de dicha propuesta de Ley o es en sí mismo uno de esos productos. Precisamente, entre la legislación de armonización de la Unión que se indica en el Anexo II, se encuentran el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios y el Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro, por lo que a nosotros nos interesa. Los otros sistemas de IA se definen por exclusión en el art. 8.1 de la Resolución 2020, esto es, son todos aquellos que no constituyan sistemas de alto riesgo de acuerdo con el art. 3. c) de la Propuesta 2020 y que no estarían integrados en el Anexo II de la Ley de Inteligencia Artificial.

En este contexto, debemos preguntarnos si los sistemas de IA y robots que se emplean en el ámbito sanitario pueden considerarse o no productos sanitarios a los efectos del Reglamento 2017/745, pues de ser así, constituirán sistemas de alto riesgo conforme a la Ley de Inteligencia Artificial y la Resolución 2020. A este respecto, el art. 2. 1) del Reglamento 2017/745 define el «producto sanitario» como:

«todo instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, implante, reactivo, material u otro artículo destinado por el fabricante a ser utilizado en personas, por separado o en combinación, con alguno de los siguientes fines médicos específicos:

- diagnóstico, prevención, seguimiento, predicción, pronóstico, tratamiento o alivio de una enfermedad,

- diagnóstico, seguimiento, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una discapacidad,
- investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso o estado fisiológico o patológico,
- obtención de información mediante el examen in vitro de muestras procedentes del cuerpo humano, incluyendo donaciones de órganos, sangre y tejidos,

y que no ejerce su acción principal prevista en el interior o en la superficie del cuerpo humano por mecanismos farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales mecanismos.

Los siguientes productos también se considerarán productos sanitarios:

- los productos de control o apoyo a la concepción,
- los productos destinados específicamente a la limpieza, desinfección o esterilización de los productos que se contemplan en el artículo 1, apartado 4, y en el párrafo primero del presente punto;»

De acuerdo con dicha definición, podemos concluir que los sistemas de IA y robots que se emplean en el ámbito médico cumplen los requisitos para ser considerados como «producto sanitario»¹⁷.

Desde un punto de vista técnico, la distinción realizada por el Parlamento en la Resolución 2020 podría traducirse en sistemas de IA de alto riesgo, sistemas de IA fuerte o de aprendizaje profundo y otros sistemas de IA o IA determinista. La diferencia radica en que mientras esta última se basa en el algoritmo tipo “si Y, entonces X”, lo que permite que se pueda conocer en todo caso la razón por la que el sistema adopta una decisión concreta, la IA fuerte funciona con un mecanismo similar al del cerebro humano, pues ya no hay un algoritmo entrenado, sino un sistema de redes neuronales que aprenden en base a su propia experiencia. En consecuencia, son capaces de actuar de forma imprevisible para el ser humano y, por ello, son estos los sistemas que plantean mayores problemas a la hora de establecer el régimen de responsabilidad civil adecuado para el caso de que produzcan daños.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE ROBOTS Y SISTEMAS DE IA EN EL ÁMBITO MÉDICO

Las distintas tipologías que pueden llegar a presentar los robots y sistemas de IA en función de su autonomía han dado lugar a que los órganos europeos

¹⁷ Lo mismo concluye NAVAS NAVARRO, Susana (2021): «Salud electrónica e Inteligencia Artificial», en *Salud e Inteligencia Artificial desde el Derecho privado. Con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, Comares, Granada, pp. 14-26 y 32-35.

consideren necesario establecer distintos regímenes de responsabilidad civil. De ello nos ocuparemos en el presente epígrafe.

1. La posible aplicación de la Directiva de productos defectuosos

En efecto, el uso de un robot en sentido estricto, esto es, de una máquina cuyo funcionamiento depende en todo caso de la programación humana o incluso de sistemas de IA débil o determinista (los otros sistemas de IA a los que se refiere la Resolución 2020) puede generar daños, como podría ser en el ámbito médico, el robot que limpia una habitación de hospital y no llega a desinfectar una parte de la misma, provocando una infección del personal médico o del nuevo paciente que la ocupa.

Pues bien, en estos casos, se ha planteado la posible aplicación de un instrumento jurídico ya existente en el ordenamiento que se ha considerado eficaz para responder a este tipo de riesgos: la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. A ella parece remitirse la Resolución 2020 respecto de los otros sistemas de IA o IA débil, si bien señalando la necesidad de actualizar dicha Directiva con el fin de clarificar su aplicación al ámbito de la IA¹⁸. A este respecto, el 28 de septiembre de 2022, se publicó una propuesta de modificación de la Directiva para incluir los softwares en el concepto de producto [art. 4.1)], entre otros aspectos.

Dicho esto, el sujeto responsable en este supuesto será el operador, tanto inicial (el que define las características del algoritmo) como el final (el que define el uso del sistema, el consumidor-propietario). Pues bien, cuando el operador inicial coincida con el fabricante, se aplicará la Directiva de productos defectuosos, mientras que cuando el fabricante coincida con el operador final, se aplicará la propuesta del Reglamento prevista en la Resolución 2020¹⁹.

En cualquier caso y tal y como se analizó en el epígrafe anterior, los sistemas de IA y los robots empleados en el ámbito sanitario, al estar comprendidos en el

¹⁸ A este respecto, vid. por todos, ZURITA MARTÍN, Isabel (2020). *La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid.

¹⁹ A este respecto, cabría cuestionarse ahora el encaje entre la Directiva de productos defectuosos y la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA. En principio, la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos cubriría la responsabilidad objetiva del productor por productos defectuosos, lo que podría dar lugar a una indemnización por determinados tipos de daños, principalmente sufridos por particulares, y la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, tendría un ámbito más amplio al dar cobertura a las demandas nacionales de responsabilidad fundamentadas principalmente en la culpa de cualquier persona con el fin de indemnizar por cualquier tipo de daño y a cualquier tipo de víctima.

concepto de producto sanitario del Reglamento 2017/745, son clasificados por la Propuesta 2020 y por la Ley de Inteligencia Artificial de 2021 como sistemas de alto riesgo, razón por la que la responsabilidad civil derivada de los daños causados por su uso se registrará en todo caso por estos instrumentos normativos y no por la Directiva de productos defectuosos. No obstante, y a nuestro parecer, no todos los sistemas y robots a los que se hizo referencia en el epígrafe anterior deberían ser considerados de alto riesgo, pues su capacidad de actuación, aunque sea en el ámbito médico, es muy limitada y, en consecuencia, el riesgo que pueden generar no parece resultar mayor que si no se emplearan, sino más bien al contrario. Piénsese en los robots de desinfección, que además de que no actúan directamente sobre las personas, evitan el riesgo de infección del personal de limpieza. Pues bien, el riesgo que pueden generar, esto es, que alguna zona no llegue efectivamente a desinfectarse, es el mismo que si la limpieza se realizara por un equipo humano. Por ello, entendemos que deberían ser considerados sistemas de IA débil y, en consecuencia, el régimen de responsabilidad civil previsto en la Directiva de productos defectuosos podría ser perfectamente aplicable a algunos tipos de sistemas y robots inteligentes empleados en el ámbito sanitario.

2. La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial

Como se acaba de señalar, cuando el fabricante coincida con el operador final del sistema de IA, se aplicará la propuesta del Reglamento prevista en la Resolución 2020²⁰, así como en el caso de cualquier sistema de IA o robot sanitario. De acuerdo con dicha Resolución, el fundamento de la responsabilidad civil establecido variará en función de si se trata de un sistema de IA de alto riesgo (fuerte) o de otros sistemas de IA (débil).

En el caso de otros sistemas de IA o IA débil, el art. 8 de la Resolución 2020 establece un sistema de responsabilidad civil por culpa o subjetiva, si bien esta se presume al producirse una inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, en tal precepto se prevé que el responsable se pueda exonerar probando: que el sistema fue activado sin su conocimiento o que él ha elegido adecuadamente el sistema para la realización de tareas asignadas; que lo ha puesto en funcionamiento de forma correcta y que lo ha actualizado y mantenido adecuadamente. Todo ello constituiría la prueba de la diligencia del operador.

²⁰ Sobre la misma, vid. en especial, ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021). *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento: análisis del tratamiento ofrecido por la Unión Europea*, Dykinson, Madrid.

En cambio, los mayores peligros que comporta la IA de alto riesgo o fuerte, por su imprevisibilidad en su actuación, llevan al Parlamento a establecer un régimen de responsabilidad civil objetiva en el art. 4 de la Resolución 2020. En este caso, no se puede exonerar el operador probando su diligencia, lo que es obvio por la objetividad del criterio de imputación. Ahora bien, cabe la exoneración por fuerza mayor o por culpa exclusiva de la víctima, si bien, se introduce como novedad que el operador no puede alegar que el daño ha sido culpa de un tercero para exonerarse. Asimismo, conviene destacar que no se considera fuerza mayor el hecho de que el daño sea causado por un sistema de IA autónomo o de aprendizaje profundo, por lo que no hay exoneración por acción imprevisible del sistema. Este será el régimen de responsabilidad aplicable a todo sistema de IA y robot empleado en el ámbito sanitario, por su consideración como sistema de alto riesgo, si finalmente llegan a aprobarse las Resoluciones estudiadas.

No obstante, y como señalamos anteriormente, no todos los sistemas apuntados generan los mismos tipos de riesgos y, por ello, no nos parece acertado diseñar un régimen de responsabilidad tan rígido como el objetivo para todo tipo de robot inteligente de utilización médica, pues ello podría desincentivar el desarrollo de estas tecnologías en este sector al que tantos beneficios aporta la IA.

Quizá ese haya sido uno de los motivos por los cuales en la propuesta de Directiva de responsabilidad civil en materia de IA de 2022 se haya optado por el establecimiento de un régimen subjetivo de responsabilidad para todos los tipos de IA, tanto débil como fuerte, si bien, incorporando medidas para facilitar la revelación de pruebas (art. 3), así como una presunción *iuris tantum* respecto a la relación de causalidad (art. 4), respecto de la que sí se establecen diferencias en función de si el sistema de IA es débil o fuerte.

V. BIBLIOGRAFÍA

- (14 de enero de 2017): Watson: la inteligencia artificial de IBM irrumpe en medicina. *SaluDigital*. https://www.consalud.es/saludigital/52/watson-la-inteligencia-artificial-de-ibm-irrumpe-en-medicina_41438_102.html.
- AD (24 de septiembre de 2019): Robear, el robot enfermero que ayuda a los ancianos. <https://www.robotsjaponeses.net/robear-el-robot-enfermero-que-ayuda-a-los-ancianos/>.
- AA.VV., (2014) «Prevalence of Heart Failure Signs and Symptoms in a Large Primary Care Population Identified Through the Use of Text and Data Mining of the Electronic Health Record», *Journal of Cardiac Failure*, vol. 20, n° 7, pp. 459 y ss.

- Francisco María (10 de marzo de 2022): Pequeños robots biohíbridos para la entrega inteligente de medicamentos. *OkDiario*. <https://okdiario.com/ciencia/pequenos-robots-biohibridos-entrega-inteligente-medicamentos-8714647>.
- Francisco María (14 de febrero de 2022): STAR, el robot que hace cirugías sin intervención humana. *OkDiario*. <https://okdiario.com/ciencia/star-robot-que-hace-cirugias-sin-intervencion-humana-8578196>.
- IRIBERRI, Ainhoa (18 de febrero de 2020): El milagro del “otro” Da Vinci: así ayuda al cirujano a extirpar incluso cáncer de pulmón. *El Español*. https://www.elespanol.com/ciencia/salud/20201118/milagro-da-vinci-cirujano-extirpar-incluso-cancer/536946716_0.html.
- Juan Ramón, (3 de diciembre de 2010): HOSPI. El robot que reparte medicamentos con una sonrisa. <https://www.roboticastreet.com/hospi-el-robot-que-reparte-medicamentos-con-una-sonrisa/>.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2021): «Salud electrónica e Inteligencia Artificial», en *Salud e Inteligencia Artificial desde el Derecho privado. Con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, Comares, Granada, pp. 1-50.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021). *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento: análisis del tratamiento ofrecido por la Unión Europea*, Dykinson, Madrid.
- ZURITA MARTÍN, Isabel (2020). *La responsabilidad civil por los daños causados por los robots inteligentes como productos defectuosos*, Reus, Madrid.

ENTREGA DE DATOS PERSONALES FALSOS COMO RIESGOS PARA SISTEMAS IA¹

BEATRIZ SERRANO SÁNCHEZ

*Investigadora predoctoral
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. ENTREGA DE DATOS PERSONALES FALSOS COMO RIESGOS PARA SISTEMAS IA. 1. Introducción 2.La entrega de datos personales falsos en los contratos de suministro de servicio digital desde la posición del usuario 2.1.La no conformidad del servicio digital y posible causación de daños desde la perspectiva del consumidor o usuario. 2.2.La entrega de datos personales falsos y la posición del suministrador del contenido o servicio digital 2.2.1. Consentimiento válidamente emitido 2.2.2. Los problemas de la revocación y la calificación como contraprestación 3.Entrega de datos personales falsos desde la perspectiva del empresario 3.1. La resolución 3.2. La indemnización por daños y perjuicios 4. Conclusiones

I. ENTREGA DE DATOS PERSONALES FALSOS COMO RIESGOS PARA SISTEMAS IA

1. Introducción

La Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD) ha sido transpuesta por el RDL 7/2021² que incorpora en el Real Decreto Legislativo 1/2007, (en adelante TRLGDCU³) un régimen de protección de los consumidores cuando celebran

¹ La autora se inició en estas temáticas con su participación en el PROYECTO DE I+D+i PARA GRUPOS DE INVESTIGACIÓN DE EXCELENCIA PROMETEO 2018/088, siendo investigador principal D. Juan Antonio Moreno Martínez. Actualmente está desarrollando su tesis doctoral bajo la dirección de D. Juan Antonio Moreno Martínez y cuenta con la financiación de la Subvención para la contratación de personal investigador predoctoral" (Ref. ACIF/2021/395) del Programa I+D+i de la Generalitat Valenciana.

² Real Decreto Ley 7/2021 de 27 de abril de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. (BOE núm. 101 de 28 de abril de 2021)

³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado, n. 287, de 30 de noviembre de 2007. La transposición ha sido problemática porque su fecha es anterior a la señalada para ello y también difiere de la de entrada en vigor, que se produjo el pasado 1 de enero.

los referidos contratos⁴ también cuando su contraprestación consista en autorizar el tratamiento de sus datos personales⁵. Con esta cesión interactúan dos ámbitos de protección: el del Reglamento UE 2016/679 general de protección de datos⁶, (en adelante, RGPD), la Directiva 2002/58/CE⁷ y, en nuestro país, la Ley Orgánica 3/2018⁸, (en adelante LOPD) con el de la DCSD, cuando el tratamiento vaya más allá del necesario cumplimiento de requisitos legales y técnicos (así lo disponen su Cdo. 25 y su art. 3.1⁹), lo que tiene sentido por cuanto se excluye el carácter comercial en su uso por el empresario y su consideración de contraprestación¹⁰. Estos datos siguen siendo “motivo dominante” de modelos comerciales complejos que se fundamentan en su recopilación masiva y monetización para

⁴ Hasta ese momento estas adquisiciones se regían de forma fragmentada por dos instrumentos que no tomaban en consideración su objeto contractual: la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 sobre protección de los consumidores en contratos a distancia y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 sobre Comercio electrónico. Transpuestas, respectivamente, mediante Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002) y mediante Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12/07/2002). La primera no se encuentra actualmente vigente pues fue derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores).

⁵ Señala MARTÍNEZ CALVO Javier (2021): «Los datos personales como posible contraprestación». *InDret Revista para el análisis del Derecho*, n.º 4, p.102, que es complicado que sean no personales por la amplitud de la definición recogida en el RGPD. La Sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno, 30-11-2000 permite concluir que la protección abarca los datos íntimos y el resto de datos relativos a la persona. (Ibíd, p. 97).

⁶ Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

⁷ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). El art. 3.8 DCSD recuerda que se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el RGPD y en la Directiva antecitada. Precisamente y en este ámbito existe una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas que derogará a la Directiva 2002/58.

⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. «BOE» núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.

⁹ Estas exclusiones tienen sentido por cuanto la base jurídica que daría licitud al tratamiento en tales casos (art. 6.1. b y c RGPD) no sería el consentimiento sino la necesidad bien para ejecutar el contrato bien para cumplir una obligación legal. Así lo entiende MARTÍNEZ CALVO J., *Op. Cit.*, p.104.

¹⁰ La Directiva se aplica siempre que el consumidor facilite al empresario dichos datos para que éste los use para fines distintos al exclusivo suministro del contenido o servicio digital, a los necesarios para el cumplimiento de los requisitos legales o cuando consienta que cualquier material que pueda ser constitutivo de datos personales (p.e.fotografías o mensajes que pueda cargar) sea tratado con fines comerciales.[...] no será aplicable cuando el empresario no vaya a hacer ningún uso comercial de los datos del consumidor. GARCÍA HERRERA Vanessa (2020): «El pago con datos

ser empleados en fines como el desarrollo de sistemas que emplean inteligencia artificial¹¹ y que cuentan con una fase de ajuste automático para que este pueda, por ejemplo, aprender a reconocer caras¹². Resulta pues de interés analizar las implicaciones de un escenario hipotético en el que los datos personales entregados a cambio del acceso a un servicio digital y empleados en el entrenamiento de los algoritmos sean falsos. Esta es sólo una de las problemáticas derivadas de estas tecnologías imperantes para las cuales se antoja preciso instaurar mecanismos de responsabilidad por daños derivados de su empleo¹³. Por ello, las Resoluciones del Parlamento Europeo con recomendaciones a la Comisión (2017)¹⁴ sobre normas de Derecho civil sobre robótica y (2020)¹⁵ de responsabilidad civil en IA por daños causados por *robots*¹⁶ debe abordarse a escala de la Unión para garantizar un mismo nivel de coherencia¹⁷ dadas las limitaciones para enfrentarse a los desafíos específicos que plantean e insisten en la complejidad de identificar la relación entre daño y comportamiento causal, o en la imposibilidad, por la opacidad, de determinar quién controla el riesgo asociado al sistema IA, lo que podría conducir a la *infracompensación* de las víctimas¹⁸. Estas diferencias alcanzan

personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible “contraprestación” en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, n.º1, p.8.

¹¹ Un término amplio pero que sirve para identificar procesos que persiguen replicar actuaciones humanas

¹² Esto es, datos biométricos y por tanto personales-siempre que condujesen a la identificación de su titular-. En estos casos hablamos de deep learning, véase: LECUN Yann.; BENGIO Yoshua.; HINTON Geoffrey (2015): «Deep Learning», *Nature*, vol. 521, n.º 7553, pp.436-444.

¹³ Piénsese, por ejemplo, en algoritmos que bien determinen las coberturas de un posible seguro de salud el cual utilizará sus datos médicos- de carácter sensible-, en cuyo caso hablaríamos de tratamientos automatizados para la toma de decisiones sin la participación del ser humano (véase Grupo de Trabajo 29 (2019): Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf>), o bien que dispongan cuál es la decisión más adecuada en casos judiciales (véase Smart Contracts en China)

¹⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1

¹⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

¹⁶ Considerando que, ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial —que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad—, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación

¹⁷ Cdo. m) y apdo. de Responsabilidad sobre insuficiencia de la Directiva 85/374/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, DO L 141 de 20 de 4.6.1999 y transpuesta en el art. 147 TRLGDCU que (cdo.AH) solo cubre los daños por los defectos de fabricación de un robot a condición de que el perjudicado pueda demostrar el daño real, el defecto del producto y la relación de causa a efecto entre el defecto y el daño (responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa)

¹⁸ De igual modo, Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías (2019): *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies* <https://op.europa.eu/en/publication-de>

a los derechos de la personalidad a los que podrían afectar las tecnologías actuales si, por ejemplo, se divulgasen (a pesar del art. 82 RGPD).

Además de lo anterior, y en relación al escenario planteado, estos sistemas pueden ser utilizados por diversos sujetos, como empresas que los emplean para establecer estrategias comerciales adecuadas a sus clientes (profiling) o meros usuarios de servicios digitales. Pues bien, si el servicio se nutre de datos personales y estos son falsos, pueden provocar lo que en ciencia de datos se denomina “ruido”, alterando su buen funcionamiento, sin que en la DCSD exista mención a una posible resolución contractual del empresario o criterios para fijar indemnizaciones a su favor de darse esa circunstancia¹⁹. Procede por tanto analizar este contexto con los mimbres de la regulación de la que disponemos actualmente:

2. La entrega de datos personales falsos en los contratos de suministro de servicio digital

2.1. La no conformidad del servicio digital y posible causación de daños desde la perspectiva del consumidor o usuario.

Cuando dicho servicio del que somos usuarios (a cambio de precio o de nuestros datos personales) presenta un mal funcionamiento- motivando el incumplimiento contractual del empresario- pues no se ajusta a la calidad bien pactada (art. 115 bis 1.a TRLGDCU a sensu contrario) bien esperable (art. 115 ter.1.a) TRLGDCU)- se produce una falta de conformidad²⁰ que, si se manifiesta dentro de los plazos (arts. 12.2. y 3 DCSD y correlativos 120.1 y 2 TRLGDCU) nos permite hacer uso de los remedios que contienen tanto la DCSD como su “gemela”, la Directiva 2019/771 (art. 118 TRLGDCU) e instar la responsabilidad del vendedor (art.117.1.) el cual puede exonerarse en ciertos supuestos (art. 12.4. DCSD y 121.4 TRLGDCU).

Además, si el contrato se ha celebrado a distancia y se dan los presupuestos podrá instar el desistimiento²¹, opción válida tanto porque la letra m) del art. 103 TRLGDCU excepciona los contratos de suministro en línea de contenido digital,

tail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en

¹⁹ GARCÍA HERRERA V., Op.cit., p.14.

²⁰ Presumiéndose - salvo prueba en contrario (arts. 11.2 y 12.1. DCSD y correlativo 121.1. TRLGDCU)- que el defecto era preexistente cuando se manifieste en otros plazos más cortos que los de garantía.

²¹ Su regulación no es fruto de la DCSD que se limita a remitir, en su cdo. 20, a la Directiva 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, , modificada ahora por la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 “Ómnibus” que de nuevo remite a esta la regulación de este derecho en su cdo.30 (“La intervención continua del prestador de servicios justifica la aplicación de las normas sobre el derecho de desistimiento previstas en la Directiva 2011/83/UE”)

lo que deja fuera a los servicios digitales -la Directiva distingue ambos tipos de objetos contractuales²²- como por la ubicación sistemática del contrato de suministro a cambio de datos personales en el Libro II del TRLGDCU (art. 59.4) en el cual figura el régimen común del desistimiento²³.

Ahora bien, si la no veracidad de los datos personales entregados también ha causado un daño, habría que analizar cómo articular responsabilidades, por ejemplo, si sería posible a través del “esquema” de producto defectuoso, esto es, art.147 TRLGDCU²⁴ o a través del régimen de responsabilidad objetiva del art. 148 del mismo cuerpo legal, lo cual por la propia dicción literal parece excluir un servicio digital como el analizado²⁵ o si podría reconducirse a la imposibilidad sobrevenida del proveedor para realizar la prestación, esto es, la fuerza mayor o el caso fortuito como posibles elementos de ruptura del nexo causal (art.1.105 C.c.). Al respecto, el cdo. 14 de la DCSD dispone la libertad de los EEMM para regular las consecuencias de los incumplimientos derivados de impedimentos que están fuera de control del empresario y no pueda esperarse que hubiese evitado o superado el impedimento o sus consecuencias, tales como en caso de fuerza mayor.²⁶, lo que parece referirse, únicamente, a esta última si atendemos a su descripción como evento impredecible e inevitable. Pero, además, nuestro legislador (art.125.2. TRLGDCU), en base al art. 20 DCSD²⁷, recoge el derecho del empresario para que, al responder ante el usuario por el incumplimiento del suministro o por falta de conformidad resultantes de una acción u omisión de

²² Lo que no hacía la Propuesta (art. 2.1. letras b y c) que incluía el servicio en el concepto de contenido digital

²³ CÁMARA LAPUENTE Sergio (2021): «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales». DiarioLaLey, n°9881, Sección Tribuna, p. 19.

²⁴ Recoge el régimen general de responsabilidad para daños causados a consumidores y usuarios por productos o servicios, atribuida a los prestadores con carácter de presunción *iuris tantum* (salvo que prueben su diligencia y el cumplimiento de los requisitos reglamentarios).

²⁵ Este tipo de responsabilidad será aplicable en función de que pueda acreditarse que dicho servicio, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluya necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y suponga controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. Si atendemos a dichos criterios y al tipo de servicios que están incluidos ex lege (por ej., sanitarios) parece que no es de aplicación al caso.

²⁶ CÁMARA LAPUENTE Sergio (2020): «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», E. Arroyo Amayuelas (dir.), S. Cámara Lapuente (dir.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, p. 144. También MORAIS CARVALHO Jorge (2020): «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n°12, vol.1,p. 934.

²⁷ ESPÍN ALBA Isabel (2020): «El contrato de suministro de contenidos digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, n°. 6, p.29.

una persona en fases previas de la transacción comercial- pueda repetir frente al responsable, en un año desde que se ejecutó la medida correctora.

De igual forma, interesa conocer que en los casos de contraprestación no dineraria es habitual encontrar cláusulas exoneratorias de responsabilidad por culpa del proveedor así como de distribución de riesgos derivados de la ejecución del contrato, lo cual exige atender al régimen de cláusulas abusivas y obligaciones generales de los contratos²⁸. También plantea interrogantes desde la perspectiva de protección del consumidor que el art. 8.5. DCSD permita la exclusión pactada de algún requisito objetivo de conformidad si el usuario es informado específicamente de que el servicio (o el contenido) se aparta de dicho requisito. Parece, en relación al caso de estudio, que el suministrador podría entonces informarle de una posible afectación a la calidad del servicio digital- en el momento de concluir el contrato -y si éste aceptase de forma expresa y separada asumiría esa disconformidad sin poder reclamar²⁹.

En todo caso, la DCSD sí articula soluciones para el consumidor cuando el empresario incumple sus obligaciones contractuales y de ello se deriva un daño que precisa de resarcimiento, pues su cdo. 73 y su art. 3.10 remiten al Derecho contractual de cada Estado Miembro en lo relativo a [...] las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios, lo que se plasma en el art. 116.2. TRLGDCU (cuando los datos personales facilitados no sean tratados para finalidades dirigidas exclusivamente a la mejora de la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad del programa³⁰). No obstante, se considera un déficit la ausencia de criterios claros para su cálculo³¹-pues ni la DCSD (art.13) ni el art. 66 bis TRLGDCU (relativo a la facultad resolutoria del consumidor)

²⁸ ROSELLÓ Francisca María (2017): «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, n°303, p.170.

²⁹ ARROYO AMAYUELAS Esther y SCHULZE Reiner (2021): «Relaciones contractuales en la era digital», *Revista de Educación y Derecho*, n°24, p.6.

³⁰ A ello alude el cdo. 32 *in fine*. Por ende, sí entraría en juego para finalidades como las aquí reseñadas relativas a entrenamiento de algoritmos, profiling y un largo etcétera. Esa exclusión cuando la única finalidad es el suministro la recoge el art. 59.4 TRLGDCU, que supone la plasmación del Cdo.24 ([...] y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales y, sobre todo, del art. 3.1. *in fine* de la DCSD: [...]salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin. Tampoco es aplicable para los supuestos de *pasividad* en su recolección (como sucede con los metadatos (cdo 25) con las consiguientes críticas que ha supuesto dicha circunstancia por su posible intromisión en la privacidad del individuo.

³¹ [...]No contempla la posible resolución del contrato por esta causa ni, en consecuencia, previene criterios para la consecuente fijación de las correspondientes indemnizaciones. GARCÍA HERREIRA V. *op.cit.* 14.

contienen mención expresa y el art. 117.1 TRLGDCU in fine recoge dicha posibilidad pero de forma muy sucinta por lo que en algún momento debería abordarse legislativamente³², y ello perjudica al empresario pues son precisamente estas reclamaciones “la carga potencialmente más importante con la que deben pechar[...]”³³. CÁMARA LAPUENTE señala que quizá por vía interpretativa pueda considerarse que está sometida al plazo de prescripción de 5 años desde que se manifieste la falta de conformidad (art. 124 TRLGDCU)³⁴.

2.2. La entrega de datos personales falsos: consentimiento y contraprestación

Que la mayoría de suministradores sustenten en el consentimiento la legitimación del tratamiento de datos personales ³⁵ plantea problemas de ajuste a estos modelos de negocio por el carácter reforzado de aquel.

Veamos cuáles:

2.2.1. Consentimiento válidamente emitido

Esta exigencia (arts. 6.2 y 7.2 RGPD) podría comportar la paradoja de aplicar la DCSD sólo cuando reuniese uno por uno sus requisitos, de modo que el empresario podría verse beneficiado de su propio incumplimiento³⁶. Por ello, la protección se dispensará aunque el consentimiento sea inválido, pues si su ilicitud incidiera en la eficacia del contrato esto conduciría a la desprotección del consumidor beneficiando al proveedor[...] que quedaría al margen de las responsabilidades contractuales³⁷- siempre que se cumplan los otros requisitos (art. 3.1. DCSD, ya mencionados). Así, como señaló el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre la entonces propuesta de Directiva, la introducción de este nuevo concepto de contratos a cambio de datos personales

³² Aunque cabría señalar como criterios a considerar si el consumidor ha satisfecho su pretensión o incluso efectuado copias. GARCÍA HERRERA V. *Op.cit.p.15*.

³³ ARROYO AMAYUELAS E. y SCHULZE R. *Op.cit. p.7*.

³⁴ CÁMARA LAPUENTE S., *cit. «Un primer balance...»p.23*.

³⁵ A título de ejemplo, el análisis de las políticas de privacidad de los principales proveedores muestra el empleo del consentimiento como base legitimadora para diferentes fines como compartir información con empresas, personalizar el contenido, compartir datos con los anunciantes, etc. A todo ello alude GARCÍA PÉREZ Rosa María (2020): «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*,p. 187.

³⁶ METZGER A. (2020): «Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales» en E. Arroyo Amayuelas (dir.), S. Cámara Lapuente (dir.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, p.128, Marcial Pons.

³⁷ GARCÍA PÉREZ R.M., *Op.cit.,p.191*.

podría inducir a error a los proveedores[...] quienes creerían que el tratamiento de los datos, cuando mediara el consentimiento en el contexto de un contrato, cumpliría la normativa en todos los casos, incluso cuando no se dieran las condiciones para el consentimiento válidos previstas en el RGPD lo que atentaría contra la seguridad jurídica³⁸.

Por ello, en todo caso (art. 7.4. RGPD) será preciso deslindar el consentimiento contractual del propio del tratamiento de datos personales cuando sea aquella la base para ello³⁹. En ello también insiste el SEPD, al disponer que el consentimiento como base legitimadora deberá ser independiente del otorgado al contrato⁴⁰, aunque en la práctica puede ser complejo delimitar entre uno y otro⁴¹.

2.2.2. Los problemas de la revocación y la calificación como contraprestación⁴².

La facultad de revocación atribuida al consumidor (art. 7.3. RGPD y Cdo. 39 DCSD) no casa bien con estos modelos de negocio pues puede suponer, transcurrido el plazo de desistimiento, dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes[...] lo que podría entrar en conflicto con el art. 1256 C.c.⁴³

³⁸ Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, citado por ESPÍN ALBA, I., Op.cit., p.19. El Informe se encuentra disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf

³⁹ GARCÍA PÉREZ, R.M., Op.cit., p.191.

⁴⁰ SEPD., Op.cit., p.15 apdo. 54.

⁴¹ DOMÍNGUEZ YAMASAKI María Isabel (2020): «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario». *Revista de derecho privado*, n°104, abril, p. 106.

⁴² “La configuración de los datos personales como contraprestación choca con la normativa en materia de protección de datos, que consagra la libre revocabilidad del consentimiento prestado para el tratamiento de los propios datos en cualquier momento”. GARCÍA HERRERA Vanessa (2020): “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible “contraprestación” en el suministro de contenidos y servicios digitales”, en *Actualidad Civil*, n°1, p. 8.

⁴³ La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. MARTÍNEZ CALVO, J., Op.cit., p. 119. Por esta razón, existen autores que proponen atribuirle un carácter *ad nutum* al derecho de desistimiento en estos supuestos de forma que no quede sujeto a plazo y pueda ejercerse en cualquier momento durante la vigencia del contrato (así lo entiende JIMÉNEZ HORWITZ Margarita (2022): «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales y la resolución del contrato», *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones jurídicas*, p.7. Ello, sin duda, plantea un problema sobre la exigibilidad de la conducta comprometida por el consumidor pues éste podrá siempre y en todo caso dejar de cumplir su obligación sin necesidad de justificar su decisión, SÁNCHEZ LERÍA Reyes (2018): «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n° 45,p.21 citado por MARTÍNEZ CALVO J., Op.cit., p.119. También GARCÍA PÉREZ R.M., Op.cit., p.191: En este sentido, para salvar este obstáculo, excepcionalmente, en contratos con consumidores y por un período breve de tiempo, se permite el desistimiento unilateral *ad nutum*. De igual forma, SÁNCHEZ LERÍA R., Op.cit., p.22.: Por ello,

Por su parte, la DCSD no califica la obligación de proporcionar datos personales como contraprestación en el sentido de obligación sinalagmática contractual: la regulación de las consecuencias de dicha retirada se consideran una cuestión de derecho interno (cdo.40⁴⁴) por lo que será preciso acudir a nuestro Código Civil⁴⁵. Por tanto, atendiendo al art.1.124 C.c. como norma prevista para el incumplimiento del contrato, parece que, en línea de principio con el otorgamiento de dicho carácter bilateral a la relación jurídica (lo que implicaría que en estos contratos el consumidor asumiría como obligación principal la cesión de sus datos personales⁴⁶, operando como una suerte de contraprestación) -lo que parece claro dado el contenido económico de dichas transacciones⁴⁷-, nada podría obstar a que el empresario, cuando el usuario lleve a cabo un incumplimiento (no entregue los datos o retire el consentimiento), o cumpla de forma incorrecta (esto es, entregue datos falsos) pudiera instarle al cumplimiento o incluso a la restauración del defecto (entregando datos personales veraces). En esta consideración se sitúa NAVAS NAVARRO Susana (2017):.

El consentimiento dado por el titular es un consentimiento contractual, la finalidad o finalidades para las cuales sus datos son tratados un motivo causalizado y si el consumidor retira su consentimiento incumple, salvo que se hubiese pactado una facultad de desistir⁴⁸.

En el derecho alemán se recogen algunos artículos que permiten dilucidar, por ejemplo, si el empresario puede negarse a suministrar el servicio digital hasta que el consumidor haya proporcionado datos correctos y si puede resolver el contrato en caso de incumplimiento de este (arts. 320 apdo. 1 relativo a los contratos recíprocos- que dispone que quien sea parte en estos puede...rehusar su parte de la prestación hasta que la otra parte pague una contraprestación- y art. 323, sobre revocación por incumplimiento o cumplimiento no conforme que en tales casos, si el deudor

creemos que el legislador europeo tendría que adaptar las normas contenidas en la Propuesta a la legislación establecida, regulando expresamente un derecho de desistimiento ad nutum del consumidor en estos casos pues este derecho es, la traducción al ámbito contractual de la facultad de revocación del consentimiento consagrada en la regulación protectora de los datos personales.

⁴⁴ La presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional.

⁴⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., Op.cit.,p. 122.

⁴⁶ GARCÍA HERRERA, V., Op.cit.,p. 14.

⁴⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO Luz y SANCHO LÓPEZ Marina (2018): «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, p.32.

⁴⁸ Citada por GARCÍA PÉREZ R.M., Op.cit.,p. 185. Corresponde a «Datos personales y mercado», en NAVAS NAVARRO Susana. (coord), *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*. Tirant lo Blanch, 2017.

no hace un acto de cumplimiento debido (por ej., entrega datos personales falsos) o no lo hace de conformidad con el contrato, entonces el acreedor puede revocar el contrato[...]»⁴⁹).

No obstante lo anterior, esa exigibilidad del cumplimiento podría suponer, atendiendo al RGPD, ejercer presión para la obtención de un (nuevo) consentimiento que lo harían condicionado y no válidamente emitido⁵⁰, por lo que no parece que se le se pueda imponer al consumidor⁵¹.

Esto provocaría que desde el inicio del contrato y

hasta que el empresario descubre que los datos cedidos son falsos, el consumidor ha estado disfrutando del contenido o del servicio digital sin derecho a ello. No se le puede obligar a llevar a efecto la cesión en los términos ya vistos, pero ha visto satisfecho su interés o su pretensión en perjuicio del empresario, que no ha percibido su “contraprestación”⁵².

Así, considerar el suministro de datos personales como equivalente a prometer un precio en dinero puede tener como consecuencia que aquel se convierta en una obligación contractual exigible, por ejemplo, cuando el consumidor proporciona información personal falsa que sea inútil para el proveedor de contenido digital de modo que esa calificación entra en contradicción con la revocabilidad que impediría obligar al consumidor a revelar y divulgar sus datos personales⁵³. Además, una interpretación restrictiva del art. 6.3. LOPD y 7.4. RGPD impediría supeditar la ejecución del contrato a que el afectado consienta al tratamiento para finalidades no relacionadas con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual⁵⁴, generando una incertidumbre en la que ahonda la ausencia de precisiones en el TRLGDCU sobre los fines del tratamiento o sobre la necesidad de usar esos datos para ejecutar el contrato. A mayor abundamiento, si el cumplimiento del contrato no puede hacerse depender de que el usuario consienta al tratamiento con fines distintos a los admitidos por aquél, ello podría hacer recaer en él la decisión sobre la onerosidad o gratuidad del negocio jurídico

⁴⁹ METZGER A., Op.cit., p.132 menciona ambos artículos pero la traducción es propia a partir de los artículos extraídos de aquí: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

⁵⁰ Sobre este particular, GARCÍA HERRERA, V. *Ibidem*, p.12., manifiesta “*La configuración éstos como “contraprestación”, similar al “precio”, obligaría en cambio al consumidor —en cuanto obligación principal que este asumiría en virtud del contrato y en contra de lo prevenido por la normativa protectora de los datos personales— a su cesión, revelación o divulgación a cambio del contenido o servicio.*”

⁵¹ GARCÍA HERNÁNDEZ Alba (2022): «Los datos como contraprestación o la pérdida encubierta de la privacidad del individuo a cambio de “servicios gratuitos”», *Publicaciones Jurídicas Cesco*, p.12, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_datos_como_contraprestacion.pdf

⁵² GARCÍA HERRERA V., Op.cit., p. 15.

⁵³ SPINDLER Gerald (2016): «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, n° 3, p.13.

⁵⁴ DOMÍNGUEZ YAMASAKI M.I. Op.cit., p.109.

y podría rechazar el tratamiento efectuado con ánimo de lucro en beneficio del suministrador⁵⁵. Frente a ello, DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2020) considera restrictivo entender coartada la libertad contractual del consumidor por la predisposición unilateral del contrato, siendo más cohonestable con la realidad legislativa entender que lo que pretenden aquellos artículos es velar por la validez de su consentimiento en relación al tratamiento, se considere prestación contractual o no, de modo que su aceptación o no como prestación contractual en principio no afectaría al sentido de las limitaciones que establecen⁵⁶. Finalmente, de no ser posible el cumplimiento ni su exigibilidad, y siguiendo el iter del art. 1.124 C.c., quedaría únicamente expedita la resolución o el resarcimiento de daños y abono de intereses (también en el caso de exigir el cumplimiento).

4. Entrega de datos personales falsos desde la perspectiva del empresario

La DCSD no contempla opciones si el incumplimiento del usuario de su obligación contractual altera el buen funcionamiento del método de entrenamiento del sistema que incorpora inteligencia artificial, así aunque los datos son clave para el desarrollo de los sistemas que se ajustan mediante Machine Learning, los malos datos sólo nos llevarán a la Estupidez Artificial⁵⁷. Veamos entonces de qué opciones dispone el proveedor.

3.1. La resolución

Se prevé (art.119 ter. 7 TRLGDCU, en redacción dada por el art. 16.7 del RDL 7/2021) -atribuyendo carácter sinalagmático al contrato- para el caso de que el titular de los datos personales decida retirar su consentimiento al tratamiento u ponerse. No contempla el escenario de invalidez de los datos cuando las cláusulas contractuales exijan su veracidad y aunque parece plausible su extensión de nuevo cabe plantearse si esta prerrogativa no merma la libertad esencial del usuario para autorizar el tratamiento. Por tanto, la garantía de revocabilidad pone en entredicho también la facultad resolutoria del empresario, lo que se ha querido

⁵⁵ Aunque este podría contrarrestarlo mediante cláusulas contractuales que comprometan aquel a, por ejemplo, aceptar las cookies que proponga, de modo que al estar incorporado al contrato el tratamiento estaría relacionado con una finalidad de mantenimiento de la relación contractual. *Ibidem*, p. 110. De ahí que se diga que la retirada del consentimiento impide la lógica del contrato, JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita (2022): «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales y la resolución del contrato», *Publicaciones Jurídicas Cesco*. p.7

⁵⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI M.I. *Op.cit.*,p.112.

⁵⁷ RAÍDO GERARDO (17 de junio de 2020). *Los datos son la clave de la Inteligencia Artificial, pero los malos datos sólo nos llevarán a la Estupidez Artificial*, Datacentric, <https://www.datacentric.es/blog/malos-datos-estupidez-artificial/>

solventar considerando que en puridad es un derecho de este a no mantenerse en el contrato, a desistir lícita y unilateralmente [...] ante unas nuevas circunstancias [...] económicamente contraproducentes⁵⁸.

3.2. La indemnización por daños y perjuicios

Respecto a la posible indemnización ante los daños causados por la entrega de datos falsos afloran las mismas dificultades antedichas relativas a la inexigibilidad, pues mientras que en sede de otros derechos de la personalidad revocar la autorización del titular que legitima a terceros para su injerencia (art.2.1.Ley Orgánica 1/1982⁵⁹) puede llevar aparejada una indemnización (art. 2.3) la DCSD no se pronuncia y el Cdo. 42 RGD establece que la revocación para el tratamiento no podrá comportar perjuicio económico para el titular⁶⁰, lo que pone en juego la estabilidad del contrato y deriva en un riesgo, amparado por la norma, de enriquecimiento sin causa del titular de los datos⁶¹. Ello permite inferir que no podría exigirse la reparación del daño ocasionado al sistema por oposición o retirada del consentimiento, ni queda claro su viabilidad cuando sea consecuencia de la falsedad de estos, por la inexigibilidad o libre revocación, la necesaria ausencia de perjuicio económico y por las antecitadas dificultades de delimitación entre el nexo o daño en estos nuevos escenarios.

5. Conclusiones

El enfoque unilateral de protección del consumidor de la DCSD deja fuera derechos del suministrador y deberes de los usuarios, por la tendencia de seguir tratando objeto y sujetos desde una visión tradicional del derecho de consumo basada en los esquemas clásicos y analógicos del derecho patrimonial al mundo digital, lo que no encaja del todo bien en estos contextos⁶², poniendo en entredicho la legitimidad de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostile a los principios de protección de datos. Serán los tribunales los que resolverán las dudas que susciten los supuestos no contemplados.

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. cit. «Un primer balance...», p.21.

⁵⁹ De 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —BOE n° 115, de 14.5.1982

⁶⁰ A ello alude MARTÍNEZ CALVO, J. Op.cit., p.118.

⁶¹ DE FRANCESCO, Alberto (2017): *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto* Ed. Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, p. 116-120

⁶² ESPÍN ALBA, I. Op.cit., p.19.

II. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO AMAYUELAS, Esther y SCHULZE Reiner (2021): «Relaciones contractuales en la era digital», *Revista de Educación y Derecho*, n°24, pp.1-10.
- CÁMARA LAPUENTE Sergio (2021): «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales». *DiarioLaLey*, n°9881, Sección Tribuna, 29 de junio de 2021, pp.1-32.
- CÁMARA LAPUENTE Sergio (2020): «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», E. Arroyo Amayuelas (dir.), S. Cámara Lapuente (dir.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.141-174.
- DE BARRÓN ARNICHES Paloma. «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica, (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)» en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n°61,2019, Bilbao, pp. 29-65, disponible en: <http://ced.revistas.deusto.es>
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI María Isabel (2020): «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de derecho privado*, n°104, abril, pp. 93-120.
- ESPÍN ALBA Isabel (2020): «El contrato de suministro de contenidos digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, 6, pp. 3-37.
- GARCÍA HERNÁNDEZ Alba (2022): «Los datos como contraprestación o la pérdida encubierta de la privacidad del individuo a cambio de "servicios gratuitos"», *Publicaciones Jurídicas Cesco*, pp.1-15, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_datos_como_contraprestacion.pdf
- GARCÍA PÉREZ Rosa María (2020), :
- «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales»,E. Arroyo Amayuelas (dir.),S. Cámara Lapuente (dir.),*El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*,Marcial Pons,Madrid, pp.175-208.
 - «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12,n°1,pp. 875-907
- JIMÉNEZ HORWITZ Margarita (2022): «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales y la resolución del contrato», *Publicaciones Jurídicas Cesco*. pp.1.10.

- LECUN Yahn.; BENGIO Yoshua.; HINTON Geoffrey (2015): «Deep Learning», *Nature*, vol. 521, n° 7553, pp.436-444.
- MARÍN LÓPEZ Manuel Jesús (2022): «El nuevo régimen de la falta de conformidad en la venta de bienes de consumo» en el Máster en Derecho de la Sociedad Digital, Alicante.
- MARÍN LÓPEZ Manuel Jesús (2019): «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, N° 9461, Sección Doctrina, pp.1-14.
- MARTÍNEZ CALVO Javier (2021):«Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, pp.88-135.
- MARTÍNEZ VELENCOSO Luz y SANCHO LÓPEZ Marina (2018): «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?». *Indret Revista para el análisis del Derecho.*, n°1,pp.1-32.
- METZGER Axel (2020):«Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales» en E. Arroyo Amayuelas (dir.), S. Cámara Lapuente (dir.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, pp. 121-140.
- MORAIS CARVALHO Jorge (2020): «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n°12, vol.1, pp.930-940.
- ROSELLÓ Francisca María (2017): «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, n°303, pp. 163-190.
- SÁNCHEZ LERÍA Reyes (2018): «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n° 45, pp. 1-27.
- SPINDLER Gerald (2016): «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, n° 3, pp.1-17.

EFFECTOS DISCRIMINATORIOS DE LAS DECISIONES ADOPTADAS MEDIANTE SISTEMAS DE APRENDIZAJE AUTOMATIZADO¹

M^a CRISTINA BERENGUER ALBALADEJO

*Prof^a. Contratada Doctora de Derecho civil (Acreditada a Titular)
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS. II. VENTAJAS Y RIESGOS DEL USO DE ALGORITMOS EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES: EN PARTICULAR, LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA A GRUPOS VULNERABLES. III. POR QUÉ EL ALGORITMO DISCRIMINA. IV. PRINCIPALES DESAFÍOS QUE PLANTEA LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y MEDIDAS PARA COMBATIRLOS. V. REFLEXIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

Hoy en día la toma de decisiones de indudable trascendencia en la vida de las personas está siendo adoptada por sistemas de inteligencia artificial² que deciden quién merece ser destinatario de un crédito, quién es apto para un determinado puesto de trabajo, quién debe acceder a un centro educativo o qué probabilidades de reincidencia tiene un preso. Especialmente relevante para la

¹ Trabajo realizado al amparo de los Proyectos «La irrupción de la inteligencia artificial en el Derecho de daños y su adaptación a las nuevas tecnologías» - Referencia PID2020-116185GB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de investigación) y «Los desafíos planteados por la inteligencia artificial en el ámbito de la responsabilidad civil» - GV/2021/018 (Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana).

² No hay un concepto universalmente aceptado de Inteligencia Artificial (en adelante, IA), pero la doctrina ha venido utilizando el concepto del *Grupo de Expertos de IA de la Comisión Europea*, según el cual, el término IA se aplica a los «sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, siendo capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos». La *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión* (en adelante, Propuesta de Reglamento 2021), define los sistemas de IA como «el *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» y explica en los considerandos que dicha definición «pretende ser lo más tecnológicamente neutra posible y resistir al paso del tiempo lo mejor posible, habida cuenta de la rápida evolución tecnológica y del mercado en relación con la IA [...]».

toma de decisiones se erige la rama de la IA conocida como *machine learning* (ML) o aprendizaje automatizado. Esta técnica describe una amplia gama de algoritmos que proporcionan a los sistemas la capacidad de aprender y mejorar automáticamente a partir de la experiencia y en base a grandes volúmenes de datos sin estar programados expresamente, esto es, sin necesidad de basarse en reglas previamente codificadas³. Se trata de un género dentro de la IA débil que se caracteriza por desarrollar soluciones capaces de resolver un problema concreto y acotado, funcionando el *software* como si fuera humanamente inteligente para una tarea concreta.

Estos sistemas de ML tienen dos importantes características que deben tenerse en consideración para comprender la diversa problemática que generan: por un lado, los algoritmos de ML se basan en matemáticas, estadísticas y probabilidades, pero no en certezas. Es decir, no son más que aplicaciones matemáticas que calculan la probabilidad (general) de que una persona (concreta) pueda ser un estudiante ejemplar, un prestatario de riesgo, un mal trabajador o un potencial maltratador, a partir del procesamiento de grandes volúmenes de datos; por otro lado, son particularmente útiles para identificar patrones o correlaciones entre los diversos datos con los que trabajan. No obstante, esto no significa que comprendan la causalidad, es decir, la relación causa-efecto que puede haber, o no, entre esos datos⁴.

Los algoritmos de ML varían en complejidad y autonomía. Así, dentro del aprendizaje automatizado, podemos distinguir varios tipos: el basado en reglas, el supervisado, no supervisado, de refuerzo y sus variantes, que emplean distintas técnicas. Asimismo, encontramos especializaciones del ML como el *deep learning* (DL) o aprendizaje profundo, cuya principal base tecnológica son las redes neuronales que son capaces de identificar patrones ocultos y crear correlaciones inesperadas entre *inputs* y *outputs* simplemente a partir del análisis de datos masivos, generando automáticamente los modelos predictivos o las reglas de decisión que posteriormente aplican a nuevos conjuntos de datos⁵.

³ BARRIOS ANDRÉS, M. (2020), *Manual de Derecho Digital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 59.

⁴ SÁNCHEZ CAPARRÓS, M. (2022), «Prevenir y controlar la discriminación algorítmica» recuperado de https://www.researchgate.net/publication/358207305_Prevenir_y_controlar_la_discriminacion_algoritmica, p. 5/34 (última consulta: 17/7/2022).

⁵ Así lo explica, SOLAR CAYÓN, J.I. (2020), «Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos», en *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, J.I. Solar Cayón (ed.), p. 148. También apunta BARRIOS ANDRÉS, M., *op.cit.*, p. 62, que el término «profundo» hace referencia al gran número de capas de neuronas ocultas en la red. A diferencia del aprendizaje automático supervisado, en el que han de realizarse manualmente los procesos iniciales de extracción de características relevantes y diseño de un modelo capaz de categorizar o clasificar la información que se desea analizar, en los de aprendizaje profundo estos procesos de extracción de características y modelización son automáticos. Los hace el sistema a partir de imágenes, textos o sonidos. Son altamente precisos y en ocasiones superan el

Mientras que los sistemas de aprendizaje basado en reglas explícitamente determinadas (algoritmos deterministas: *if-then*; sí-luego) no pueden ser entrenados y cada mejora necesita ser programada, el resto de modalidades mencionadas aprende a base de ser entrenado y alimentado con nuevos datos de entrada. Por ello, cuando el sistema encuentra una correlación significativa que acaba de hallar un fenómeno que desconocía hasta el momento y esto implica hallar nueva información que se reintroduce en los algoritmos para que realicen búsquedas más exactas, de modo que los resultados anteriores perfeccionan el funcionamiento del algoritmo y el sistema aprende⁶.

Por lo que se refiere en concreto a los sistemas de toma de decisiones automatizadas, denominados *Automated Decision Making* o *Automated Decision Systems* (ADM Systems), la diferencia en su nivel de complejidad depende del grado de predeterminación de los resultados que generan⁷. Mientras que los sistemas basados en reglas no tienen autonomía decisional, sino que el sistema genera de forma automática un resultado (decisión) que se corresponde con las instrucciones predeterminadas por el programador, en los de aprendizaje automatizado, los resultados no vienen totalmente predeterminados desde el momento en que son programados, sino que pueden ir actualizándose conforme van analizando nuevas y mayores cantidades de datos. Si bien cualquiera de estos sistemas puede cometer errores que impliquen daños, el riesgo que implican los sistemas con autonomía decisional es mucho mayor, ya que no siempre será posible controlar y supervisar su funcionamiento de manera efectiva⁸.

Por último, es preciso mencionar que los sistemas que permiten la automatización en la adopción de decisiones, pueden ser de dos tipos: 1) Parcialmente automatizados o semiautomatizados, que serían aquellos que utilizan modelos algorítmicos para el apoyo en la toma de decisiones que finalmente son adoptadas

rendimiento humano. Y señala SÁNCHEZ CAPARRÓS, M., *op.cit.*, p. 4/34, que este tipo de sistema, aunque es más eficiente para lograr resultados, también «representa un enorme desafío para los derechos humanos, ya que para que la IA sea fiable es esencial comprender por qué un sistema se ha comportado de una determinada manera y por qué ha ofrecido una respuesta específica, y éste es justamente el talón de Aquiles de una técnica que, por su propia naturaleza, conlleva que no sea posible explicar los millones de correlaciones "...que se procesan en las capas ocultas de la red (...) en el sentido de que se pueda ofrecer una explicación detallada de lo que ocurrió allí..."».

⁶ Así lo explica EGÚILUZ CASTAÑEIRA, J.U. (2020), «Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 68, Nº. 2, p. 331. Se trata de *sistemas adaptativos* tal como los describe la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, (febrero, 2020), p. 6/53: «un sistema con un componente de IA podemos decir que es adaptativo cuando el modelo de inferencia se ajusta dinámicamente en función de cada nuevo conjunto de datos de entrada, refinando las relaciones ya establecidas».

⁷ SORIANO ARNANZ, A./SIMÓ SOLER, E. (2021), «*Machine learning* y Derecho: aprendiendo la (des)igualdad», en *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*, S. Barona Vilar (ed.), p. 185.

⁸ *Ibidem*.

por personas; y 2) Plenamente automatizados, esto es, aquellos sistemas cuyas decisiones son completamente automatizadas y sin intervención humana⁹. No obstante, existe un riesgo común a ambos modelos, cual es el de la adopción de decisiones sesgadas o discriminatorias que perjudiquen a grupos sociales tradicionalmente desfavorecidos, del cual se dará breve cuenta en el siguiente apartado.

II. VENTAJAS Y RIESGOS DEL USO DE ALGORITMOS EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES: EN PARTICULAR, LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA A GRUPOS VULNERABLES

No es difícil vislumbrar, incluso para los legos en la materia, que son innumerables las ventajas que proporcionan estos sistemas inteligentes para la ejecución, desarrollo y perfeccionamiento de tareas humanas al ser capaces de analizar y procesar ingentes cantidades de datos. Sin perjuicio de su diversa complejidad técnica y grado de precisión, lo que todos los algoritmos tienen en común es que permiten la toma de decisiones a una escala y velocidad mucho mayores que la realizada tradicionalmente por los humanos. No obstante, tales beneficios se ven ensombrecidas por los riesgos que implican para los derechos fundamentales, sobre todo si se tiene en cuenta la capacidad de la IA para tomar decisiones de manera autónoma. Así, además de las amenazas a la intimidad y a la protección de datos personales, uno de los mayores peligros del uso de estos *softwares* es la adopción automatizada de decisiones sesgadas y discriminatorias que lleven a reproducir a gran escala y a perpetuar estereotipos y desigualdades contra los que se lleva siglos luchando¹⁰. A menudo, estas tecnologías emergentes perjudican precisamente a los grupos sociales más vulnerables¹¹. Casos de mucha re-

⁹ El RGPD establece la prohibición general de decisiones únicamente automatizadas *con efectos jurídicos sobre los interesados* (art. 22) y les asegura una *intervención humana* y garantías como el *derecho de explicación* y la *evaluación de impacto* (arts. 13,14 y 15). No obstante, el art. 22 goza de escasa aplicación práctica ya que es infrecuente en la actualidad la toma de decisiones plenamente automatizadas que cumplan dichas condiciones y dicho precepto no se aplica a la toma de decisiones semiautomatizada.

¹⁰ Sobre esta idea puede verse O'NEIL, C., *Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitan Swing, Madrid, 2017.

¹¹ Así se pone de manifiesto en EUBANKS, V., *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St Martin's Press, 2018. Menciona también MUÑOZ RUIZ, A.B.(2019), el caso de la Agencia de Empleo austriaca que desde el 2016 evalúa las oportunidades de empleo de los candidatos a un puesto de trabajo con apoyo en un algoritmo que concede menor puntuación a las mujeres, a las personas discapacitadas y a los mayores de 30 años. *Vid.*, "¿Se deben regular los algoritmos? Un breve análisis a la propuesta normativa alemana: la pirámide de criticidad basada en el riesgo", recuperado de <https://www.elforodelabos.es/se-deben-regular-los-algoritmos-un-breve-analisis-a-la-propuesta-normativa-alemana-la-piramide-de-criticidad-basada-en-el-riesgo/>. [También](#) MARTÍNEZ, N/ MATUTE, H. (2020), «Discriminación racial en la Inteligencia Artificial»,

percusión mediática fueron los de Amazon o IBM, cuyos *softwares* demostraron tener prejuicios sexistas o raciales al haber sido entrenados con datos sesgados y tuvieron que ser retirados. Ahora bien, junto a los sesgos raciales y de género, la discriminación algorítmica por otros motivos como la discapacidad o la edad está ganando terreno a pasos agigantados.

Algunos de los ámbitos donde la discriminación algorítmica amenaza en mayor medida a las personas con discapacidad son el acceso al empleo o a bienes y servicios. Y en muchas ocasiones, la discriminación se genera a través de sistemas de reconocimiento de datos biométricos que se emplean, bien para la selección de personal, bien para el uso de determinadas aplicaciones o dispositivos. Así, hace algún tiempo se puso de manifiesto que determinados procesos de selección o contratación laboral basados en videojuegos, o que realizaban entrevistas por videoconferencia donde se empleaba un *software* para analizar las expresiones faciales y corporales, el tono o el lenguaje de un candidato, perjudicaban a personas con determinadas discapacidades (visual, auditiva, etc)¹². Pero no es sólo en el ámbito laboral donde se observan injusticias hacia este colectivo, sino también en cuestiones mucho más triviales como el uso de televisores inteligentes o aplicaciones móviles cuyos asistentes de voz no reconocen la dicción de algunas personas al haber sido diseñados y entrenados con patrones biométricos «normalizados» (problema que está afectando particularmente a las personas con Síndrome de Down), o las aplicaciones que usan sistemas de reconocimiento de huella dactilar que fallan con los adultos mayores al no tener en consideración que la edad perjudica el dactilograma¹³. Es por ello que, respecto de estos colectivos, los sistemas de IA en lugar de generar inclusión, pueden acabar excluyendo (y por

<https://ethic.es/2020/09/discriminacion-racial-en-la-inteligencia-artificial-sesgos/> (última consulta 17/7/2022); MUÑOZ GUTIÉRREZ, C. (2021), «La discriminación en una sociedad automatizada: Contribuciones desde América Latina», *Revista chilena de derecho y tecnología*, 10(1), p. 273 o SÁNCHEZ CAPARRÓS, M., *op.cit.*, p. 17/34.

¹² Sobre estos *softwares* puede verse ampliamente, RAMÍREZ-BUSTAMANTE, N./ PÁEZ, A. (2021), «Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral». Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3765741> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3765741>, p. 3, donde se explica cómo funciona uno de los programas de evaluación más sofisticados utilizado por la compañía HireVue4 que analiza los patrones de habla y las expresiones faciales de los aspirantes en videos grabados mientras responden una serie de preguntas. En p. 14 señalan los autores que algunos académicos han llamado a la selección de personal a través de algoritmos «culling systems» o sistemas de sacrificio, en los que se utiliza la pertenencia de un candidato a una clase (mujeres, exconvictos, personas mayores, por ejemplo) como información a través de la cual ocurre un descarte automático de esos candidatos. Sobre este tipo de *softwares* también puede verse ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2021). «Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 159, pp. 19-20, quien explica que quien decidirá finalmente quien es apto o no es la máquina.

¹³ La AEPD, *op.cit.*, p. 37, pone de manifiesto la acusada inexactitud de los sistemas de tratamiento de datos basados en información biométrica, como IA sobre reconocimiento facial, huellas dactilares, voz, etc. Señala que en estos casos se ha de tener en cuenta el impacto sobre la recogida de los datos

ende, discriminando), bien porque el sistema inteligente no está diseñado para permitir su accesibilidad universal, bien porque, aun estándolo, el programa tiene en cuenta datos o atributos personales como la discapacidad o la edad como factor o criterio «negativo» que excluye a la persona de determinados procesos.

Como en su momento se explicará, tanto el uso de sistemas de IA destinados a la contratación o selección de personas físicas, como aquéllos que se utilicen para detectar emociones o determinar la asociación a categorías (sociales) concretas a partir de datos biométricos, han sido objeto de especial atención en la última propuesta europea de un Reglamento sobre IA, de 21 de abril de 2021 -*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión* (en adelante, *Propuesta de Reglamento 2021*)-, por su potencialidad de afectar a derechos fundamentales, y en particular, a la igualdad y no discriminación.

III. POR QUÉ EL ALGORITMO DISCRIMINA

Hay que desterrar la falsa creencia de que los algoritmos son instrumentos objetivos que producen resultados racionales y neutrales¹⁴. Los algoritmos, al ser diseñados y entrenados por personas, heredan tanto los sesgos y prejuicios de éstas, como los que están intrínsecos en los propios datos que utilizan.

El origen de la discriminación algorítmica puede ubicarse en las diferentes etapas del proceso de toma de decisión (planificación, desarrollo y uso)¹⁵ y son múltiples los factores por los que se puede producir. Aunque en la mayor parte de los casos, la parcialidad de los resultados de los sistemas de aprendizaje automático se debe a los datos utilizados para entrenar el sistema¹⁶, la discriminación

de personas con alguna discapacidad o singularidad física y que se debe evitar la discriminación por no ser «biométricamente adecuado».

¹⁴ O'NEIL, C., *op.cit.*, desmonta por completo esta idea en su monografía. Y también EUBANKS, V., *op.cit.*, explica que se suele pensar que los algoritmos son neutros, pero no es así, ya que los sesgos son estructurales y sistémicos y tienen poco que ver con una decisión individual. Sobre esta idea también inciden, SORIANO ARNAZ, A. (2021), «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, N°13, p. 93, o MUÑOZ GUTIÉRREZ, C., *op.cit.*, p. 282.

¹⁵ Sobre lo que implica cada una de estas fases puede verse GERARDS, J./ XENIDIS, R. (2020), *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law (Special report European network of legal experts in gender equality and non-discrimination)*, European Commission, p. 37.

¹⁶ Así lo afirma, por todos, SOLAR CAYÓN, J.I., *op.cit.*, p. 157. Para este autor, aunque se hable generalmente de «sesgo algorítmico», la parcialidad de los resultados de los sistemas de aprendizaje automático se debe en la mayoría de casos a los datos de entrenamiento del sistema. Puesto que el

algorítmica no es sólo problema de los datos, sino que incluso cuando estos son adecuados, el algoritmo podría llevar a resultados injustos ya que van aprendiendo de su propia experiencia y decidiendo en base a ella, sin que ni siquiera en algunos casos el programador pueda explicar el *por qué* de tal decisión¹⁷. Entre las causas que pueden motivar el sesgo en los sistemas de toma de decisiones automatizada se pueden mencionar las siguientes: a) El factor humano: los sesgos y estereotipos humanos pueden trasladarse al algoritmo (de forma intencionada o no), tanto a la hora de diseñarlo como de su posterior entrenamiento, siempre y cuando los datos que se elijan o recopilen para llevar a cabo dicha tarea no sean completos y de calidad; b) La falta de calidad de los conjuntos de datos utilizados: aunque el algoritmo esté bien diseñado, si la información que se le proporciona (esto es, los datos que se incorporan) es incorrecta, inexacta, anacrónica o poco representativa, contaminará los resultados pudiendo generar decisiones erróneas, parciales, sesgadas o discriminatorias. Además, si el algoritmo contiene datos sesgados y aprende de ellos, es lógico que se refuercen los sesgos aprehendidos; c) Correlaciones y *proxies* (inferencias defectuosas o imprecisas): en los sistemas de IA que emplean algoritmos de aprendizaje profundo y no supervisado, no es posible prever ni anticipar en la fase de diseño que el programa arrojará resultados sesgados, sino que los mismos podrán provenir de las correlaciones que reconoce el sistema en un gran conjunto de datos¹⁸. Correlaciones que, en ocasiones, se basan en lógicas difíciles o imposibles de comprender y que son inesperadas, irracionales, irrelevantes, o incluso inaceptables para los humanos, cuyo razonamiento se basa en causalidades y en consideraciones normativas y éticas¹⁹. Además, incluso cuando el sistema es entrenado para no tener en cuenta motivos protegidos (género, raza, discapacidad, edad, etc), o cuando en los datos de entrada ni siquiera aparecen tales criterios, los algoritmos pueden encontrar otras variables o puntos de datos aparentemente no relacionados, pero de facto

algoritmo aprende de estos, los errores y prejuicios en ellos contenidos, contaminarán ineludiblemente sus resultados, pudiendo generar discriminación.

¹⁷ Esto puede ocurrir con los algoritmos de aprendizaje automatizado, sobre todo cuando se trata de aprendizaje no supervisado y aprendizaje profundo. Por ello, en estos casos, habrá que ir monitorizando el algoritmo para comprobar si sigue generando resultados fiables y aceptables. Así se explica en GERARDS, J./ XENIDIS, R., *op.cit.*, p. 40.

¹⁸ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *op.cit.* p. 13 y *Libro Blanco sobre inteligencia artificial. Un enfoque orientado a la excelencia y confianza* (2020). Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>

¹⁹ Por ejemplo, el género puede correlacionarse negativamente con el nivel de desempeño en el trabajo, no debido a una relación causal, sino porque históricamente las mujeres han sido evaluadas peor que los hombres por hacer el mismo trabajo. Así se explica en GERARDS, J./ XENIDIS, R., *op.cit.*, p. 44. Sobre la diferencia entre correlación y causalidad y la repercusión que la misma tiene en este ámbito puede verse también, SÁNCHEZ CAPARRÓS, M., *op.cit.*, p. 5/34.

correlacionados con los mismos (*proxies*) para hacer predicciones, lo que puede llevar a una discriminación indirecta²⁰.

Por último, debe apuntarse también que en ocasiones el sesgo puede no estar ni en el diseño del algoritmo, ni en los datos de entrenamiento, validación o prueba, ni en las inferencias que realiza el propio sistema, sino en la interpretación de sus resultados o en las decisiones que se tomen en a base a ellos, las cuales pueden ser discriminatorias²¹.

IV. PRINCIPALES DESAFÍOS QUE PLANTEA LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y MEDIDAS PARA COMBATIRLOS

Sin perjuicio de los desafíos relacionados con los sesgos en el diseño o en los datos utilizados, ya comentados, la falta transparencia que caracteriza al algoritmo se sitúa, a nuestro modo de ver, en el origen de la gran mayoría de riesgos que plantea el fenómeno de la discriminación algorítmica y que tienen que ver con la dificultad para detectarla²², probarla y determinar la responsabilidad en caso de producirse daños.

Es conveniente dejar sentadas tres ideas en relación con la opacidad del algoritmo: la primera, es que la misma no sólo puede deberse a su complejidad técnica, sino también a cuestiones jurídicas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual y su protección como secretos empresariales; la segunda, es que la opacidad aumenta cuando se emplean algoritmos de autoaprendizaje no supervisado y profundo que gozan de gran autonomía decisoria y que funcionan a modo de caja negra, en los que es muy difícil explicar cómo o por qué han llegado a una determinada decisión; la tercera, es que incluso cuando se logra «abrir» esa caja negra y acceder a los datos de entrenamiento, código fuente, información de diseño, parámetros, etc, no queda garantizada en todo caso la comprensibilidad o inteligibilidad de los resultados²³.

²⁰ GERARDS, J./ XENIDIS, R., *op.cit.loc.cit*

²¹ SORIANO ARNANZ, A. (2021), «Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales», *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º. 56, pp. 7-8/31.

²² SORIANO ARNANZ, A. (2021), «La aplicación del marco jurídico europeo en materia de igualdad y no discriminación al uso de aplicaciones de Inteligencia Artificial», en *Nuevas normatividades: inteligencia artificial, derecho y género* (coord. por P.R. Bonorino Ramírez / R. Fernández Acevedo / P. Valcárcel Fernández), p. 80, propone algunos mecanismos para garantizar la detección y prueba de la discriminación algorítmica directa.

²³ Así lo explica SOLAR CAYÓN, J.I., *op.cit.*, p. 149, quien pone de manifiesto el peligro de caer en la «falsedad de la transparencia», esto es, en asumir erróneamente que siempre que se consigue acceder a la caja negra del algoritmo quedan salvaguardados adecuadamente los derechos de los interesados.

Por otro lado, la opacidad también puede manifestarse en el uso del sistema en tanto en cuanto las personas ignoramos en muchas ocasiones que estamos siendo objeto de decisiones algorítmicas. Por ende, si ni siquiera conocemos este extremo, menos aún seremos capaces de descubrir que estamos siendo discriminados y, en consecuencia, perderemos la oportunidad de impugnar tales decisiones. A lo que habría que añadir, que la decisión algorítmica normalmente se basa en una combinación de múltiples factores con ponderaciones diversas que hace muy difícil *detectar* posibles errores o casos específicos de discriminación²⁴. Es por ello que se ha mantenido, con acierto a nuestro juicio, que uno de los rasgos definitorios de la discriminación algorítmica es, precisamente, su invisibilidad o facilidad de pasar desapercibida²⁵.

Tampoco será fácil *probar* dicha discriminación en la medida en que se exige a la parte demandante que aporte un elemento de comparación que en este escenario no será fácil de conseguir porque exigirá acceder tanto al contenido del algoritmo (protegido como secreto empresarial y, en ocasiones, también inescrutable) como a datos personales e información de otras personas (protegidos por la normativa *ad hoc* en la materia)²⁶. Y respecto a la *determinación del agente responsable* de los daños generados por decisiones discriminatorias, también se presenta compleja tanto por la multiplicidad de personas físicas o jurídicas que intervienen en las distintas fases o etapas del proceso decisorio (programadores, entrenadores del algoritmo, terceros que proporcionan datos, analistas de datos, vendedores del *software*, usuarios finales, etc), como por el hecho de que al estar protegidos como secretos empresariales, los empresarios no están obligados a dar acceso al código fuente. Todo ello sin duda dificulta la averiguación de cuándo y cómo se ha originado la discriminación y quién debe responder de los daños.

A la vista de tales problemas generados mayoritaria, pero no exclusivamente, por el carácter opaco de los sistemas de IA, todas las propuestas y normativas aprobadas en relación con el uso de la IA y el tratamiento de datos, prevén medidas tendentes a garantizar la transparencia y explicabilidad algorítmica (las cuales además se erigen en principios éticos que deben guiar el desarrollo de estos sistemas junto con la evaluación de impacto y la auditoría algorítmica)²⁷,

²⁴ SORIANO ARNANZ, A., «Decisiones automatizadas y discriminación...», p. 11/31

²⁵ Así lo mantiene SÁEZ LARA, C., «El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 155, 2020, p. 45, para quien este rasgo es, a su vez, el principal problema de estas tecnologías. También EGUÍLIZ CASTAÑEIRA, J.U., *op.cit.*, p. 337.

²⁶ SORIANO ARNANZ, A., «La aplicación del marco jurídico europeo en materia de igualdad...», *cit.*, p. 78, añadiendo que, incluso si se pudiese contar con dichos datos, podría resultar muy difícil encontrar un elemento comparador (otra persona examinada bajo los mismos parámetros) teniendo en cuenta que algunos sistemas automatizados están en constante evolución.

²⁷ Asimismo, la ausencia de sesgos y discriminación se configura como un principio ético de obligado cumplimiento para las tecnologías de alto riesgo en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 20*

ya que sólo así podrá valorarse si la discriminación proviene de los propios datos utilizados, de la forma en que se han procesado, de las correlaciones inferidas por el propio sistema, o de cualquier otra causa.

En todos estos textos legales se contempla la discriminación algorítmica como un riesgo muy relevante frente al que ha de establecerse un marco normativo de tutela preventiva. Dicho enfoque preventivo del daño y basado en el riesgo que implica el uso de los sistemas de IA de menoscabar la salud, seguridad o derechos fundamentales de las personas, ha sido el adoptado por la Comisión Europea en su Propuesta de Reglamento 2021. En ella se contemplan distintos niveles de riesgo que se clasifican en *riesgo inaceptable*, *alto riesgo* y *riesgo bajo* o *mínimo*, prohibiendo los primeros (art.5), imponiendo requisitos a los segundos (art. 8 a 15) que se traducen en obligaciones para proveedores, usuarios y otras partes (art. 16 a 29)²⁸, fomentando para los terceros la creación de códigos de conducta dirigidos a que cumplan voluntariamente los requisitos obligatorios para los de alto riesgo (art. 69) e imponiendo obligaciones específicas de transparencia a determinados sistemas de IA (art. 52)²⁹. En concreto, deben aplicarse a los sistemas de IA de alto riesgo requisitos referentes a la *calidad de los conjuntos de datos utilizados* (deben utilizarse datos de alta calidad, suficientemente pertinentes y representativos, libres de errores y completos en vista de la finalidad del sistema, y estadísticamente adecuados -art. 10-³⁰), la *documentación técnica* actualizada y el *registro* (se deberá implementar un registro de actividad que permita trazar los

de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, que concibe la discriminación como una de las posibles causas en la producción de «lesión o daño» por estas tecnologías en el artículo 4 de la propuesta.

²⁸ Señala HUERGO LORA, A. (2021), «El proyecto de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial», disponible en <https://almacenederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial> (última consulta 17/7/2022) que «estos requisitos son, en cierto modo, “objetivos” máximos a los que se debe tender, pero que pueden conseguirse de muchas maneras y también con niveles de intensidad diferentes. Pensemos en la transparencia, la solidez o la documentación o archivo de los datos generados en el funcionamiento de la aplicación: habrá que buscar en cada caso concreto cuál es el modo de cumplir esos objetivos, y no hay una única forma de hacerlo, puesto que, entre otras cosas, se puede aspirar a un nivel máximo, medio o mínimo de calidad o de seguridad».

²⁹ Sobre ellas, *vid.*, Título IV. En particular, es preciso notificar a las personas físicas que están interactuando con un sistema de IA, salvo que sea evidente por las circunstancias y el contexto de uso, e informarlas cuando estén expuestas a un sistema de reconocimiento de emociones o a un sistema de categorización biométrica. Esta información y estas notificaciones deben facilitarse en formatos accesibles para las personas con discapacidad.

³⁰ Para conseguir que los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba sean de buena calidad se considera necesario instaurar *prácticas de gestión y gobernanza de datos* centradas, en particular, en la elección de un diseño adecuado, la recopilación de datos, las operaciones de tratamiento oportunas para la preparación de los datos, como la anotación, el etiquetado, la depuración, el enriquecimiento y la agregación, la formulación de los supuestos pertinentes, fundamentalmente en lo que respecta a la información que, ateniéndose a ellos, los datos miden y representan, la evaluación previa de la disponibilidad, la cantidad y la adecuación de los conjuntos de datos nece-

resultados del algoritmo y conservar toda la documentación del proceso, a fin de que pueda ser evaluada por las autoridades (arts. 11 y 12³¹), la *transparencia y comunicación de información* a los usuarios (art. 13), la *vigilancia humana* (art. 14), y la *precisión, solidez y ciberseguridad* (art. 15). Además, como parte de las obligaciones a asumir por los proveedores, deberán asegurarse de que sus sistemas de IA de alto riesgo queden sometidos al procedimiento de *evaluación de la conformidad* oportuno antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, con el fin de demostrar que cumplen los anteriores requisitos y son altamente fiables (art. 19). Hecho esto, deberán registrar dichos sistemas en una base de datos de la UE que la Comisión gestionará con el propósito de redoblar la transparencia y la vigilancia públicas y de fortalecer la supervisión *ex post* por parte de las autoridades competentes (art. 60).

En cuanto al grado de transparencia requerido para subsanar la opacidad que puede hacer a algunos sistemas de IA incomprensibles o demasiado complejos para las personas físicas, se exige una transparencia *suficiente* y no total, con el fin de evitar colisiones con los derechos de propiedad intelectual³². En caso de que las medidas preventivas o controles *ex ante* no consigan evitar violaciones de los derechos fundamentales, la transparencia y la trazabilidad garantizadas de los sistemas de IA, unidas a unos controles *ex post* sólidos para garantizar la intervención rápida de las autoridades públicas cuando el sistema de IA genere riesgos inesperados una vez que está en el mercado, permitirán (o eso se pretende) ofrecer a las personas afectadas una compensación efectiva³³.

V. REFLEXIONES FINALES

Que el sesgo algorítmico y la discriminación ilícita que conlleva suponen un riesgo destacado de los sistemas de IA, ha quedado suficientemente demostrado y reconocido por los distintos organismos e instituciones nacionales, europeas e internacionales. Tampoco cabe duda de que para hacerle frente se debe

sarios, el examen atendiendo a posibles sesgos, la detección de posibles lagunas o deficiencias en los datos y la forma de subsanarlas (art. 10.2. letras a-g)

³¹ En el Considerando 46 se añade que «*Dicha información debe incluir, en particular, las características, capacidades y limitaciones generales del sistema; los algoritmos; los datos; los procesos de entrenamiento, prueba y validación empleados, y documentación sobre el sistema de gestión de riesgos pertinente. La documentación técnica debe mantenerse actualizada*».

³² Sobre este tema, vid., el Apartado 3.5 de la Exposición Motivos, donde se establece que habrá que proporcionar la «información mínima necesaria para que las personas ejerzan su derecho a una compensación efectiva [...]».

³³ Así se recoge en el Apartado 3.5 de la Exposición Motivos.

fomentar la cultura ética y moral de quien diseña el sistema, el uso de datos de calidad³⁴ y la transparencia, junto con las evaluaciones de impacto y auditorías periódicas de terceros neutrales que comprueben que el algoritmo está libre de sesgos y sigue siendo fiable.

También es imprescindible, a nuestro modo de ver, abogar por la formación de equipos multidisciplinares para el diseño y desarrollo de *softwares* compuestos por expertos en ciencias de la computación, juristas, especialistas en ética y sociólogos, entre otros. Por lo que se refiere en concreto a las personas con discapacidad, grupo especialmente vulnerable a la discriminación algorítmica como ha quedado reflejado en este trabajo, las propuestas en esta línea pasan por involucrarlas en dichos procesos (diseño y desarrollo) para ayudar a los programadores a entender sus necesidades o para probar los sistemas de IA y poder detectar posibles carencias o errores que evitarían daños futuros al colectivo.

Tanto la Carta de Derechos Digitales adoptada el 14 de julio de 2021 por el Gobierno español, como la reciente propuesta de *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, adoptada por la Comisión Europea el 26 de enero de 2022, proclaman el derecho a la igualdad y no discriminación, la inclusión y la accesibilidad universal en el entorno digital, haciendo especiales referencias a las personas con discapacidad y a las personas mayores³⁵. Además, respecto a las interacciones con algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, el texto europeo declara el compromiso de *velar por la transparencia*, manteniendo que los sistemas algorítmicos *no deben conllevar discriminación ilegal* y que hay que permitir la *supervisión humana* en los resultados que afecten a personas³⁶.

³⁴ La AEPD, *op.cit.*, p. 39, pone de relieve que en el caso de ML, «es necesario balancear la necesidad de datos para el entrenamiento de los sistemas con los riesgos para los derechos y libertades de los interesados. El grado de calidad de los datos de entrenamiento no se mide simplemente por la acumulación de datos, sino por los parámetros de relevancia, actualidad, fiabilidad, robustez y extensión de la tipología de datos a los ámbitos relevantes del tratamiento. Para aplicar dicho criterio de proporcionalidad es recomendable consultar a profesionales con conocimientos sobre la ciencia de datos, disciplina que vas más allá de la especialización en algoritmos de ML. También habrá que escuchar a expertos con conocimiento sobre los principios de protección de datos, especialistas en la lógica de negocio y al delegado de protección de datos, cuando esté designado».

³⁵ Tal como pone de manifiesto el CERMI, el hecho de que las personas con discapacidad sean un grupo en situación de fragilidad social hace que soporten un mayor riesgo de vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, lo que justifica que se adopten enfoques específicos basados en el principio de igualdad y no discriminación, además de tomar en consideración los principios de diseño para todas las personas y accesibilidad universal. Vid., *Documento de aportaciones del Movimiento CERMI a la Declaración de principios digitales: la «vía europea» para la sociedad digital de la Unión Europea* (2021).

³⁶ Capítulo III. Y en el Capítulo II establece que las soluciones tecnológicas deberán respetar los derechos de las personas, permitiendo su ejercicio y promoviendo la inclusión, prestándose especial atención a las personas mayores, con discapacidad o marginadas, vulneradas o privadas de derechos (incluyendo a quienes actúen en su nombre).

Por su parte, la Propuesta de Reglamento 2021 viene a completar el Derecho de la Unión vigente en materia de no discriminación al establecer requisitos específicos que tienen por objeto reducir al mínimo el riesgo de discriminación algorítmica, en particular en lo tocante al diseño y la calidad de los conjuntos de datos empleados para desarrollar sistemas de IA. También cubre algunas lagunas en relación con la normativa de protección de datos personales. Por ejemplo y por lo que atañe al tema de nuestro trabajo, no se ocupa sólo de la toma de decisiones plenamente automatizada (como hace el RGPD), sino también de los procesos semiautomatizados. No obstante, que la misma no incorpora un marco jurídico completo y suficiente en relación con los daños ocasionados por sistemas de IA (incluidos los ocasionados por la discriminación algorítmica), es algo que no parece difícil de concluir desde el momento en que los mecanismos de prevención del daño no se ven acompañados de la articulación de medidas reactivas o reparadoras del mismo. Ausencia intencionada a la vista de que, como explica la Comisión en la Exposición de Motivos (ap. 1.3), esta propuesta forma parte de un paquete integral más amplio de medidas que abordan los problemas derivados del desarrollo y la utilización de la IA y «quedan garantizadas la coherencia y la complementariedad con otras iniciativas de la Comisión en curso o previstas que también buscan solucionar estos problemas, tales como las iniciativas que abordan los problemas de responsabilidad vinculados a las nuevas tecnologías y, en particular, a los sistemas de IA. Dichas iniciativas se fundamentarán en la presente propuesta y la complementarán, con miras a aportar claridad jurídica y a impulsar el desarrollo de un ecosistema de confianza en la IA en Europa». En cualquier caso, no hubiera estado de más incluir al menos un precepto como el art. 13 de la Propuesta 2020³⁷, titulado «Derecho de resarcimiento», en virtud del cual «Toda persona física o jurídica tendrá derecho a ser resarcida por las lesiones o los daños causados por el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas de alto riesgo, incluidos los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías, cuando se infrinjan el Derecho de la Unión y las obligaciones establecidas en el presente Reglamento».

En definitiva, la Propuesta de Reglamento 2021 no permite resolver todos los problemas jurídicos que plantea la IA. Por el momento, y por lo que se refiere a la discriminación algorítmica, se debe acudir al Derecho europeo antidiscriminatorio en conexión con la normativa de protección de datos (principalmente el RGPD adaptado a los tratamientos que incorporen IA) para solventar los

³⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, que acompaña a la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL))

principales problemas que plantea. Normativas ambas que se consideran insuficientes por la doctrina para hacer frente al fenómeno de la discriminación algorítmica por los específicos rasgos que la caracterizan. En cualquier caso, y sin perjuicio de que queden muchas cuestiones por concretar, la Propuesta europea era necesaria para regular medidas con las que evitar o minimizar los efectos adversos del uso de estas tecnologías no cubiertos por otros marcos jurídicos existentes, y en nuestra opinión supone un gran avance para superar los escollos que se plantean cuando se utilizan modelos algorítmicos de procesamiento de datos para la toma de decisiones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AEPD (2020): *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción.*
- ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2021): «Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 159, pp. 11-52.
- BARRIOS ANDRÉS, M. (2020): *Manual de Derecho Digital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- CERMI (2021): *Documento de aportaciones del Movimiento CERMI a la Declaración de principios digitales: la «vía europea» para la sociedad digital de la Unión Europea.* Disponible en <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/documento-de-aportaciones-del-movimiento-cermi-la-declaraci%C3%B3n-de-principios>
- EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J.U. (2020): «Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 68, N°. 2, pp. 325-367.
- EUBANKS, V. (2018): *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St Martin's Press.
- GERARDS, J./ XENIDIS, R. (2020): *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law (Special report European network of legal experts in gender equality and non-discrimination)*, Comisión Europea.
- HUERGO LORA, A. (2021): «El proyecto de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial». Disponible en <https://almacenederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial>
- MARTÍNEZ, N/ MATUTE, H. (2020): «Discriminación racial en la Inteligencia Artificial», <https://ethic.es/2020/09/discriminacion-racial-en-la-inteligencia-artificial-sesgos/>

- MUÑOZ GUTIÉRREZ, C. (2021): «La discriminación en una sociedad automatizada: Contribuciones desde América Latina», *Revista chilena de derecho y tecnología*, 10(1), pp. 271-307.
- MUÑOZ RUIZ, A.B. (2019): «¿Se deben regular los algoritmos? Un breve análisis a la propuesta normativa alemana: la pirámide de criticidad basada en el riesgo», recuperado de <https://www.elforodelabos.es/se-deben-regular-los-algoritmos-un-breve-analisis-a-la-propuesta-normativa-alemana-la-piramide-de-criticidad-basada-en-el-riesgo/>
- O'NEIL, C. (2017): *Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid.
- RAMÍREZ-BUSTAMANTE, N./ PÁEZ, A. (2021): «Análisis jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral». Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3765741> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3765741>
- SÁEZ LARA, C. (2020): «El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 155, pp. 41-60.
- SÁNCHEZ CAPARRÓS, M. (2022): «Prevenir y controlar la discriminación algorítmica». Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/358207305_Prevenir_y_controlar_la_discriminacion_algoritmica
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2020): «Inteligencia artificial en la justicia penal: los sistemas algorítmicos de evaluación de riesgos», en *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, J.I. Solar Cayón (ed.), Universidad de Alcalá : Defensor del Pueblo (España), pp. 125-172.
- SORIANO ARNAZ, A. (2021-1): «Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales», *Revista General de Derecho Administrativo*, N°. 56.
- SORIANO ARNAZ, A. (2021-2): «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, N°13, pp. 85-127.
- SORIANO ARNAZ, A. (2021-3): «La aplicación del marco jurídico europeo en materia de igualdad y no discriminación al uso de aplicaciones de Inteligencia Artificial», en *Nuevas normatividades: inteligencia artificial, derecho y género* (coord. por P.R. Bonorino Ramírez / R. Fernández Acevedo / P. Valcárcel Fernández), Aranzadi, Navarra, pp. 63-88.
- SORIANO ARNAZ, A./SIMÓ SOLER, E. (2021): «Machine learning y Derecho: aprendiendo la (des)igualdad», en *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*, S. Barona Vilar (ed.), Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 183-207.

LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA EN TIEMPOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL CASO DE LAS DAO

M.^a CRISTINA BUENO MALUENDA

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Zaragoza.*

SUMARIO: I. EL OBJETO DE ESTUDIO. II. LA WEB DESCENTRALIZADA Y LAS DAO. III. ¿QUÉ ES UNA DAO?. 1. Descripción de la formación, elementos y funcionamiento de una DAO. 2. Cuestión de la naturaleza jurídica de una DAO ¿tienen personalidad jurídica? 3. El caso de CityDAO y el Estado de Wyoming. IV. LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA Y LAS DAO. 1. La subjetividad tributaria o ¿quién puede ser sujeto de obligaciones tributarias? 2. La subjetividad tributaria de los entes sin personalidad jurídica del art. 35.4 LGT. 3. ¿Existe ese patrimonio separado susceptible de imposición en una DAO? ¿Podríamos intentar someter a gravamen a la DAO bajo esta modalidad subjetiva? V. CONCLUSIONES.

I. EL OBJETO DE ESTUDIO

En esta era de la inteligencia artificial, en el seno del Derecho Tributario se está cuestionando en qué medida podrían ser sujetos de obligaciones tributarias entes o entidades cibernéticas como los robots, tengan o no tengan soporte físico, como es el caso de las aplicaciones basadas en inteligencia artificial.

El análisis debe partir, necesariamente, de la cuestión sobre qué implica ser sujeto de obligaciones tributarias; qué es, en definitiva, la subjetividad tributaria.

A este respecto, es preciso volver la vista a los conceptos básicos de Derecho tributario, para estudiar la noción de la subjetividad tributaria o cómo el derecho tributario separándose de la persona del derecho civil logró hacer sujetos imponibles a entes sin personalidad jurídica.

Es conocido que la tecnología está consiguiendo avances cada vez mayores que tienden a conseguir que entidades cibernéticas y robots con presencia física realicen más tareas y cometidos propios del ser humano, de un modo lo más “humano” posible. Es decir, no se trata solo de la ejecución de trabajos mecánicos o repetitivos, aunque esto también está contemplado, sino que son cada vez más numerosos los campos de las profesiones liberales y artísticas los que son objetivo de la nueva tecnología: algoritmos artistas; algoritmos traductores; algoritmos abogados, asesores fiscales virtuales, algoritmos de enseñanza, etc.

La inteligencia artificial está en la base de las nuevas tecnologías que están dando lugar a los *smart contracts* (basados en *blockchain*) y también se sitúan en el

nacimiento de nuevas formas de dinero (*criptocurrencias*), o que cumplen la función del dinero, tanto para el pago de bienes y servicios como para el depósito de ahorro o como una fórmula de inversión.

Imaginemos que un algoritmo es capaz de crear una obra gráfica que, en opinión de los críticos de arte, tiene un valor intrínseco por su originalidad y por su valor estético o por su novedad en la historia del arte. Todo lo cual, no es del todo una hipótesis en la actualidad. Aunque la obra no fuera objeto de cesión o venta, el valor patrimonial de lo creado estaría ahí. Todos conocemos que la obra de los artistas mientras está en posesión de su autor goza de la exención del Impuesto del patrimonio. Pero, de verdad ¿quién es el titular de ese patrimonio? Desde el punto de vista tributario, preguntaríamos en quién se residencia la capacidad económica derivada del citado patrimonio y si podría reputarse propietario a la entidad o al robot.

Sin entrar en esta espinosa cuestión que nos llevaría a determinar si el robot o la entidad cibernética pueden ser consideradas como entidades patrimoniales sin personalidad jurídica y por tanto, adquirir la condición de sujeto tributario en alguno de los impuestos de nuestro sistema tributario, en el artículo quiero exponer una novedosa forma de sociedad (?) que en el entorno anglosajón ha recibido el nombre de DAO, esto es, las *Decentralized Autonomous Organizations* y si esta forma de organización encaja en el concepto de persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica del artículo 35.4 LGT a los efectos tributarios.

Antes de entrar en el estudio de estas organizaciones descentralizadas autónomas o automatizadas (en adelante, DAO's) hemos de conocer el contexto en el que surgen: la llamada *Web3*¹ y el *Metaverso*.

El *Metaverso*, en palabras sencillas y de forma muy sintética, pretende reproducir y aumentar las posibilidades y las interacciones de la vida de los humanos en un entorno virtual y *online*; frente a ello, la “vida *offline*”, es la que conocemos hasta este momento.

La *Web3* es la que ofrecerá servicios que no existen en el mundo real porque sería imposible o tendrían una gestión y una logística irrealizables sin el concurso de la tecnología. En este caso, las actividades realizadas por medio de estos servicios no tienen solo una vida o existencia virtual, sino que dan su salto al mundo real y sus actos tienen eficacia jurídica y económica.

La *Web3*, no obstante, está en estos momentos en una fase de desarrollo inicial, dando sus primeros pasos, pero su potencial es muy grande. Se la denomina 3, por su posición evolutiva; es el tercer escalón de la web donde los proveedores

¹ Sobre estos dos términos, puede consultarse el artículo divulgativo “La web3 y el metaverso: el futuro se nos está haciendo mayor”, en la página web de *ComputerWorld*: <https://www.computerworld.es/reportajes/web3-y-el-metaverso-el-futuro-se-nos-esta-haciendo-mayor>

de servicios son reemplazados por un software de código abierto y por personas que se encuentran en cualquier lugar del globo para trabajar y conseguir objetivos comunes².

Precisamente como un ejemplo de estos nuevos servicios imposibles se presentan las DAO's.

En el siguiente apartado nos detendremos en la comprensión y el alcance del medio en el que estas organizaciones se desarrollan. Como hemos dicho se mueven en una web evolucionada y la base que la define es su cualidad de web descentralizada.

II. LA WEB DESCENTRALIZADA Y LAS DAO

En la Universidad de *Syracusa*³ (Nueva York) se preguntó a un grupo notable de expertos acerca de lo que consideraban que era la web descentralizada.

La idea es muy sencilla, se trata de volver a los orígenes y a la finalidad de la w.w.w, es decir, a que la red que no esté sujeta a la vigilancia y al control centralizado de grandes corporaciones como *Google*, *Facebook* o *Twitter* (Samer HASSAN, del *Berkman Center for Internet and Society* de la Universidad de Harvard). Otro aspecto que destacan estos expertos es la privacidad (Mark WATSON, experto en Ciencias de la computación de la empresa *Cognition.tech*).

Desde un punto de vista técnico, se basa en una infraestructura «diseñada para resistir intentos de centralizar su arquitectura, servicios o protocolos, de forma que ni los individuos, ni los Estados, ni las empresas puedan controlar su uso significativamente», según la definición de Cory DOCTOROW, *Special Consultant en Electronic Frontier Foundation*.

Más en concreto, otro experto Jason GRIFFEY, del *Berkman Center for Internet and Society* de la Universidad de *Harvard*, la define como: «El término 'Web descentralizada' se utiliza para referirse a una serie de tecnologías que reemplazan o aumentan los protocolos, redes y servicios de comunicación actuales y

² En el blog de AragonDAO se refieren a estas tres etapas en estos términos: «In the early stages of Web1, publishing became democratized and anyone could code a simple website and start blogging. Web2 scaled these activities worldwide through giant platforms such as Google, Facebook and Squarespace. Web3 is the next wave, where service providers are replaced by open-source software and globally-distributed individuals working together on common goals». La Web3 comenzó con el proyecto *Bitcoin*, una alternativa a la política monetaria real de los Estados y de las instituciones financieras, para superar algunas de las críticas del sistema financiero mundial. En: <https://blog.aragon.org/what-is-a-dao/>

³ Universidad de Syracuse (NY) colgó en su blog el artículo: "What Is the Decentralized Web? 25 Experts Break it Down", con ocasión de la reunión, en: <https://onlinegrad.syracuse.edu/blog/what-is-the-decentralized-web/>

los distribuyen de una manera robusta contra el control o la censura de un solo actor».

De forma similar, Arthur BAXTER, analista de operaciones en red de *ExpressVPN* se refiere a la web descentralizada como una respuesta a la centralización y el control: «En muchos aspectos, la Web se comporta como una red de recuperación automática que cambia con el tiempo en respuesta a fallas y amenazas. Las preocupaciones globales sobre la neutralidad de la red y la vigilancia del gobierno están empujando a la web a evolucionar hacia una estructura descentralizada que es naturalmente resistente a estas amenazas».

Subyace también una cierta idea utópica, de pretender conseguir un entorno de información y de trabajo en equipo, neutral, sin influencias ni sesgos, en una labor comunitaria en favor de todo el mundo. Así, en la definición de Jae KWON, cofundador de la empresa *Tendermint*. Dice: «La web descentralizada es una federación autoorganizada de humanos y máquinas que hablan muchos protocolos e idiomas en evolución, idealmente robusta en disponibilidad, libre de regulaciones no deseadas y sin un punto central de falla, benigno o malicioso, creada y mantenida para el beneficio, de todos. La web descentralizada no es un derecho, sino un logro continuo de humanos y máquinas».

En realidad, la web descentralizada es el entorno nativo de las criptomonedas y es condición necesaria de su nacimiento, de su uso, de su negociación y de su depósito. El proyecto *BitCoin* fue el primero, apareció para evitar tener que depender de una autoridad central emisora de las monedas, también de las virtuales añade la condición de moneda virtual, la de moneda descentralizada ya que su protocolo de creación es en Código Abierto, cualquiera lo puede copiar, transmitir y ejecutar en su propio servidor y cualquiera lo puede auditar y crear su propia moneda. Para garantizar la seguridad que ofrece una Autoridad Central el protocolo prevé los posibles riesgos, como el doble gasto, que otro utilice la moneda sin permiso de su titular, etc., mediante la criptografía, así la moneda

virtual se hace criptomonedas⁴. La actividad financiera que se desarrolla con ellas es lo que se denomina las DeFI o finanzas descentralizadas⁵.

Una de las más sencillas y comprensibles definiciones de la tecnología *blockchain* es la referida por TAPSCOTT, si bien la propia tecnología es compleja «(...) pero la idea es sencilla. En su forma más básica, la cadena de bloques es un vasto libro mayor distribuido globalmente o una base de datos que se ejecuta en millones de dispositivos y está abierto a todo el mundo, en el que no solo la información, sino cualquier cosa de valor (dinero, títulos, hazañas, música, arte, descubrimientos científicos, propiedad intelectual e incluso votos) se puede mover y almacenar de forma segura y en privado. En la cadena de bloques, la confianza se establece, no mediante intermediarios poderosos como los bancos, los gobiernos y las empresas de tecnología, sino mediante la colaboración masiva y un código inteligente. Las cadenas de bloques garantizan la integridad y la confianza entre extraños. Hacen que sea difícil hacer trampa»⁶.

⁴ ERCILLA GARCÍA, Javier (2019): «Aproximación jurídica a las Organizaciones Autónomas Descentralizadas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, septiembre-diciembre, online, p. 2-3. Para este autor, el *Bitcoin* supone la plasmación de las tesis económicas de la Escuela Austríaca en una realidad no material, lo que a su juicio responde a los idearios Libertarios, Criptoanarquistas y anarcoliberales. Como señala PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): «De la tecnología *blockchain* a la economía del *tokens*», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 83, nota 5, p. 63, *Bitcoin* fue la primera cadena de bloques y empezó a operar en 2009, con el único objetivo de hacer compras por internet. Recoge, además, las principales características que definen su gestión, su forma de generación (minería) y la irreversibilidad de las transacciones. CHEN, Yan (2018): «Blockchain Tokens and the Potential Democratization of Entrepreneurship and Innovation». *Business Horizons*, núm. 61, 4, julio-agosto, p. 567 refiere que fue concebida en 2008 y puesta en marcha en 2009 y que en su primera transacción comercial en 2010, usó 10.000 *Bitcoins* para comprar dos pizzas! El precio actual del *Bitcoin* es de miles de euros.

⁵ Las entidades bancarias tan conocidas en España como el Banco de Santander ofrecen información en sus páginas web sobre este nuevo tipo de operativa financiera. Puede verse en: <https://www.santander.com/es/stories/finanzas-descentralizadas>

⁶ TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex (2016): «The Impact of the Blockchain Goes Beyond Financial Services», 10 de mayo de 2016, en la página web de la *Harvard Business Review*, disponible en: <https://hbr.org/2016/05/the-impact-of-the-blockchain-goes-beyond-financial-services> Entre los autores españoles, PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): p. 63 lo define como: «(...) un libro digital compartido que abarca una lista de bloques conectados y almacenados en una red distribuida, descentralizada y protegida mediante criptografía, sirviendo como un depósito de información irreversible e incorruptible. Las transacciones registradas, que pueden involucrar cualquier tipo de valor, dinero, propiedad o votos (Beck & Muller-Bloch, 2017, p. 5390) no pueden modificarse retroactivamente sin alterar todos los bloques subsiguientes; de hecho, los nuevos bloques son validados por pares en la Red, otorgando credibilidad y evitando actividades maliciosas (Wright & De Filippi, 2015, pp. 8-9)». Para un mayor detalle del funcionamiento de las cadenas de bloques véase la explicación de la autora en pp. 64 y 65. Desde un punto de vista más técnico puede consultarse a DOLADER RETAMAL, Carlos; BEL ROIG, Joan; MUÑOZ TAPIA, José Luis: «La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas» publicado en la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL,%20Y%20MUÑOZ.pdf>

Y añaden: «(...) es el primer medio digital nativo que ofrece valor, al igual que Internet fue el primer medio digital nativo de información. Y esto tiene grandes implicaciones para los negocios y la empresa»⁷.

De acuerdo con estos mismos autores, los contratos inteligentes (*Smart Contracts*) son programas de software que ejecutan automáticamente instrucciones complejas en las cadenas de bloques. A lo que debe añadirse la idea de que el programa se ejecuta automáticamente a medida que se van cumpliendo los términos definidos por las partes previamente, no dependiendo de ninguna autoridad central que los respalde o les de garantías. De otro lado, los agentes autónomos o automatizados (*Autonomous Agents*) de la cadena de bloques son paquetes de contratos inteligentes que actúan como aplicaciones enriquecidas, «prometen eliminar los costes de agencia y coordinación y quizás dar lugar a empresas muy distribuidas con poca o ninguna gestión»⁸.

Esta tecnología es disruptiva porque tiene los elementos y las posibilidades de cambiar la forma de realización de los negocios, nuevas finanzas, nuevas formas de moneda, nuevos sistemas de pago, ha introducido nuevos activos desconocidos los *token* y está dando origen a nuevas organizaciones (sociedades? civiles y mercantiles) y, en definitiva, a una nueva economía.

En cuanto a los nuevos ¿activos, monedas, ambos términos?, los *token*, se los ha definido como: «unidad de valor que una organización [o entidad privada] crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con sus productos o servicios»⁹.

De acuerdo con CHEN¹⁰, cabe hablar de “*blockchain tokens*” que pueden representar una amplia variedad de activos, como divisas, valores, propiedades, *loyalty points*, *gift certificates* y otros. Se distinguen dos tipos principales: los monetarios, como el *Bitcoin blockchain*, que ejercen una función monetaria de divisa (*currency*) y los *token* propiamente dichos, los restantes. Desde el punto de vista de su creación también son diferentes. Los monetarios son cadenas de bloques nativas¹¹,

⁷ TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex (2016).

⁸ TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex (2016), ponen como manifestación de las posibilidades de estos agentes autónomos, a la empresa *Mycelia*, fundada por el ganador del premio Grammy, Imogen Heap, que ha desarrollado canciones con contratos inteligentes integrados que permiten a los artistas vender directamente a los consumidores sin tener que recurrir a un sello discográfico, a un intermediario financiero o empresa de tecnología. Por lo que, según estos autores, esto significa que los acuerdos de licencia y regalías se ejecutan de forma automática e instantánea y a los artistas se les paga primero. Lo que contrasta con el sistema establecido en el mundo real y virtual también, en donde los intermediarios capturan todo el valor y a los artistas se les paga en último lugar.

⁹ PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): p. 62.

¹⁰ CHEN, Yan (2018): pp. 568-569.

¹¹ Es preciso acudir a páginas de divulgación de tecnología para poder comprender esta diferencia. Entre otras, puede consultarse la de PYMNTS.com: <https://www.pymnts.com/es/cryptocurrency/2022/pymnts-crypto-basics-series-whats-a-native-token-non-native-token-and-white-label-crypto/>

así *Bitcoin* es la divisa nativa de la *Bitcoin blockchain*. En tanto que los segundos, no son nativos sino que son creados en la parte alta de la cadena de bloques y son regidos por un contrato inteligente.

No debe confundirse o hacer equivalente los conceptos de *token* y de criptomoneda¹².

Para entender este concepto de forma muy sencilla, los *token* son representaciones virtuales de cualquier cosa que podamos imaginar. Son como las fichas de los casinos –en definitiva, la traducción de la palabra inglesa *token* es ficha– que representan, en ese caso, el dinero (*FIAT currency*) que entregamos para poder jugar en él. Las limitaciones materiales no existen en el contexto de la Web.3. Así pues, un *token* puede representar tanto dinero real (emitido por Bancos Centrales) ya que es posible adquirir *tokens* con este dinero y con las criptomonedas; el *token* puede tener un valor no monetario y dar lugar a la adquisición (término usual) del derecho a participar en las deliberaciones de un proyecto o negocio nacidos en la web (como derechos de voto); o bien la forma de proteger y convertir en un activo, una obra de arte, una imagen, una idea, todo.

Los *token* de criptomonedas pueden clasificarse por la función que cumplen. Así pues, son activos digitales fungibles que pueden ser usados como medio de intercambio (negociados) dentro del ecosistema del proyecto *blockchain* emisor. Cada tipo de *token* tiene características únicas basadas en su uso. Sin embargo, un *token* puede cumplir varias funciones. De esta forma, se categorizan cinco tipos diferentes de activos fungibles: los *token* de plataforma, los de seguridad, los de transacciones, los de utilidad y los de gobernanza¹³.

Ejemplo de *token* de plataforma, los usados por ejemplo en los videojuegos.

Los de seguridad, pueden representar propiedades (bienes reales, físicos) o parte de ellas, por ejemplo, los inversores de la plataforma *Meridio* pueden intercambiar *tokens* que representan acciones inmobiliarias y pueden pagar en Dai (una cripto). En tal caso, el valor del *token* está relacionado directamente con el

Un *token* no nativo, es una criptomoneda creada por un proyecto para su uso sólo dentro de sus propias fronteras. Suele ser el único *token* aceptado para el pago dentro de la DApp (aplicación descentralizada) aunque también pueden generar algún tipo de beneficio. Un *token nativo* es el *token base de la blockchain, de la cadena de bloques*. Así el *token nativo* de Ethereum es ether, el Cardano es ada, de *Bitcoin* es *bitcoin* y de Stellar, stellar, en general la criptomoneda tiene el mismo nombre que su *blockchain* de nacimiento. Las DApp se construyen sobre *blockchain*, en este momento, en su mayoría construidas sobre Ethereum.

¹² No podemos detenemos en su calificación conjunta (dada al token y a las divisas-cripto) como «valor negociable» que le ha atribuido la CNMV en su documento de 8 de febrero de 2018, «Consideraciones de la CNMV sobre “criptomonedas” e “ICOs”», con base en el artículo 2.1 del TR de la Ley del Mercado de Valores ni la problemática que la falta de esa diferenciación origina. A esos problemas se refiere PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): pp. 74-76.

¹³ Post del blog de la página de MakerDAO, de 12 de febrero de 2020, disponible en: <https://blog.makerdao.com/los-diferentes-tipos-de-tokens-de-criptomonedas-explicados/>

valor de la cosa, del activo real. Se considerarán una inversión ya que equivalen a la propiedad de un activo¹⁴.

El *token* de transacción cumple unas funciones equivalentes a la moneda tradicional pero no precisan, a diferencia de estas, ningún intermediario o autoridad central o pasarela de pago.

Los de utilidad están integrados en un protocolo de *blockchain* y sirven para los propósitos y servicios que ofrece dicho protocolo, no son de inversión, se utilizan como pago de servicios. Está directamente relacionado con los *token* de plataforma.

Finalmente, los *token* de gobernanza, son los que son usados en las DAO, otorgan la posibilidad de intervenir y decidir (votar) sobre la forma de administrar un sistema, en este caso, una organización.

Los *token* no fungibles, NFT (*Non Fungible Token*), son muy utilizados en el mundo digital del arte y la comunicación, pueden representar una imagen, un video, un audio, un texto, “memes”, etc., creaciones que se convierten en NFT cuando a través de la tecnología *blockchain* devienen únicas –no fungibles, no intercambiables– e invulnerables, al modo de un certificado de autenticidad digital, lo que está impulsando una forma de bienes artísticos o de arte (criptoarte)¹⁵.

En definitiva, lo que explica todos estos fenómenos es la propia evolución de la red, de su arquitectura de funcionamiento y del desarrollo de nuevas posibilidades¹⁶. En este contexto se desenvuelve el campo de juego de las DAO. PACHECO JIMÉNEZ se refiere a estas organizaciones como «otra manifestación de la utilidad práctica de los *tokens*»¹⁷, en este caso en el ámbito del derecho de sociedades como veremos a continuación.

III. ¿QUÉ ES UNA DAO?

La DAO es, en suma: «*An online community with a shared crypto wallet*»¹⁸. Esto es un grupo de personas que de forma remota y a través de internet comparten un

¹⁴ Están siendo utilizados sobre todo en las *startups* como vía de financiación empresarial. Requieren una ICO (*Initial Coin Offerings*), véase a este respecto, PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): pp. 69-72.

¹⁵ Sobre la importancia creciente de este tipo de arte digital puede leerse el artículo del Diario El Mundo, de 31 de mayo de 2022, «Qué es un NFT y cómo funciona», disponible en: <https://www.elmundo.es/como/2022/03/10/6229eb5c21efa072618b4578.html>

¹⁶ Puede leerse el post de GERRING, Taylor (2014): «Building the decentralized web 3.0. How ethereum could shard the web», de 18 de agosto, en la página web de Ethereum, disponible en: <https://blog.ethereum.org/2014/08/18/building-decentralized-web/>

¹⁷ PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): p. 80.

¹⁸ En el blog de AragonDAO: <https://blog.aragon.org/what-is-a-dao/>

objetivo común y para ello precisarán tener fondos en un billetero (*wallet*) con algún tipo de criptoactivo.

En realidad, y en el fondo, la idea es simple, se trata de una agrupación de personas que ponen en común elementos fungibles, que tienen un valor económico (los *crypto*) para desarrollar un objetivo o un proyecto definido en su origen o en su fundación. Lo que, francamente, no parece del todo original.

No obstante, para poder juzgar su verdadero potencial debemos avanzar en el conocimiento de este fenómeno.

Las tres principales características de estas agrupaciones vienen dadas en el acrónimo que esconde su nombre: D(descentralization), A(autonomous) y O(organizations).

Se considera en este contexto la descentralización como la ausencia de un centro director (sea un Estado, sea una empresa como Google), que pueda censurar o dirigir o manipular al grupo. Es *online*, global y sin censuras.

La autonomía viene referida a su forma de organización ya que nadie dirige la entidad, es decir, no existe la figura del director general, del gerente o del CEO de la empresa. El grupo, los componentes de la DAO votan para adoptar las decisiones en un proceso automatizado y automático, que es vinculante, en donde ninguna persona, nadie, ni mucho menos las autoridades, tienen la habilidad para deshacer lo hecho. No se requiere la actividad humana ni es posible¹⁹.

Es una organización, en el sentido más clásico de la palabra, combinación de personas, bienes, finalidad y estructura, que bien podría compararse con una sociedad, por tener ciertas similitudes con la estructura societaria pero, como veremos más adelante, las características de las propias entidades y de su funcionamiento, así como del medio en el que se desarrollan van a poner muy difícil acordar a qué, según los cánones del Derecho Civil o Mercantil, puedan parecerse más.

1. Descripción de la formación, elementos y funcionamiento de una DAO

RUANE y McAFEE²⁰ la definen como «*is a new type of digital-first entity*». Esto es, la primera de la nueva especie de entidades digitales que comparte semejanzas con las sociedades tradicionales. Y añaden también que, como otras tecnologías de la *Web3*, está en fase experimental.

¹⁹ RUANE, Jonathan y McAFEE, Andrew (2022): *What a DAO can –and can’t– do*, página web Harvard Business Review, 10 de mayo, en: <https://hbr.org/2022/05/what-a-dao-can-and-cant-do>

²⁰ RUANE, Jonathan y McAFEE, Andrew (2022).

En la página web de DeepDAO²¹, dedicada al seguimiento de este tipo de organizaciones se puede echar un vistazo a las casi 5.000 existentes, o al menos listadas por el sitio web, en todo el mundo. Número bastante modesto si lo comparamos, por ejemplo, con las 11.071 registradas en España, solo en el mes de marzo del pasado año 2021²².

De acuerdo con NAVARRO LÉRIDA: «La primera DAO nació en el *blockchain* *Ethereum* y fue creada por un equipo en colaboración con la *startup* alemana *slock.it*. TheDAO nació en mayo de 2016, cuando se financió mediante una venta de *tokens* a cambio de la “moneda” *Ethereum*, el *Ether*»²³.

Hablemos primero de Ethereum. De acuerdo con CHEN²⁴, en el año 2013 un grupo de desarrolladores liderados por Vitalik BUTERIN inició el proyecto llamado Ethereum como forma de expandir las posibilidades de la tecnología *blockchain*. Se trataba de superar las limitaciones que el proyecto *Bitcoin* tenía, por su diseño era más bien una aplicación o una plataforma muy limitada. Ellos pensaban más bien en desarrollar una plataforma de desarrollo (*development platform*) que pudiera ser el origen de cualquier tipo de proyecto, con la característica común de que fueran descentralizados (aplicaciones descentralizadas) y *tokens* digitales.

Ethereum según la definición que da apertura a la página web «Ethereum.org» es «la tecnología de gestión comunitaria que impulsa la criptomoneda ether (ETH) y miles de aplicaciones descentralizadas.

Así pues, «Ethereum.org» es el portal de entrada, y acceso, a esta tecnología con funcionalidades como comprar criptomonedas con una tarjeta de crédito, explorar DApps, acceso a la DeFi, compras de gran volumen, intercambio de tokens descentralizados y otras más.

También se accede a comprar ETH.

Las DApps son aplicaciones (Apps) con unas características especiales por estar configuradas sobre la base de la tecnología de Ethereum. Así, las creadas no se pueden eliminar, cualquiera puede usar las características de la aplicación, de ahí que se diga que no tiene propietarios; sin censura, con inicio de sesión

²¹ Página web de DeepDao: <https://deepdao.io/organizations> Deep es una DAO cuya misión es recopilar y ofrecer datos cualitativos y cuantitativos de las organizaciones de tipología DAO. Su principal contenido consiste en exponer, hasta un cierto punto, información sobre la llamada “gobernanza” de cada organización, su estructura, los miembros y el proceso de adopción de sus decisiones.

²² INE: Notas de prensa, 12 de mayo de 2022, *Estadística de Sociedades Mercantiles (SM). Marzo 2022. Datos Provisionales*, en <https://www.ine.es/daco/daco42/daco24/sm0322.pdf>

²³ NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2018): «Gobierno corporativo, blockchain y smart contracts. Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados (DAOS) (1) (2)», en *Revista del Mercado de Valores*, núm. 23, versión *online smarteca*, pp. 4-5.

²⁴ CHEN, Yan (2018): p. 568.

anónimo, con pagos integrados y respaldadas por criptografía y otras características como: la simplicidad “conectar y jugar” y sin que exista tiempo de inactividad.

Entre los “casos” de uso de Ethereum se presentan nuevos productos y servicios: las citadas finanzas descentralizadas (DeFI), la creación de los *token* no fungibles (NFT) y las DAO.

¿Para qué sirve o para qué se están utilizando las DAO? ¿Cómo se forma una DAO? Si exploramos la red tenemos la posibilidad de observar diversos ejemplos de proyectos que surgen de forma comunitaria como temas o hilos de conversaciones en *Facebook*, *Twitter*, *Discord* y otras redes sociales. De ahí suelen surgir iniciativas que culminan en la creación de una DAO.

En la creación de la DAO hay unos líderes que impulsan el proyecto, que se encargan de la conformación técnica de este y supuestamente desaparecen en el ejercicio de ese rol cuando la DAO echa a andar.

Sobre el ¿cómo? Ya hemos señalado que la plataforma Ethereum pone la base tecnológica, los códigos son abiertos, para que cualquiera pueda generar una DAO. De hecho, puede encontrarse ya la palabra “*daoist*” para referirse a las personas que integran las DAO²⁵.

Y sobre el ¿qué? En un vistazo rápido por la red, se constata la gran variedad y diversidad de propósitos a los que se dedican. Por poner algunos ejemplos, reconocibles: existe el AssangeDAO²⁶, que como su propio nombre sugiere a la formación de fondos que contribuyan a sufragar los gastos de la defensa legal de Julian Assange o que tengan como destino la realización campañas de concienciación «sobre el fracaso sistémico de nuestros sistemas de justicia» (*sic*). En otro lugar del espectro, se situaría el UkraineDAO²⁷ cuyo objetivo es el apoyo financiero a los civiles ucranianos sufridos por los ataques de las fuerzas armadas rusas y para la realización de campañas de concienciación públicas.

La DAO que se sitúa en el top del ranking por cifra de capital (*treasury*) de la página de DeppDAO es Uniswap²⁸, que se define como una “*Decentralized Exchange*” que realiza funciones similares a una agencia de cambio, automatizada y descentralizada, esto es, sin sujeción a bancos centrales, con objeto de ofrecer liquidez. En segundo lugar, el proyecto ByBit DEX, cuya misión es promover redes de proyectos criptográficos que promuevan la gobernanza de las DeFI, la

²⁵ Así por ejemplo en <https://deepdao.io/organizations>

²⁶ Los detalles de propósito, finanzas, gobernanza, miembros, etc., pueden consultarse en: https://deepdao.io/organization/ca5c0722-a196-4b9f-aa31-5c65b012aa32/organization_data/dig_deeper

²⁷ Puede obtener información en: https://deepdao.io/organization/6107a8fa-d2e3-45ea-8619-1ab59203e093/organization_data/finance

²⁸ Para más información, véase: https://deepdao.io/organization/fe6aa70f-4877-4f6d-9c18-9a8ca-fc1fe28/organization_data/finance

gestión de tesorería y la educación. El siguiente, es Gnosis²⁹, para el desarrollo de herramientas de predicción en los mercados; o Merit Circle³⁰ que se define como una “*Play2Earn*” para operar en diferentes ecosistemas de juegos en el Metaverso, a través de inversiones o del desarrollo o incubación de contenidos creativos o mediante un mercado para productos NFT de juegos.

Y, finalmente, no querría dejar de citar una de mis preferidas, MoonDAO³¹ cuyo objetivo es descentralizar el acceso a la exploración e investigación del espacio exterior. Gobernado por titulares de *tokens* \$MOONEY –es la unidad creada por el proyecto MoonDAO³²–, planea enviar a uno de sus miembros en un vuelo espacial en 2022 utilizando las ganancias de su colección de lotería *Tickets To Space* NFT. Al financiar colectivamente los viajes espaciales privados, MoonDAO facilita de manera efectiva una comunidad de seguidores en las empresas espaciales que operan los vuelos.

Y la que lleva el nombre de nuestra comunidad autónoma: Aragon Network DAO, relacionada con el conjunto empresarial de los fundadores de Aragon (empresa cuya página web es <https://aragon.org>) para el desarrollo de herramientas y servicios relacionados con sus objetivos expresados en su *Manifiesto*³³: «Un compromiso para luchar por la Libertad». Es el exponente más claro que está en la base del movimiento de la Web.3, esto es, de la descentralización de Internet, del rechazo al control y supervisión que están imponiendo las grandes tenedoras de información y aplicaciones que todos usamos en la Red. En definitiva, una vía de escape hace otra forma de internet, de sistema económico y de gobierno y, si se quiere, a una transformación de la propia sociedad.

²⁹ Véase: https://deepdao.io/organization/529571a8-5816-47ff-a50e-1e6372e2324b/organization_data/finance

³⁰ Véase: https://deepdao.io/organization/00cddd8f8-87e0-4e3f-9b36-f627133e0b24/organization_data/dig_deeper

³¹ Es interesante, además de por su objeto, por la labor didáctica que se realiza en su página web (<https://moondao.com/es/>), que permite al neófito poder comprender los propósitos, el funcionamiento, etc., del proyecto. Precisamente, el sorteo de tickets se ha realizado al tiempo de escribir estas páginas: 4-5 de junio de 2022. Otra información en: https://deepdao.io/organization/00cddd8f8-87e0-4e3f-9b36-f627133e0b24/organization_data/dig_deeper

³² En este caso, se trataría de un *token* de gobernanza que no tiene valor económico, ni tiene recompensa económica, ni aumenta de valor, solo representa o es título de la aportación económica (cualquier tipo de cripto, pues solo se exige que la aportación se realice desde un *wallet*) que lo que otorga es la posibilidad de contribuir (derecho de voto) en los debates y en la toma de decisiones que haga avanzar el proyecto Moon.

³³ La carta de condiciones, los términos “legales” entre las partes, el denominado “*Whitepaper*” del proyecto. Nótese que en la parte introductoria de la Carta, en la sección reglas aplicables a la “Aragon Network” se indica que: «*There are two-layers of applicable rules in the Aragon Network, human-readable rules an Smart contract code: These rules formen together the Charter that lays out the basic principles required for participation and interaction with the Aragon Network (...)*», p. 4, disponible en: <https://ipfs.io/ipfs/bafybeifbytiuwuf6gvexfjqice7dbwkdmrwhag6vv5ohb64elvyqfnwhnchm/blob>

2. Cuestión de la naturaleza jurídica de una DAO ¿tienen personalidad jurídica?

Estas nuevas formas de organizaciones son tan recientes y novedosas que son pocos los que se han acercado a su estudio desde el punto de vista jurídico. No obstante, sí hay pioneros.

En 2018, NAVARRO LÉRIDA³⁴ las considera: «En resumen, una DAO es una sociedad aunque sin personalidad jurídica por el momento, descentralizada, donde el poder de decisión reside en todos y cada uno de los propietarios de *tokens*, y que elimina el elemento humano de su gestión para introducir contratos inteligentes, automatizando la mayoría de los procesos típicos de una sociedad tradicional».

PACHECO JIMÉNEZ³⁵ por su parte, las define como: «Una DAO sería una sociedad sin personalidad jurídica, descentralizada, donde el poder de decisión reside en los titulares de *tokens* (emitidos a través de una ICO), a modo de una suerte de accionistas que pueden presentar, aceptar y ejecutar propuestas, votar, modificar las reglas de votación y transferir rendimientos. Además, elimina el factor humano de gestión en *pro* de los *smart contracts*, automatizando la mayor parte de los procesos de una sociedad tradicional».

Así pues, no existe la constitución en los términos formalistas que conocemos. Más bien se trata de la adhesión a un proyecto, cuyas reglas de funcionamiento, de toma de decisiones, la estructura misma en la que se organiza e incluso la resolución de disputas y otros términos legales como las cuestiones tributarias están definidas en el código, *Smart contract. Code is Law*. Es la máxima que puede leerse en relación con estas nuevas formas societarias. Con ello se pretende eliminar la disociación entre el poder representativo y sus accionistas, esto es, todo miembro de DAO es su propio CEO y todos tienen el mismo poder para impulsar la gestión del proyecto. Dada las limitaciones de este estudio no puedo detenerme en cuestionar esta idea, aunque sospecho que en la realidad esta pretensión no dejará de ser, eso, una aspiración.

Para entender cómo funcionan, NAVARRO LÉRIDA³⁶ señala tres componentes, los que ya hemos citado, los miembros que son los que aportando divisa obtienen los *token* que representan su derecho a votar, como un activo que puede aumentar de valor, como tales pueden asimilarse a un accionista, aunque no podamos estar seguros de los derechos que le asisten pues su régimen jurídico

³⁴ NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2018): p. 4.

³⁵ PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): p. 80.

³⁶ NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2019): «Las empresas ante el espejo. Una revisión del concepto de interés social en la nueva economía. Economía colaborativa, información no financiera y blockchain», *Revista de Derecho de Sociedades*, mayo-agosto, versión online smarteca, cita en apartado IV del artículo.

recae bajo lo aceptado en el contrato de adhesión que representa la aceptación de las condiciones del proyecto, llámese Carta o el nombre que le den. Por otra parte, la figura del proponente de trabajos, el *contractor* que también tiene que ser un titular de *tokens*. En la formación de la DAO, se propone un *Curator*, tercer elemento, hace una función técnica de comprobación que la propuesta de los *contractors* en forma de contrato inteligente se adecúa y cumple los parámetros técnicos de la cadena de bloques, no decide en función del interés o no de la propuesta. La decisión se adoptará de forma democrática con el conjunto de los *token-holders*, o miembros de la organización.

Si examinamos tanto la constitución, como las reglas de funcionamiento que estas organizaciones se han dado a sí mismas, podemos encontrar notables similitudes no solo con asociaciones que responden al contrato de sociedad (¿fundaciones? ¿asociaciones?) pero también evidentes diferencias.

Las cuales son obvias, comenzando por su constitución y el medio en el que se constituyen. Según lo examinado anteriormente, estas organizaciones solo tienen existencia y adquieren su sentido en el medio virtual, en la web, en la web descentralizada y bajo las condiciones de la tecnología *blockchain*.

La conclusión de esta autora³⁷ es una pregunta, si en el caso de las DAO las empresas pueden ser proyectos y no sociedades. Esto es, cree necesario volver al concepto de «sociedad» el cual está en la base de las DAO, porque a su juicio, el gran problema es que no están catalogadas jurídicamente.

Para AGUILAR y MIRAS³⁸, los *smart contract* se calificarían en principio como contratos con el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su naturaleza, de acuerdo con el principio de libertad de forma, si concurren consentimiento, objeto y causa el hecho de que se plasme en código binario y se ejecute de forma automática por una máquina no es relevante. Para estos autores, la DAO no es sino una serie de contratos inteligentes que unidos forman las organizaciones descentralizadas y suponen que el fenómeno se fundamenta en la teoría de M. C. JENSEN y W.H. MECKLING en su libro *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, la cual sostiene que «las corporaciones son un conjunto de contratos interrelacionados». De esta forma, sostienen aquellos autores que las DAO han transformado la teoría en realidad³⁹. No ven fácil su encaje como mera sociedad civil puesto que en algunos ejemplos las DAO tienen un claro sesgo de mercantilidad, tampoco ven posible que se les pueda aplicar

³⁷ NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2019): *ibidem*.

³⁸ AGUILAR CÁRCELES, Marta María y MIRAS MARÍN, Norberto (2020): «Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los *smart contracts*. Especial referencia al caso The DAO», *Revista CEFLegal*, núm. 231, p. 118.

³⁹ AGUILAR CÁRCELES, Marta María y MIRAS MARÍN, Norberto (2020): p. 119, en nota 8.

la doctrina de «la sociedad nula» que se aplica a las sociedades en formación o irregulares.

Para ERCILLA GARCÍA, las DAO no serían sino «un contrato inteligente más complejo y con un propósito más abierto. El objetivo de la DAO sería conseguir que un contrato inteligente opere como lo haría una Organización humana y no como un mero contrato de propósito concreto»⁴⁰. Por ello, concluye, la DAO es «una organización que se gobierna a sí misma, sin estar influenciada por fuerzas externas; cuyo software funciona por sí solo; con unos estatutos escritos de manera inmutable en al Cadena de bloques y no controlados por sus creadores; formada por grupos de personas de ideas afines con objetivos y proyectos específicos en mente; que solo administra fondos, sin capacidad para construir un producto, escribir código o desarrollar hardware; requiriendo de un contratista para estos propósitos»⁴¹. En definitiva, la DAO constituye un contrato de sociedad, en el que por primera vez «las voluntades individuales de los miembros de una organización pueden ejecutarse en función del resultado colectivo, por la propia organización, sin intermediarios ni representantes». Jurídicamente, por tanto, se aproxima más al contrato de sociedad, en el sentido dado por la doctrina como relación entre cada socio y la colectividad que al dado por el Código civil en su artículo 1665.

Para este autor, se dan todos los elementos: la *affectio societatis* expresado en el consentimiento de quien acepta los términos de la DAO y se integra en la organización; la existencia de un objeto: un fondo común y un lucro común partible. En el caso de la forma, dado que en esta fase de la evolución de las DAO no se contempla la aportación de bienes inmuebles a cambio de tokens, por lo que no sería exigible la escritura pública, sabiendo que este requisito se erige en esencial para dotar de personalidad jurídica a la sociedad, a salvo de estos bienes, el artículo 1667 CC señala que la sociedad se podrá constituir en cualquier forma. Y dado que, por las características antes vistas, los pactos entre los socios son públicos, el código fuente es transparente y accesible a cualquiera, por lo que no es muy probable que la carencia de personalidad jurídica viniera por su condición de irregular, *ex. art. 1669 CC*.

Ahora bien, cuestión distinta serán aquellas DAO que no tienen un fin de lucro claro, en tales casos será preciso determinar si constituyen una comunidad de bienes. Dada la variedad de tipología, algunos ejemplos se han expuesto *supra*, la determinación solo podrá realizarse, en realidad, caso por caso.

⁴⁰ ERCILLA GARCÍA, Javier (2019): p. 5. Al fin y al cabo, una sociedad o una organización no es sino una compleja red de contratos. Los estatutos sociales de una sociedad pueden devenir en Estatutos inteligentes, en una evolución natural.

⁴¹ ERCILLA GARCÍA, Javier (2019): p. 8.

Es preciso dotar de forma jurídica a esta incipiente nueva realidad, porque los cambios que persiguen estas nuevas organizaciones, como hemos dicho anteriormente, pretenden transformar la economía, «tokenización» de la economía y democratización de la misma y de la gobernanza del mundo si le dan tiempo.

CHEN⁴² habla de un nuevo panorama empresarial, refiriéndose a la irrupción de la tecnología *blockchain*, ha traído –dice– no solo las divisas descentralizadas sino la capacidad de crear *tokens*-digitales que pueden representar bienes escasos. Esta tecnología da nueva forma a la forma de invertir y de innovar porque: puede obtener la financiación directamente de los inversores a lo largo y ancho del globo, democratizando el acceso a la financiación de capitales; abre la puerta a los inversores en proyectos que están en sus estadios más iniciales, dando la oportunidad de participar en la innovación; tiene el potencial de cambiar el modo de obtener financiación y de realizar inversiones; facilita la construcción de comunidades de usuarios y desarrolladores (informática) y permite recompensarles con *tokens* superando el actual problema con los desarrolladores de código abierto (*open source*) lo que fomenta un incremento de la innovación y de los proyectos de investigación y desarrollo al quedar el valor añadido de sus creaciones en manos de sus propios desarrolladores.

Añade, NAVARRO LÉRIDA⁴³ que esta nueva economía «puede entenderse como un prototipo avanzado de la (...) economía colaborativa y que se caracteriza por la tendencia a la desconcentración de estructuras jerárquicas; un enfoque más receptivo, transparente y responsable para la toma de decisiones; y la inclusión de múltiples portadores de intereses en una plataforma de diálogo, para encontrar soluciones basadas en el consenso para problemas comunes».

En los foros de discusión de alguna de estas DAO –que de forma aleatoria puede recuperarse de la Red–, es bastante significativo encontrar, entre las propuestas de mejoras en la gobernanza de la organización, alguna como la siguiente⁴⁴: la necesidad de incorporar –incrustar en la traducción del término inglés “*embedding*”– el análisis legal en las nuevas propuestas de gobernanza. Claramente, proponen establecer filtros legales previos para que las propuestas sean formalmente sometidas a la votación. Es bastante reveladora la siguiente aportación al foro: “*Valid legal questions or concerns, especially when pertaining to a multi-billion dollar venture like MakerDAO, ultimately cannot be dealt with using makeshift regulatory*

⁴² CHEN, Yan (2018): p. 573. En el mismo sentido, TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex: *cit.*, ya que resuelve el problema de la propiedad intelectual en la era digital, permite crear una mejor economía colaborativa, aumentará el desarrollo del Internet de las cosas (IoT) y cambiará la naturaleza del trabajo y la gestión del conocimiento en las organizaciones sin tener que pasar por intermediarios (las grandes tecnológicas) que en el camino se quedan con los datos que se generan.

⁴³ NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2019): en apartado IV del artículo.

⁴⁴ Ejemplo: <https://forum.makerdao.com/t/embedding-legal-analysis-on-new-governance-proposals/15581>

analysis or hearsay legal opinions”. Destaco sus palabras: “análisis regulatorios improvisados u opiniones legales de oídas”.

Según explica el propio proponente de dicha propuesta, se trata de superar la actual falta de análisis legal, “*the current lack of legal analysis*”. Parece que las DAO están cayendo en la cuenta de que aún no pueden prescindir de los sistemas legales y jurídicos, que estas construcciones y sus actos tienen consecuencias jurídicas en el mundo real y en relación las personas reales⁴⁵.

En mi opinión, a pesar de las dificultades, todo inicio es incierto y lleno de dificultades, estas DAO han llegado para quedarse. Detrás existe un movimiento de ruptura con las instituciones establecidas en la sociedad, de la economía, de los roles, etc., y cuentan con un medio robusto para poder desarrollarse, la tecnología *blockchain* + IA. Esperemos que la evolución humana y de sus instituciones sociales y empresariales sea acorde con los objetivos que presiden estas nuevas formas y otros proyectos, el logro de una sociedad más justa, redistributiva y solidaria⁴⁶. Veremos.

3. El caso de CityDAO y el Estado de Wyoming

Hace aproximadamente un año, se puso un nuevo eslabón en la evolución de la construcción de las DAO. En julio de 2021, según se ha dado a conocer⁴⁷, el Estado de Wyoming en los Estados Unidos, ha sido el primero que ha legislado en relación con el fenómeno de estas organizaciones descentralizadas y para atraerlas a su jurisdicción.

En concreto, se las considera una especie singular de sociedad limitada (*limited liability company*, LLC) con lo que adquieren personalidad jurídica frente al Derecho y con ello una serie de derechos, como la responsabilidad limitada de sus miembros, parece que estas organizaciones han caído en la cuenta de las ventajas de las construcciones del Derecho de sociedades. Y ello, a pesar de que este proyecto CityDAO se asienta sobre contribuciones a cambio de *tokens* que no representan propiedad en el objeto

Para entenderlo bien, esta DAO se crea con el objetivo de construir la ciudad del futuro en la *blockchain* de Ethereum, sin embargo compró un parcela de

⁴⁵ Por ejemplo, en los escasos años de vida de estas organizaciones ya se han dado casos muy sonados de fraude e incumplimientos. PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): p. 81, en nota 29, habla del caso conflictivo de la ICO *Tezos*, demandas sucesivas de inversores fundamentadas en falsedad o desinformación en relación con el modo en que los fondos recaudados se utilizarían, retrasos en las entregas de los *token* y otras como publicidad y prácticas comerciales engañosas y competencia desleal (cita a Saiz, 2018). O también, el ocurrido con la primera

⁴⁶ En este sentido, me parece muy significativo el Manifiesto al que me refiré más arriba «*The Aragon Manifesto: A pledge to fight for freedom*».

⁴⁷ RUANE, Jonathan y McAFEE, Andrew (2022)..

terreno en Wyoming. En principio, los *token* no representan una participación directa en la propiedad real (los 40 acres de terreno). Son *token* de gobernanza y no dan derecho a obtener ganancias.

Como señalan RUANE y McAFEE, esto se ha hecho así porque cuando el *token* puede generar beneficios (*Howey test*), las autoridades (*U.S. Securities and Exchange Commission*) considerarán la actividad como un contrato de inversión y exigirán el cumplimiento de todos los estándares de registro y de suministro de información establecidos en las normas.

Este proyecto está comenzando, pero puede ser considerado el primero que sirva de ejemplo a otros para el aterrizaje de un estatus jurídico de estas organizaciones.

IV. LA SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA Y LAS DAO

1. La subjetividad tributaria o ¿quién puede ser sujeto de obligaciones tributarias?

La respuesta a esta pregunta podría cerrarse de forma muy sucinta con una referencia al artículo 7.2 de la LGT relativo a las fuentes del ordenamiento tributario: el cual dispone el carácter supletorio de los preceptos del derecho común. El artículo 35.1 de LGT se refiere a quiénes pueden ser obligados tributarios, esto es, a quiénes se impone el cumplimiento de obligaciones tributarias siendo estas: las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la ley impone el cumplimiento de este tipo de obligaciones.

Obviamente, la ley tributaria no contiene una definición de persona, ni siquiera de persona jurídica, entra en juego como hemos señalado el derecho supletorio en su completitud.

La singularidad⁴⁸ del Derecho tributario reside en la atribución de “subjetividad” y sería más apropiado darle el nombre completo de “subjetividad tributaria”

⁴⁸ Además, como señala CALVO ORTEGA, Rafael (2013): *Curso de Derecho Financiero*, 17.^a ed., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 130, «En Derecho Tributario la subjetividad pasiva es más complicada y presenta más matices que en la Teoría General de las Obligaciones. De una parte, hay figuras que se colocan junto con el deudor principal en una relación pasiva, pero que no son exactamente equiparables con la figura del fiador aunque en sus efectos tengan una importante similitud. (...)». La gran peculiaridad de la obligación tributaria en relación con los sujetos pasivos es el principio de no indiferencia en relación con el sujeto que al final de un procedimiento (en ocasiones complejo) ha cumplido la obligación. En la obligación privada, normalmente, no es así y se contempla más la figura del acreedor (su satisfacción), sin perjuicio, evidentemente de que el ordenamiento establezca los mecanismos de reequilibrio patrimonial. La Constitución, en el campo tributario, quiere que este cumplimiento sea hecho por el sujeto que ha manifestado una capacidad económica concreta y no por otro».

o cualidad de ser centro de imputación de derechos y deberes tributarios a quienes no tienen la condición de persona para el derecho común.

En el Código Civil, las personas naturales (en esta era de la IA, habrá que empezar a acostumbrarse a llamarlas las personas naturales nacidas, o los nacidos) adquieren la personalidad (civil) en el momento de su nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno –ex. art. 30 CC– y su extinción se produce con su muerte –ex. art. 32 CC–.

Las personas jurídicas son, por una parte, corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas –ex. art. 35.1º CC–. Por la otra, las asociaciones de interés particular –es interesante esta mención tan genérica contenida en el código civil– que siendo civiles, mercantiles o industriales la Ley les conceda personalidad propia, por tanto, independiente de la de cada uno de los asociados. De ahí, que de acuerdo con el artículo 36 del citado código, estas asociaciones de interés particular se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.

Y de este modo, la capacidad civil de corporaciones, asociaciones y fundaciones dependerá en cada una de estas modalidades de su ley creadora, de sus estatutos o de las reglas de la institución/fundación, respectivamente.

2. La subjetividad tributaria de los entes sin personalidad jurídica del art. 35.4 LGT

En el Derecho tributario, la subjetividad puede atribuirse a quienes en el derecho común no pueden ser titulares de derechos ni de obligaciones puesto que carecen de personalidad jurídica propia para el Derecho⁴⁹.

⁴⁹ Como recoge MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; CASADO OLLERO, Gabriel (2019): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 30ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, pp. 286-287, la base teórica de la subjetividad tributaria, o si se prefiere de la capacidad jurídica tributaria, en cuanto aptitud para ser sujeto de los derechos y las obligaciones tributarias que integran el tributo «se buscó por autores como ANTONIONI y LAVAGNA, en Italia o CORTÉS DOMÍNGUEZ y SÁINZ DE BUJANDA, en España en la teoría normativa de la personalidad, cuyo epígono fue KELSEN. Partiendo de ella, se afirma –con matizaciones diversas entre los autores– que la ley puede operar el reconocimiento de sujetos atípicos o de sujetos colectivos distintos a las personas jurídicas. Sobre todo, si la noción de sujeto tributario no se centra tanto en su condición de obligado ante la Administración como en la nota de realizador del hecho imponible, no habiendo obstáculos para admitir que dicha realización puede llevarse a cabo por entes unitariamente considerados que no tiene personalidad jurídica, según argumentara CORTÉS DOMÍNGUEZ. Pero, para que la ley tributaria configure tales sujetos, habrán de estar reconocidos previamente como sujetos de derecho por el ordenamiento general, lo que implica no sólo cotitularidad entre sus miembros respecto a un bien o a un derecho, sino –como precisa SÁINZ DE BUJANDA– que se manifieste al exterior con una apariencia unitaria, de modo que se genere una sola relación jurídica y no varias, como ocurriría si se tratara de mera solidaridad entre sujetos».

El artículo 35.4 de la Ley General Tributaria permite que los entes sin personalidad jurídica puedan ser sujetos de derechos y obligaciones tributarias otorgándoles subjetividad tributaria, por tanto, siempre que –y esta es la condición– que la ley propia de cada tributo así lo contemple.

En los manuales de Derecho tributario se suele comenzar señalando la excepcionalidad del artículo 35.4 de la Ley General Tributaria indicando que «pese a que solo las personas pueden ser titulares de derechos y obligaciones, el artículo 35.4 LGT prevé la posibilidad de que la condición de sujeto pasivo pueda recaer sobre las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición»⁵⁰.

Para que estos entes puedan ser sujetos tributarios hemos señalado que se exige que la ley reguladora del tributo así lo tenga previsto. En realidad, esto solo parece ser exigible en el caso de la obligación principal. Esto es, para que un ente sin personalidad jurídica pueda ser obligado principal de un concreto tributo, este debe haber contemplado dicha posibilidad en la ley propia reguladora. Sin embargo, como advierte MERINO JARA⁵¹, el legislador puede atribuirles la condición de retenedores, u obligados a efectuar pagos a cuenta en impuesto como el IRPF donde estos entes no tienen la condición de contribuyente. No podemos entrar en esta cuestión pues nos llevaría a analizar la forma en que se ha articulado la tributación de las entidades en atribución de rentas en el IRPF, no obstante, sí diremos para que pueda comprenderse esta cuestión, que en este impuesto se ha creado el régimen de atribución de rentas donde lo que se finge es que la entidad no existe como obligado principal, y por tanto, las rentas que obtiene la entidad sin personalidad jurídica se han de atribuir a las personas físicas que la componen (art. 68 LIRPF). De ahí, que la práctica de las retenciones, propiamente, sí son obligación de la entidad, aunque después también se atribuyan a cada componente en función de las reglas establecidas los artículos 89 y 90 de la Ley del impuesto. La finalidad es que la tributación se quede en el seno del IRPF, porque de otro modo, debería haberse conformado como sujetos tributarios del IS, en forma de régimen especial para la regulación de sus particularidades.

¿Cuál es el fundamento que se sitúa en la base del reconocimiento de subjetividad tributaria a los entes sin personalidad jurídica? El reconocimiento de subjetividad tributaria suele ser considerado por una parte de la doctrina como una «ficción jurídica» que conduce a atribuir capacidad contributiva a unos

⁵⁰ MERINO JARA, Isaac (Dir.) y otros (2019): *Derecho Financiero y Tributario: Parte General*, Tecnos, 8.^a ed., Madrid, p. 331.

⁵¹ MERINO JARA, I. (Dir.) y otros (2019): p. 331.

entes que no pueden ser titulares de rentas y derechos⁵². Esto es, no se trata solo de entes (agrupaciones de sujetos que pretenden un objetivo común) sino que estos entes disponen de una riqueza separada de la de los miembros, partícipes, asociados..., que los integran, de modo que el Derecho tributario incurriría en un atentado al principio de igualdad tributaria si dejase sin someter a gravamen situaciones que objetivamente denotan capacidad económica por la “mera” salvedad de que las entidades que la evidencian, que exhiben esa capacidad, no son sujetos de derecho y sí sus partícipes. También se refieren en la doctrina al respecto al principio de neutralidad fiscal, particularmente en el ámbito de la imposición indirecta: «para que todos los que realizan una actividad económica estén sujetos a gravamen con independencia de forma jurídica adoptada»⁵³.

En este proceso, tenemos algunos ejemplos muy interesantes en nuestro sistema tributario. La copropiedad de un buque es un sujeto equivalente a una persona jurídica societaria, a los efectos del Impuesto sobre Operaciones Societarias. O en el caso, de los montes vecinales en mano común, sometidos al Impuesto sobre Sociedades o en el de las Uniones Temporales de Empresas, o los fondos de inversión, los fondos de capital riesgo y otros.

No puede esconderse, también, que en la construcción de esta ficción subyace una intención de favorecer la gestión de la administración tributaria. Ya que no sería muy eficiente la articulación de la gestión con cada componente, como si se tratase de una simple copropiedad. Los entes del artículo 35.4 no son una mera acumulación de bienes o derechos perfectamente individualizados y especificados en todo caso, sino que este conjunto patrimonial puede tener un funcionamiento separado de las unidades económicas que las componen y, por tanto, adquirir la condición de patrimonio separado y diferenciable de la suma de sus componentes⁵⁴. Esa es la esencia por la que un ente sin personalidad jurídica tendrá relevancia para el Derecho tributario.

⁵² MERINO JARA, I. (Dir.) y otros (2019): p. 331. CALVO ORTEGA, Rafael (2013): p. 131 se pregunta si cabe una ampliación de la personalidad hecha por la ley tributaria a entes que conforme al ordenamiento jurídico general carecen de ella respondiendo afirmativamente. A su juicio: «Allá donde exista una cierta organización (patrimonio, relaciones jurídicas, titularidades patrimoniales, órganos cohesionados en torno a una actividad y una permanencia suficiente) puede haber el sustrato necesario para la atribución de personalidad jurídica. Será necesario que una ley así lo establezca necesariamente».

⁵³ MERINO JARA, I. (Dir.) y otros (2019): p. 331.

⁵⁴ MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; CASADO OLLERO, Gabriel (2019): p. 286 ponen el acento en el “patrimonio separado” del que habla la LGT «induce a entenderlo como una masa patrimonial diferenciada de la de los miembros, pero también con una cierta organización unitaria dirigida a un fin común, con base en lo cual el propio Derecho privado le reconoce determinados mecanismos de formación y exteriorización de la voluntad común».

El tratamiento en los diferentes tributos del sistema en España no responde a un esquema definido y difiere considerablemente en la imposición directa, entre sí como en relación con la indirecta.

Como hemos visto, en la imposición directa el IRPF simula que el ente sin personalidad jurídica no existe en el régimen de atribución de rentas; en cambio, en el impuesto sobre la renta de las personas jurídicas, el IS, son numerosos los regímenes especiales que contemplan la tributación como si fueran personas jurídicas de entes sin personalidad jurídica.

En los impuestos sobre el tráfico jurídico (ITP, ISD) la jurisprudencia estima que la adquisición *pro indiviso* de bienes constituye una comunidad, pero supone tantos hechos imponibles y obligaciones como adquirentes, por la proporción correspondiente⁵⁵. En cambio, en el IVA se los considera sujetos pasivos si unitariamente desarrollan la actividad empresarial o el arrendamiento de inmuebles sujetos a este impuesto⁵⁶.

3. ¿Existe ese patrimonio separado susceptible de imposición en una DAO? ¿Podríamos intentar someter a gravamen a la DAO bajo esta modalidad subjetiva?

En primer lugar, la primera dificultad es la categorización de las DAO. Aunque tienen elementos comunes, los ejemplos que hemos traído a esta comunicación nos han permitido observar las diferencias en aspectos básicos como su finalidad: unas tienen una clara finalidad de obtener un fin que puede reportar beneficios a los miembros del proyecto que sean activos y colaboren en él; otros, son claramente más asimilables a una fundación o asociación sin ánimo de lucro. Además, su organización interna, si bien responde a unos elementos comunes: como, por ejemplo, que para entrar en ellas es preciso “adquirir” o “aportar” en divisa electrónica, es decir, que se aporta un elemento fungible a cambio de unas “participaciones” que pueden ser activos –como las acciones que pueden subir o bajar en función de cómo se valora la empresa, en este caso el proyecto, en el mercado–. Mercado que no es un mercado organizado, sino la propia Red en la que se mueven estos proyectos, la web3.

Desde el punto de vista civil, las aproximaciones realizadas parecen orientarlas hacia el contrato de sociedad, una que no tiene personalidad jurídica.

Desde el punto de vista tributario, bien pueden recaer en el concepto de entidad sin personalidad jurídica, una construcción más abierta y que puede abarcar

⁵⁵ El artículo 35.7 LGT, que regula la concurrencia de varios obligados tributarios, se aleja así de la presunción general de mancomunidad que prevé el artículo 1.138 del Código Civil, concurrencia de deudores.

⁵⁶ MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; CASADO OLLERO, Gabriel (2019): p. 286.

a más “especies” de por llamarlo de alguna forma, “conjuntos de personas, bienes y objetivos”. Está claro que la *blockchain* y sus construcciones son tan disruptivas que afectan incluso a la forma de llamar a las cosas. Los términos jurídicos devienen en cierta medida inadecuados, o que no reflejan exactamente la realidad sometida a estudio.

Así pues, en la medida en que estas DAO han formado un capital con las aportaciones de los miembros, podría decirse que existe un patrimonio común, gestionado por todos y que a todos aprovecha, porque como he señalado anteriormente, cuando mayor aceptación, éxito, tiene el proyecto mayor es su “cotización” y los *token* que representan la participación en él, aumentan de valor⁵⁷. No olvidemos que los partícipes en las DAO, según los tipos puesto que no cabe generalizar, pueden ser al mismo tiempo trabajadores que, forzosamente si el proyecto funciona generarán valor añadido a la empresa⁵⁸.

Además, la propia participación en el proyecto puede generar al *token-holder* de la DAO la posibilidad de ver incrementado su patrimonio, con la adjudicación de más *token* del proyecto.

Pero, ¿tiene la DAO un patrimonio separado del de sus socios? Esta es la gran pregunta.

Echemos un vistazo a las disposiciones que sobre las obligaciones tributarias se establecen en las Cartas de adhesión, me parece más expresivo adoptar este concepto, y tomemos como ejemplo la de *Aragon Network DAO*. En ella se recalca que los poseedores del *token* de la organización –que se denomina (ANT)– son conocedores y entienden que están obligados por las disposiciones de la Carta (Chart) de acuerdo con sus leyes aplicables.

De este modo, corresponde la responsabilidad del cumplimiento de todas las obligaciones legales a los partícipes, la entidad parece desentenderse de su propia existencia. En ningún momento, estas DAO se consideran a sí mismas sujetos de derecho.

Y más compromisos para los partícipes, estos *ANT-holders* declaran y garantizan que pueden estar legalmente obligados por este la Carta de acuerdo con sus leyes aplicables. Que su participación o interacción con la DAO siempre cumple con las leyes aplicables, incluidas, entre otras, las leyes anticorrupción. Que serán

⁵⁷ Particularmente, estas condiciones se podrían dar en las llamadas «*share-based membership*», esto es DAOs formadas por miembros que participan a cambio de *token* o de su trabajo, las acciones representan derechos de voto y de propiedad. Cuando dejan la DAO pueden llevarse la parte proporcional que les corresponda en el “capital” (*treasury*). Puede verse los tipos de DAO según sus miembros en la información que suministra la página web de Ethereum: : <https://ethereum.org/en/dao/#what-are-daos>

⁵⁸ Se sobreentiende en la información acerca de lo que significa la descentralización de la fuerza de trabajo, elemento de las DAO. Puede verse en: <https://blog.aragon.org/what-is-a-dao/>

los únicos responsables de cumplir con todas las leyes fiscales aplicables, incluidos, entre otros, la declaración y el pago del impuesto sobre la renta, la seguridad social, el impuesto sobre el patrimonio o similares.

Además, aceptan que la tecnología *Blockchain* y la tecnología de contabilidad distribuida (*distributed-ledger technology*) en general, no se han probado y están fuera del control exclusivo de cualquiera, y los cambios adversos en las fuerzas del mercado o la tecnología, en sentido amplio, excusarán el desempeño de la DAO. De nuevo, la propia organización se considera a sí misma fuera de cualquier responsabilidad por daños, por ejemplo.

Estos miembros, finalmente, entienden que existen riesgos, asociados al uso de *blockchain*, criptoactivos y por lo tanto de la Red de Aragón, y que los asumen bajo su exclusiva responsabilidad. Entre ellos, que puede existir una regulación desfavorable en una o más jurisdicciones; el robo y la piratería; que el tratamiento fiscal de los criptoactivos es incierto y que puede haber consecuencias fiscales adversas al participar o interactuar con *Aragon Network* o tener cualquier ANT; que la pérdida de credenciales para acceder a los saldos de ANT da como resultado que dichos ANT se vuelvan irrecuperables y se pierdan permanentemente; las pérdidas no aseguradas y los riesgos imprevistos y fuerza mayor.

Quizás, en este momento inicial, las soberanías fiscales de todo el mundo se conformen con, al menos, hacer tributar, en la medida en que esto se va haciendo factible, a los miembros y no a la propia entidad.

Las dificultades de control, son como puede imaginarse enormes. Pongamos como ejemplo solamente la cuestión de la identificación de los miembros. En este sentido, son absolutamente opacas. Sin olvidar, la nada irrelevante cuestión de la determinación de la ley aplicable o estado soberano de imposición.

En relación con estas dos últimas cuestiones, no podemos dejar de mencionar el avance en el desarrollo normativo de la «identidad digital», que por lo que parece tendrá su fundamento tecnológico en las cadenas de bloques. Esta forma de identificación de los sujetos permitiría, a mi juicio, resolver en parte muchos de los problemas de los negocios y de la operativa *en Internet*.

Como recientemente se ha señalado en la doctrina⁵⁹, no deben confundirse los siguientes conceptos próximos: la identificación electrónica, que se define normativamente⁶⁰ como el proceso de utilizar los datos de identificación de una

⁵⁹ GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, Pablo (2022): *Blockchain y automatización de procedimientos en la Administración pública*, Ed. El consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, p. 206.

⁶⁰ En el artículo 3 del Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. Por otra parte, téngase en cuenta que identificación no es lo mismo que firma electrónica.

persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica y la identidad electrónica, por el cual, según GARCÍA-VALDECASAS⁶¹ «(...) nos estaríamos refiriendo realmente a una especie de reflejo electrónico o digital de nosotros mismos (de nuestra persona), a través del cual podemos actuar de forma automatizada o no –siguiendo unas pautas previamente establecidas– y sin la necesidad de intermediarios o verificadores de entidad, por cuanto en dicho supuesto, nosotros seríamos realmente los únicos titulares y dueños de nuestra identidad».

La identificación electrónica sí permite actuar ante la Administración, iniciando o impulsando procedimientos, puede usted pensar en los que pueden realizarse remotamente, por ejemplo, en la sede electrónica del Catastro Inmobiliario.

La identidad electrónica, iría un paso más allá y está aún pendiente del plácet regulatorio. Existe una propuesta de modificación del Reglamento europeo⁶², en el que de acuerdo con GARCÍA-VALDECASAS al incorporar en el apartado 16 del artículo 3 de la propuesta, como servicio de confianza la letra «f) la grabación de datos electrónicos en un libro mayor electrónico», está abriendo la puerta a la posibilidad de que la identidad digital se pueda sostener en la tecnología *blockchain*⁶³. Si, finalmente, es aprobada la propuesta de Reglamento de la UE cabrá hablar de una «identidad digital propia descentralizada»⁶⁴ si se acoge a tecnología *blockchain* como así parece ser.

Con esta identidad digital descentralizada, se hace innecesaria una autoridad central puesto que la certeza de la identidad estaría garantizada por la fortaleza de la tecnología que la soporta. Se unirían en esta “identidad” los conceptos de identidad, identificación y firma por lo que a través de ella cabe pensar en que se podrá actuar en el medio digital, tanto en las relaciones privadas, económicas, fiscales o con otras administraciones de forma similar a como se hace con el DNI o pasaporte actuales y la firma manuscrita

⁶¹ GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, Pablo (2022): pp. 206-207. Ambos, como apunta el autor, diferentes de la mera “autenticación” ante sedes electrónicas o portales como los de la Administración pública. Recuerde cómo accede usted para la realización de su declaración del Impuesto sobre la Renta en la AEAT.

⁶² COM (2021) 281 Final, de 3 de junio de 2021, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea.

⁶³ GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, Pablo (2022): pp. 219-220.

⁶⁴ Término muy adecuado y significativo, utilizado GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, Pablo (2022): p. 211.

V. CONCLUSIONES

La conclusión es bastante obvia. La tecnología está poniendo a prueba la elasticidad de los sistemas jurídicos a nivel global. El estadio en el que se encuentra el desarrollo de las DAO es, como hemos señalado, muy incipiente, pero puede adquirir una velocidad de vértigo y sus consecuencias son tan disruptivas que es necesario que el Derecho ofrezca una solución a estas nuevas formas de organización social y económica. Esta solución debe impedir que se produzca una disociación entre lo que es o se está dando en el mundo (en este caso virtual) y lo que el derecho regula, con la inevitable consecuencia de la desigualdad de trato. Es preciso que fenómenos equivalentes no tengan consecuencias jurídicas diferentes y no porque se ofrezca diversa solución a unos casos, ejemplo a una sociedad del mundo real y a su equivalente DAO, sino porque precisamente, no se le dé ninguna por falta de adaptación de la que existe o en otros casos, por la falta de regulación (anomia).

En materia tributaria, y en lo que se refiere a la cuestión acerca de la subjetividad tributaria, la elasticidad del concepto de entidades sin personalidad jurídica del artículo 35.4 de la Ley General Tributaria permite abordar con cierto optimismo su régimen tributario. En su defecto, siempre podrán ser objeto del gravamen los sujetos que forman parte de la DAO. Como ya señalamos, precisamente, es la opción por la que se decantan estas organizaciones, así es de completa la carta que rige la adhesión a la DAO. El Estado no puede renunciar a que este sea finalmente el tratamiento tributario, en todo caso, y debe buscar una regulación tributaria más específica y que distinga, como hemos tenido ocasión de señalar, de acuerdo con las diversas tipologías de DAO y de sus finalidades.

Desde nuestro punto de vista, sería necesario partir de la base de que las DAO pueden ser reconocidas como sociedades civiles o mercantiles, como fundaciones o asociaciones sin ánimo de lucro y en todos los impuestos implicados, particularmente, en los impuestos sobre la renta, IRPF e IS, debería empezar a tratarse la cuestión de la construcción del, o de los regímenes especiales de estas nuevas formas de organizaciones económicas y sociales.

Otro tema serán las dificultades prácticas para ponerle patas a la construcción jurídica que se proponga y hacer efectiva la tributación. Recuérdese, que en estas DAO no es preciso identificarse, basta un Nick y una aportación de criptomonedas y, a lo que se añadirá la problemática de la soberanía fiscal. Todo un reto de futuro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CÁRCELES, Marta María y MIRAS MARÍN, Norberto (2020): «Consecuencias penales y tributarias a la modificación fraudulenta de los *smart contracts*. Especial referencia al caso The DAO», *Revista CEFLegal*, núm. 231, pp. 113-134.
- CALVO ORTEGA, Rafael (2013): *Curso de Derecho Financiero*, 17.^a ed., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.
- CHEN, Yan (2018). «*Blockchain Tokens and the Potential Democratization of Entrepreneurship and Innovation*». *Business Horizons*, núm. 61, 4, julio-agosto, pp. 567-575. doi: <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.03.006>
- CNMV (2018): «Consideraciones de la CNMV sobre “criptomonedas” e “ICOs”», 8 de febrero de 2018. Disponible en la página web CNMV.es: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B9c76eef8-839a-4c19-937f-cfde6443e4bc%7D>
- COM (2021) 281 Final, de 3 de junio de 2021, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.^o 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/5d88943a-c458-11eb-a925-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>
- DOLADER RETAMAL, Carlos; BEL ROIG, Joan; MUÑOZ TAPIA, José Luis: «La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas» publicado en la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MUÑOZ.pdf>
- ERCILLA GARCÍA, Javier (2019): «Aproximación jurídica a las Organizaciones Autónomas Descentralizadas», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, septiembre-diciembre, *online*.
- GARCÍA-VALDECASAS RODRÍGUEZ DE RIVERA, Pablo (2022): *Blockchain y automatización de procedimientos en la Administración pública*, Ed. El consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid.
- GERRING, Taylor (2014): «Building the decentralized web 3.0. How ethereum could shard the web», de 18 de agosto de 2014, en la página web de Ethereum, disponible en: <https://blog.ethereum.org/2014/08/18/building-decentralized-web/>
- GONZÁLEZ BENJUMEA, Óscar Humberto (2016): «Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», *Revista Ratio Iuris*, Vol. 11, núm. 23 (julio-diciembre), pp. 97-124.

- INE (2022): Notas de prensa, 12 de mayo de 2022, *Estadística de Sociedades Mercantiles (SM). Marzo 2022. Datos Provisionales*, en <https://www.ine.es/daco/daco42/daco24/sm0322.pdf>
- LUCAS DURÁN, Manuel y MARTÍN DÉGANO, I. (2014): *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario. Reflexiones al cumplirse diez años de su ley de aprobación*, Ramón Areces, Madrid.
- MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; CASADO OLLERO, Gabriel (2019): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 30^a ed., Ed. Tecnos, Madrid.
- MERINO JARA, Isaac (Dir.) y otros (2020): *Derecho Financiero y Tributario: Parte General*, Tecnos, 9.^a ed., Madrid.
- NAVARRO GARMENDIA, José Antonio (2020): «Cuestiones tributarias conflictivas en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *Crónica Tributaria*, núm. 175, pp. 117-134.
- NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2018): «Gobierno corporativo, blockchain y smart contracts. Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados (DAOS) (1) (2)», en *Revista del Mercado de Valores*, núm. 23, versión online smarteca, pp. 1-20.
- NAVARRO LÉRIDA, M.^a Sagrario (2019): «Las empresas ante el espejo. Una revisión del concepto de interés social en la nueva economía. Economía colaborativa, información no financiera y blockchain», *Revista de Derecho de Sociedades*, mayo-agosto, versión online smarteca.
- PABLO VARONA, Carlos (2018): *Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Régimen fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves (2019): «De la tecnología *blockchain* a la economía del *token*», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 83, pp. 61 a 87.
- PYMNTS.com: «Serie de conceptos básicos de criptografía de PYMNTS: ¿Qué es un *token* nativo, un *token* no nativo y una criptografía de marca blanca?», en: <https://www.pymnts.com/es/cryptocurrency/2022/pymnts-crypto-basics-series-whats-a-native-token-non-native-token-and-white-label-crypto/>
- RUANE, Jonathan y McAFEE, Andrew (2022): *What a DAO can –and can't– do*, página web Harvard Business Review, 10 de mayo de 2022, en: <https://hbr.org/2022/05/what-a-dao-can-and-cant-do>
- TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex (2016): «The Impact of the Blockchain Goes Beyond Financial Services», 10 de mayo de 2016, en la página web de la *Harvard Business Review*, disponible en: <https://hbr.org/2016/05/the-impact-of-the-blockchain-goes-beyond-financial-services>

II. ¿NUEVAS PERSONAS?

3. COMUNICACIONES: ANIMALES

Joaquín Fernández Mateo: *Antropocentrismo debilitado: consecuencias y correspondencias entre la ética animal y la ética ambiental*

Beatriz Extremera Fernández: *Cuestiones competenciales en materia de protección animal*

ANTROPOCENTRISMO DEBILITADO: CONSECUENCIAS Y CORRESPONDENCIAS ENTRE LA ÉTICA ANIMAL Y LA ÉTICA AMBIENTAL

JOAQUÍN FERNÁNDEZ MATEO

*Profesor del Área de Filosofía
Universidad Rey Juan Carlos*

Sumario: I. Las causas profundas de la crisis ecológica. II. La consideración moral de los animales. III. Relaciones entre ética animal y ética ambiental. IV. Conclusión V. Bibliografía

La finalidad de este artículo es analizar las consecuencias de la crisis del paradigma antropocéntrico. Esta crisis implica un cambio en las relaciones entre el ser humano y naturaleza, con efectos en el reconocimiento de los demás animales. Desde los años 60, diversas teorías se han preguntado por la consideración moral de los animales no humanos, planteando un cambio en las relaciones con ellos. Dichas teorías reconocen que los seres sensibles son merecedores de consideración moral, libertades y derechos directos contra el abuso, la violencia o la crueldad. En consecuencia, el carácter justificado de su consideración moral nos llevaría a un nuevo modelo relacional integral que reduciría, de forma indirecta, todo un conjunto de impactos ecológicos. Este trabajo concluye que la defensa de los derechos de los animales individuales podría converger con las teorías que defienden la protección de hábitats y ecosistemas.

I. LAS CAUSAS PROFUNDAS DE LA CRISIS ECOLÓGICA

El antropocentrismo moderno ha conceptualizado al ser humano como un sujeto enfrentado al medio ambiente. Separados de la naturaleza, la representación aislada del ser humano ignora que el medio natural es condición de posibilidad de su propia vida y desarrollo. Frente a la tradicional comprensión dualista y excepcionalista (WHITE, 1967; CATTON & DUNLAP, 1978, 1980; NORTON, 1984) el ser humano se encuentra en una situación, un compuesto de naturaleza y humanidad en el que los impactos sobre la naturaleza afectan a los seres humanos. Las externalidades que vertemos en la naturaleza revierten sobre nosotros

mismos. Las causas profundas de la crisis ecológica son de tipo antropológico-cultural, y sus efectos se manifiestan en la economía, el orden social y el orden político.

En consecuencia, la solución al problema ecológico no pasaría, necesariamente, por una mayor aplicación de ciencia y tecnología, o por un aumento de la eficacia, eficiencia y productividad¹. La naturaleza nos devuelve nuestras acciones pues formamos parte de un entramado vivo del que no podemos desligarnos. En este entramado, la ecología aparece como la ciencia de las sabias relaciones, relaciones marcadas por el respeto, la cooperación, la circularidad, la reciprocidad y la interdependencia.

Este enfoque suele conducirnos hacia una comprensión sistémica del planeta Tierra y sus habitantes. Los seres humanos no podemos aislarnos de la naturaleza: no somos seres independientes sino seres interdependientes. En consecuencia,

Human beings are but one species among the many that are interdependently involved in the biotic communities that shape our social life. 2. Intricate linkages of cause and effect and feedback in the web of nature produce many unintended consequences from purposive human action. 3. The world is finite, so there are potent physical and biological limits constraining economic growth, social progress, and other societal phenomena (CATTON & DUNLAP, 1978, p. 45)

El enfoque sistémico trata de reconstruir los lazos que unen las partes del sistema, partes que han sido separadas del conjunto con finalidad analítica e instrumental. Frente a los intentos de comprender artificialmente la naturaleza como una entidad independiente y aislada (NAESS, 1989), la comprensión sistémica busca identificar las relaciones que hacen posible el florecimiento de la vida. La comprensión sistémica difiere de la comprensión atomizada, una visión parcial y artificial de la realidad que olvida que las partes están interconectadas formando una unidad. La comprensión sistémica permite estudiar de forma más realista lo que ocurre y lo que somos. Igual que la mente no puede ser sin el cuerpo, el ser humano no puede ser sin la naturaleza, entendida como condición de posibilidad de la vida y su florecimiento.

Esta situación nos lleva necesariamente a un cambio voluntario en nuestro comportamiento. Incluso aunque tuviéramos un comportamiento puramente egocéntrico —centrado en nuestro único y propio interés—, sería lógico que fuéramos abnegados, es decir, que tuviéramos en cuenta a la naturaleza por nuestro propio interés. Si los efectos sobre la naturaleza repercuten sobre nosotros

¹ A partir de los estudios de SCHNEIDER y KAY (1994) podemos interpretar que, a medida que el sistema tecno-científico crece en complejidad, para mantener su propio orden necesita incrementar el desorden del medio que lo contiene. Siguiendo la evolución termodinámica de los sistemas comprendemos que para mantener la estructura de un sistema complejo se necesita un flujo de energía continuo que implica aumentar el desorden del resto de sistemas en los que se inserta.

mismos, es nuestro interés respetar los procesos ambientales o, por lo menos, mitigar el daño a los ecosistemas.

Somos dependientes de la naturaleza para mantener nuestra propia vida, nuestro propio interés. Frente a la noción de autonomía individual debemos transitar a una comprensión relacional e interdependiente de nosotros como especie inserta en el entramado de la vida. Ni somos una mente separada de un cuerpo, ni un ser humano separado de un entorno natural o medio ambiente —aunque algunas utopías transhumanistas persigan una independencia de tipo cibernético. Incluso una ética instrumentalista entendería que debemos tratar con cuidado a la naturaleza-objeto para lograr el bienestar del mayor número de humanos.

Evidentemente, otras éticas son posibles. Si es inevitable tener una visión antropocéntrica legítima, es posible también elaborar una crítica de las formas antropocéntricas ilegítimas (HAYWARD, 1997). Se trata de transitar de un *antropocentrismo fuerte*², en el que «all elements of nature can, at most, have value instrumental to the satisfaction of human interest» (NORTON, 1984, p. 164) a un *antropocentrismo débil*, que sometería los intereses de especie a unos límites racionales en función de los límites de la biosfera:

Weak anthropocentrism is an attractive position for environmentalist positions. It requires no radical, difficult-to-justify claims about the intrinsic value of non-human objects and, at the same time, it provides a framework for stating obligations that goes beyond concern for satisfying human preferences (NORTON, 1984, p. 167).

Si bien la actuación generalizada —frente al antropocentrismo fuerte— trata de establecer unos límites para el mantenimiento de nuestra propia especie, son posibles concepciones sensocéntricas o biocéntricas, que amplían la comunidad de intereses al resto de seres sintientes, en el primer caso, o a la vida en la tierra y sus sistemas, en el segundo. Se trata de una ampliación del valor moral de lo humano, que alcanza a los demás animales o a los sistemas vivos. Posiciones sensocéntricas y biocéntricas quedarían definidas respectivamente de la siguiente manera:

Every sentient being is capable of leading a life that is happier or less miserable than some alternative life, and hence has a claim to be taken into account. In this respect the distinction between humans and non-humans is not a sharp division, but rather a continuum along which we move gradually, and with overlaps between the species, from simple capacities for enjoyment and satisfaction, or pain and suffering, to more complex ones (SINGER, 1976, p. 158)

If we accept the biocentric outlook and regard such creatures as possessing inherent worth, it will indeed always be wrong, other-things-being-equal, to kill or harm any of

² Un antropocentrismo fuerte entendería que las leyes de la física y la biología no operan sobre el ser humano en tanto excepcionalidad.

them. It will be as much a wrong as killing or harming a human. But this in no way entails that humans must never kill or harm a wild animal or plant, must never swat a fly or step on a wildflower. What it does entail is that humans must not do such a thing without an adequate moral reason that outweighs the wrongness of the act. Exactly the same holds for killing or harming a human (TAYLOR, 1983, p. 242)

Desde el antropocentrismo débil, las relaciones con los animales no humanos deberían transitar de una explotación intensiva a una relación bienestarista. Para la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la salud va más allá de la salud humana: la salud animal, vegetal y ambiental forman parte del enfoque *one health*. Los animales sanos contribuyen a la salud de las personas, lo que hace necesario prestar atención a la mejora de la higiene en las granjas. La mejora del bienestar de los animales aumenta la productividad y la seguridad alimentaria. Los buenos resultados en materia de salud y bienestar de los animales implican un buen alojamiento de los animales, una buena nutrición, una buena salud y un comportamiento natural.

Sin embargo, las consecuencias sistémicas de la ingesta masiva y a gran escala de productos de origen animal obligan a modificar los hábitos de consumo, optando por dietas basadas en alimentos vegetales —con un menor impacto en la biodiversidad y los recursos hídricos. La ganadería intensiva, la agricultura para la producción de forraje o la extracción de recursos y materias primas destruyen hábitats que actuaban como barrera entre humanos y animales silvestres. Al poner en contacto a los humanos con especies animales no habituales, aumenta la posibilidad del desarrollo de enfermedades zoonóticas.

Los seres humanos formamos parte de un entramado de interdependencias que nos obliga a transitar —al menos, por nuestro propio interés— de un antropocentrismo fuerte a un antropocentrismo débil. Desde una teoría del propio interés, deberíamos cambiar la relación con la naturaleza y los demás animales al entender que el ser humano no está por encima del mundo —como si la naturaleza fuera una suerte de *res extensa* ajena a él. El tránsito de una relación exterior a una relación de pertenencia e interdependencia da lugar a procesos de identificación y reconocimiento. En ese compuesto que somos, y del que forma parte, los impactos sobre realidades no humanas son impactos sobre realidades humanas, aunque nuestra consideración de sujeto abstracto e independiente lo olvide con frecuencia.

II. LA CONSIDERACIÓN MORAL DE LOS ANIMALES

La ética animal ha tratado de justificar la relevancia moral del sufrimiento de los animales no humanos. A pesar de las diferencias entre las teorías morales existentes, «there is one common denominator that ties many of them together.

This is the emphasis placed on the role of the capacity to experience» (AALTOLA, 2012, p. 105). La experiencia del sufrimiento —frente a capacidades como la racionalidad, el lenguaje o la agencia moral—, es la base del valor de los animales no humanos. La similitud con esa cualidad propiamente humana sería la fuente de valor moral. Pero, en realidad, la sintiencia no es propiedad de ninguna especie, «the capacity to suffer are shared far and wide in the animal kingdom, and that no species can claim a privileged stake in them, or declare them its own» (AALTOLA, 2012, p. 107).

Las diversas teorías sobre la consideración moral de los animales no humanos —utilitarismo, el deontologismo o el eudemonismo— reconocen que los seres sensibles son merecedores de consideración moral, libertades y derechos directos contra el abuso, la violencia o la crueldad. Estas teorías nos llevarían a un nuevo modelo integral de relación con los demás animales que nos haría transitar de un antropocentrismo fuerte a diversas formas de antropocentrismo débil, bienestarismo, sensocentrismo, zoocentrismo o antiespecismo.

El utilitarismo afirma que la motivación del comportamiento humano reside en la búsqueda del placer y la huida del dolor. En consecuencia, la felicidad consiste en minimizar el sufrimiento. El ejemplo histórico se encuentra en el pensamiento de JEREMY BENTHAM (1748), quien delimitó el círculo de la preocupación moral en la capacidad de sentir. La cuestión del sufrimiento es un límite infranqueable. Para PETER SINGER

If a being suffers, there can be no moral justification for refusing to take that suffering into consideration. No matter what the nature of the being, the principle of equality requires that its suffering be counted equally with the like suffering —in so far as rough comparisons can be made- of any other being. If a being is not capable of suffering, or of experiencing enjoyment or happiness, there is nothing to be taken into account. This is why the limit of sentience (using the term as a convenient, if not strictly accurate, shorthand for the capacity to suffer or experience enjoyment or happiness) is the only defensible boundary of concern for the interests of others. To mark this boundary by some characteristic like intelligence or rationality would be to mark it in an arbitrary way. Why not choose some other characteristic, like skin color? (SINGER, 1976, p. 154)

La sintiencia aparece como un denominador común que difumina la tradicional distancia dualista que nos ha separado de los demás animales. En consecuencia, establecer otra diferencia para defender de nuevo su desigualdad carece de justificación. El utilitarismo considera los intereses de los animales humanos y no humanos por igual:

Pleasure and pain matter to all of us who feel them. As such, it follows that we are obliged to consider, at a minimum, the interests of all those who are capable of feeling pleasure and pain —that is, all those who are sentient. We can then say that sentience is a sufficient condition for having interests and having those interests considered equally (MATHENY, 2006, p. 17).

Sin embargo, la capacidad de sentir dolor ha sido cuestionada como criterio normativo. El bienestarismo habla de métodos humanitarios para matar animales; si los animales están anestesiados, no sienten y, por tanto, no sufrirían. Para TOM REGAN (2004), el sufrimiento no es el único daño que podemos infligir a un animal; la muerte prematura implica la pérdida de toda una serie de preferencias y posibilidades. La muerte prematura, con o sin dolor, priva a los animales de una vida. El enfoque de los derechos impone un límite que no se puede sobrepasar —por encima de las consideraciones sintientes. Si gracias al utilitarismo se ha producido un importante avance histórico al considerar el interés de cualquier sujeto sintiente, el enfoque de los derechos impide que los sujetos puedan someterse al cálculo agregacionista de la utilidad.

Los enfoques deontológicos o las teorías del valor inherente parten de principios distintos a los del utilitarismo. La diferencia que establece la consideración moral no es la sintiencia o no sintiencia, sino la diferencia entre el valor instrumental y el *valor intrínseco o inherente*. Si en el utilitarismo se pueden hacer cálculos que permitan, por ejemplo, el sufrimiento de una minoría por el bienestar del mayor número, el enfoque de los derechos impide esa circunstancia. Los derechos establecen un marco de justicia. Todos los sujetos de una vida tienen un valor inherente o, dicho de otro modo, el valor inherente es ser sujeto de una vida que puede ser experimentada de mejor o peor manera. Para TOM REGAN, las diferencias entre humanos y no humanos son evidentes, sin embargo, hay una clara convergencia:

We are each of us the experiencing subject of a life, a conscious creature having an individual welfare that has importance to us whatever our usefulness to others. We want and prefer things, believe and feel things, recall and expect things. and all these dimensions of our life, including our pleasure and pain, our enjoyment and suffering, our satisfaction and frustration, our continued existence or our untimely death—all make a difference to the quality of our life as lived, as experienced, by us as individuals. as the same is true of those animals that concern us (the ones that are eaten and trapped, for example), they too must be viewed as the experiencing subjects of a life, with inherent value of their own (REGAN, 1986, p. 186)

No solo los animales humanos buscan la autorrealización. Lo mismo ocurre con el resto de animales que, como sujetos de una vida, buscan la actualización de su potencia y el florecimiento de sus vidas. Todos los animales buscan el desarrollo de su naturaleza, y «when we fail to meet needs flowing from the telos, we harm the animal» (ROLLIN, 2011, p. 427).

El enfoque de las capacidades busca el florecimiento de los individuos con valor moral. En este sentido, MARTHA NUSSBAUM defiende el derecho de los animales a la realización de su propio bien, es decir, tienen derecho al florecimiento de su existencia: «the capabilities approach, which begins from an ethically attuned wonder before each form of animal life, offers a model that does justice to the complexity of animal lives and their strivings for flourishing» (NUSSBAUM,

2004, p. 319). Todos los seres sintientes pueden florecer si no se les impide desarrollar una vida buena, es decir, desarrollar su propio bien, actualizar sus fines y, en definitiva, alcanzar su propio *telos*.

La consideración moral de los animales afecta a la correspondencia entre conciencia ética y derecho. Los imperativos éticos de la conciencia individual cristalizarían de manera progresiva en mandatos jurídicos que sobrepasan la responsabilidad moral individual para adquirir una expresión social. De hecho, «la doctrina en materia de Ética y Derecho Animal ha ofrecido importantes y sólidos argumentos para descosificar y dar mayor protección a los demás animales, incluso a nivel constitucional» (GONZÁLEZ MARINO & BECERRA VALDIVIA, 2021, p. 50). La nueva relación integral entre animales humanos y no humanos llevarían a una nueva comunidad política donde los animales son reconocidos como parte inherentemente valiosa de las comunidades democráticas.

III. RELACIONES ENTRE ÉTICA ANIMAL Y ÉTICA AMBIENTAL

La finalidad de este artículo es adoptar una visión complementaria de las relaciones entre ética animal y ética ambiental partiendo de la siguiente premisa. Si el desencadenante de la crisis ecológica que vivimos procede del tipo de relación que los seres humanos mantenemos con una realidad definida como exterior —dado el planteamiento dualista descrito en el apartado 1—, modificar ese tipo de relación implica adoptar el mayor número posible de relaciones no excluyentes u objetivadoras, ya se trate de animales no humanos o de ecosistemas. La clave reside en dejar de concebir la realidad como un objeto exterior, carente de valor, condición de posibilidad del desarrollo de prácticas abusivas y destructivas. En este sentido, la propuesta de JORGE RIECHMANN es conciliadora:

Nuestra mejor ética bien puede anclarse en el individuo; pero sin duda nuestra mejor ontología no puede hacerlo (será relacional, evolutiva y sistémica). El no entender esto explica, creo, buena parte de los desencuentros entre animalismo y ecologismo —desencuentros que autoras como Catia Faria u Óscar Horta se empeñan en magnificar— cuando lo deseable en mi opinión sería lo contrario: tender puentes y buscar territorios de confluencia. Quizá el ecologismo tenga un problema ético y metaético (si se aferra a posiciones holistas en lo moral); pero algún sector del animalismo parece tener un problema ontológico y epistemológico, de no entender bien el mundo donde estamos viviendo (RIECHMANN, 2018, p. 29-30)

Pero analicemos con mayor detenimiento los argumentos. Para la ética animal estaría justificada la intervención en la naturaleza para ayudar a los demás animales —por su valor moral— mientras que la ética ambiental negaría tal justificación. El holismo ecologista afirmarí que muchas prácticas humanas resultan devastadoras para los animales —como ocurre con la ganadería industrial— pero, al mismo tiempo, la matanza de animales podría tener un impacto positivo

sobre los ecosistemas —por ejemplo, la caza y la ganadería sostenibles. En consecuencia, «la visión ecologista prefiere la conservación y la protección de los ecosistemas o la sostenibilidad antes que salvar las vidas de los animales de especies que no estén en peligro» (DONALDSON & KYMLICKA, 2011, p. 17-18). Por el contrario, las teorías que defienden la consideración moral de los animales plantean la existencia de derechos invulnerables de los que son titulares los animales no humanos. Este planteamiento «es una extensión natural del concepto de igualdad moral que subyace a la doctrina de los derechos humanos» (2011, p. 19)

En la literatura sobre ética medioambiental, se suele asumir que ciertas entidades y procesos naturales tienen un valor en sí, es decir, que su valor no es meramente instrumental. La ética animal afirma que todos los individuos sintientes importan, es decir, tienen consideración moral y deben ser tenidos en cuenta en nuestro razonamiento. La incompatibilidad de ambos argumentos reside en que ciertas políticas conservacionistas —para proteger los sistemas y procesos ambientales—, pueden conllevar daños a los animales no humanos, en tanto que la conservación de los sistemas naturales, bajo la ética medioambiental, es más fuerte que la integridad de los seres sintientes, en caso de conflicto:

Any environmentalist position implies that, at least sometimes, we ought to perform negative interventions. That is, that what we have most moral reason to do is a course of action which will cause greater harms than benefits—or even no benefits—to wild animals, because that is necessary for the preservation of nature [...] Any environmentalist position implies that, at least sometimes, we ought to abstain from performing positive interventions. That is, that what we have most moral reason to do is abstaining from a course of action which will cause greater benefits than harms—perhaps no harms—to wild animals, because that is necessary for the preservation of nature (PAEZ & FARIA, 2019, p. 1053)

A partir de esta premisa, PAEZ y FARIA (2019) entienden que la ética animal defiende que hay razones justificadas para intervenir en la naturaleza para aliviar el sufrimiento de los animales no humanos. Por el contrario, desde posiciones holistas no estaría justificado intervenir pues de ello se podrían derivar daños en los ecosistemas. La postura defensora de la consideración moral de los animales no humanos opone ética animal y ética ambiental:

We claim that animal ethics and environmental ethics are incompatible ethical positions. This is because they have incompatible criteria of moral considerability and they have, at least in some cases, incompatible normative implications regarding the interests of sentient individuals (2019, p. 1057-1058).

Pero si siguiéramos una lógica complementaria y relacional, el individualismo moral y la eco-lógica de los sistemas podrían converger. Con ello se alcanzarían metas más modestas o pragmáticas, evitando procesos indeseados en la gestión de los ecosistemas, que podrían repercutir sobre las vidas de los propios animales.

IV. CONCLUSIÓN

La defensa de los derechos de los animales individuales no puede obviar que la devastación de hábitats y ecosistemas tiene consecuencias sobre sus propias vidas. Una consideración filosófica no dualista ni excepcionalista reconocería la dependencia de humanos y demás animales de los sistemas ecológicos.

Esta respuesta nos lleva a una nueva relación integral entre los seres humanos, animales no humanos y la naturaleza. Supone un tránsito de relaciones de dominio a relaciones armónicas, pasando de la consideración del otro como un objeto-recurso al otro como sujeto valioso, parte de un sistema-compuesto complejo —el entramado de la vida. Colocar a los animales no humanos en una posición excepcional respecto de la naturaleza reproduciría el modelo dualista y sus consecuencias, es decir, supone volver a la premisa negativa de partida.

Un ejemplo de interdependencia es propuesto por DONALDSON y KYMLICKA (2011). Hoy la naturaleza no existe: vivimos en entornos transformados artificialmente —ciudades, infraestructuras, etc. Los animales coexisten con estructuras humanas, por lo que no pueden vivir independientes: la interacción es constante. Los demás animales forman parte de una naturaleza que ha sido modificada artificialmente por el ser humano.

Concluimos formulando derechos negativos que protegen la vida animal —derecho a no ser asesinado, confinado, torturado o separado de sus pares. Y derechos positivos que incluyen respetar el tipo de relaciones que establecen los animales con su medio natural para el florecimiento de sus vidas. Dado que esa naturaleza ha sido modificada por el ser humano, dichas modificaciones obligan a rediseñar ciudades, edificios e infraestructuras para respetar las relaciones que los animales establecen con la naturaleza. La crisis climática que vivimos obliga a una intervención protectora que proteja a los demás animales de la destrucción de sus hábitats. Los nuevos derechos positivos implican cuidar a los animales que sufren los impactos de la crisis climática —incendios, inundaciones o fenómenos climáticos extremos.

V. BIBLOGRAFÍA

- AALTOLA, E. (2012). *Animal suffering: Philosophy and culture*. Palgrave Macmillan.
- CATTON, W. R., & DUNLAP, R. E. (1978). «Environmental Sociology: A New Paradigm». *The American Sociologist*, 13(1), 41–49. <http://www.jstor.org/stable/27702311>
- CATTON JR, W. R., & DUNLAP, R. E. (1980). «A new ecological paradigm for post-exuberant sociology». *American behavioral scientist*, 24(1), 15-47.

- BENTHAM, J. (1948). «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation». In *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Blackwell.
- DONALDSON, S., & KYMLICKA, W. (2011). *Zoopolis: A political theory of animal rights*. Oxford University Press.
- FARIA, C., & PAEZ, E. (2019) «It's Splitsville: Why animal ethics and environmental ethics are incompatible», *American Behavioral Scientist*, 63(8), 1047-1060.
- MARINO, I. G., & VALDIVIA, K. B. (2021). «Los demás animales como miembros de la comunidad política: superando el antropocentrismo constitucional a través de la paz como fin del Derecho». *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, Vol. 12, No. 3, pp. 43-56. <https://doi.org/10.5565/rev/da.58750>
- MATHENY, G. (2006). «Utilitarianism and Animals». In Singer, P. (ed.) *Defence of Animals: The Second Wave*. 13-25. Malden, MA: Blackwell Pub.
- HAYWARD, T. (1997). «Anthropocentrism: a misunderstood problem». *Environmental Values*, 6(1), 49-63.
- NAESS, A. (1989). *Ecology, community and lifestyle: outline of an ecosophy*. Cambridge University Press.
- NORTON, B. G. (1984). «Environmental ethics and weak anthropocentrism». *Environmental Ethics*, 6(2), 131-148.
- NUSSBAUM, M. (2004). «Beyond 'compassion and humanity': justice for nonhuman animals». In Sunstein C. R. and Nussbaum M. C., (Eds.). *Animal rights: current debates and new directions*. Oxford: Oxford University Press. pp. 299-320.
- REGAN, T. (1986). «A case for animal rights». In Fox M. W. and Mickley L. D. (Eds.) *Advances in animal welfare science 1986/87*. Washington, DC: The Humane Society of the United States. pp. 179-189.
- REGAN, T. (2004). *The case for animal rights*. Univ. of California Press
- RIECHMANN, J. (2018). «Una utopía ética desmadrada: la intervención animalista positiva en la naturaleza». *Revista de Bioética y Derecho*, (44), 19-40.
- Rollin, B. E. (2011). «Animal pain: what it is and why it matters». *The Journal of Ethics* 15(4). pp. 425-437. <https://doi.org/10.1007/s10892-010-9090-y>
- Schneider, E. D., & Kay, J. J. (1994). «Life as a manifestation of the second law of thermodynamics». *Mathematical and computer modelling*, 19(6-8), 25-48.
- Singer, P. (1976) «All Animals are Equal», in Tom Regan and Peter Singer (eds) *Animal Rights and Human Obligations*. New Jersey: Prentice Hall.
- Taylor, P. W. (1983). «In defense of biocentrism». *Environmental Ethics*, 5(3), 237-243.
- White Jr, L. (1967). «The historical roots of our ecologic crisis». *Science*, 155(3767), 1203-1207.

CUESTIONES COMPETENCIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN ANIMAL

BEATRIZ EXTREMERA FERNÁNDEZ

*Profesora Ayudante
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN ANIMAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA. III. LA PROTECCIÓN ANIMAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. Carencia de competencias específicas en la Constitución Española. 2. La extralimitación competencial en materia de protección animal. 3. El Anteproyecto de Ley de Protección y derechos de los animales. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma del Código Civil operada por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (en adelante, LRJA) ha puesto de relieve la especial relevancia que han adquirido los animales en la sociedad española actual. Y es que esta modifica el régimen jurídico de estos seres vivos para dejar de calificarlos como bienes *semovientes* y pasa a considerarlos como seres dotados de sensibilidad¹.

Este cambio de percepción es la consolidación de una demanda por parte de la sociedad española, así como una tendencia generalizada tanto en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –Francia, Italia o Alemania, entre otros–², como en el seno de la Unión Europea. Así es, el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) establece que las políticas de la Unión Europea deberán tomar en consideración a los animales como seres sensibles³.

¹ «Art. 333.1 bis CC: Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección».

² Téngase presente que esta diferenciación de los animales como seres distintos a las cosas también era reconocido en el seno del Derecho foral catalán, tal y como se establece en el art. 511-1.3 del Código Civil Catalán: «Los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza».

³ En relación con este precepto, ALONSO GARCÍA, Enrique (2010): «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el Derecho español». En J. A. Santamaría Pastor (dir.) *Los principios del Derecho administrativo*, La Ley,

Sin embargo, este no es el último hito que ha de alcanzarse en torno a la protección animal. En efecto, tal y como se adelante en la Exposición de Motivos de la LRJA, todavía resulta necesaria una mayor regulación estatal en torno a la protección del bienestar animal y, en particular, de los animales de compañía. Y es que, si bien es cierto que España se ha adherido recientemente al Convenio Europeo para la protección de los animales de compañía, suscrito en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 (en adelante, CEPAC)⁴, esto no se ha considerado suficiente.

Por el contrario, ante la pasividad del legislador estatal, las Comunidades Autónomas no han querido dejar desprotegidos a los animales de compañía y, desde finales del siglo pasado, todas ellas han venido dictando normas con este objetivo. Sin embargo, esta disparidad regulativa ha ocasionado tal diversidad que lo que en el territorio de una Comunidad Autónoma está prohibido, en otra sí que está permitido, incluso en cuestiones que afectan sustancialmente al Derecho civil como, por ejemplo, las limitaciones del objeto o de los sujetos en los contratos de compraventa y donación de animales de compañía.

El presente trabajo tiene como objetivo primordial identificar a quién corresponde la competencia para legislar en materia de protección animal, así como los límites que la misma pueda tener. En particular, se pretende dilucidar si existe una extralimitación competencial por parte de las Comunidades Autónomas al regular cuestiones de protección animal. Por último, también se quiere analizar brevemente si el Anteproyecto de Ley de Protección y derechos de los animales adoptará la tendencia ya seguida por las Comunidades Autónomas y las exigencias de la CEPAC en materia contractual o, por el contrario, supondrá una regulación ciertamente novedosa.

Con tales fines, el presente trabajo se iniciará con la contextualización de la protección animal en el Derecho supranacional, para después adentrarnos en el Derecho interno, en particular, en la determinación de a qué Administración (Estado o Comunidades Autónomas) corresponde legislar en materia de protección animal. Posteriormente, se analizarán aquellas extralimitaciones en las que han incurrido todas las autonomías en el momento de legislar sobre la materia. Finalmente, se estudiará la futura legislación estatal en materia de protección animal en relación con aquellas cuestiones que han resultado controvertidas competencialmente.

Madrid, pp. 1468-1470 y (2015): «El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres “sensibles [sentientes]” a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En D. Favre y T. Giménez-Candela (eds.) *Animales y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 39-42 considera que el término apropiado debería ser «seres sintientes».

⁴ En efecto, a pesar de que el CEPAC data de finales del siglo XX, España no lo ratificó hasta el año 2017 (Instrumento de ratificación de 23 de junio de 2017 [BOE núm. 245, de 11-10-2017]) y su entrada en vigor se postergó hasta el 1 de febrero de 2018.

II. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN ANIMAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

La protección animal en el Derecho internacional y en el de la Unión Europea no es una cuestión reciente, por mucho que pueda pensarse. En efecto, desde mediados del siglo XX existen normas que, en mayor o en menor medida, tienen la finalidad de proteger el bienestar de los animales.

Así, a nivel europeo, cabe citar el Convenio Europeo sobre protección de animales en el transporte Internacional, suscrito en París el 13 de diciembre de 1968; el Convenio Europeo de protección de los animales en explotaciones ganaderas, suscrito en Estrasburgo el 10 de marzo de 1976; el Convenio Europeo sobre protección de los animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos, suscrito en Estrasburgo el 18 de marzo de 1986 y el ya mencionado CEPAC.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, el art. 13 TFUE afirma que: «[a] l formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

No obstante, debe tenerse presente que la Unión Europea no tiene competencias sobre protección animal, sino que únicamente la puede garantizar a través de otras políticas concretas sobre las que sí que tenga competencias como, por ejemplo, el transporte y la investigación. Así, la Unión Europea ha dictaminado las siguientes normas que pretenden conseguir tal objetivo en el ámbito de sus respectivas competencias: la Directiva 93/119/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1993, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza, posteriormente derogada y sustituida por el Reglamento (CE) 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza; la Directiva del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se determinan algunas medidas necesarias para la aplicación de la Directiva 77/489/CEE, relativa a la protección de los animales para el transporte internacional; la Directiva del Consejo, de 24 de noviembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos, posteriormente sustituida por la Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos y el Reglamento (CE) 1/2005 del Consejo, de 22 de diciembre

de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas y por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento CE n° 1255/97.

III. LA PROTECCIÓN ANIMAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Carencia de competencias específicas en la Constitución Española*

La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) establece un régimen de distribución de competencias por el que atribuye las mismas al Estado o a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, nada dice al respecto de la concreta competencia en materia de protección animal. Es por ello por lo que resultará necesario acudir al art. 149.3 CE a los efectos de valorar a qué ente le corresponderá la asunción de dicha competencia:

«Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El [D]erecho estatal será, en todo caso, supletorio del [D]erecho de las Comunidades Autónomas».

Debe reconocerse que únicamente las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía y las Islas Canarias han reconocido la concreta competencia en materia de protección animal en sus respectivos Estatutos de Autonomía⁵, mientras que el resto de las autonomías, a pesar de no contar con este reconocimiento expreso, se han valido de otros títulos competenciales más genéricos para legislar

⁵ Art. 116.d) de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: «1. Corresponde a la Generalitat, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 149.1.13 de la Constitución, la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería. Esta competencia incluye en todo caso: [...] d) La sanidad vegetal y animal cuando no tenga efectos sobre la salud humana y la protección de los animales». Art. 48.3.a) de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11^a, 13^a, 16^a, 20^a y 23^a de la Constitución, sobre las siguientes materias: a) [...] Producción agraria, ganadera, protección y bienestar animal». Art. 45 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias: «En los términos que se fijen por ley, de acuerdo con la Constitución y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las administraciones públicas canarias velarán por el mantenimiento y la salvaguarda de los animales, además de reconocerlos como seres que sienten y con derecho a no ser utilizados en actividades que conlleven maltrato o crueldad. Asimismo, se fijará el régimen de infracciones y sanciones».

en la materia. Esta última opción no la ha descartado el Tribunal Constitucional, aceptando que en materia de protección animal pueden concurrir otras competencias más genéricas que sí que hayan asumido las Comunidades Autónomas, como la planificación económica de la autonomía, el comercio interior, la agricultura y la ganadería, la pesca y la caza, los espectáculos, la protección medioambiental y de los ecosistemas o la defensa de los consumidores y usuarios⁶.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la asunción de estas competencias no puede suponer la invasión de otros títulos competenciales que la Constitución Española ha reservado para el Estado. Buena muestra de ello es la STC 81/2015, de 15 de julio, en la que el tribunal declara la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de La Rioja por afectar a cuestiones de Derecho civil, en concreto, a las bases de las obligaciones contractuales⁷.

2. La extralimitación competencial en materia de protección animal

Como se ha anticipado con carácter previo, todas las Comunidades Autónomas han legislado en materia de protección animal ante la pasividad del legislador Estatal. Sin embargo, al igual que hizo La Rioja, el resto de las autonomías también se han extralimitado en sus títulos competenciales⁸. En efecto, a pesar de que el art. 149.1.8^a CE⁹ reserva la regulación de las bases de las obligaciones

⁶ Al respecto de estas materias, la STC 81/2020, de 15 de julio.

Con carácter previo a esta sentencia, cabe citar la STC 102/1995, de 27 de marzo, que consideraba incluido en el medioambiente la protección de los animales. En este sentido, CASTRO ÁLVAREZ, Concepción (2021): «Un freno más del Tribunal Constitucional a la protección jurídica de los animales (a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio, relativa a la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la comunidad autónoma de La Rioja)», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, vol. 48, pp. 245-247. Por el contrario, ALONSO GARCÍA, E. (2010): p. 1445 y VIVAS TESÓN, Inmaculada (2019): «Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* (vol. 21, diciembre), p. 11 consideran que los animales y el medioambiente no les une relación alguna, salvo en lo referido a las especies amenazadas.

Asimismo, la STC 177/2016, de 20 de octubre, declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que establecía la prohibición de las corridas de toros en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Ello se fundamentó en que tal espectáculo tenía la calificación de patrimonio cultural de España y, por tanto, le correspondía al Estado su regulación.

⁷ EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz (2022): «La protección animal desde la perspectiva de los elementos esenciales del contrato: a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio», *Derecho privado y Constitución* (40), pp. 63-64.

⁸ *Ibidem*, EXTREMERA FERNÁNDEZ, B. (2022): pp. 74-80.

⁹ «Art. 149.1.8^a CE: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 8^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas

contractuales¹⁰ exclusivamente al Estado, todas las Comunidades Autónomas han introducido limitaciones en cuanto a los sujetos y al objeto de los contratos, en lo que a la protección animal se refiere.

Así, muchas de ellas imponen una limitación en cuanto a los sujetos de los contratos, que restringen la capacidad para prestar consentimiento de los menores de edad (estableciendo el límite en una edad distinta, dependiendo de la autonomía) y de las personas con discapacidad para celebrar contratos de compraventa o de donación cuando el objeto de los mismos sean animales de compañía. En tales casos, el consentimiento se ve supeditado a la autorización de aquellas personas que ejerzan la patria potestad, tutela o curatela¹¹.

Del mismo modo, las legislaciones autonómicas introducen limitaciones en cuanto al objeto de los contratos: algunas de ellas prohíben la donación de animales como reclamo publicitario, prohíben la donación, venta o cesión de animales a laboratorios si no se prestan las garantías exigibles, vetan la comercialización de los animales fuera de los lugares autorizados, o prohíben la venta de perros y gatos cuando tengan menos de 8 semanas (6 si se transmiten directamente desde el criadero al particular).

Finalmente, también el Principado de Asturias supedita la validez del contrato a aquellos casos en los que se entregue la correspondiente cartilla sanitaria, afectando, sin lugar a duda, a los elementos esenciales del contrato.

Con todo, las anteriores limitaciones y disparidades existentes entre los diversos territorios autonómicos deja sin efecto la finalidad principal de la inclusión de las bases de las obligaciones contractuales entre las contraexcepciones del art. 149.1.8^a CE: la uniformidad del tráfico económico¹². En efecto, la Constitución

relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de [D]erecho foral o especial»

¹⁰ En la STC 132/2019, de 13 de noviembre, se identifican las bases de las obligaciones contractuales como «los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y a las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC)», además de otros principios materiales *v. gr.* autonomía de la voluntad.

¹¹ Téngase presente que las normas autonómicas de protección de bienestar animal son anteriores a la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, de 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, es por ello que se refieren al consentimiento del tutor.

¹² Al respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1983): «Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil». En *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Vitoria, p. 107; GAYA SICILIA, Regina (1989): *Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.1.8^a de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, p. 105; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (1991): *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8^a de la Constitución Española*, Trivium, Madrid, p. 54 y ASÚA GON-

reserva esta cuestión en todo caso al Estado a los fines de que existan unos mínimos comunes a todo el territorio nacional. Asimismo, por lo que a los elementos esenciales del contrato se refiere, se ha considerado que esta reserva estatal se justifica en que las limitaciones que afectan a los sujetos de los contratos suponen, además, una limitación al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en tanto que afectan a la capacidad de prestar consentimiento. Del mismo modo, la doctrina cuestiona la capacidad de las autonomías para determinar un objeto como ilícito, en tanto que es una cuestión que afecta, sin lugar a duda, al orden público¹³.

Sin perjuicio de lo expuesto, únicamente se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que afectaban a las bases de las obligaciones contractuales. Por el contrario, ningún pronunciamiento existe al respecto acerca del resto de las normas autonómicas que también infringen el art. 149.1.8ª CE. Por todo ello, cabe cuestionarse si las Comunidades Autónomas adaptarán sus respectivas legislaciones a la STC 81/2020, de 15 de julio, o mantendrán esta infracción hasta que se plantee un recurso de inconstitucionalidad que solicite adaptar la citada materia.

3. El Anteproyecto de Ley de Protección y derechos de los animales

El Anteproyecto de Ley de Protección y derechos de los animales¹⁴ pretende ser la primera norma estatal que garantice la protección animal, en un sentido equivalente a las normas con las que cuentan las Comunidades Autónomas o el CEPAC a nivel internacional. La necesidad de esta normativa estatal resulta latente en cuanto que es necesario establecer un marco mínimo y común de protección para los animales, en especial a los de compañía.

En cuanto a las limitaciones en torno a las bases de las obligaciones contractuales, cabe advertir que este Anteproyecto sí que introduce ciertas limitaciones en un sentido similar al que lo hacen algunas Comunidades Autónomas. Así, prohíbe la utilización de animales como objeto de recompensa, premio, rifa o promoción, así como la utilización de estos como reclamo publicitario. Además, introduce nuevas limitaciones, como la prohibición de la venta directa de cualquier tipo de animal de compañía a través de internet, portales web o aplicaciones telemáticas, o las limitaciones en cuanto a la compraventa o cesión de los animales de compañía (también entre particulares).

ZÁLEZ, Clara (2020): «Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019», *Derecho privado y Constitución* (37), p. 262.

¹³ *Ibidem* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (1991): pp. 81-82.

¹⁴ Elaborado por el Ministerio de derechos sociales y Agenda 2030.

Sin embargo, el mencionado Anteproyecto nada dice al respecto de las limitaciones para ser adquirente de los menores de 16 años, como así lo exige el art. 6 CEPAC¹⁵. Y es que, si bien es cierto que el CEPAC es de aplicación directa en España sin necesidad de transposición (art. 1.5 CC), sería conveniente que la nueva regulación incluyera, como mínimo, los mismos contenidos que ya venían siendo exigidos por el CEPAC, para así evitar una disparidad entre ambas normas.

IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones que se han extraído del presente trabajo son las siguientes:

- i. En primer lugar, la protección animal no cuenta con una disposición en la Constitución Española que atribuya dicha competencia al Estado o a las Comunidades Autónomas. Así pues, en la actualidad, se concibe como un supuesto de concurrencia competencial que afecta a diversas materias, entre las que se encuentra la planificación económica, el comercio, el medioambiente, la agricultura y la caza y la pesca, entre otras cuestiones. Sin perjuicio de lo anterior, esto no puede suponer que las autonomías, en virtud de títulos competenciales más específicos, regulen cuestiones que competen al Estado, como lo son las bases de las obligaciones contractuales.
- ii. En segundo lugar, y como consecuencia de la anterior premisa, cabe concluir que todas las Comunidades Autónomas han infringido el régimen competencial en las normas de protección animal en tanto que han regulado cuestiones en materia de Derecho civil (art. 149.1.8^a CE), en concreto, a las bases de las obligaciones contractuales, siendo esta una competencia que corresponde al Estado en todo caso.
- iii. La extralimitación competencial está afectando a la finalidad primordial de la contraexcepción del art. 149.1.8^a CE: la uniformidad del tráfico económico. Por lo tanto, sería recomendable que todas las autonomías adaptaran su legislación en materia de protección animal a lo resuelto por la STC 81/2020, de 15 de julio, sin esperar a que los legitimados interpongan recursos o cuestiones de inconstitucionalidad.
- iv. La nueva perspectiva legislativa esto es, el Anteproyecto de Ley de Protección y derechos de los animales, elaborado por el Ministerio de Derechos sociales y Agenda 2030, pretende fijar unos estándares comunes de protección de los animales, en especial a los de compañía. Sin embargo,

¹⁵ «No deberá venderse ningún animal de compañía a personas menores de 16 años sin el consentimiento expreso de sus padres o de las personas que ejerzan la patria potestad».

a pesar de que su regulación supondría una importante limitación en materia contractual, todavía no alcanza a garantizar lo preceptuado en el CE-PAC. Es por ello que resultaría necesario la inclusión de un precepto que limitara la capacidad para prestar consentimiento para ser adquirente de los menores de 16 años, a los efectos de la unificación de criterios con una disposición que, en su caso, tendría una jerarquía normativa superior.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Enrique (2010): «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el Derecho español». En J. A. Santamaría Pastor (dir.) *Los principios del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1427-1510.
- (2015): «El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres “sensibles [sentientes]” a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En D. Favre y T. Giménez-Candela (eds.) *Animales y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17-59.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara (2020): «Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019», *Derecho privado y Constitución* (37), pp. 235-272.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1983): «Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil». En *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Vitoria, pp. 73-109.
- CASTRO ÁLVAREZ, Concepción (2021): «Un freno más del Tribunal Constitucional a la protección jurídica de los animales (a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio, relativa a la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la comunidad autónoma de La Rioja)», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, vol. 48, pp. 235-256.
- EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz (2022): «La protección animal desde la perspectiva de los elementos esenciales del contrato: a propósito de la STC 81/2020, de 15 de julio», *Derecho privado y Constitución* (40), pp. 55-90.
- GAYA SICILIA, Regina (1989): *Las «bases de las obligaciones contractuales» en el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (1991): *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8ª de la Constitución Española*, Trivium, Madrid.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2019): «Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* (vol. 21, diciembre), pp. 1-23.

III. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA

1. PONENCIAS.

María Paz García Rubio: *La filiación y autodeterminación de género de los progenitores*

José Ramón de Verda y Beamonte: *Efectos de la autodeterminación de género sobre el vínculo matrimonial*

María Ángeles Egusquiza Balmaseda: *Transgénero y transexualidad: autodeterminación jurídica de menores y personas con discapacidad*

María Carmela Venuti: *Autodeterminación de género y familia en Derecho italiano*

Rui Prista Cascão; Marta Susana Lobo y André Dias Pereira: *Autodeterminación de género y familia en Derecho portugués*

José Javier Pérez Milla: *Vida familiar y Libre circulación de la Ciudadanía de la Unión, desde una perspectiva de género*

LA FILIACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO DE LOS PROGENITORES*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil.

Universidad de Santiago de Compostela

Vocal de la Sección Primera. Comisión General de Codificación

Sumario: I. PUNTO DE PARTIDA: OBSOLESCENCIA DE NUESTRO DERECHO DE FAMILIA. II. RASGOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN. III. CAMBIOS DE SEXO DEL PROGENITOR Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE SUS HIJOS. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS IV. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ¿QUÉ CABE ESPERAR? V. LA RESPUESTA DEL DERECHO ESPAÑOL VI. ALGUNAS PROPUESTAS, TODAVÍA BORROSAS, EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN DE PROGENITORES TRANS

I. PUNTO DE PARTIDA: OBSOLESCENCIA DE NUESTRO DERECHO DE FAMILIA

La rápida obsolescencia que experimentan en nuestro tiempo las normas jurídicas probablemente tenga en el Derecho de familia su manifestación más evidente. El modo de vida de las personas en sus relaciones íntimas y personales, basadas en lazos afectivos y de cuidado, cambia a un ritmo acelerado, de suerte que cualquier legislador dispuesto a seguirlo está condenado a un rotundo fracaso.

Ello no justifica que ese mismo legislador permanezca impasible ante el cambio social, hasta el punto de continuar anclado en unas normas cada vez más distanciadas de la realidad que pretenden regular.

En mi opinión esta es ya la situación del Derecho español de la familia², que considero desfasado y, en consecuencia, inadaptado a los tiempos actuales, e ineficaz a la hora de dar solución a un número creciente de problemas reales y actuales que precisan de una solución jurídica clara y segura.

* El presente artículo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

² Advierto desde el inicio que me referiré en esta sede únicamente al Derecho civil español estatal, aunque las reflexiones sobre su progresivo envejecimiento creo que son, en mayor o menor medida, extensibles a los Derechos civiles autonómicos.

La obsolescencia de nuestro Derecho de familia se manifiesta de muchas maneras de las que aquí voy a destacar únicamente dos. La primera es que tenemos un régimen jurídico familiar muy centrado en el matrimonio, institución a la que nuestro Código civil dedica un extenso rimerero de reglas que atañen a su celebración, a sus efectos personales, a sus efectos patrimoniales, a su terminación y, asimismo, a los efectos personales y patrimoniales de esta. Correlativamente, otro tipo de relaciones afectivas entre adultos de clara naturaleza familiar resultan prácticamente ignoradas en el texto codificado; para mayor perplejidad, en una neta evidencia de la disociación entre norma y realidad, buena parte de las relaciones con los hijos de individuos no casados que no viven juntos, ni han tenido por qué hacerlo nunca, se regulan en nuestro Código en sede de crisis matrimoniales.

La segunda expresión de la incoherencia temporal entre la norma legal y la realidad que pretende regular, que es la que interesa más en este texto, se produce en materia de filiación. Las normas de filiación - incluyo no solo las generales contenidas en el Código civil, sino incluso, en buena, aunque menor medida, las recogidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA)- siguen un determinado modelo que durante un tiempo parecía exclusivo y que, al menos para nuestro sistema, sigue siendo considerado como el “normal”. Es evidente que el esquema legal continúa centrado en la heterosexualidad de los progenitores (con concesiones puntuales a la doble maternidad y doble paternidad, en materia de adopción y fecundación asistida la primera, y solo en adopción la segunda), en el binarismo (los progenitores son hombre y/o mujer) y en el biologismo (la realidad biológica se impone frente a la realidad social y afectiva). Además, se trata de un modelo que sigue centrado en la biparentalidad, de modo que otorga escasa visibilidad a las crecientes situaciones de monoparentalidad y prácticamente ninguna a los, también cada vez más numerosos, supuestos de pluriparentalidad³.

Sobre algunas de estas cuestiones ya he tenido ocasión de reflexionar en trabajos anteriores⁴. En este que ahora inicio trato de avanzar algo en la especulación sobre asuntos que, o bien no están en absoluto resueltos, o que no lo están de manera satisfactoria hasta ahora; asuntos que recaen sobre relaciones de filiación en el caso de hijos de personas transexuales o, más ampliamente, de

³ Remito a mi trabajo, GARCÍA RUBIO, M^a P., “Un niño o una niña pueden tener más de dos madres o de dos padres”, en *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 209-220; con posterioridad, QUESADA GONZÁLEZ, M^a C., *Problemas jurídicos actuales de la paternidad. Conflictos de paternidades y multiparentalidad*, Barcelona, Atelier, 2022.

⁴ En el tema objeto de este trabajo, GARCÍA RUBIO, M^a P., “Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares”, en *La Ley Derecho de familia n° 30, abril-junio, Monográfico sobre Derecho privado y autodeterminación de género*, N° 30, 1 de abril de 2021.

personas que no se identifican plenamente con el prototipo de hombre o mujer que podemos llamar tradicional (cis, en el lenguaje del pensamiento LGTBI). Antes tendré que hacer un somero bosquejo de ciertas características fundamentales de nuestro derecho de la filiación que resultan especialmente inadecuadas cuando de se trata de personas que cuestionan la tradicional visión del género humano.

II. RASGOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FILIACIÓN

Ya se ha apuntado que el régimen jurídico de la filiación existente en nuestro ordenamiento jurídico -para ser sinceros, en los de la mayor parte de los países del mundo- es marcadamente heteronormativo⁵, binarista⁶ y biologista⁷. Es más, probablemente es la relación de filiación en la que de manera más marcada se acusan esos caracteres y en las que se elevan al máximo rango normativo. Baste

⁵ En definición recogida por HERRERA, M., "Identidad de género, binarismo y feminismo", en *Mujeres y derechos*, P. Benavente Moreda (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 243-273, la heteronormatividad, consiste en el sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.

⁶ Baste señalar, como muestra, que el Derecho común parte de una filiación paterna y otra materna, e identifica la noción de madre con la imagen de una mujer y la de padre con la de un hombre. El cambio normativo realizado en su día, sustituyendo la referencia a padres o a padre y madre por progenitores no contradice esta realidad, su fin era "neutralizar" las situaciones en las que el hijo tenía dos padres o dos madres; *Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, en concreto, en su artículo 4. Leyes posteriores han sustituido en el Código civil diversas referencias al padre y a la madre por progenitor o progenitores, opción criticada por algunos en la medida en la que el nuevo término, que hace referencia a los genes, no se identificaba necesariamente con la paternidad y la maternidad* (IZQUIERDO TOLSADA, M., "Señor legislador: hay padres que son progenitores, padres que no son progenitores y progenitores que no son padres", *blog Hay Derecho*, 2 febrero 2017). No obstante, siguen siendo numerosas las alusiones al padre y/o a la madre, y también al término padres como inclusivo de los dos, singularmente, como veremos, en materia de filiación y de relaciones parento-filiales.

⁷ En el sentido de hacer prevalecer en la determinación de la filiación, la verdad biológica por encima de otras consideraciones; este sentido punto, comparto con QUICIOS MOLINA, S., "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación", *Derecho Privado y Constitución*, n.º. 29, enero-diciembre 2015, pp. 263-303, espec. p. 270, la idea de distinguir dos facetas o planos: una cosa es el derecho a conocer los propios orígenes, que es expresión del derecho a la identidad personal y no tiene por que traducirse en el derecho a tener estado de hijo (como ocurre en casos de adopción); y otra cosa es el derecho a la identidad filial o paterno filial, esto es el derecho a la determinación del estado de hijo, no siempre tiene que depender de la realidad biológica, como sucede a día de hoy en la supuestos de filiación asistida con semen de donante anónimo, o en los ya citados de adopción; con todo, probablemente de *lege ferenda* la distinción entre ambas esferas debería quedar más clara.

señalar que el artículo 39.2 CE es un ejemplo paradigmático de precepto heteronormativo, binarista y biologista, cuando literalmente dispone: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”.

Lógicamente una norma constitucional de este cariz impregna todo el régimen jurídico de la filiación y, en consecuencia, las reglas del Código civil⁸, pero también de otras leyes especiales como la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁹, así como las leyes civiles autonómicas sobre filiación.

La consecuencia del dominio de las características citadas en el establecimiento de la filiación es el olvido o invisibilidad (o casi) en las relaciones parento-filiales de aquellas personas que no se identifican con estos rasgos y, más en concreto, con quienes no se identifican con la división dicotómica que clasifica a los individuos como hombres o mujeres; repárese en que además de los homosexuales y de las personas transgénero en sentido estricto, los “invisibles” incluyen a las personas intersexo, con género ambiguo, fluido, indeterminado o no género (esto es, opciones distintas del binarismo).

Para superar esta situación, algunos de los autores más comprometidos con los derechos de las personas LGTBI entienden que las reglas de filiación (y, en general, todas las reglas jurídicas) deberían ser neutrales desde el punto de vista del género¹⁰ o si se prefiere, con expresiones muy gráficas, habrían de ser normas “des-generadas” o “de-generadas”. Más adelante trataré de decir algo al respecto. De momento me limito a señalar que, se mantenga o no esta postura y en tanto no se produzca el tránsito a las nuevas normas, la pregunta que debemos hacernos es la de la trascendencia que la opción de género libremente querida por una persona, que parece destinada a consolidarse en el ámbito comparado y también en nuestro propio derecho, pueda tener en la relación de filiación que le une con sus hijos, incluida también la cuestión terminológica y su constancia registral.

⁸ Los ejemplos son numerosos; entre otros *cf.* artículos 108, 110, 115, 116, 117, 120.5°, 136, 137, 139, todos ellos del Código civil

⁹ Artículos 6, 7, 8, 9, 10 LTRHA.

¹⁰ GETE-ALONSO CALERA M^a. C., “Identidad e identificación de la persona”, en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Torres García, T. (dir.), Infante Ruíz, F./Otero Crespo, M/Rodríguez González, A., (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-144, espec. p. 141 entiende que, desaparecido el sexo como estado civil en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, y la limitación que se derivaba, eliminado el requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio y admitidas, en situación de igualdad, todas las relaciones de filiación (con padres, madres, padre/madre: en la adopción y las técnicas de reproducción asistida), es injustificado mantener el sexo como dato de identificación de la persona, pues es intrascendente como tal, en general.

III. CAMBIOS DE SEXO DEL PROGENITOR Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE SUS HIJOS. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS

La multiplicidad de situaciones que se abren ante el cambio de género o de sexo de una persona que puede tener diferentes orientaciones sexuales y que tenga hijos o pretenda tenerlos, con o sin pareja, acudiendo a técnicas de reproducción humana asistida, a la maternidad subrogada, a la generación natural o a la adopción, son tan numerosas como imposibles de abordar en un trabajo de las características del presente.

Me limitaré, pues, a hacer mención de algunos casos, muy pocos, que siguen sin estar satisfactoriamente resueltos en buena parte de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, pero que han dado lugar ya a resoluciones judiciales de mucho interés. Aunque no se trate de decisiones emitidas por autoridades españolas, su proximidad con supuestos de hecho muy semejantes que ya se han producido en nuestro país¹¹, así como las razones esgrimidas por los tribunales que han conocido del asunto en ordenamientos cuyos principios básicos no son demasiado diferentes del nuestro -aunque sí, algo diferentes, como veremos- hace incuestionable el interés de su análisis.

Conviene adelantar que situaciones como las que se van a contemplar se vienen produciendo en diversos lugares del mundo desde hace ya más de algunas décadas¹², aunque lo cierto es que en los últimos años se han ido incrementado de modo paulatino y es muy probable que supuestos de este tipo proliferen en el futuro. En efecto, el derecho de la autodeterminación del género, sin ulteriores requerimientos químicos o quirúrgicos de los que derivaba la esterilización¹³, derecho que viene siendo acogido en los ordenamientos de un creciente número de países, conllevará un número mayor de personas trans que conserven la capacidad reproductiva correspondiente al sexo anterior a la transición.

¹¹ <https://www.lavanguardia.com/vida/20210502/7423854/da-a-luz-primer-hombre-embarazado-espana-ruben-castro.html>.

¹² KARAIAN, L., "Pregnant Men: Repronormativity, Critical Trans Theory and the Re(conceive)ing of Sex and Pregnancy in Law", *Social & Legal Studies*, 2013, 22(2), pp. 211-230, espec., p. 212, cita un caso canadiense de hace ya más de diez años en el que Jay Wallace fue inscrito como padre del hijo gestado por él. GOLOBOCK, S. *We are family. What really matters for parents and children*, Melbourne-London, Scribe, 2020, menciona que, en abril de 2008, Thomas Beatie, un hombre trans casado con una mujer, apareció en el programa de Oprah Winfrey como el primer hombre del mundo embarazado; tuvo una hija en junio de aquel año y posteriormente dos hijos más, aunque no se aclara si fue inscrito como madre o como padre de los tres hijos.

¹³ Señala MARGARIA A., "Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?", *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, 34, pp. 225-246, espec., p. 226, que hasta hace poco tiempo, devenir infértil era considerado el precio que había que pagar por la transición, visión que está siendo progresivamente superada, resultado de lo cual es que cada vez más personas transexuales se convierten en padres o madres, bien como resultado de relaciones sexuales, donación de esperma o fecundación asistida, posteriores a la transición.

A todo esto hay que añadir que, presumiblemente, una parte de los casos que llegan a los tribunales de los estados europeos van a terminar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que aumenta su interés por su repercusión en nuestro propio ordenamiento.

En las próximas páginas me referiré a tres supuestos concretos: el primero, más antiguo, es un caso fecundación asistida de la pareja consentida por la persona trans y es, con seguridad, el más fácil de abordar y resolver, incluso con el derecho español vigente; los otros dos, que cuentan con sentencias de tribunales franceses, ingleses y alemanes, son casos de filiación natural de personas trans que conservaban su capacidad generadora anterior a la transición (recurriendo o no a la fecundación asistida).

Soy consciente de que con estos no se agotan, ni mucho menos, los escenarios posibles; pero sí creo que todos ellos son suficientemente significativos y retadores como para poner en cuestión algunos principios de nuestro derecho de la filiación que hasta hace muy poco eran considerados intangibles. No me cabe la menor duda de que supuestos como los que se van a describir desafían al Derecho tradicional y pueden cumplir un importante papel transformador del Derecho vigente.

Caso n.º 1

En el tema que nos ocupa, el caso referente durante muchos años en Europa fue resuelto por la STEDH (Gran Sala) *X, Y y Z c. el Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, el primer caso en el que el Tribunal de Estrasburgo tuvo que enfrentarse a un asunto relacionado con parentalidad de personas trans y cuya doctrina tuvo una amplia repercusión, aunque no creo que pueda ya considerarse en vigor.

En él, la Corte de Estrasburgo no reconoció a un transexual masculino X el derecho a constar como padre en el acta de inscripción del hijo Z de su pareja femenina Y, concebido mediante inseminación artificial anónima, al entender que la decisión de los tribunales británicos de dejar tal constancia en blanco no constituía una vulneración del derecho a la vida familiar de los demandantes¹⁴. El Tribunal no tenía seguridad sobre el modo en que el interés del menor quedaba mejor protegido y consideró que la transexualidad era un asunto que

¹⁴ X e Y constituían una pareja estable, habían obtenido el permiso de las autoridades para un tratamiento de inseminación artificial por un donante anónimo; X había realizado un reconocimiento de paternidad de acuerdo con la legislación sobre inseminación artificial en vigor que establecía que “cuando un hombre, que no está casado con la madre, es parte en el tratamiento que resulta en la colocación de esperma en la mujer, será considerado padre del hijo”. Cuando X había querido registrarse como padre del hijo en el acta de nacimiento, la administración le había denegado la inscripción con el argumento de que sólo un hombre biológico podía ser registrado como tal. Desde su nacimiento el hijo vivía con X e Y y X asumía públicamente el papel de padre.

planteaba serios problemas de carácter científico, moral y social, sobre los que no existía un consenso entre los Estados contratantes y sobre el que, por tanto, éstos debían gozar de un margen de apreciación; por esta razón no apreció que las autoridades británicas hubiesen violado el artículo 8 del Convenio al rechazar la constancia registral de la paternidad de X.

Más de veinticinco años después de la sentencia citada, entiendo que esta doctrina está más que superada en el Derecho español actualmente vigente, donde en un supuesto como el planteado X podría ser considerado a todos los efectos padre del nacido si había dado su consentimiento a la utilización de las técnicas por parte de su pareja mujer por aplicación del artículo 8 LTRHA, en sus párrafos primero o segundo, dependiendo de si estaban o no casados. Las modificaciones operadas en los derechos inglés y francés en la materia, llevarían hoy día a una conclusión similar a la española¹⁵.

Caso n.º 2

Abordamos ahora al caso de una mujer trans quien, conservando sus órganos sexuales y su capacidad generadora masculina, tuvo un hijo gestado naturalmente por otra mujer (que era su esposa); tras el nacimiento, la mujer trans solicitó constar como madre no gestante del nacido, pretensión que suscitó problemas de reconocimiento en el ordenamiento jurídico francés, que fue donde se planteó, en concreto, en una sentencia de 2016 del Tribunal de Gran Instancia de Montpellier que llegó en 2020 a la *Cour de Cassation*.

Como se ha anticipado, se trataba de una persona que había hecho la transición de hombre a mujer en 2011 y estaba inscrita con sexo femenino, si bien conservaba sus órganos sexuales masculinos; su esposa era otra mujer con quien ya había tenido dos hijos antes de la transición; después de esta continuaban teniendo relaciones sexuales que concluyeron en embarazo. Esta persona suscribió el 14 de marzo de 2014 un reconocimiento prenatal en el que constaba expresamente la declaración de que el hijo que esperaba su pareja era también suyo y que en su caso se trataba de una “maternidad no gestacional”. El niño se inscribió como hijo de la pareja de la mujer trans, quien solicitó la transcripción de la declaración que había hecho en la inscripción de nacimiento del niño. El oficial del Registro Civil rechazó la solicitud, decisión que fue recurrida al

¹⁵ La respuesta habría cambiado a día de hoy en el Derecho inglés, pues como resultado de los cambios legislativos producidos desde que se resolvió este caso, X hubiera sido registrado como “parent” o como “father”, sí X e Y estuvieran casados entre sí o fueran *civil partners*. En Francia, la respuesta también sería diferente, a la luz de los más recientes cambios legislativos a los que enseguida me referiré (GOUTTENOIRE, A. “L'accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP G*, 2021, n.º 39, pp. 1717 ss.).

tribunal de Gran Instancia de Montpellier, que el 22 de julio de 2016 rechazó la demanda argumentando que “*la filiation en ce qui concerne la maternité est une réalité biologique qui se prouve par la gestation et l'accouchement, que le transgenre MtF a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'il est désormais reconnu comme une personne de sexe féminin, et qu'il doit en assumer les conséquences à savoir, soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine, soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe et rester dans son sexe féminin*”.

La interesada recurrió a la *Cour d'appel* de Montpellier que el 14 de noviembre de 2018 confirmó la decisión del tribunal inferior rechazando la transcripción en el registro del estado civil del reconocimiento de la maternidad transgénero MtF. No obstante, constatada la existencia de un vínculo biológico entre el niño y la persona transexual recurrente, la corte entendió que en interés del hijo era necesario transcribir ese vínculo biológico en el acta de nacimiento bajo la mención del transexual MtF como “*parent biologique*” del hijo, ordenando dicha mención en el acta de nacimiento del niño. Tomando en consideración la doctrina del TEDH, la corte de apelación apreció que aunque el Derecho francés de la filiación ofrece la posibilidad a la persona trans MtF de reconocerse como padre biológico del niño conservando su identidad como mujer, acepta que el derecho a la vida privada de esa persona excluye que se le pueda imponer un reconocimiento de la paternidad¹⁶ que supondría una injerencia injustificada en aquel derecho, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Conviene puntualizar que la resolución de la corte de apelación hacía referencia a que las normas francesas sobre filiación no permiten reconocer dos vínculos de filiación materna y que no se autoriza ni contempla la distinción entre madre gestante y madre no gestante. En definitiva, vista la inadecuación de la regulación interna sobre filiación para un caso como el que habría de resolver, opta por designarlo con la mención *parent biologique* en el acta de nacimiento del recién nacido¹⁷. Con esta solución se pretendía conciliar el interés superior del hijo en ver establecida la realidad de su filiación biológica, por un lado, con el interés de la persona transgénero MtF en ver reconocida la realidad del vínculo de filiación con su hijo y en el derecho al respeto de su vida privada¹⁸, por otro.

¹⁶ Considera la corte que “*imposer au transsexuel MtF un retour à l'ancien sexe, même par le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité, reviendrait (...) à la contraindre à renoncer partiellement à l'identité sexuelle qui lui a été reconnue et constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée*”.

¹⁷ Rechaza también la corte de apelación la opción por la adopción que había propuesto el tribunal de instancia, al considerar que “*l'adoption serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, comme ses frères, a le droit de voir reconnaître la réalité de son lien biologique avec le transsexuel MtF et non pas la fiction d'une filiation élective*”.

¹⁸ HILGER, J., “Intersexualité et parenté: l'office du juge à l'épreuve de l'exceptionnalité de la situation de l'enfant né après le changement de sexe de son parent”, *Petites affiches*, 23 jan. 2019, pp. 1-11, espec. p. 7, consultado en <https://www.actu-juridique.fr/civil/personnes-famille/intersexualite-et->

Lo hacía a través de un sustantivo neutro, como el de *parent*, que se puede aplicar indistintamente al padre y a la madre, término al que se añade el calificativo de *biologique* para dejar constancia del vínculo entre la persona trans y el hijo, sin que ello implique la eliminación en otros casos de los tradicionales términos madre y padre¹⁹.

Como ya indiqué, el caso llegó a la *Cour de Cassation* francesa que resolvió el 16 de septiembre de 2020²⁰ en una decisión donde se consideró que, en el estado de la legislación francesa en ese momento, el solicitante transgénero MtF no podía verse privado de su derecho a que se reconozca la relación biológica con su hijo, pero solo podría hacerlo con los modos de establecimiento de la filiación reservados al padre, rechazando no solo la constancia registral como madre, sino también como *parent biologique*²¹. Estimó el alto tribunal que estas disposiciones del Derecho nacional son conformes al interés superior del menor, al permitir, por un lado, el establecimiento de la filiación respecto de los dos progenitores, elemento esencial de su identidad y garantía de su derecho a conocer sus orígenes y, por otro lado, al conferir al hijo nacido después de la modificación de la mención del sexo de su progenitor la misma filiación que a sus hermanos, todos los cuales serán educados por dos madres aunque en el Registro Civil conste una filiación paterna que no será revelada a terceros en los extractos del acta de nacimiento que puedan obtener. Considera también que esta solución concilia el interés superior del menor y el derecho a la vida privada y familiar de la persona trans y que no supone un atentado desproporcionado a su identidad de género²².

Sin embargo, poco después de esta sentencia de la *Cour de Cassation*, y tras un cambio legislativo que no se dirigía directamente al problema suscitado, se ha pronunciado en sentido diferente para un supuesto muy similar la *Cour d'appel* de Toulouse. En concreto, en sentencia de 9 de febrero de 2022²³, este tribunal

parente-loffice-du-juge-a-lepreuve-de-lexceptionnalite-de-la-situation-de-lenfant-ne-apres-le-changement-de-sexe-de-son-parent/.

¹⁹ Entiende que con ello la corte de apelación crea una suerte de parentalidad intersexuada o neutra y consagra la existencia de un vínculo de filiación no específico que reposa sobre la realidad biológica. HILGER, J., “Intersexualité...”, *loc. cit.*, p. 8

²⁰ *Arrêt* n° 519, de 16 de septiembre 2020, Cour de cassation. Première chambre civil, ECLI:FR:CCASS:2020:C100519.

²¹ Concepto que BRUNET, L./, REIGNÉ, Ph., “La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité”, *JCP G*, 2020, n°43-44, pp. 1854 ss. califican de “*bricolage prêtreien*”.

²² Para MICHEL, P., “Filiation biologique et mère transgenre : la double filiation maternelle biologique consacrée par la cour d'appel de Toulouse”, *La Revue des droits de l'homme* [en línea desde el 21 marzo de 2022, consultada el 17 de junio de 2022 (<http://journals.openedition.org/revdh/14560>)], la solución de la Cour de cassation es la que se conformaba mejor con las reglas jurídicas de la filiación en el estado del derecho positivo de ese momento y la que correspondía de manera más ajustada al carácter objetivo del ligamen biológico entre el hijo y el progenitor (n° 14).

²³ La decisión puede consultarse en línea en https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CA_TOULOUSE_2022-02-09_2003128#expose-des-faits

reconoce la doble filiación biológica materna de la madre gestante y de la madre trans. En esta ocasión, la corte de Toulouse, considera que el derecho común de la filiación no permite reconocer la maternidad biológica de la madre trans, por impedirlo los artículos 320²⁴ y 311-25²⁵ del *Code Civil*; además, aprecia que el establecimiento de la filiación materna del transgénero no está prevista por la ley, ni en la Ley de 18 de noviembre de 2016 relativa a la Asistencia Médica a la Procreación²⁶, ni en la Ley relativa a la Bioética de 2 de agosto de 2021²⁷, donde se ha consagrado la posibilidad de una doble filiación materna para las mujeres que acudan a las técnicas AMP, pero solo para ellas, de modo que su aplicación directa no se extiende a la procreación natural, como era el caso controvertido, la cual está regulada por el derecho común (*Code civil*).

No obstante, admite la corte que estos cambios legislativos constatan la ausencia de un problema de orden público para el caso de establecimiento de una doble filiación materna; en realidad, el tribunal justifica su apartamiento de la tesis mantenida en 2020 por la *Cour de Cassation* en que su sentencia se dictó antes de la Ley de Bioética de 2021 sobre la filiación que admitió la doble maternidad²⁸. Reconoce que no se trata de que dicha ley contenga en su letra una solución específica o distinta para la filiación biológica de un padre o madre transgénero, pero sí implica la aceptación de una doble filiación monosexuada, más allá de los casos, ya consolidados, de adopción.

Lo cierto es que la reciente decisión de Toulouse ha sido objeto de algunas críticas en la doctrina francesa. Así, se ha dicho que el reconocimiento de una doble filiación monosexuada contraviene el principio de unidad de las filiaciones entre el hijo nacido después de la transición y aquellos otros eventuales hijos nacidos antes del cambio de sexo de la madre transgénero²⁹. Asimismo, se consi-

²⁴ A cuyo tenor “*Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait*”. Comentando la sentencia de la *Cour de Cassation* de 2020, que también argumenta con este precepto, entienden que la maternidad no gestacional no contradice la maternidad gestacional, y por tanto la referencia al citado artículo codificado no sería adecuada, BRUNET, L./, REIGNÉ, Ph, “La filiation (et la Cour de cassation)...”, *loc. cit.*, p. 2.

²⁵ Conforme al cual “*La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant*”.

²⁶ *Loi du 18 novembre 2016, à la lumière de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP)*.

²⁷ *Loi relative à la bioéthique*, de 2 agosto 2021; sobre la misma, GOUTTENOIRE, A., “L'accès à la parenté pour toutes. La révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021”, *JCP G*, 2021, n°39, pp. 1717 ss.; GIOVANNINI, G., “The French Law on Bioethics and its Limitations: Challenges for the Future from a Comparative Perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 36, Issue 1, 2022, ebac011, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebac011>.

²⁸ Cf. las discusiones y objeciones que ocasionó en GOUTTENOIRE, A. “L'accès à la parenté...”, *loc. cit.*, pp. 1717 s.

²⁹ MICHEL, P., “Filiation biologique et mère transgenre”, *loc. cit.*, n° 12, quien estima que la mención de *père* para los hermanos y de *mère* para el benjamín de la familia, para designar una misma realidad biológica, contradice la exigencia de coherencia de los actos de nacimiento del grupo de

dera que un régimen especial *sui generis* para la filiación de los padres y madres transgénero puede ser potencialmente discriminatorio para estos, puesto que no se le aplican las normas de derecho común para un mismo modo de procreación natural³⁰. Además, en el caso de los trans, esta filiación especial necesita ser reconocida por el juez, lo que retrasa el establecimiento de la doble filiación materna, privando al hijo de su filiación durante la duración del procedimiento, lo que puede ser contrario a su interés superior³¹; igualmente, se dice que puede ser contraria a la doctrina del TEDH que establece -en materia de maternidad subrogada- que el derecho al respeto a la vida privada del menor obliga a los estados a establecer un reconocimiento efectivo y con una celeridad razonable de su filiación sin consideración a su ligamen biológico con los progenitores³²; en este sentido, los autores críticos con la sentencia de Toulouse no creen que el procedimiento judicial que se precisa en este caso para el establecimiento de la doble maternidad cumpla los requisitos de rapidez y certidumbre que exige la Corte europea³³.

Con independencia de que se compartan o no estas críticas, lo que sí resulta innegable es la necesidad de una intervención del legislador que, por un lado, de seguridad jurídica a estos supuestos de hecho, y por otro y no menos importante, acomode el derecho de la filiación a las nuevas realidades familiares³⁴.

Caso n.º 3

En esta ocasión se trata de un hombre trans quien, conservando sus órganos reproductores femeninos, ha gestado y parido un hijo, circunstancias biológicas ambas que para el Derecho tradicional implican maternidad. El conflicto surge cuando la pretensión de ese hombre trans que han gestado y parido al recién nacido es la de figurar en la inscripción de nacimiento de este con la mención que le identifica con su sexo querido, esto es, como padre del hijo o hija

hermanos y parece un obstáculo suplementario a la consolidación de la solución propuesta por la corte de Toulouse.

³⁰ MICHEL, P., "Filiation biologique et mère transgenre", *loc. cit.*, n° 12.

³¹ Los jueces de la sentencia de Toulouse fundan su solución en el interés superior del menor en ver establecida su filiación respecto de los dos progenitores, lo que una vez más pone en evidencia la polivalencia del interés del menor, que se utiliza para una apoyar una tesis y su contraria.

³² MICHEL, P., "Filiation biologique et mère transgenre", *loc. cit.*, n° 17; se refiere el autor a las varias decisiones del TEDH en materia de filiación derivada de las gestación por sustitución en las que ha estado implicado el estado francés, una síntesis de las cuales puede verse en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La UE, el Tribunal europeo de Derechos Humanos y el Derecho de Familia", *Persona, familia y género. Liber Amicorum a M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 169- 181, espec. pp. 177-178.

³³ MICHEL, P., "Filiation biologique et mère transgenre", *loc. cit.*, n° 17.

³⁴ MICHEL, P., "Filiation biologique et mère transgenre", *loc. cit.*, n° 18.

Este supuesto se ha planteado en el ordenamiento inglés, donde ha tenido una gran repercusión mediática³⁵. Su protagonista es Alfred McConnell, nacido mujer, pero legalmente reconocido como hombre y en posesión del correspondiente *Gender Recognition Certificate* desde abril de 2017. Posteriormente, utilizando inseminación artificial con semen de donante, dio a luz a un bebé en 2018, en cuyo certificado de nacimiento McConnell fue registrado como la madre de YY. Interpuso recurso ante la *Family División* de la *Hight Court*, el 25 de septiembre de 2019, la cual confirmó la decisión del Registro General³⁶. Con una argumentación que merece alguna reflexión, aunque no sea necesariamente para compartirla, entendió el autor de la resolución, sir Andrew MacFarlane, que en el *common law* madre es quien gesta y pare al hijo; que el estatus de madre deriva del papel que la persona tiene en el proceso biológico de la concepción, el embarazo y el parto; que esta definición no es necesariamente “*gender specific*”, aunque haya sido así hasta fechas recientes³⁷ y, en consecuencia, que la ley reconoce madres que son hombres y padres que son mujeres, añadiendo que el certificado de reconocimiento el género de la *Gender Recognition Act (GRA)* no afecta al estatus parental, independientemente de que el nacimiento del niño haya sido antes o después de que el certificado se haya obtenido. Entiende, en fin, que el registro como madre del interesado puede ser considerado una interferencia en los derechos el artículo 8 CEDH, pero que en todo caso se trata de una interferencia proporcionada, necesaria y justificada por la necesidad de coherencia y confianza generada por el registro del nacimiento y de la muerte; termina apelando a la necesidad de que el Gobierno y el Parlamento debatan esas cuestiones³⁸.

Alfred McConnel recurrió a la Court of Appeal que, el 29 de abril de 2020³⁹ rechazó por unanimidad la apelación, razonando con mucha menor extensión que la resolución apelada, considerando que el criterio dimanante de la legislación según el cual “*every child should have a mother and should be able to discover who their mother was*”, obedece al mejor interés del niño “*as a primary consideration*”, aunque no se explica exactamente por qué. Entiende que del esquema

³⁵ <https://www.theguardian.com/society/2020/nov/16/trans-man-loses-uk-legal-battle-to-register-as-his-childs-father>.

³⁶ [2019] EWHC 2384 (Fam). Case No: FD18F00035.

³⁷ MARGARIA, A., “Trans Men Giving Birth....”, *loc. cit.*, p. 234, pone de manifiesto que esta decisión realiza una nueva construcción de la maternidad, basada en la experiencia reproductiva más que en el tradicional cuerpo sexuado, de modo que la maternidad deja de ser un dominio exclusivo de las mujeres y rompe la binaria presunción que liga la condición de madre a la mujer y la de padre al hombre.

³⁸ BROWN, A., “Trans Parenthood and the Meaning of ‘Mother, ‘Father’ and ‘Parent’ - R (McConnel and YY) v. Registrar General for England and Wales (2020) EWCA Civ. 559, *Medical Law Review*, 2021, vol. 29, n° 1 pp. 157-171, espec., pp. 159 ss.

³⁹ [2020] EWCA Civ 559. Case Nos: C1/2019/2730. C1/2019/2767.

legislativo de la GRA⁴⁰ deriva la exigencia de que Mr. McConnell sea registrado como madre de YY, y no como padre, ni como *parent* o *gestational parent*⁴¹, que era lo que el interesado pedía y que a juicio de la corte excedía de las posibilidades de esta. Entienden los jueces, además, que su respuesta no viola el artículo 8 del CEDH, ni por lo que respecta a los derechos de McConnell ni a los de YY, de modo que no aprecia incompatibilidad entre la legislación inglesa y el Convenio europeo, destacando también que no existe *consensus* suficiente en el Consejo de Europa sobre la materia objeto del pleito lo que da a los tribunales internos un algo margen de apreciación⁴².

Menos mediática, pero muy similar al caso británico y varios años anterior, es la historia de OH, un hombre trans alemán que concibió con semen de donante, gestó y parió a su hijo GH en marzo de 2013⁴³. La respuesta de los tribunales alemanes fue similar a la de los ingleses que se acaban de citar: OH fue inscrito como madre del nacido. Es interesante destacar que entre los argumentos barajados por los tribunales en esta ocasión ha tenido especial relevancia el peso dado al principio *mater semper certa est*, así como la apelación al derecho del niño a conocer sus orígenes. Según el BGH, si el registro no clarifica la función biológico-reproductiva exacta, sea parir sea contribuir con el semen a la concepción, en la que se base la relación de filiación, el hijo se vería privado de una información fundamental sobre sus orígenes.

Las decisiones de los dos casos citados hacen ciertas afirmaciones que conviene retener: (i) consideran que el derecho del niño a conocer sus orígenes implica que tienen derecho a que quien les parió conste como madre (ambos casos); (ii) reconstruyen la noción de madre, desligándola de la condición de mujer y llevándola al hecho de estar embarazada y dar a luz (puede haber madres hombre) (caso inglés); (iii) suponen una disociación entre la realidad vivida por estos niños que tienen un padre y en el registro consta que es su madre, (ambos casos); (iv) adoptan una determinada concepción de lo que es ser madre,

⁴⁰ GRA. Section 9 General“(1) Where a full gender recognition certificate is issued to a person, the person’s gender becomes for all purposes the acquired gender (so that, if the acquired gender is the male gender, the person’s sex becomes that of a man and, if it is the female gender, the person’s sex becomes that of a woman)”.

(2) “Subsection (1) does not affect things done, or events occurring, before the certificate is issued; but it does operate for the interpretation of enactments passed, and instruments and other documents made, before the certificate is issued (as well as those passed or made afterwards)”. [...]

Section 12 Parenthood

“The fact that a person’s gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child”. [...]

⁴¹ De modo que considera que el contenido de la Sección 12, reproducida en la nota anterior, se aplica tanto si el hijo o hija ha nacido antes del *Gender Recognition Certificate* (lo único que admitía el apelante) (efecto retrospectivo), como si lo ha hecho después (efecto prospectivo).

⁴² BROWN, A., “Trans Parenthood and the Meaning...”, *loc.cit.* p. 165.

⁴³ BGH XXI ZB 660/14, 6 September 2017.

absolutamente estereotipada y directamente relacionada con la biología y el cuidado (ambos casos). En fin, no se puede obviar que estas decisiones resultan conformes con el derecho vigente en los respectivos ordenamientos, donde las reglas parecen disponer que el cambio de género de una persona no afecta de manera retroactiva a su condición de padre o madre de los hijos que ya tenía en el momento de la transición⁴⁴.

Aunque se debe recordar que existen sistemas jurídicos que sí reconocen la posibilidad de que un hombre trans que da a luz sea registrado como padre o incluso *parent* del nacido⁴⁵, lo cierto es que los dos casos que se han citado, que son europeos, ponen en evidencia las muchas dificultades con las que se encuentran estas personas para ver reconocida su identidad sexual en la relación de filiación.

En este punto es necesario retener que el caso alemán está desde hace tiempo pendiente de sentencia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁶ y que McConnel manifestó igualmente su deseo de acudir a la instancia de Estrasburgo.

IV. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ¿QUÉ CABE ESPERAR?

Como se acaba de recordar, el caso alemán protagonizado por OH está, en el momento de escribir texto, a la espera del pronunciamiento del TEDH; también los protagonistas del caso inglés y del primer caso francés explicado en páginas anteriores manifestaron su intención de acudir al Tribunal de Estrasburgo con el objetivo de ver reconocidos sus derechos.

Aunque todos los interesados esperamos con avidez la respuesta del TEDH, sería una quimera pensar que en ella vamos a encontrar la solución definitiva a problemas como los pergeñados en las páginas precedentes; en todo caso, mientras esa respuesta llega, resulta oportuno preguntarse qué cabe esperar del Tribunal de Estrasburgo en el tema que nos ocupa.

La pregunta tiene sentido porque entre los juristas españoles me parece que está bastante extendida la idea de que el Tribunal de Estrasburgo es un órgano

⁴⁴ Cf. la ya citada Section 12 (*Parenthood*), de la *Gender Recognition Act* de 2004 (GRA) inglesa, que en las decisiones del caso M se interpretó, como vimos, en el sentido tanto retrospectivo como prospectivo; en igual sentido, al menos en la interpretación que hace MARGARIA, A. “Trans men...”, *loc. cit.*, pp. 231-232, § 11 (*Eltern-Kind-Verhältnis*), de la *Transsexuellengesetz* (TSG) alemana, de 1980, modificada en 2011 por la intervención del Tribunal Constitucional.

⁴⁵ En algunos estados de Canadá y Estados Unidos, por ejemplo, es posible que un hombre trans que da a luz puede ser registrado como *father* o *parent* del nacido; es el caso de Ontario, como se reconoce en la *All Families Are Equal Act*, que entró en vigor el 1 de enero de 2017 y que será citada en más ocasiones.

⁴⁶ *O.H. and G.H. v Germany*, Application Nos. 53568/18 and 54941/18, comunicada el 6 Febrero 2019.

que “innova” en materia de reconocimiento de los derechos humanos y, en consecuencia, hace avanzar a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. Más en concreto, su extensa jurisprudencia surgida en torno al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al respeto a la vida personal y familiar, se percibe como un importante factor de progreso en todo lo que atañe al reconocimiento de los derechos relacionados con la familia y la persona. Sin duda, tal avance e innovación se ha producido en muchas ocasiones, también en algunos casos relacionados con el tema de la transexualidad; pero sería equivocado pensar que siempre sucede así, al menos si lo ponemos en relación con algunos ordenamientos internos de los que no cabe excluir al español; el caso n° 1 (*X, Y y Z c. el Reino Unido*, de 22 de abril de 1997), citado en páginas precedentes, es buena prueba de que a veces la postura del TEDH es bastante tradicional y que no siempre va por delante de los estados.

Las razones por las que las decisiones del TEDH no son siempre tan satisfactorias para los reclamantes como *a priori* se pudiera pensar son varias.

La primera es que este tribunal juega siempre con la necesidad de un cierto *consensus*⁴⁷ o común aproximación (*common approach*) entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el menos en el ámbito de los principios inspiradores que informan la materia concreta sometida a su consideración. En este caso, se ha de abordar el tratamiento jurídico de la filiación cuando se ha producido una modificación del género por parte de una de las personas implicadas en la relación. Creo que en el actual nivel de desarrollo de la legislación y la práctica de los diferentes estados en esta materia no es seguro que el TEDH admita que se ha llegado a este requerido *consensus*, hasta el punto de considerar que sentencias como las francesas, inglesas o alemanas citadas en este trabajo son contrarias al CEDH, más en concreto, a su artículo 8 -respeto a la vida privada y familiar- en relación con su artículo 14 -prohibición de discriminación-. Y ello a pesar de que existen documentos que pretenden avanzar y llegar a puntos de convergencia⁴⁸, que sin embargo no parecen prevalecer sobre la panoplia de reglas internas sobre la filiación y las nuevas realidades familiares, particularmente heterogéneas cuando se trata del acceso a técnicas de reproducción asistida en supuestos de

⁴⁷ MARGARIA, A., “Trans Men Giving Birth...”, *loc. cit.*, p. 243.

⁴⁸ Me refiero, sobre todo, a la Resolución 2239 (2018) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Private and Family Life: Achieving Equality Regardless of Sexual Orientation*, s 4.6, 10 de octubre de 2018, cuyo punto 4.6 dice literalmente así: “*in addition to the recommendations already adopted by the Assembly in Resolution 2048 (2015) and Resolution 2191 (2017) regarding the effects of legal gender recognition of transgender and intersex people on their access to or the continuity of their civil partnership or marriage, and regarding the rights of spouses and children, provide for transgender parents’ gender identity to be correctly recorded on their children’s birth certificates, and ensure that persons who use legal gender markers other than male or female are able to have their partnerships and their relationships with their children recognised without discrimination*”.

personas que se alejan del estereotipo de pareja heterosexual⁴⁹. De no apreciar el mencionado nivel de consenso⁵⁰, no sería sorprendente que el TEDH acudiera, una vez más, al margen de apreciación de los estados implicados⁵¹ para entender que decisiones internas como las descritas caben en el ámbito de los citados preceptos convencionales.

La segunda razón es que, aunque muestre una aparente dirección progresista en muchas de sus decisiones relativas a la familia⁵², el TEDH sigue atado a un cierto modelo de pareja, de filiación, de paternidad, de maternidad, y en definitiva, de familia, que es, ni más ni menos, la familia nuclear tradicional heterosexual y binaria; este modelo es, por ello, el que toma como indiscutible referente a la hora de dar sus pequeños pasos hacia adelante; en realidad, muchos entienden que Estrasburgo reconoce los nuevos modelos familiares y, en particular aquellos en los que participan personas LGTBI, solo y en la medida en que se asemejan e incluso mimetizan la familia convencional⁵³.

La tercera razón, que en realidad liga con las otras dos, es que en numerosas ocasiones el TEDH se limita a interpretar el CEDH de una manera aislada, en lugar de hacer una interpretación en red de los derechos humanos que este documento consagra. No olvidemos que el Convenio se hizo en Roma en 1950 y que, por tanto, tiene más de setenta años. Muchos han sido los pasos dados desde entonces en la protección internacional de los derechos humanos que a lo largo de estas décadas han ido enriqueciendo su entramado, tanto por la inclusión de nuevos derechos, como por la introducción de nuevas perspectivas más amplias de aquellos que eran más tradicionales. En otro trabajo sobre un tema diverso, pero en el que también se trataba de analizar el criterio de la Corte de Estrasburgo sobre el artículo 8 CEDH en su relación con el artículo 14, puse de manifiesto

⁴⁹ Discrepancias notables que pone de manifiesto, DUNNE. P. “Transgender sterilisation requirements in Europe”, *Medical Law Review*, 25 (4), 2017, pp. 554-581.

⁵⁰ Más bien al contrario, pues, como bien señala MARGARIA, A., “Trans men Giving Birth...”, *loc. cit.*, p. 243, en la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa el hombre trans que da a luz sería registrado como madre del nacido.

⁵¹ Este es el criterio de PUPPINGCK, G./ FOLTZENLOGEL, CH. / FARNWORTH, N. en las *Written Observations submitted to the European Court of Human Rights in the case of O.H. and G.H. v. Germany (Application no. 53568/18 & 54741/18)*, emitidas por el European Centre for Law and Justice que aboga en el caso por el amplio margen de apreciación de Alemania para decidir en el sentido que lo hizo en el caso OH, al menos por tres razones: la primera porque hay un fuerte *consensus negativo* entre los estados contratantes respecto a la modificación de un certificado de nacimiento del hijo para reflejar el cambio de género del progenitor, con independencia de que ese cambio se haya hecho antes o después del nacimiento; en segundo lugar porque este caso requiere que el gobierno realice un balance entre los intereses públicos y privados y guarde la coherencia de sus sistemas de filiación y sucesión; en tercer lugar, porque Alemania tiene un amplio margen de apreciación debido al alto contenido moral y ético de los asuntos implicados en este caso.

⁵² En palabras de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La UE, el Tribunal Europeo...”, *loc. cit.*, p. 161.

⁵³ MARGARIA, A., “Trans men Giving Birth...”, *loc. cit.*, p. 241.

cómo el TEDH no suele abordar las cuestiones relativas a los derechos de las personas con discapacidad de manera sinérgica con la mucho más reciente y rompedora Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006; de ello resulta una jurisprudencia conservadora y desconectada de las visiones más innovadoras sobre esta materia, a la par que parece tomarse el CEDH como un texto aislado y desconectado de la red de protección de los derechos humanos de la que forman parte la mayor parte de los países que también integran el Consejo de Europa⁵⁴. Intuyo que, salvando las distancias, algo similar sucede en lo relativo al derecho a la vida privada y familiar de las personas trans; en este caso, para interpretar su justo alcance podrían traerse a colación otros instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos que se consideran fundamentales en la red de protección de los derechos estas personas⁵⁵, seguramente escasamente presentes en la mente de quien ideó en 1950 el citado artículo 8 CEDH⁵⁶.

En fin, que sin dejar de reconocer el valor de las decisiones del TEDH y su potencial capacidad transformadora de los ordenamientos internos, no es en absoluto seguro que vaya a suceder en el tema de la filiación en casos de transexualidad, cuando menos en las próximas fechas⁵⁷.

V. LA RESPUESTA DEL DERECHO ESPAÑOL

Centraré este epígrafe en el análisis sobre qué es lo que cabe esperar cuando lleguen a nuestros tribunales casos como los que hemos analizado más arriba.

⁵⁴ GARCÍA RUBIO, M^a P., “Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las discrepancias en la exégesis de dos Convenios Internacionales de Derechos Humanos”. (*Pendiente de publicación*). En ese mismo trabajo pongo de manifiesto cómo las decisiones del TEDH en materia de derechos de las personas con discapacidad se basan en buena medida, en que no existe todavía entre los distintos estados europeos un consenso suficiente sobre la concepción social de la discapacidad y sobre la plena adaptación a las exigencias del texto de las Naciones Unidas

⁵⁵ Aquí se podían citar los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta), preparados por un grupo de expertos internacionales en derechos humanos, a solicitud del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Sin embargo, hemos de reconocer que estos Principios no son demasiado expresivos en relación con las relaciones de filiación de las personas trans, aunque existen algunas previsiones de interés, sobre todo en los Principios n^o 17 (derecho a la salud) y n^o 24 (derecho a la familia).

⁵⁶ No es la expresada en el texto la postura de PUPPINCK, G/ FOLTZENLOGEL, CH. /FARNWORTH, N., en las *Written Observations* emitidas por el *European Centre for Law and Justice*, antes citadas, para quienes en la interpretación del artículo 8 CEDH, el TEDH ha de acudir, principalmente, al original significado y al propósito inicial del precepto, que aparece en los trabajos preparatorios, muy relacionados con tratar de evitar los dislates en materia de persona y familia del régimen nazi.

⁵⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La UE, el Tribunal Europeo...”, *loc. cit.*, p. 161.

Haré exclusiva mención al Derecho estatal español, aunque no me parece que la respuesta a día de hoy fuera a ser muy diferente de aplicarse algunos de los ordenamientos civiles españoles que tienen normas propias en materia de filiación.

Creo que no podemos sino reconocer la insuficiencia de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico español para resolver hipótesis similares a las que se acaban de exponer en los casos n.º 2 (mujer trans que, por conservar su capacidad reproductiva como hombre, concibe un hijo con otra mujer y quiere aparecer como madre no gestante del nacido), y n.º 3 (hombre trans que mantiene su capacidad de gestar, da a luz un hijo y quiere aparecer como padre del nacido); en ambas hipótesis puede plantearse también la posibilidad de que el sistema les permita constar con una asignación parental neutra. El actual régimen jurídico de la filiación no permite, al menos de modo directo y evidente, ninguna de las respuestas solicitadas.

No obstante, es justo reconocer que nuestro Derecho es más “avanzado” que otros del entorno más cercano, o cuando menos, que lo fue antes que la mayor parte de los que nos circundan; baste recordar que nuestras leyes admiten desde hace muchos años la doble maternidad o la doble paternidad, aunque lo sean en supuestos de técnica de reproducción asistida y de adopción, para la primera, y solo para el caso de adopción, en las segundas⁵⁸. Pero precisamente el carácter singular de la filiación procedente de la fecundación humana asistida y de la adopción, suscita dudas, más que razonables, acerca de si estas normas contenidas, bien en una ley especial -LTRHA, para casos de fecundación asistida-, bien en el CC, -pero en materia adopción-, puedan ser extendidas a supuestos como los descritos inmediatamente antes en relación con personas trans en las que recuerdo que la filiación se produjo de manera natural y no asistida ni a través de la adopción. Es cierto que no cabe plantear en nuestro ordenamiento, como algunos hicieron en el Derecho francés en el caso procedente de Montpellier, una hipotética contrariedad de la doble maternidad o de la doble paternidad con el orden público español, puesto que reconoce sin ambages ambas posibilidades y lo hace ya desde hace tiempo. Se podría pensar que para admitir la doble maternidad en casos como los suscitados ante los tribunales franceses bastaría con una aplicación analógica de esas normas habilitantes, pues, al fin y al cabo, no se puede decir que sean normas excepcionales para las que esté vedada la analogía ex artículo 4 CC. Personalmente prefiero una solución más radical, que también precisan supuestos de hecho como los vistos en el Reino Unido y Alemania.

A mi entender, es necesario un cambio legislativo que proporcione respuestas claras y seguras a las situaciones descritas, que con el Derecho vigente en España

⁵⁸ A lo que habría de añadir las situaciones de maternidad subrogada en las que dos madres o dos padres de intención han logrado la inscripción de la filiación del hijo o hija en el registro civil español.

no se encuentran. Vamos, pues, a comprobar si las propuestas hechas en los textos prelegislativos presentados en los últimos años en materia de autodeterminación de género nos proporcionan las respuestas buscadas. Anticipo ya que, a mi juicio, tales textos son insuficientes y/o inadecuados para solventar las cuestiones que hemos abordado en este trabajo.

Recuerdo que hasta cinco han sido los textos barajados en los últimos tiempos para tratar de dar cobertura legal a los cambios de sexo o género con sus implicaciones; uno es de 2020⁵⁹, tres son de 2021⁶⁰ y el último de junio de 2022⁶¹.

Si nos fijamos a los textos preparatorios que vieron la luz en los años pasados se constata que apenas tocan la materia de las relaciones parentales de las personas que han cambiado su sexo antes o después de haber tenido descendencia, con la excepción de la Proposición de Ley de los Grupos Republicano y Plural, que añadió nuevos párrafos a uno de los artículos que contiene el Borrador presentado por el Ministerio de Igualdad; con tal añadido se pretendía incidir de modo muy importante en la constancia registral de la relación de las personas transexuales con sus hijas e hijos o nacidos de género no binario.

Para comprender su alcance hemos de partir de los respectivos artículos 17, relativo al cambio de nombre en el Registro civil de personas trans menores, en el caso del Borrador del Ministerio, y que atiende al cambio de nombre en el Registro Civil de personas trans, en general, en el caso de la Proposición de Ley citada. Como he dicho, existe entre ambos textos una diferencia fundamental que va más allá de su ámbito subjetivo, pues la Proposición de los Grupos Republicano y Plural añade tres párrafos que no se contenían en el Borrador del Ministerio, de los que me interesa destacar aquí dos; en concreto, los que dicen: *“Las personas trans serán inscritas como padres, madres o adores, según el sexo registral actual sea hombre, mujer o no binario o en blanco, con efectos retroactivos sobre las partidas de*

⁵⁹ La Proposición 122/000104 de Ley Orgánica de igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, publicada en el *BOCG* el 4 de diciembre de 2020.

⁶⁰ El Borrador de la Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans, presentado el 2 de febrero de 2021 por la Ministra de Igualdad y de la misma fecha, el Borrador de Anteproyecto de Ley para la Igualdad de las personas LGTBI y para la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales, presentado también el 2 de febrero de 2021 y la Proposición de Ley 122/000133 para la igualdad real y efectiva de las personas trans, presentada por los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural, publicada en el *BOCG* el 26 de marzo de 2021.

⁶¹ En junio de 2022 se ha presentado en Consejo de Ministros un quinto Proyecto de Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y la Garantía de los Derechos LGTBI. lamentablemente, en el momento de redactar estas líneas este postrero documento no ha sido publicado y no he tenido acceso a su contenido, por lo que no puedo dar buena cuenta de aquella parte que pudiera tener relevancia en el tema que nos ocupa

nacimiento de su descendencia. Las personas trans igualmente podrán cambiar la mención de padre, madre o adre según la identidad de género manifestada en caso que presenten la documentación que acredite que han solicitado el cambio registra”, añadiendo a continuación “*Así mismo, se eliminarán las menciones anteriores como padres, madres o adres de las partidas de nacimiento de su descendencia*”. Con este tenor, se trata de reglas que me merecen una rotunda crítica.

En efecto, como ya indiqué en su día⁶², no puedo compartir el tenor de estas reglas por varias razones. En primer lugar, por su unilateralismo; esto es, porque la única motivación presente en ellas es la voluntad de la persona que opta por determinada identidad sexual, como se subraya con la expresa mención al carácter retroactivo del cambio de su condición como padre, madre o, utilizando un nuevo término pretendidamente neutro, adre⁶³. Esta perspectiva olvida que lo que se pretende hacer constar en el Registro Civil es una relación jurídica bilateral, cual es la parento-filial, en la que no solo puede contar la voluntad de quien cambia su sexo, sino también el interés, calificado además de superior por normas internacionales e internas que nos son bien conocidas, del hijo menor de edad⁶⁴, con cuya voluntad ha de contarse también, especialmente a partir de un determinado grado de madurez.

Además, quien introdujo estas reglas parece olvidar que la mención en la inscripción de nacimiento del padre o madre de la persona inscrita forma parte de la identidad de esta última, consagrada como derecho fundamental del niño en el artículo 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas de Derechos del Niño⁶⁵, identidad que no puede ser alterada *ex post* de manera voluntaria y por la exclusiva decisión del progenitor cuando cambia su sexo.

En fin, yendo más allá de la perspectiva impuesta por la necesaria protección del menor, obsérvese que, tal y como están recogidas las normas reproducidas, resulta que el progenitor trans puede imponer su decisión y modificar la

⁶² GARCÍA RUBIO, M^a P., “Las repercusiones de las propuestas normativas ...”, *loc.cit.*, pp. 9 y 10 .

⁶³ Compárese con la norma francesa contenida en la Ley de 18 novembre 2016 que ha introducido en el *Code civil* el artículo 61-8, el cual, siguiendo la jurisprudencia anterior reconoce que “*la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification*” (BINET, J-R., “Transsexualisme et filiation: brouillage de (re)pères!”, *Droit de la Famille*, n° 12, dic. 2018, pp. 1-2).

⁶⁴ Conviene recordar que según el artículo 3.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

⁶⁵ Artículo 8. 1. CNUDN “*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”. Y conforme al 8.2. “*Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*”.

inscripción de nacimiento de su descendiente, incluso cuando este es mayor de edad, lo que de nuevo resulta inadmisibles.

VI. ALGUNAS PROPUESTAS, TODAVÍA BORROSAS, EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN DE PROGENITORES TRANS

Ya se ha puesto de manifiesto que desde el movimiento LGTBIQ y los pensadores que lo sustentan el ideal legislativo sería el borrado del género o la absoluta neutralidad de género en las normas sobre filiación⁶⁶, o mejor sería decir, en todas las normas. Creo que en esta línea se sitúa, entre las más conocidas, la *All Families Are Equal Act*, del estado canadiense de Ontario, que entró en vigor el 1 de enero de 2017 y que ya ha sido citada en este trabajo⁶⁷.

Desde otra posición, hace ya décadas que el feminismo tradicional expuso los peligros del borrado de la maternidad asociada a la mujer. Para esta corriente, reemplazar la maternidad por un término neutral sería perverso para el logro de la sustantiva igualdad de la mujer, al obviar el rol de las madres en el cuidado de sus hijos, a la par que no se ha producido una concomitante reconstrucción de la institución de la paternidad. En este sentido, no se puede ignorar que todavía hoy en la mayor parte de las sociedades el papel de las madres mujeres en su relación con los hijos menores no es idéntico al de los padres, por más que progresivamente estos se vayan incorporando a las labores de cuidado y atención que aquellos requieren; unas normas que obvian esa realidad social, no parecen la mejor de las opciones.

En buena medida, comparto estas críticas: no me opongo a que cuando el fin de la norma sea precisamente el de proteger a la persona que gesta y alumbrará a un niño o niña, o la de evitar o sancionar actitudes discriminatorias frente a esa persona, se deban extender sus beneficios a quienes no son o no se consideran mujeres⁶⁸; pero ello no puede ocultar que la mayoría de las embarazadas son mujeres que al parir se convierten en madres y no veo razones convincentes para que esa realidad sea encubierta en una norma neutral que, como tal, las oculte.

Trataré, pues, de buscar respuestas un poco más elaboradas que el mero borrado del género y la construcción de una terminología nueva y absolutamente neutral para hacer alusión a la relación parental. Confieso que mi propuesta es

⁶⁶ Se hace eco de las eventuales ventajas de esta opción neutral, MARGARIA, A., "Trans men Giving Birth...", *loc. cit.*, pp. 245-246, quien, sin embargo, también se pregunta si es el momento para tomar esta opción.

⁶⁷ *All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment)*, 2016, S.O. 2016, c. 23 - Bill 28, en <https://www.ontario.ca/laws/statute/s16023> (last access on 2 June 2020)

⁶⁸ Por ejemplo, en materia de seguridad y asistencia social a quien lleve un embarazo y tenga un parto.

todavía muy borrosa, porque las situaciones posibles son tantas y tan complejas que resulta muy difícil abarcar todas ellas; y mucho más todavía dar pautas seguras para establecer sus consecuencias jurídicas. No obstante, haré un intento que, con toda seguridad, será muy imperfecto.

En primer lugar, creo que conviene comenzar por distinguir dos grupos normativos: por un lado, las reglas destinadas a la determinación y prueba de la filiación, que son las que interesan más en esta sede; por otro, las relativas a la titularidad y ejercicio de los derechos y deberes derivados de la parentalidad.

En lo que atañe a las primeras, ya he señalado que en el derecho vigente y por lo que respecta a la determinación de la filiación, el peso de la biología sigue siendo extraordinariamente relevante. Lo es en nuestro ordenamiento jurídico incluso, en cierto sentido, por exigencia constitucional (artículos 39.2 y 39.3 CE), aunque cabe muy bien interpretar que la investigación de la paternidad se identifica con el derecho a conocer la verdad biológica, pero no necesariamente con la determinación del estado de hijo con todas sus consecuencias; creo que deberíamos explorar esta doble inteligencia del mandato constitucional.

Además, que la biología sea un dato importante en materia de filiación no significa que tenga que ser exclusivo y excluyente; más bien creo que en el futuro se debe apostar por su relativización y flexibilización. En este sentido, estoy convencida de que las nuevas realidades sociológicas en materia de relaciones parentofiliales, muchas veces derivadas de la utilización de técnicas de fecundación asistida cada vez más sofisticadas e impredecibles, dan preferencia a la voluntad o la intención sobre la biología a la hora de constituir la relación de filiación.

De este planteamiento general deriva, entre otras cosas, la necesidad de un más amplio reconocimiento legal tanto de la monoparentalidad, independientemente del sexo o género del padre o madre, como de la multiparentalidad, de suerte que junto o al lado de la filiación puramente biológica se deberán admitir parentalidades sociales basadas más bien en la voluntad y el comportamiento de los implicados y no tanto en la biología⁶⁹.

Debemos recordar que en nuestra tradición jurídica, como en la mayoría de los ordenamientos cuyo conocimiento se nos alcanza, los métodos de determinación y prueba de la filiación por naturaleza varían según se trate de la filiación

⁶⁹ GARCÍA RUBIO, M^a P., "Un niño o una niña...", *loc.cit.*, *passim*.

materna o de la paterna⁷⁰. Como ya señalé en su día⁷¹, desde un conocido pasaje de Paulo (Digesto, 2, 4,5) se ha venido considerando que la maternidad posee un altísimo grado de certeza (*mater semper certa est*), al vincularse a un dato biológico, cual es el del parto subsiguiente a la gestación. Huellas evidentes de esta concepción se hallan en el artículo 30 CC que menciona el “entero desprendimiento del seno materno” o en los artículos 959 y siguientes, donde todavía hoy se contienen reglas destinadas a recoger las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta y en las que el parto o alumbramiento es el dato fundamental. En la misma línea, el artículo 10 LTRHA que en el supuesto de maternidad subrogada liga la filiación al hecho del parto. Además, en sede de acciones de filiación, el artículo 139 CC permite la impugnación de la filiación basándose, precisamente, en la suposición del parto, de suerte que sea cual sea el procedimiento de determinación, incluido el reconocimiento y, en su defecto, la resolución recaída en expediente tramitado de conformidad con la legislación del Registro Civil⁷², el hecho del parto es esencial. Esta visión que centra la maternidad en el parto aparece reflejada y reforzada en la legislación registral, como demuestran, entre otros, los artículos 44, 45, 46, 49 y 67 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁷³. Con todo, se ha ya mencionado varias veces en este trabajo que el artículo 7.3 LTRHA admite la determinación de la filiación (materna) a favor y por consentimiento de la esposa de la madre que ha dado a luz, consagrando así la posibilidad de doble maternidad por una vía voluntaria que no se contempla fuera de la institución matrimonial. De nuevo planteo si no sería ya el momento de ir más allá de la singularidad de este supuesto, permitiendo situaciones de dos o más maternidades, también en el sistema del código lo que significaría, la ruptura del ligamen absoluto entre maternidad y parto⁷⁴. Esto supondría la superación de una típica regla sexoespéfica, como la presun-

⁷⁰ En palabras de GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C, “la norma, tomado el presupuesto de la realidad biológica, ya por razones técnicas (la creación de la ciencia jurídica) ya de otro tipo (el valor o cultura de cada época, la influencia religiosa o política), en las diversas etapas, ha creado y delimitado la relación de filiación, la maternidad y la paternidad de distinta manera; magia de las normas a través de las que se admite y recrea la situación personal” (“Prólogo”, GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C/SOLÉ I RESINA, J., *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 13).

⁷¹ GARCÍA RUBIO, M^a.P., “Las repercusiones de las propuestas normativas...”, *loc. cit.*, p. 13.

⁷² En este caso, de conformidad con el artículo 44.7 3^a LRC “Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo”.

⁷³ Cf. especialmente el artículo 44.4 LRC sobre la necesaria constancia de la filiación materna y el artículo 46 LRC que obliga a los centros sanitarios a la comunicación del nacimiento, añadiendo que “ El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas”.

⁷⁴ En algunos Estados norteamericanos la persona casada con la mujer que da a luz o “madre natural” se presume padre o madre del nacido, de suerte que para hombres y mujeres la parentalidad deriva

ción de paternidad del marido de la madre, cuya ampliación al cónyuge o pareja de la persona que gesta y pare al hijo no creo que contradiga ningún derecho fundamental de ninguno de los implicados o principio irrenunciable del sistema jurídico.

Siguiendo esta senda, creo que los casos de dos maternidades o dos paternidades de un mismo hijo o hija, ya reconocidas en nuestro derecho desde hace tiempo en casos concretos, tiene que perder el carácter particular o especial con el que ahora se contemplan, dejando de asociarse exclusivamente con la fecundación asistida y la adopción y pasando, de la manera que el legislador considere más equilibrada, a las reglas comunes en materia de filiación.

En cuanto a las normas sobre establecimiento y constancia registral de la filiación de un progenitor transgénero, tema que ha sido el objeto central de estas páginas, lo sensato sería encontrar una respuesta que concilie los derechos e intereses de las dos partes implicadas en la relación de filiación; para ello, como propuse en otro trabajo precedente, sería conveniente distinguir según que el cambio de sexo se haya producido antes o después del nacimiento del hijo o hija⁷⁵.

En el segundo caso, entre los derechos en liza, el del progenitor a cambiar la mención de la relación de filiación de conformidad con su género querido y el del hijo o hija a ver preservada su identidad y a que se vea salvaguardado su interés superior, en el caso de que se trate de un menor de edad, no me cabe duda de que deben prevalecer los de este último. En consecuencia, entiendo que la mención no puede ser unilateralmente alterada por la sola voluntad del progenitor que ha realizado la transición, quien debería contar, para realizar la rectificación registral de la relación de filiación respecto de su prole, con el consentimiento de su hijo o hija mayor de edad o menor suficientemente maduro para otorgarlo. No veo obstáculo insalvable en el pretendido principio de unidad de la filiación de todos los hijos de una misma pareja⁷⁶, principio que, de existir, se corresponde con el prototipo familiar y de filiación que, precisamente, queremos superar ante las nuevas realidades familiares y reproductivas.

Por su parte, cuando el cambio de sexo o género precede al nacimiento del hijo o hija, se deben valorar tanto el derecho de autodeterminación de género del progenitor, como el derecho a la identidad del nacido, que incluye el derecho a

del matrimonio con la madre biológica, como reconoce NEJAIME, D., "The nature of Parenthood", *Yale Law Journal*, 2017, pp. 2260-2381, espec. p. 2295.

⁷⁵ *De lege ferenda* creo conveniente que la norma distinga ambas situaciones con el fin de minimizar los problemas interpretativos que se han dado, por ejemplo, en el Derecho francés, donde, como vimos, solo se contempla la situación de los hijos nacidos antes del cambio de sexo del progenitor, pero no de los nacidos después, lo que critica, VAUTHIER, J. PH., "Maters Semper certae sunt? Un pluriel bien singulier", *Recueil Dalloz*, 6 julio 2017, n° 24, pp. 1373-1374.

⁷⁶ Apuntado, entre otros por MICHEL P., "Filiation biologique et mère transgenre ...", n° 12, en las críticas a la sentencia de la corte de apelación de Toulouse.

conocer sus orígenes, según reconocen los tratados internacionales de derechos humanos y ha destacado muy especialmente el TEDH. No obstante, también será preciso aclarar el alcance de este último derecho a la luz de las nuevas realidades familiares, pues no se debe olvidar que ningún derecho tiene carácter absoluto o ilimitado y, como ya se apuntó, este de conocer los orígenes puede no tener un contenido unívoco. Además, cuentan otros derechos del nacido⁷⁷, de los cuales deriva que queda absolutamente descartada la opción de que la mención al progenitor trans no conste de ninguna manera.

La pregunta será entonces cómo ha de constar registralmente esa mención y la respuesta, a mi juicio, no tiene por qué ser uniforme en todos los ordenamientos⁷⁸. Por lo que atañe al español que, sorprendentemente para algunos, tiene ya un grado de plasticidad bastante mayor que otros vecinos y donde, como venimos diciendo, se admite la posibilidad de doble maternidad y de doble paternidad, aunque sea en casos concretos, no creo que existan obstáculos insalvables para que pudiera prevalecer la designación querida por el progenitor, que debería poder optar por el término que le resulte más adecuado a su idiosincrasia, y que puede ser el padre, madre o una fórmula neutra. Lo más limpio es que el legislador plasme todas estas posibilidades⁷⁹.

Como ya he anticipado, al menos de momento, no comparto la idea de extender a todas las personas gestantes las reglas que actualmente identifican la maternidad con el parto, borrando completamente la noción de madre⁸⁰ o disociando

⁷⁷ Entre otros, los reconocidos en el artículo 5 CNUDN referente al derecho de los progenitores a impartir dirección y orientación apropiadas a sus hijos para que ejerzan los derechos reconocidos en la Convención; en el artículo 7.1. (“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; artículo 9.1 (derecho a que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño); artículo 12 (derecho del niño a expresar su opinión en función de su edad y madurez y a ser escuchado), artículo 18 (responsabilidad de ambos progenitores en la crianza el niño).

⁷⁸ De hecho, tanto en el inglés como en el alemán, a día de hoy la regla general según la cual la persona trans pasa a tener los derechos y obligaciones del nuevo género, está sujeta a la expresa excepción de las relaciones con sus hijos e hijas, relación que permanece inalterada, tanto retrospectiva, como prospectivamente, fundamentando precisamente la decisión legislativa en el derecho del hijo o hija a conocer sus orígenes.

⁷⁹ MINTER, SH. P., “Transgender Family Law”, *Family Court Review*, Vol. 56 No. 3, July, 2018, pp. 410–422, espec., p. 419, reflexionando en el ámbito del Derecho norteamericano, considera que el uso de los términos *father*, *mother* o *parent* es especialmente sensible para una persona trans que ha mostrado recientemente a su hijo o hija que lo es; algunas de estas personas pueden sentirse a gusto con que se les llame madre o padre incluso cuando tales términos ya no se corresponden con su identidad de género. Otros pueden preferir evitar una referencia con connotación de género. Pero, en todo caso, lo que debe prevalecer es el mejor interés de los menores.

⁸⁰ Como hace la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos cuando propone la reforma del artículo 119 CC con este tenor: “El progenitor que figure como gestante podrá ejer-

esta de la condición femenina, como hemos visto que ha hecho *High Court* en el caso *McConnell*. Por el contrario, mi opinión es que el concepto de madre debe permanecer en el mundo jurídico, como asimismo debe hacerlo el de padre. Ello no obsta, ni mucho menos, para que se superen las situaciones de heteronormatividad y de repronormatividad que resultan innecesarias o directamente contraproducentes, tanto para los padres y las madres, como para los hijos y las hijas o los nacidos no binarios; entre ellas menciono de nuevo la presunción de paternidad limitada al marido de la madre, que extendería a cualquier cónyuge o pareja de esta.

Recuerdo, una vez más, que lo prioritario en esta materia es el interés del hijo menor de edad, la necesidad de contar con su parecer a partir de que su grado de madurez lo permita y, en todo caso, con su consentimiento a partir de su mayoría de edad e incluso antes, si está en condiciones de prestarlo.

Por lo que respecta a la responsabilidad parental, es indudable que las nuevas realidades nos obligan a repensar lo que significa hoy ser padre o ser madre. Parto de que todas las personas pueden estar capacitadas para ejercer el rol de atención y cuidado de los hijos que tradicionalmente se ha asociado a la condición de madre, con independencia de su identidad de género o de su condición sexual; pero pocos negarán que siguen siendo las mujeres las que de modo absolutamente mayoritario continúan cumpliendo esa función; y la norma no debe ocultarlo.

Quiero pensar que nadie cuestiona que el tradicional rol de portador de los ingresos que sustentan a la familia, que se ha venido asociando por generaciones al ejercido por el padre, puede ser a día de hoy desempeñado por cualquier persona, con independencia de su género y de su identidad en tal sentido⁸¹. Pero hombres y mujeres continúan sin estar en condiciones de igualdad en el acceso al trabajo remunerado o en el salario que reciben; tampoco en el acceso a los puestos más altos y mejor pagados de la empresa, ni siquiera, siendo realistas, en las altas jerarquías de la Administración. Las normas de conciliación familiar continúan siendo escasas, insuficientes y penalizan a las mujeres, que son quienes mayoritariamente acuden a ellas con merma de sus posibilidades profesionales y, al menos de momento, sus futuras pensiones. Que, ante este panorama, se prescinda de cualquier alusión a la diferencia entre mujer y hombre y, en el ámbito que nos ha ocupado en este trabajo, de las nociones de madre y padre, me parece a día de hoy, como ya dije en otro lugar, una mala decisión⁸².

citar la acción de impugnación de la filiación justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo o de la hija”.

⁸¹ En las familias monoparentales, cuya inmensa mayoría están sustentadas por mujeres que son madres, ambos roles, el de cuidado y el de obtención de recursos económicos son ejercidos por ellas.

⁸² GARCÍA RUBIO, M^a.P., “Las repercusiones de las propuestas normativas...”, *loc. cit.*, p. 17.

EFFECTOS DE LA AUTODERMINACIÓN DE GÉNERO SOBRE EL VÍNCULO MATRIMONIAL¹

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CUESTIÓN. II. LA PLENA VALIDEZ ESTRUCTURAL DEL MATRIMONIO DEL TRANSEXUAL TRAS LAS LEYES 13/2005, DE 1 DE JULIO Y 3/2007, DE 15 DE MARZO. III. LA POSIBLE NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ERROR. IV. LA POSIBILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL POR NULIDAD DEL MATRIMONIO DERIVADA DE LA OCULTACIÓN DE LA TRANSEXUALIDAD. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CUESTIÓN.

En España la legislación positiva no contempló el fenómeno de la transexualidad, hasta la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo resolvió en sentido favorable diversos recursos de casación en los que un transexual, siempre varón, pretendía la rectificación de la mención de sexo en su inscripción de nacimiento del Registro civil, y el consiguiente cambio de nombre, negando, en cambio, la validez del matrimonio contraído por el transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico, en un momento en el que requisito de la heterosexualidad de los contrayentes era presupuesto de validez del negocio jurídico matrimonial.

a) La STS de 2 de julio de 1987² justificó la estimación del recurso, acudiendo al argumento de que el transexual era una «ficción de hembra», que merecía la protección del Derecho: «Será una ficción de hembra si se quiere -observaba el Supremo-; pero el Derecho también tiene una protección a las ficciones [...] Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterologías psíquica y emocional propias de este sexo [...] La primera consecuencia,

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 “La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial”, financiado por la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el Prof. José Ramón de Verda y Beamonte.

² STS 2 julio 1987 (RJ 1987, 5045).

y habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre del varón por el de hembra, pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con el sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto».

La sentencia se estaba refiriendo, obviamente, al *ius connubii*, y, más concretamente, al matrimonio del transexual con un varón³.

Prescindiendo, aquí, de realizar un juicio crítico, acerca de la oportunidad de fundar un fallo, como el expuesto, en el argumento de la *fictio iuris*⁴, lo cierto es que el pronunciamiento de la Sala planteaba, ante todo, el problema de «no saberse a ciencia cierta» si estábamos «ante un genuino *cambio de sexo*»⁵.

Creo, en efecto, que existen fundadas razones para dudar de que el Tribunal Supremo hubiera admitido que la transexualidad pudiese operar un real cambio de sexo (de varón a mujer, o viceversa). Si así fuera, ¿por qué, al efecto de estimar el recurso, se acudía al argumento de que el transexual era una «ficción de hembra». Hubiera afirmado, sin más, que el demandante era una «hembra» y, por ende, que tenía derecho a solicitar la pertinente rectificación de la mención de sexo en la inscripción de nacimiento. Y, sobre todo, no habría excluido la capacidad del transexual para contraer matrimonio con un varón.

b) La STS de 15 de julio de 1988⁶ estimó, igualmente, el recurso del transexual contra la sentencia de segunda instancia, que le había denegado el cambio de la mención registral de sexo (y de nombre). Pero, sin abandonar la idea de «ficción de hembra», apoyó la pretensión del recurrente en el «principio» (aunque usa impropiamente el término de «derecho») de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, «término éste que en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no implique o suponga delito o cuando menos ilícito civil». Y, respecto a la cuestión del *ius connubii*, afirmaba que el matrimonio del transexual sería nulo «por virtud de lo dispuesto en el art. 73.4º del Código Civil».

Esta última referencia suscitaba alguna duda: al reconducirse la cuestión del matrimonio del transexual al ámbito de la protección de la «integridad» del

³ Lo constataba RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO (1990): «La persona física» en LACRUZ *et alii*; *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. II, *Personas*, ed. Bosch, Barcelona, p. 18.

⁴ Esta cuestión fue analizada por VIDAL MARTÍNEZ, JAIME (1989): «Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad) en el “libre desarrollo de la personalidad” al que se refiere el art. 10.1 de la Constitución española? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987)», *Revista General del Derecho*, sección práctica, marzo, pp. 987 ss.

⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO (1987): «Transexualidad y cambio de sexo», *La Ley*, 4º, p. 169.

⁶ STS 15 julio 1988 (RAJ 1988, 5722).

consentimiento de quien contrae nupcias, ignorando el itinerario sexual de la otra parte, podría pensarse que, implícitamente, se estaba afirmando que el transexual tenía capacidad para contraer matrimonio con un varón (sin perjuicio de que este último, descubierto el error, pudiera invocar, en su favor, el art. 73. 4º CC). Sin embargo, tal interpretación no parece posible, si nos atenemos a pronunciamientos posteriores.

c) La STS de 3 de marzo de 1989⁷ insistió en la idea de «ficción de hembra», fundamentando también el derecho al cambio registral de la mención de sexo en el argumento de que «la actual inscripción en el Registro Civil como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se aprecia viola el art. 10 de la Constitución». Sin embargo, matizó que «los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos».

¿A qué matrimonios se estaba refiriendo la sentencia? Parece lógico pensar que a los contraídos con un varón, ya que no es probable que un transexual contraiga matrimonio con una persona de diverso sexo cromosómico (en el supuesto contemplado por el fallo, con una mujer). Pero, el Supremo se limitó a decir que tales matrimonios «serían nulos», sin especificar el capítulo de invalidez que entraría en juego (¿art. 44 o art. 73.4º CC?).

d) Mucho más clara es la STS de 19 de abril de 1991⁸, que, si bien admitió el cambio de la mención registral de sexo, afirmó que «el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73, núm. 4, del Código Civil y 32 de la Constitución».

De las sentencias expuestas, conjuntamente consideradas, cabe deducir, a mi parecer, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no aceptó que la transexualidad operara un auténtico cambio sobrevenido de sexo, sino, simplemente, la posibilidad de que el transexual obtuviera, por sentencia firme, el cambio de la mención de sexo indicado en el Registro Civil y, así mismo, el cambio de nombre para ajustarlo al sexo publicado⁹. Ello explica que los eventuales matrimonios del transexual con personas de su mismo sexo cromosómico fueran considerados

⁷ STS 3 marzo 1989 (RAJ 1989, 1993).

⁸ STS 19 abril 1991 (RAJ 1991, 2725).

⁹ Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 31 de enero de 2001, autorizó el matrimonio entre un varón y un transexual, el cual, previamente, se había sometido a la correspondiente operación quirúrgica y había obtenido sentencia firme, por la que se ordenaba la rectificación de la mención de su sexo en el Registro civil (de masculino en femenino), así como el cambio de nombre.

La resolución comentada, que revoca el auto apelado, en el que la Juez encargada del Registro Civil, había denegado el matrimonio solicitado, se basa en el argumento de que la sentencia que

nulos, por aplicación del art. 32 CE¹⁰ y del art. 44 CC (en la redacción del precepto anterior a la dada por el art. único.1 de la Ley 13/2005, de 1 de julio), al no concurrir el requisito de la heterosexualidad de los contrayentes. En definitiva, se consideraba que en el Derecho español el criterio de atribución del sexo era el cromosómico¹¹.

ordena el cambio de la mención registral de sexo no limita expresamente el *ius connubii* del transexual.

En su fundamento jurídico quinto dice así: «si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento en que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que ese cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos».

En realidad, esta resolución tenía precedentes en algunas sentencias de instancia, *vid.*, por ejemplo, SAP de Barcelona 11 febrero 1994 (RGD 1994, 8529), SJPI de Lérida, número siete, 21 septiembre 1999 (AC 1999, 1651) o AJPI de Málaga, Melilla, 10 enero 2000 (AC 1999, 2607).

¹⁰ La Ley 13/2005, de 1 de julio, suscitó, en su momento, la duda de si era conforme a la Constitución, cuyo art. 32.1 reconoce el derecho a contraer matrimonio al «hombre» y a la «mujer». Es, pues, claro que el precepto presupone la diversidad de sexos de los contrayentes.

Ahora bien, una cosa es que la norma se refiera, exclusivamente, al matrimonio entre personas de distinto sexo, y otra diversa, que el legislador ordinario no pueda extender el derecho a contraerlo a personas de idéntico sexo. La constitucionalidad de la ley dependerá, pues, de si se considera que el requisito de la heterosexualidad forma, o no parte del contenido esencial del derecho.

La STC 198/2012, de 6 de noviembre (Tol 2680094), entendió que el requisito tradicional de la diversidad de sexos no forma parte del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Dice, así que «lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido». Desde este punto de vista, tan constitucional es que el legislador ordinario admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, como que lo rechace.

¹¹ Por cuanto concierne a la valoración de la posición adoptada por el Tribunal Supremo respecto del fenómeno de la transexualidad, me parecen criticables los argumentos jurídicos en que se apoyaba. En particular, me parece desacertado el recurso al art. 10.1 CE y, más concretamente, al libre desarrollo de la personalidad como *ratio decidendi* de los fallos.

Evidentemente, el art. 10.1 CE está inspirado en los arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, lo cierto es que el art. 2.1 GG consagra constitucionalmente «das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit». Es decir, configura el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental, dotado de eficacia inmediata y vinculante para todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial). Y, consiguientemente, en el Derecho alemán [cfr. art. 93.1.4a) GG, en relación con el art. 2.1 GG] se reconoce el recurso de amparo contra los actos de los poderes públicos lesivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad («soweit er nicht die Rechte anderen verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst»). En la Constitución Española, por el contrario, no existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por lo que su hipotética lesión no podrá justificar la interposición de un recurso de amparo, sino, exclusivamente, cuando sus concretas plasmaciones alcancen el rango de derecho fundamental comprendido en la sección primera del capítulo segundo de nuestra Carta Magna. En ella, la conceptualización del libre desarrollo de la personalidad es, simplemente, la de un principio constitucional, que, a mi entender, carece de fuerza expansiva en orden a la creación de derechos subjetivos no reconocidos expresamente en la Ley.

II. LA PLENA VALIDEZ ESTRUCTURAL DEL MATRIMONIO DEL TRANSEXUAL TRAS LAS LEYES 13/2005, DE 1 DE JULIO Y 3/2007, DE 15 DE MARZO.

En la actualidad, la validez estructural del matrimonio contraído por un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico no plantea ninguna duda, pues el vigente art. 44.2 CC, redactado por la Ley 13/2005, suprimió el requisito tradicional de la heterosexualidad del matrimonio, afirmando que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

La Exposición de Motivos de dicha Ley, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del «establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad».

Pero, en realidad, me parece que (aunque la cuestión carezca ya de interés práctico) el matrimonio contraído por un transexual que haya obtenido la rectificación de la mención de sexo, conforme a lo previsto por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, con una persona de su mismo sexo cromosómico (y diverso, legalmente) será un matrimonio en el que concurra la nota de la heterosexualidad de los contrayentes¹².

Creo, así, que, a falta de previsión legal expresa, el art. 10.1 CE no implica per se el reconocimiento a la persona de un pretendido derecho al cambio de sexo. Es la ley quien decide cuál es el criterio de atribución del sexo (cromosómico, o no).

Ahora bien, una cosa es que, con anterioridad a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, no existiera un derecho al cambio de sexo y otra, muy distinta, que fuese constitucionalmente admisible que el transexual se viese obligado a llevar un nombre que, por no corresponder con la morfología adquirida tras el correspondiente tratamiento hormonal e intervención quirúrgica, revelase a extraños la disociación existente entre su sexo cromosómico y el que siente como propio, lo que hubiera supuesto un frontal ataque a su derecho fundamental a la intimidad personal.

¹² En la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la mención del sexo, que conllevará el cambio de nombre para ajustarlo al nuevo sexo registral, a través de un expediente gubernativo, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante.

En dicho expediente, según resulta del art. 4 de la Ley 3/2007, hay que probar la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que el solicitante acredite, mediante la presentación de un informe médico o psicológico, que sufre una «disforia de género», es decir, una disociación entre su sexo cromosómico y el que siente como propio, exigiéndose que dicho sentimiento sea permanente y no se deba a trastornos de la personalidad; y, en segundo lugar, que el solicitante pruebe que ha sido tratado médicamente durante, al menos, dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, salvo que «concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia». En cambio, no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

El art. 1.1 de la Ley 3/2007, permite, exclusivamente, el cambio de mención registral de sexo a los mayores de edad. Por lo tanto, según este precepto, el menor de edad (emancipado o no) no puede, en ningún caso, pedir el cambio el cambio registral de sexo, ni tampoco pueden hacerlo por él sus representantes legales, por ser el cambio de sexo una decisión personalísima.

Esta exigencia legal llevó al TS a plantear una cuestión de constitucionalidad a propósito de un recurso de casación presentado por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de un menor, cuando este tenía doce años; primero, en vía gubernativa, ante el Registro civil; y, posteriormente, en juicio ordinario, denegándose en todas las instancias su pretensión, por razón de la minoría de edad de su hijo.

La STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio (Tol 7446117) ha considerado inconstitucional que el artículo cuestionado no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan suficiente madurez y se encuentren en una situación estable de transexualidad, por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, «por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno —i.e. cambio de nombre, pero no de sexo— para las situaciones de transición». Dice, así, que el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los menores de edad, «sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con ‘suficiente madurez’ y en una ‘situación estable de transexualidad’ y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad».

En la actualidad, a la luz de la jurisprudencia constitucional ha de entenderse que los menores de edad (en los que concurren los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007), con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad», podrán, por sí mismos (con la asistencia de sus representantes legales), pedir el cambio registral de sexo y el consiguiente cambio de nombre.

La STS (Pleno) 17 diciembre 2019 (Tol 7701428), aplicando la doctrina que sienta la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, ha estimado el recurso de casación, en su día planteado, casando la sentencia recurrida, «para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, tras realizar la audiencia del menor, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada».

Por lo tanto, el TS, al no poder conocer de cuestiones de hecho, remite a la Audiencia Provincial el juicio sobre la existencia de los dos requisitos a las que el TC supedita la posibilidad de que un menor pueda obtener el cambio de la mención registral de sexo: la «suficiente madurez» y la «situación estable de transexualidad», previa audiencia del mismo, precisando que la comprobación del grado de madurez deberá realizarse «de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante, que actualmente tiene ya 17 años».

Por lo demás, el TS insiste en que «Será necesaria en todo caso la audiencia del menor demandante para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo. El art. 162 del Código Civil excluye del ámbito de representación legal que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad “[l]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. En este ámbito, la actuación de los representantes legales es meramente complementaria, como puede ser, por ejemplo, la destinada a completar

La rectificación registral de la mención de sexo llevada a cabo mediante el expediente registral previsto en dicha Ley es cualitativamente diversa a la que se realizaba mediante sentencia con anterioridad a la misma, porque ahora, realmente, se da lugar a un cambio legal de sexo¹³.

Lo constata la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, en la que se explica que «la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género»¹⁴.

la capacidad procesal de los menores de edad y permitirles comparecer en juicio (art. 7.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

¹³ Hay que tener en cuenta que, después de la promulgación de la Ley, la jurisprudencia, basándose en los principios sancionados por la misma, admitió el cambio de la mención registral de sexo, respecto a supuestos que no entraban dentro de su ámbito de aplicación temporal, sin necesidad de que el solicitante se hubiera sometido a una operación de reasignación sexual, por prevalencia de los criterios fenotípicos, psicológicos y sociales sobre los puramente cromosómicos. *Vid.* en este sentido SSTs 17 septiembre 2007 (Tol 1146766), 28 febrero 2008 (Tol 1347129), 18 julio 2008 (Tol 1353319) y 22 junio 2009 (Tol 1554270).

¹⁴ No es este el supuesto contemplado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la que se establecen dos directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente a un sexo diferente del que resulta de la inscripción de nacimiento.

Por lo tanto, no se trata aquí de cambiar el sexo registral, sino, simplemente, de cambiar el nombre que figura en el Registro (sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley 3/2007), para ajustarlo al sexo que el solicitante siente como tal y que, como se ha dicho, es distinto del que aparece en el Registro (que permanece inalterado), con el fin de permitir el cambio de nombre a las personas que, legalmente, no pueden cambiar de sexo.

a) Según la Directriz Primera: «En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas».

Así pues, ello supone que el menor emancipado podrá pedir, mediante una mera declaración de voluntad, que se le asigne un nombre que no corresponda al sexo con el que aparece inscrito en el Registro Civil, sin necesidad de instar la modificación de dicho sexo, para lo cual debería cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007.

La Instrucción apoya la Directriz Primera en la circunstancia de que «en la época en que se aprobó la citada Ley 3/2007 la transexualidad estaba clasificada como una enfermedad entre los ‘trastornos de la personalidad de la conducta y del comportamiento del adulto’ según la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS (CIE -10, que data del año 1990, y en cuyo epígrafe F64 se comprendían trastornos de la identidad sexual, transexualismo, travestismo de doble rol, y trastorno de la identidad sexual psicológico).

Por el contrario, en la actualidad, tras la publicación por la OMS del CIE-11 (que entrará en vigor en enero de 2022), la misma no aparece calificada como enfermedad, sino como ‘condición’, en el epígrafe dedicado a las ‘condiciones relacionadas con la conducta sexual’, denominándola ‘incongruencia de género’, y caracterizándola como una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna».

A tenor del art. 5.3 de Ley, «El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral».

El cambio de sexo sobrevenido no afectará a la validez estructural del anterior matrimonio, conservando la persona transexual su condición de cónyuge¹⁵ y no

b) Según la Directriz Segunda: «Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que, ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez».

Por lo tanto, los padres o representantes legales, de común acuerdo, mediante una declaración de voluntad propia, pueden solicitar que se imponga al menor no emancipado un nombre que no se corresponda al sexo con el que aparece inscrito en el Registro Civil, sin necesidad de instar la modificación de dicho sexo, para lo cual no están legitimados, según resulta de la Ley 3/2007.

La Instrucción lo justifica en el mencionado CIE-11 de la OMS, en el que «se describen dentro de dicho epígrafe dos situaciones: la incongruencia de género de la adolescencia y edad adulta, y la de la infancia. Lo anterior implica que la regulación de la Ley de 2007, en la que se asocia la transexualidad con una enfermedad o trastorno de la personalidad, que puede y debe ser médicamente diagnosticada y tratada para posibilitar su reflejo en el Registro Civil, y que sólo puede producir efectos legales en relación con los mayores de edad, está superada en el actual estado de la ciencia médica, y por tanto obliga a una interpretación correctora de dicha norma».

Observa, además, que «si bien la Ley Orgánica citada establece como edad a partir de la cual el menor debe ser oído en todo caso la de doce años, también ordena que se le oiga en todos los casos en que ello se considere obligado en función de su grado de madurez. Esto, en la materia de la identidad de género, teniendo en cuenta que frecuentemente hay niños que en torno a los cuatro años experimentan ya con claridad la identidad sexual propia como diferente de la asignada, considerando el importante efecto perjudicial que puede tener el retraso en la adopción de las medidas, o lo que es lo mismo el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, obliga a establecer un procedimiento para poder modificar el nombre a los niños menores de doce años, representados por sus padres o tutor pero con la intervención del menor que en cada caso proceda».

Téngase, en cuenta, sin embargo, que, tras la STC (Pleno) 99/2019, el menor (emancipado o no), si tuviera condiciones de madurez suficientes y se encontrara en situación permanente de transexualidad (cumpliendo, además, los requisitos exigidos por art. 4 de la Ley 3/2007), podría, por sí solo, pedir directamente el cambio registral de sexo. Resulta, pues, absurdo, que, si no está emancipado, deban ser sus padres quienes (aunque tenga condiciones de madurez), mediante una declaración de voluntad propia, pidan su cambio de nombre, al amparo de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, limitándose el menor a firmar la solicitud, si tuviera más de doce años. En cualquier caso, me pregunto si no hubiera sido más razonable profundizar en la vía del cambio de nombre de los menores de edad y dejar la posibilidad de cambiar el sexo, exclusivamente, a los mayores de edad (al menos, mientras siga vigente el art. 4 de la Ley).

¹⁵ La cuestión se plantearía en términos diferentes si en nuestro ordenamiento jurídico no se admitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues, en este caso, nos encontraríamos ante un matrimonio que sobrevinidamente carecería de la nota de la heterosexualidad, pero que, en el momento de su celebración (al que hay que atender para valorar la validez del negocio jurídico), sí la tenía.

perderá, salvo que así lo aconseje el interés de los menores, la custodia o el derecho a relacionarse con sus hijos¹⁶.

III. LA POSIBLE NULIDAD DEL MATRIMONIO POR ERROR.

La validez estructural del matrimonio de la persona transexual no excluye la posibilidad de que el contrayente que desconociera el cambio de sexo de su consorte pudiera pedir la nulidad del matrimonio al amparo del art. 73.4 CC (por error en cualidad personal).

El error es posible, desde el momento en que, según el art. 6.2 de la Ley 3/2007, recaída la resolución, «Se cambiará el nombre, imponiéndose uno acorde a su nuevo sexo. El cambio de sexo y nombre obligará a quien lo hubiere obtenido a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada. En todo caso se conservará el mismo número del documento nacional de identidad»; y, según el art. 7, «No se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona».

El art. 73.4 CC contempla dos causas de nulidad de matrimonio: de un lado, el error en la identidad de la persona del otro contrayente; de otro, el error «en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinante de la prestación del consentimiento».

El error en la identidad consiste en la falsa creencia de que el matrimonio que se contrae con cierto y determinado individuo, lo es con otro distinto. Obviamente, dado el sistema de garantías formales con que la ley rodea la celebración del matrimonio, la posibilidad de que en la práctica pueda verificarse tal clase de error es escasa (salvo, quizás, en el contraído por poderes o, también, en el caso de casarse con una persona que tuviera un hermano gemelo).

Más habitual es el error en cualidad, que ha de recaer sobre cualidades personales del otro contrayente (no sobre las propias de quien lo alega)¹⁷. No son cualidades personales las circunstancias meramente patrimoniales (el denominado «error de fortuna»), ni tampoco aquellas, que, aun siendo personales, tienen un

¹⁶ *Vid.* en este sentido la STC 176/2008, de 22 de diciembre (Tol 1416108), que consideró constitucional la restricción del régimen de visitas, inicialmente acordado en favor del padre, que posteriormente se sometió a una cirugía de reasignación sexual. Esta restricción se basó en los informes periciales psicológicos, que encontraban riesgos relevantes para la integridad psíquica del niño debido a la inestabilidad emocional del recurrente. La resolución fue posteriormente confirmada por la STEDH 30 noviembre 2010 (Tol 2647876).

¹⁷ Lógicamente quien alega el error debe probarlo. *Vid.* en este sentido SSAP Barcelona 22 enero 2010 (Tol 1809467) y Pontevedra 30 marzo 2012 (Tol 2530215).

carácter meramente pasajero (por ejemplo, las enfermedades de carácter transitorio, susceptibles de ser curadas a través de un tratamiento médico u operación quirúrgica, o la condena aislada por un delito no doloso, seguido de una posterior rehabilitación del condenado).

Son cualidades personales todas aquellas circunstancias no patrimoniales, de carácter físico, psíquico o jurídico, que sirven para caracterizar a la persona del otro contrayente de modo permanente o estable, y que, existiendo al tiempo de la celebración del matrimonio, actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento matrimonial de una de las partes.

Para que el error sea relevante ha de ser esencial¹⁸, es decir, ha de recaer sobre una cualidad personal, de tal importancia «subjetiva» para quien se

¹⁸ STS 1 julio 1987 (JC 1987, 468) y SAP Albacete 13 junio 1994 (Act. Civ.1994, 2506).

No todo error sobre una cualidad personal de entidad objetiva constituye causa de nulidad, sino tan sólo el recayente sobre las cualidades impulsoras de la celebración del matrimonio.

El art. 73.4º CC formula el requisito de la esencialidad del error en cualidad de manera un tanto reiterativa, ya que lo exige por partida doble: *ab initio* («Es nulo» -dice el precepto: «El [matrimonio] celebrado por error»), e *in fine* («en aquellas cualidades personales que [...] hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento»). En rigor, la ulterior precisión era innecesaria: si el matrimonio fue celebrado por efecto del error, es evidente que éste debió haber recaído sobre cualidades personales que, en el caso concreto, fueron determinantes de la prestación del consentimiento del contrayente que padeció el vicio.

El error esencial es aquel que determina la concreta prestación del consentimiento matrimonial por parte de un singular contrayente. Y, dado que la emisión de tal consentimiento puede depender de los más variados móviles, el juicio de esencialidad es eminentemente subjetivo.

Quien yerra debe demostrar, en primer lugar, el error, es decir, la existencia, al tiempo de la celebración de las nupcias, de un estado psicológico de falsa representación mental de las cualidades personales del otro contrayente o de ignorancia de las verdaderas cualidades de éste. La actividad probatoria no acaba aquí: el demandante debe demostrar, además, el carácter esencial o determinante del error, es decir, la existencia de un nexo de causalidad entre el estado psicológico de falsa representación mental (o de ignorancia) y la prestación del consentimiento matrimonial.

La prueba del carácter esencial del error reviste indudables dificultades, porque requiere la demostración de un futuro de carácter psicológico: que el demandante, de haber conocido la verdadera situación de hecho, no habría consentido en la celebración del matrimonio, lo que, en definitiva, depende de la concreta personalidad y del particular sistema de valores del singular contrayente. El juez difícilmente alcanzará certeza plena sobre este punto, por lo que se verá obligado a formular un juicio probabilístico que le permita llegar a la presunción de que entre el hecho demostrado (error) y el que se trata de demostrar (esencialidad) «hay un enlace directo y preciso según las reglas del criterio humano» (como decía el antiguo art. 1253 CC). El juzgador dispone, al efecto, de ciertos indicios de esencialidad, que le pueden orientar en la formación del juicio probabilístico: la abstracta significación social de la cualidad sobre la que recae el error; y el particular comportamiento observado por las partes, antes, durante e, incluso, después de la celebración de las nupcias.

La esencialidad *in concreto* del error puede deducirse de la esencialidad *in abstracto* de la cualidad personal sobre la que aquél recae, es decir, de su entidad objetiva, ya que parece legítimo presumir el carácter esencial del error sobre cualidades personales habitualmente determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial.

La esencialidad *in abstracto* de la cualidad personal deberá apreciarse, en primer término, conforme al sistema de valores generalmente admitidos en la sociedad, lo que permitirá presumir la esencialidad del error recayente sobre cualidades que, en la opinión común, son determinantes

de la prestación del consentimiento. P. ej., impotencia, enfermedad mental grave, enfermedad contagiosa o transmisible a la descendencia (como, el Sida, aún no desarrollado), condena penal o transexualidad. La presunción es, en todo caso, *iuris tantum* pudiendo ser confirmada o contradicha por lo que resulte del proceso. P. ej., la presunción de que la aptitud para mantener relaciones sexuales es una cualidad que normalmente tienen presente todos los contrayentes que acceden al matrimonio podrá ser desvirtuada por la concreta prueba de que el demandante hubiese prestado el consentimiento matrimonial, incluso, de haber conocido la impotencia del demandado.

Pero la esencialidad *in abstracto* de la cualidad personal deberá ser también apreciada teniendo presente los criterios imperantes en la esfera social de los contrayentes, ya que es razonable presumir el carácter esencial del error que normalmente lo sea en el concreto medio social al que pertenece el demandante, aunque no en la *communis opinio*. Piénsese, p. ej., en los supuestos de virginidad, orden sacerdotal, condición de divorciado, religión. No cabe duda de que entre personas de probadas convicciones religiosas un error recayente sobre alguno de estos extremos suele ser determinante del consentimiento matrimonial; por el contrario, no es presumible el carácter esencial de tal error, respecto de contrayentes desprovistos de creencias religiosas profundas.

La posición que defiendo no implica un juicio moral sobre la *meritevolezza* de los contrayentes a ver acogida su pretensión de nulidad. Es más, me parece conforme a la innegable realidad de que el error es un vicio del consentimiento, subjetivo y relativo, cuyo carácter determinante depende de la particularísima valoración de las partes. No debe olvidarse que en el juicio de esencialidad se trata de determinar si el conocimiento de la verdadera situación de hecho habría, o no, disuadido al demandante de la celebración del matrimonio. En consecuencia, el juicio probabilístico debe estar presidido por la idea de «apreciación subjetiva de la cualidad», la cual, en último término, habrá de tener en cuenta las condiciones del contrayente que padeció el vicio, sus puntos de vista, su modo de pensar y su particular sensibilidad.

El juez puede realizar el juicio probalístico con apoyo en otros indicios de esencialidad, que no dependen de la abstracta esencialidad de la cualidad, sino del concreto comportamiento de las partes. En particular, considero procedente valorar la diligencia desplegada por el demandante en la evitación del error, así como el eventual comportamiento doloso del demandado y su hipotética responsabilidad en la formación del vicio del consentimiento.

Un comportamiento diligente por parte del actor en orden a la evitación del error es indicativo de la importancia subjetiva que la concreta cualidad reviste para el contrayente que padeció el vicio. Por el contrario, pienso que no debe presumirse esencial el error, si el demandante podía haberlo evitado mediante el empleo de una mínima diligencia. La presunción, sin embargo, ha de ser manejada con mesura y, en todo caso, no debe trascender del estricto juicio de esencialidad, porque la ley no exige el requisito de la excusabilidad; y en el matrimonio el principio de tutela del consentimiento ha de prevalecer sobre el principio de autorresponsabilidad, de modo que no se puede negar a una persona el derecho a solicitar la declaración de nulidad, argumentando que aquélla no desplegó la diligencia debida en orden a la evitación del error; a lo sumo, podrá presumirse que el error no tuvo carácter esencial, soportando la carga de la prueba quien afirme lo contrario.

La conducta dolosa del destinatario de la declaración de voluntad viciada es, así mismo, un indicio de esencialidad. No creo, sin embargo, que todo engaño deba hacer presumir el carácter esencial del error, sino tan sólo el que recaiga sobre cualidades de especial importancia en la *communis opinio*, en el medio social al que pertenece el demandante o a las que, conocidamente, el actor atribuya especial importancia, lo que puede desprenderse de preguntas dirigidas a la otra parte sobre determinados extremos o de expresas manifestaciones acerca de la especial importancia que él otorga a ciertas cualidades, de tal modo, que es deducible que habría deseado una información sobre las mismas (p. ej., la profesión). En todo caso, la presunción habrá de ser manejada con precaución, pues no debe servir de pretexto para convertir (*de facto*) el dolo en una causa de nulidad matrimonial. La regulación del error se orienta a la tutela de la recta formación del consentimiento de los contrayentes, no a la represión de la mala fe; y la legislación española no ha sancionado la eficacia invalidante del engaño doloso, sino que tutela la buena fe a través de ciertos preceptos que sólo operan, una vez recaída la declaración de nulidad firme (cfr. arts. 79, 95.II, 97, 1343.III y, eventualmente, 1902 CC).

equivoca, que, de haber sabido que el otro contrayente no la poseía, no se habría casado con él. Pero, además, el art. 73.4 CC exige que se trate de una cualidad de «entidad», en sentido «objetivo»¹⁹, es decir, conforme al sistema de

¹⁹ Si se pone en relación la expresión «entidad» con la global formulación del error en cualidad en la norma del art. 73.4º CC (en particular, con la exigencia del requisito de la esencialidad), no creo aventurado concluir que la mencionada expresión remite a una valoración objetiva no dependiente del puro arbitrio de los contrayentes. El precepto exige que el error recaiga sobre cualidades personales «determinantes de la prestación del consentimiento», y ello, por definición, sólo puede tener lugar respecto de cualidades subjetivamente importantes para el contrayente que ha padecido el vicio. Así pues, la norma, al exigir la esencialidad o carácter determinante del error, ya presupone la entidad subjetiva de la cualidad sobre la que aquél recae. Si la «entidad» a la que se refiere el precepto debiera ser apreciada exclusivamente con arreglo a los criterios valorativos del contrayente que ha padecido el error, no se comprendería el porqué de su exigencia expresa: requiriendo cumulativamente la esencialidad del error y la entidad subjetiva de la cualidad personal, el legislador habría establecido una formulación pleonástica del capítulo de nulidad que nos ocupa. Por ello, me inclino a pensar que la expresión «entidad» debe ser entendida en sentido objetivo.

La autonomía del requisito de la entidad de la cualidad respecto del de la esencialidad del error puede ser fundamentada en un argumento de carácter gramatical. Ante todo, debe reconocerse que la interpretación objetiva de la expresión «entidad» hubiera contado con un apoyo más decisivo si el legislador hubiese formulado el capítulo de nulidad separando tajantemente, de un lado, el requisito de la entidad de la cualidad y, de otro, el requisito de la esencialidad del error. Al respecto se me ocurre una fórmula del siguiente género: Es nulo el matrimonio celebrado por error en aquellas cualidades personales de entidad y determinantes de la prestación del consentimiento. Ello no se ha producido. Por el contrario, la locución «entidad» aparece intercalada entre las palabras usadas por la norma para plasmar el requisito de la esencialidad del error. Dice el precepto: «error [...] «en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». La colocación de la mencionada locución en el conjunto de la frase podría inducir a considerar que el precepto se refiere a la entidad subjetiva de la cualidad, es decir, a la importancia que reviste para el contrayente que padece el vicio. Pero creo que tal conclusión no procede, porque se da la circunstancia de que la expresión «entidad» está separada del resto de la frase mediante comas, lo que parece confirmar la propia sustantividad de la «entidad» como un requisito objetivo, predicable de las cualidades personales relevantes *ex art. 73.4º CC*, diverso del meramente subjetivo de la esencialidad del error.

La tesis objetivadora encuentra otro apoyo en el argumento sistemático. Al inicio de este capítulo observaba que la norma contenida en el art. 73.4º CC es la concreta respuesta del legislador español al delicado problema del justo equilibrio entre los dos intereses implicados en la regulación del error, causa de invalidez matrimonial (interés de los contrayentes a la tutela de la «integridad» del consentimiento e interés público a la estabilidad del vínculo). No me parece que en la norma subyazca una concepción institucionalista del error matrimonial, pero tampoco me parece posible la defensa de una interpretación en clave meramente subjetiva, que, en último extremo, podría hacer depender la validez del vínculo de alegaciones caprichosas basadas en meros motivos fútiles o banales, es decir, en cualidades sin la más mínima entidad objetiva. En mi opinión, una interpretación subjetiva de la expresión «entidad» desconocería el interés público a la estabilidad de las relaciones jurídico-matrimoniales y a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. Y que la ley estima dicho interés digno de protección me parece indudable: si no fuera así, no podría explicarse la norma del art. 76.II CC, a cuyo tenor el matrimonio celebrado por error se convalida por la convivencia de los contrayentes durante el plazo de un año, a contar desde el descubrimiento del vicio.

Entiéndase bien mi posición. No pretendo que la defensa de un eventual interés superior colectivo exija el injustificado sacrificio de las opciones vitales libremente elegidas por los individuos (de las cuales serán trasunto las diversas hipótesis de error esencial). Simplemente quiero llamar la atención sobre el hecho de que las concepciones subjetivistas, llevadas hasta sus últimas consecuencias, pueden llegar a resultados descabellados, por lo que no estimo plausible una interpretación subje-

valores generalmente aceptado en la sociedad o en el concreto círculo social de los contrayentes²⁰.

La jurisprudencia ha considerado como cualidades personales de «entidad», cuya ignorancia es susceptible de dar lugar a la nulidad del matrimonio, la enfermedad psíquica grave²¹, la impotencia²², la esterilidad²³, la errónea creencia de

tiva de la expresión «entidad» que reconduzca toda la problemática del error en cualidad personal a una mera cuestión de esencialidad.

²⁰ La adecuada exégesis de la locución legal «entidad» debe partir, en mi opinión, de la idea básica de que la categoría de la nulidad matrimonial encuentra su justificación última en la protección de la libertad nupcial, que, a su vez, es expresión del principio de libre desarrollo de la personalidad, en cuanto tutela del interés de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolverse en ella su propia personalidad. Lo que exige, no sólo el reconocimiento del *ius connubii* (libertad nupcial positiva), sino también del derecho a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido (manifestación de la libertad nupcial negativa) y, en particular, del celebrado sin el pleno y libre consentimiento de los contrayentes, es decir, del matrimonio que tiene origen en un consentimiento no real (simulación, error en la identidad) o gravemente viciado, por causas extrínsecas o intrínsecas al propio contrayente que padece el vicio (error en cualidad, coacción o miedo grave). Partiendo de esta idea, se impone una lectura constitucional del art. 73.4º C.c. en clave de libre desarrollo de la personalidad, lo que significa ofrecer una interpretación del precepto adecuada a la concepción del matrimonio como cauce de desarrollo de los seres humanos, al que éstos acuden de manera consciente y responsable, respetando la autonomía del individuo para elegir, conforme a sus propios intereses y preferencias, no sólo la persona con la que pretende contraer matrimonio, sino también las cualidades que, conforme a su sistema de valores, alcanzan una importancia tal, que su presencia o ausencia en el otro contrayente le impulsan, o le disuaden, respectivamente, de prestar el consentimiento matrimonial.

A mi entender, una lectura del art. 73.4º C.c. en clave de libre desarrollo de la personalidad reclama ineludiblemente una exégesis de la locución legal «entidad» que sea respetuosa con las diferentes concepciones existentes en la plural sociedad española en torno al matrimonio. Restringir la aplicación del precepto a los supuestos de error recayente sobre aquellas cualidades personales que, conforme a los valores generalmente aceptados en la sociedad, son habitualmente determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial, sería tanto como afirmar que las únicas opciones vitales merecedoras de protección son las que se ajustan a unos criterios *standard* representados por la *communis opinio*; con lo que implícitamente se estaría imponiendo a los contrayentes un modelo uniforme de valoración en torno a los motivos que deben presidir sus libérrimos actos de ejercicio del *ius connubii*. Por ello, estimo que debe prevalecer una apreciación sociológica de la entidad objetiva de las cualidades personales, que tenga en cuenta, no solo el sistema de valores vigente en la entera sociedad, sino también el imperante en el concreto círculo social del contrayente que padeció el error. Lo que me induce a compartir las tesis sociológicas plurales, las cuales posibilitan una protección de la libertad nupcial más amplia y respetuosa con el peculiar sistema de valores y creencias de los contrayentes, que la que resulta de las tesis sociológicas restringidas, conforme a las cuales difícilmente alcanzarían relevancia supuestos de error recayente sobre cualidades como la condición de divorciado, las de carácter confesional o la virginidad. Cualidades éstas, que, si bien no son excesivamente trascendentes en la *communis opinio*, pueden, sin embargo, alcanzar extraordinaria importancia para ciertas personas, cuyo consentimiento nupcial estimo de justicia tutelar.

²¹ STS 18 septiembre 1989 (Tol 1732436).

²² SAT Valencia 9 mayo 1984 (RGD 1984, p. 2455).

²³ SAT Palma de Mallorca 23 febrero 1987 (RGD 1988, p. 625).

que el hijo que la novia esperaba era propio²⁴, la condena penal²⁵, la toxicomanía²⁶, la inesperada orientación sexual del otro contrayente²⁷, la existencia de un vínculo matrimonial anterior²⁸, tener los anticuerpos del SIDA²⁹, la pedofilia³⁰ o el travestismo arraigado³¹.

En particular, el Tribunal Supremo ha considerado como posible causa de nulidad del matrimonio la ignorancia del verdadero sexo cromosómico del otro contrayente, lo que es razonable por ser la condición de transexual una cualidad personal de entidad objetiva en el sentido del art. 73.4 CC³².

La afirmación de la entidad objetiva de dicha cualidad no entraña, obviamente, un juicio de valor negativo respecto de las personas que han obtenido la rectificación registral de sexo, sino que se dirige, exclusivamente, a tutelar la libertad nupcial de aquellos contrayentes, a quienes el conocimiento del itinerario sexual de su futuro cónyuge, les habría disuadido de prestar el consentimiento *ad nuptias*: estamos ante una cuestión de protección de la integridad del consentimiento matrimonial.

En una interpretación acorde con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es posible distinguir dos manifestaciones del principio de libertad nupcial consagrado en el art. 32 CE: a) la libertad nupcial positiva o derecho a contraer matrimonio; b) libertad nupcial negativa, que, ciertamente, comprendería el derecho a no contraer matrimonio, pero también el derecho a solicitar la nulidad del negocio matrimonial inválido, en particular, del celebrado sin el consentimiento, real e íntegro, de los contrayentes.

Desde esta perspectiva, la *libertas matrimonialis* alcanza especial significación en el concreto plano del consentimiento que, sin duda, constituye, el elemento básico del negocio matrimonial (art. 45 C.c.). La institución del matrimonio está animada por el principio fundamental de absoluta libertad de los individuos, tanto respecto del *an* como respecto del *quando*: plena libertad de dar vida a una familia fundada sobre el matrimonio, plena libertad (hasta la perfección del acto) para decidir no contraerlo³³. La libertad matrimonial exige que ninguna

²⁴ SAT Cáceres 18 julio 1987 (RGD 1988, p. 6541), SSAP Álava 27 febrero 1995 (AC 1995, 858), Toledo 14 noviembre 2001 (Tol 140686) y Madrid 24 mayo 2019 (Tol 7388024).

²⁵ SAT Granada 14 diciembre 1987 (RGD 1988, p. 7468).

²⁶ SAP Palma de Mallorca 18 enero 1993 (RGD 1993, p. 2582).

²⁷ SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

²⁸ SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

²⁹ SAP Madrid 10 julio 2007 (Tol 2039407).

³⁰ SAP 25 mayo 2018 (Tol 6701850).

³¹ SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945).

³² *Vid.*, en este sentido, SSTS 15 julio de 1988 (RJ 1988, 5722) y 19 abril 1991 (RJ 1991, 2725), si bien en declaraciones *obiter dicta*, al no conocer de pleitos en los que se demandara la nulidad del matrimonio por error.

³³ BONILINI, Giovanni (1992): *Nozioni di Diritto di famiglia*, 2ª ed., ed. UTET, Torino, p. 33.

persona deba asumir el estado civil de casado contra su voluntad. Quien contrae matrimonio debe ser plenamente consciente del acto que realiza y consentir con entera libertad en todas las consecuencias jurídicas que de dicho acto derivan³⁴. La solución contraría pugnaría con la concepción del matrimonio como cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad del ser humano: la naturaleza misma del matrimonio exige la espontaneidad y la libertad del querer.

La acción para pedir la nulidad de matrimonio por error, conforme al art. 76 CC, correspondería, exclusivamente, a quien lo hubiera padecido, caducando la acción y convalidándose el matrimonio «si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error»³⁵.

IV. LA POSIBILIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL POR NULIDAD DEL MATRIMONIO DERIVADA DE LA OCULTACIÓN DE LA TRANSEXUALIDAD.

En el caso de error doloso, esto es, causado por el silencio del otro contrayente acerca de su cambio legal de sexo, cabe el resarcimiento del daño causado por la nulidad del matrimonio, tal y como ha reconocido la jurisprudencia, en el caso de nulidad por reserva mental³⁶, y, más frecuentemente, en el de nulidad, por error en cualidad, en diversos supuestos.

³⁴ CARGANDELL (1934): *Le consentement des époux au mariage en Droit civil français et en Droit canonique modernes*, ed. LGDJ, Paris, p. 13.

³⁵ La SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945) revocó la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión de la mujer de que se declarara nulo el matrimonio celebrado en 1975, por haberle ocultado su marido su travestismo, argumentando el juez de primera instancia (en lo que aquí nos interesa) que, desde que aquel le había confesado en el año 2014 su condición de travesti, «las partes compartieron domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares, por lo que ha caducado la acción».

Frente a ello, la Audiencia, con carácter general, afirma que la expresión «vivir juntos» del art. 76.II CC «comporta, en el contexto que analizamos, que, conocida la cualidad personal anteriormente ocultada y ahora revelada, tal cualidad se admite y acepta por el otro consorte y prosigue la convivencia marital»; y añade que, para «que la vida en común suponga una suerte de convalidación tácita, debe quedar suficientemente acreditado que tal vida en común, como la propia del matrimonio, se ha llevado a cabo (carga de la prueba que corresponde a quien alega la excepción de caducidad)».

Respecto del caso concreto enjuiciado, dice que «no hay vida conjunta sino a lo sumo un intento de reconciliación», «ni por el hecho de haber intentado ambos litigantes solucionar sus crisis personales o de pareja (más aguda en la esposa tras la confesión), ni por el hecho de que, frente a sus familiares más directos (hijas y nietos), para no perjudicarlos y en el ámbito social hubieran aparentado (incluso en interés del esposo y de su derecho al libre desarrollo de su personalidad como travesti) una normalidad» (conviviendo en el mismo domicilio).

³⁶ A propósito de la reserva mental hay que hacer referencia a la conocida STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707), recaída, sin embargo, en un caso en el que la declaración de nulidad había tenido

Se ha declarado, así, nulo un matrimonio, al haber prestado el demandante el consentimiento, creyendo equivocadamente que el hijo que esperaba de su

lugar en la jurisdicción eclesiástica, acudiéndose posteriormente a la vía civil para pedir el resarcimiento del daño moral.

El recurrente había contraído matrimonio canónico, como un simple medio para poder mantener relaciones sexuales con la recurrida, «sin considerarse atado permanentemente», lo que alegó, con éxito, ante los tribunales eclesiásticos, a los efectos de obtener la nulidad de tal matrimonio. Declarada la nulidad, la mujer demandó y obtuvo de la jurisdicción civil, en primera instancia, una indemnización de cinco millones de pesetas, en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios (morales y materiales), por considerarse al marido «único responsable doloso del matrimonio entre ambos». Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia dictó sentencia, por la que se rebajó la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas.

Contra la sentencia de la Audiencia el demandado interpuso recurso de casación, invocando, entre otros motivos, infracción de ley, por aplicación indebida del art. 1269 CC (alegando la existencia de coacciones morales y materiales por parte de la demandante, tendentes a obligarle a la celebración del matrimonio, lo que, a su juicio, venía a excluir las pretendidas maquinaciones insidiosas) y por interpretación errónea del art. 1270 CC (razonando que, aunque pudiera entenderse que él había actuado dolosamente, debía también considerarse doloso el comportamiento de la demandante, que no se había opuesto a la demanda de nulidad, «lo que hubiera sido lo lógico, considerando los daños y perjuicios que más adelante han sido alegados»).

El TS desestimó el recurso, declarando que la sentencia recurrida no había interpretado indebidamente el art. 1269 CC, porque «los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave [...] puesto que el recurrente se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente recurrida hubiera impedido la celebración de la boda. Como variedad dentro de la conducta dolosa seguida por el recurrente, puede considerarse que aquella incidió en clara reserva mental, como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio, pues hubo una manifiesta discordancia consciente entre voluntad y declaración, circunstancia ocultada a la otra parte al silenciar, que se expresaba en forma deliberadamente disconforme con lo que derivaba de sus términos y de su verdadera voluntad, de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte».

El TS consideró, además, no haber existido interpretación errónea del art. 1270 CC, observando que «el recurrente, amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal y abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida».

Creo que la solución a la que llega el TS ha de compartirse, pero no, así, el fundamento jurídico en el que se basa el fallo. A nuestro parecer, es totalmente impropio fundamentar la indemnización del daño moral resultante de la impugnación de la validez del matrimonio en los arts. 1269 y 1270 CC; y ello, por dos razones: en primer lugar, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que no origina obligaciones contractuales para quienes lo contraen; y, en segundo lugar, porque, en el momento en el que tal daño se produce, no hay todavía ningún vínculo jurídico entre los contrayentes, sino un deber de éstos de actuar con buena fe, para no defraudar la confianza del otro en la validez del matrimonio, la cual queda truncada, cuando, al tiempo de celebrarse aquél, concurren causas de nulidad imputables al comportamiento malicioso o negligente de uno de ellos.

futura esposa era suyo, y condenado a la demandada al pago de los gastos de boda³⁷; también por error, consistente en el desconocimiento, por parte de la mujer, de la orientación homosexual de su marido y condenado a éste al pago de una indemnización de 6.000 euros, que aquélla demandaba por «el grave perjuicio moral y psicológico que le ha producido»³⁸; igualmente, por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenándose a este último al pago de 12.000 euros, en concepto de indemnización³⁹.

Se ha condenado al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros, por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien había ocultado que, tres años antes de contraer matrimonio, se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH. La declaración de nulidad había sido previamente declarada, según parece, por causa de error, al desconocer la demandante el resultado de dicho análisis. El marido desarrolló la enfermedad un mes después de la celebración del matrimonio y, aunque mantuvo relaciones sexuales con su mujer, ésta no fue contagiada⁴⁰.

Más recientemente, en relación a un matrimonio declarado nulo por un Tribunal Eclesiástico, se ha acogido una demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que el hijo que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella, cuando, en realidad, era de otro hombre (un piloto de aviación) con el que había mantenido una relación de noviazgo, que rompió para reanudar la relación con quien posteriormente se acabaría casando (los cónyuges habían sido novios durante cuatro años, interrumpiendo su relación durante unos dos años en los que el marido estuvo en el Seminario). La indemnización se ha fijado en 50.000 euros, por el daño moral causado «por el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente» y la circunstancia de que el demandante había mantenido una relación paterno filial con la niña durante casi cuatro años; y en 12.191,42 euros, por daño psico-físico, dado el sufrimiento del marido, que se ha visto obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico y a estar de baja laboral durante 31 días⁴¹.

³⁷ SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509). *Vid.* en el mismo sentido SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), que conoció de un supuesto similar, condenando a la mujer demandada al pago de 18.000 euros, en concepto de reparación del daño moral.

³⁸ SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

³⁹ SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

⁴⁰ SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

⁴¹ SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018).

Hay que recordar que la función de la responsabilidad civil no es sancionar a quien comete un acto u omisión que causa un daño (en el caso que nos ocupa, la persona que no informa de la rectificación registral de sexo), sino resarcir este.

El fundamento jurídico del resarcimiento del daño derivado de la nulidad del matrimonio es confuso en la jurisprudencia, pudiéndose dudar de si la indemnización debe proceder conforme al art. 1902 CC o por la vía del art. 98 CC, tesis ésta seguida por algunas sentencias de instancia⁴².

Según el art. 98 CC, «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio sea declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97»⁴³.

⁴² Por ejemplo, SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026) SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511); y SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571).

⁴³ A mi entender, la indemnización del art. 98 CC es diferente a la pensión compensatoria del art. 97 CC, siendo diferentes sus presupuestos (exigencia de mala fe de uno de los contrayentes y de convivencia entre ellos) y su misma naturaleza. No es casualidad que el art. 98 CC use la expresión «indemnización», expresión esta que contrastaba con la de «pensión», que utilizaba el art. 97 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, con anterioridad a la reforma del mismo, debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En realidad, si se sigue el *iter* legislativo del precepto se observa que la intención del legislador cambió a lo largo del mismo.

En el Proyecto del Gobierno se proponía una redacción del art. 98 CC, bien diversa de la que acabaría por prosperar, que era la siguiente: «El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga». *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. SANTAOLALLA), Madrid, 1985, p. 1218.

Así pues, en el Proyecto del Gobierno, de un lado, se extendía la pensión compensatoria por divorcio o separación a los supuestos de nulidad matrimonial (siempre que hubiera existido convivencia); y, de otro, se prescindía del examen de la buena o mala fe de los contrayentes, a los efectos de determinar la obligación de satisfacer la pensión.

A este texto se presentaron dos enmiendas, que habrían de influir decisivamente en la redacción definitiva del precepto y que alejarían el art. 98 CC del art. 97 CC.

La enmienda núm. 127 propuso la siguiente redacción: «El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior». Se justificaba la sustitución de la «pensión» por una «indemnización», con el argumento de que, de este modo, se llegaba a una solución más acorde con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio; y, de otro, con la idea de sanción frente a un acto nulo (*loc. ult. cit.*, vol. II, p. 1274).

La enmienda núm. 376 propuso, igualmente, un cambio en la redacción del art. 98 CC en los siguientes términos: «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá derecho a la pensión que establece el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho a reclamar daños y perjuicios que le hubiesen sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga. La justificación de la enmienda era la siguiente: «Estimamos que no cabe hablar de una *pensión entre cónyuges* en el caso de la nulidad porque nunca han sido *cónyuges*, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95» (*loc. ult. cit.*, vol. II, p. 1386).

A mi parecer, el art. 98 CC es un precepto «extraño», en el que quizás subyace la idea última de evitar que un cónyuge «culpable» pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria (suponiendo que éste debiera satisfacerla), instando la nulidad, en vez de acudir al divorcio; y que plantea un problema de coordinación con el art. 1902 CC. Es, desde luego, difícil delimitar, con contornos nítidos y precisos, el exacto ámbito de aplicación del art. 98 y su relación con el art. 1902.

Propongo la siguiente solución:

a) El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente, de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un «extraño» en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación al art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto⁴⁴.

En el Informe de la Ponencia se cambió radicalmente la redacción del precepto: «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97» (loc. ult. cit., vol. II, p. 1407). Y la Ponencia justificó el cambio de redacción del precepto en la aceptación «sustancial o parcial» de las enmiendas núm. 127 (Grupo Comunista) y 376 (Grupo Vasco). Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia se sustituyó la expresión «convivencia marital» por la de «convivencia conyugal» (loc. ult. cit., vol. II, p. 1424) y el precepto no sufriría alteraciones en el ulterior iter parlamentario.

⁴⁴ No me convence la tesis que realiza una lectura del art. 98 CC en clave de «desequilibrio económico», tal y como proponen LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1994): «Comentario al art. 98 CC» en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. José Luis LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, pp. 1189-1190; LEÓN GONZÁLEZ, Manuel (1993): «La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2º, p. 970; y VARGAS ARAVENA, David (2009): *Daños civiles en el matrimonio*, ed. La Ley, Madrid, pp. 326-327, aproximando, en definitiva, la indemnización del art. 98 CC a la pensión del art. 97 CC; y ello (sin perjuicio de lo ya dicho en la nota precedente), porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de buena fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC, según el cual «Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte».

Por otro lado, esa lectura en clave de «desequilibrio económico» lleva a los autores a interpretar el art. 98 CC en el sentido de entender que la indemnización en él prevista también tendrá lugar, por razones de justicia, cuando ambos contrayentes sean de buena fe, para evitar que, en este caso, se excluya una justa reparación. Sin embargo, esta interpretación parece ir contra lo que claramente se deduce del precepto, que, al identificar al acreedor de la indemnización, se refiere al cónyuge de buena fe, con lo que implícitamente presupone que el deudor es, exclusivamente, el de mala fe. En realidad, no parece necesario realizar esta interpretación forzada de la norma, si se considera que los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar, cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de

b) En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral, consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, así mismo, los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados⁴⁵.

Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad prematrimonial por lesión de la libertad negocial⁴⁶. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección⁴⁷ para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente, como son la reserva mental o el error en cualidad inducido por una reticencia dolosa o culpable, como es el silenciar que el hijo que se espera es (o puede ser) de otro, que se está ligado por un previo matrimonio o que se ha dado positivo de VIH en una análisis, aunque éste no haya sido repetido (y, por lo tanto, no exista plena certeza de padecerse la enfermedad), o, por lo que aquí nos interesa, que se ostenta un sexo legal diversamente al cromosómico.

La solución que se propone tiene como ventaja asegurar el resarcimiento del daño *in contrahendo*, en los casos en que no concurren los presupuestos del art.

los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho, donde se aplica dicho principio para reparar el perjuicio sufrido por el conviviente que se dedicó al cuidado de la familia o colaboró desinteresadamente en la actividad económica del otro. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo.

⁴⁵ En favor de encuadrar el resarcimiento del daño moral derivado de la causación doloso o negligente de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, con independencia de la explicación que den a la indemnización del art. 98 CC, se orientan DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1986): pp. 717; GARCÍA CANTERO, Gabriel (1982): «Comentario a los arts. 97 a 101 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, ed. Edersa, Madrid, p. 448; y VARGAS ARAVENA, David (2009): pp. 327-332. No obstante, en opinión de ROCA I TRÍAS, Encarna (1984): «Comentario al art. 98 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, pp. 629-630, estos daños son, precisamente, los contemplados en el art. 98 CC.

⁴⁶ Utilizando palabras de BIANCA, Cesare Massimo (2017): *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., ed. Giuffrè, Milano, p. 170, a propósito dell'art. 129 bis cod. civ. italiano.

⁴⁷ En la doctrina italiana BIANCA, Mirzia (2019): *La buona fede nei rapporti familiari*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, p. 23, habla de la existencia un deber de lealtad, derivado de la buena fe, «quale dovere di informare l'altro familiare, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio».

98 CC⁴⁸. Así sucederá, cuando no hubiera existido convivencia entre los contrayentes o cuando la persona transexual no hubiese informado al otro contrayente de su sexo cromosómico, por considerar, equívocamente, que se trataba de una cualidad a la que este no atribuía relevancia en orden a la prestación de su consentimiento matrimonial: en este caso, no concurriría mala fe, en el sentido que habitualmente se entiende dicha expresión en relación con el art. 98 CC⁴⁹; en cambio, la aplicación del art. 1902 CC no plantearía ningún problema, cuando la reticencia del demandado no pudiera ser calificada como dolosa, pero sí, por

⁴⁸ Aunque el art. 98 CC se limite a decir que el cónyuge (*rectius* contrayente) de buena fe, hay que entender, implícitamente, que la indemnización o procede cuando ambos contrayentes tienen mala fe, ni tampoco cuando los dos son de buena fe, tal y como afirma la STS 9 marzo 1992 (AC 1993, 1406), según la cual en los «casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98»; y en «los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia». En la doctrina se pronuncian en el mismo sentido Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2018): *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., ed. Tecnos, Madrid, p. 123; GARCÍA CANTERO, Gabriel (1993): «Nulidad de matrimonio», *Actualidad Civil*, núm. 3, pp. 551-552; IGARTUA ARREGUI, Fernando (1986): «Comentario a la STS 26 noviembre 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo, núm. 10, p. 3235; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, Carlos (2021): «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ), 6ª ed., ed. Edisofer, Madrid, p. 224; REYES LÓPEZ, M^a José (2006): «El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial», en *Daños en el Derecho de familia*, «Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 204; y ROCA I TRÍAS, Encarna (1984): pp. 631-632. *Vid.*, no obstante, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1994): p. 1190; LEÓN GONZÁLEZ, Manuel (1993): p. 970; y VARGAS ARAVENA, David (2009): p. 326, sosteniendo la aplicación del precepto en los casos de buena fe de ambos contrayentes.

⁴⁹ *Cfr.*, en tal sentido, ROCA I TRÍAS, Encarna (1984): p. 632.

lo menos, de negligente⁵⁰, pues el criterio de imputación de responsabilidad en

⁵⁰ En la práctica este planteamiento ha tenido trascendencia, cuando no es posible afirmar que el demandado conocía la causa de nulidad del matrimonio y no la comunicó al otro contrayente.

A este respecto, me parece interesante volver a referirme al caso resuelto por la SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899) estimatoria de la demanda interpuesta por una mujer, pretendiendo una indemnización por daño moral, al haberle ocultado el otro contrayente que era portador del VIH. Los hechos son los siguientes. El demandado se sometió a un análisis en el que dio positivo de VIH, aconsejándosele realizar una nueva prueba, lo que no hizo. Tres años después contrajo matrimonio, sin informar a la mujer de su posible condición de portador de anticuerpos del VIH. Como consecuencia de haberse vacunado para realizar el viaje de novios a Sudáfrica, desarrolló la enfermedad, que le fue diagnosticada, aproximadamente, un mes después de la celebración del matrimonio, momento en el que informó a la mujer, que, afortunadamente, no fue contagiada, a pesar de que habían mantenido relaciones sexuales sin la utilización de profilácticos.

La Juez *a quo* entendió que no podía imputarse responsabilidad al demandado, por no informar de una enfermedad diagnosticada después de la celebración del matrimonio, dando por bueno un informe clínico, según el cual había padecido una «amnesia selectiva», como consecuencia de la cual no era consciente de ser portador de los anticuerpos del VIH, lo que explicaría que no hubiera informado del resultado positivo del análisis al que se había sometido antes de casarse. La Audiencia revocó la sentencia recurrida, afirmando «la existencia de culpa en la conducta del demandado», condenándole al pago de una indemnización de 30.000 euros, sin pronunciarse sobre el carácter contractual o extracontractual de su responsabilidad.

Es evidente que, de haberse encauzado la pretensión resarcitoria a través del art. 98 CC, la suerte del proceso hubiera sido incierta, pues es dudoso que la conducta del demandado pudiera ser calificada como dolosa. Sin embargo, para la aplicación del art. 1902 CC bastaba la mera culpa del autor del hecho dañoso, la cual sí concurrió según la Audiencia, sosteniendo ésta que la omisión del demandado de «no comunicar su enfermedad [a la actora] poniéndola en riesgo de poder contraerla, no puede sino calificarse como una omisión que se ha de atribuir a título de culpa, pues dadas las circunstancias concurrentes, no sólo tenía que habérselo comunicado por cuanto se trata de un deber de cualquier persona con otra respecto de la que pretende hacer una vida en común, sino porque existía un riesgo de poder contagiarle la enfermedad».

La Audiencia concluyó afirmando que había existido un daño moral resarcible «derivado de la misión con culpa al ocultar [el demandado] su enfermedad, con una relación directa en cuanto a tal conducta omisiva, por cuanto no cabe duda de que al descubrir [la actora] la enfermedad de su pareja, el hecho de haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas, tratarse de una enfermedad que es transmisible; hasta que pudo constatar que no estaba contagiada, sus sentimientos no pudieron ser otros que el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o incertidumbre que son los que la jurisprudencia ha constatado para derivar el daño moral, máxime cuando la pareja había contraído matrimonio, lo que en principio implica la existencia de un plan de vida en común, e incluso se ha de derivar de las pruebas practicadas el deseo de procrear».

Por lo tanto, el hecho de que la demandada no hubiera sido contagiada no excluyó el resarcimiento del daño moral, si bien fue tenido en cuenta para moderar su cuantía, que quedó fijada en 30.000 euros. La Audiencia observó, así, que «la falta de consecuencias a medio o a largo, tampoco nos puede llevar a entender que el daño moral puede ser una cantidad simbólica, siempre y cuando no podemos obviar la conducta [del demandado] que de manera irresponsable pone en riesgo de contraer la enfermedad a la persona que había decidido casarse con él, con lo que tal hecho lleva consigo, no sólo [...] la falta de lealtad a su pareja, sino también el hecho de truncar las expectativas de vida en común».

También me parece pertinente traer a colación la SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018), que ha estimado la demanda de resarcimiento del marido a quien la mujer le había hecho creer que la hija que esperaba era suyo, razón por la cual se había casado con ella.

el que se basa el precepto es el dolo o la culpa⁵¹.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BIANCA, Cesare Massimo (2017): *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, 6ª ed., ed. Giuffrè, Milano.

BIANCA, Mirzia (2019): *La buona fede nei rapporti familiari*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis.

El demandado argumentaba que, después de casarse empezó a sospechar que su mujer le era infiel, porque la misma recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba, hasta que, tres años después de celebrarse el matrimonio, tras una discusión, le dijo que iba a divorciarse y que se iba a vivir con el verdadero padre de la niña, ante lo cual decidió hacerse una prueba de paternidad, que descartó que él fuera el padre biológico. Descubrió, además, que la mujer lo sabía desde hacía dos años antes, pues, el anterior novio se había sometido a una prueba que había dado como resultado que él era el padre biológico.

El marido interpuso demanda de resarcimiento contra la mujer y el padre biológico, por haberle ocultado que no era el padre de la menor, circunstancia esta que ambos sabía, al menos desde que el anterior novio se había hecho la prueba de paternidad. La demandada se opuso, argumentando que, al tiempo de casarse, pensaba que su marido era el padre de la hija que esperaba y que, cuando supo que no lo era, se lo había comunicado a su esposo, que, sin embargo, no quiso dar credibilidad a los resultados de la prueba para salvar el matrimonio.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en segunda instancia, condenándose a la mujer demandada (y absolviéndose al anterior novio), por aplicación del art. 1902 CC.

Observa la Audiencia que la mujer había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con su anterior novio, «existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada», por lo que claramente «la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria, que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio, y más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajesen matrimonio en los meses posteriores» y que la niña que nació fuera considerada como «hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos, manteniendo el apelante una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera».

Concluye que, al haber comunicado la demandada al demandante «las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, ni en el momento de conocer que estaba embarazada, ni posteriormente (cuando tuvo conocimiento cierto de que el otro demandado era el padre biológico de la niña), «concurren los requisitos que el art. 1902 CC exige, es decir, un comportamiento o conducta culpable que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación».

⁵¹ El problema práctico no se plantea –claro está– si se interpreta la expresión «mala fe» del art. 98 CC en sentido amplio, es decir, incluyendo en ella, no solo el dolo, sino también la culpa. Así lo hace SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), según la cual el precepto resarce el daño moral derivado de la nulidad del matrimonio, sufrido por «quien confiadamente accedió al mismo, viéndose afectado, sin culpa suya, por la frustración de un proyecto de vida en común», sin necesidad de que exista dolo, bastando «la mera actitud imprudente o negligente del demandado», en este caso, la mujer, que había hecho creer al demandante que el hijo era suyo, razón por la cual se casó con ella. Dice, así, que «existía la posibilidad, perfectamente conocida por la misma, de que el embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó» al entonces su novio.

- BONILINI, Giovanni (1992): *Nozioni di Diritto di famiglia*, 2ª ed., ed. UTET, Torino.
- CARGANDELL (1934): *Le consentement des époux au mariage en Droit civil français et en Droit canonique modernes*, ed. LGDJ, Paris.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1987): «Transexualidad y cambio de sexo», *La Ley*, 4º.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2018): *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 12ª ed., ed. Tecnos, Madrid.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel (1982): «Comentario a los arts. 97 a 101 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, ed. Edersa, Madrid.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel (1993): «Nulidad de matrimonio», *Actualidad Civil*, núm. 3.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando (1986): «Comentario a la STS 26 noviembre 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo, núm. 10.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1994): «Comentario al art. 98 CC» en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. José Luis LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid.
- LEÓN GONZÁLEZ, Manuel (1993): «La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2º.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (2021): «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», en *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia* (coord. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ), 6ª ed., ed. Edisofer, Madrid.
- REYES LÓPEZ, Mª José (2006): «El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial», en *Daños en el Derecho de familia*, «Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1990): «La persona física» en LACRUZ *et alii*: *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. II, *Personas*, ed. Bosch, Barcelona.
- ROCA I TRÍAS, Encarna (1984): «Comentario al art. 98 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid.
- VARGAS ARAVENA, David (2009): *Daños civiles en el matrimonio*, ed. La Ley, Madrid.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1989): «Se incluye el “cambio de sexo” (transexualidad) en el “libre desarrollo de la personalidad” al que se refiere el art. 10.1 de la Constitución española? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987)», *Revista General del Derecho*, sección práctica, marzo.

"TRANSGÉNERO Y TRANSEXUALIDAD: AUTODETERMINACIÓN JURÍDICA REGISTRAL DE MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD".

M^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra*

SUMARIO: I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS: CONTEXTO INTERNACIONAL. II. PANORAMA ACTUAL DE LA AUTODETERMINACIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD SEXUAL EN ESPAÑA. 1.- El punto de partida: la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. 2. Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales. 3. La STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 y, consecuente, STS 685/2019, de 17 de diciembre. III. EL PROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI. 1. Consideraciones generales. 2. Normativa proyectada sobre la rectificación en el Registro civil de la mención del sexo de los menores de edad. 2.1. Novedades sobre los requisitos exigidos para la rectificación registral. 2.2. La legitimación para solicitar la rectificación de la mención del sexo de los menores de edad. 2.3. En todo caso, la facultad de cambio de nombre del menor para ajustarlo al sexo sentido. 3. La modificación registral de la mención relativa al sexo de las personas con discapacidad. BIBLIOGRAFÍA.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS: CONTEXTO INTERNACIONAL.

La mirada deconstructivista sobre la idea de lo “humano”, y su caracterización, ha supuesto que, más allá de los aspectos filosóficos y conceptuales, se impela la transformación de algunos de los elementos básicos que en el estado civil de la persona se identifican como hechos “naturales” con transcendencia jurídica.

La influencia del pensamiento de autoras como Judith Butler, que en su obra “Deshacer el género” pone de manifiesto que la identificación de lo “humano” es socialmente relativa y que no hay elementos inmutables, siendo tal determinación una cuestión de mero poder, se encuentra en la base de la realidad jurídica presente y que se espera de futuro para la autodeterminación jurídica de la identidad sexual.

La comprensión de este fenómeno parte de algunas ideas reiteradas de cariz sociológico, que buscan un reconocimiento e imposición jurídicos. Éstas sintéticamente se concretan en dos aspectos:

a) La superación del modelo biológico y visión binaria que identifica la existencia de dos sexos y dos géneros, considerando la heterosexualidad como la categoría de norma vinculante.

b) El entendimiento del sexo como un constructo social, en el que el sexo se considera género, al ser el resultado determinado por un modelo social y previamente construido de matriz heterosexual; siendo la etiqueta de varón o mujer una mera decisión social¹.

Sobre estas bases se asientan los *Principios de Yogyakarta (PY, 2006)*, ampliamente citados, sobre los que se vienen justificando diversas acciones que se ligan a los derechos humanos en su relación con la orientación sexual y la identidad de género, tanto en el plano internacional, como nacional.

Estos principios, de carácter programático y sin valor vinculante, recogen algunas de las propuestas de actuación y definiciones que han hecho fortuna en este ámbito para acoger la variedad y diversidad de situaciones que se aglutinan. En ellos se define la “identidad de género” como: «*la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*».

En su nueva edición, *Principios de Yogyakarta+10 (2017)*, se han adicionado otros principios² que calan en la sustancia básica de la identificación de la persona en su reflejo civil, y su proyección hacia los menores de edad. De su sola lectura cabe inferir la transformación jurídico-civil que se persigue como desiderátum final.

Así, en cuanto al *derecho al reconocimiento legal*, principio 31, se declara que: «*Toda persona tiene el derecho al reconocimiento legal sin referencia a, o sin requerir o revelar, el sexo, género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene el derecho de obtener documentos de identidad, incluyendo certificados de nacimiento, con independencia de la orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Toda persona tiene derecho a cambiar la información respecto de su género en tales documentos cuando dicha información se consigne en los mismos*».

¹ MARTÍNEZ PISON, J., “Sexo, género y derechos: del derecho a la orientación sexual y la identidad de género al derecho a la libre determinación del género”, *Derechos y libertades*, n.º 46, enero 2022, pp. 33 y ss.

² *Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to complement the Yogyakarta Principles*.

Consecuente con todo ello, se introduce como admoniciones a los Estados para que cesen en “el registro del sexo y género de las personas en documentos de identidad tales como certificados de nacimiento, cédulas de identidad, pasaportes y licencias de conducir; y como parte de su personalidad jurídica”. Y, mientras continúen siendo registrados, se garantice “un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca legalmente y afirme la identidad de género con la que cada persona se identifica”; “se tenga disponibles múltiples opciones de marcadores de género”; que “ningún criterio de elegibilidad, tal como intervenciones médicas o psicológicas, diagnósticos médico-psicológicos, edad mínima o máxima, condición económica, salud, condición marital o parental, o la opinión de cualquier tercero, sea un *prerrequisito* para que una persona pueda cambiar su nombre, sexo legal o género”.

En la manifestación del derecho a la integridad física y mental, principio 32, se incide especialmente en la situación de los niños y niñas, disponiendo el derecho “a su autonomía y a su autodeterminación con independencia de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales (...) (y a no ser) sometid(os) a procedimientos médicos invasivos o irreversibles que modifiquen las características sexuales sin su consentimiento libre, previo e informado, a menos que sea necesario para evitar algún daño serio, urgente e irreparable a la persona concernida”.

Ligado a eso se fija el deber de los Estados, específicamente en cuanto a los niños y niñas, de “garantizar y proteger los derechos...a su integridad corporal y mental, su autonomía y su autodeterminación”; a “cualquier forma de modificación de sus características sexuales forzada, coercitiva o de cualquier otra forma involuntaria”; a que “sean plenamente informados y consultados respecto de cualquier modificación a sus características sexuales que sea necesaria para evitar o remediar un daño físico serio y comprobado”; y que se garantice que dichas modificaciones “sean consentidas por el niño o la niña en una manera compatible con la evolución de sus facultades”, así como que el concepto de interés superior del niño y la niña no sea manipulado para justificar prácticas que entren en conflicto con su derecho a la integridad corporal.

En el panorama internacional la consideración de la “identidad sexual y de género” como un derecho de la personalidad ha sido acogido desde hace varias décadas. Entre otros texto internacionales, resultan destacables la *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes* (DUDHE, 2007), de carácter programático, que incluye en su art. 6.2 “el derecho a la autodeterminación personal y la diversidad sexual”; o la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas.

En el marco europeo, la doctrina emanada del TEDH ha venido ofreciendo respuesta a las cuestiones que se han planteado sobre la “identidad sexual” en

aplicación del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)*, fijando los perfiles de esa autodeterminación en el ámbito civil³.

Las controversias dilucidadas han girado en torno a la facultad de los ciudadanos para que, más allá de lo establecido en la legislaciones nacionales, se rectificara la mención del sexo inscrito en los registros civiles prescindiendo de los requisitos impuestos por los Estados -tratamientos médicos y/o quirúrgico de reasignación de sexo, tiempo, edad, informes médicos o psicológicos, etc.-.

La consideración legal por los Estados de la “identidad sexual” como un elemento que define e integra el “estado civil” de la persona, cuya regulación debe ofrecer parámetros de seguridad jurídica y tutela de los derechos a terceros, se enfrenta al derecho individual de aquella a su libre autodeterminación sexual. En esta confrontación el TEDH ha venido reconocido de manera progresiva la autodeterminación de la identidad sexual, y su consiguiente inscripción registral, ligándola a los arts. 8 y 14 del CEDH –derecho al respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación-⁴. Y, superando un planteamiento inicial, en el que su respuesta se vinculaba a lo dispuesto por el legislador nacional (casos Rees y Cossey), ha aceptado las reclamaciones instadas sobre la rectificación registral del sexo, más allá de las exigencias fijadas por los Estados, desde el famoso caso *Godwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002⁵.

Así, en el caso *A. P. Garçon y Nicot vs. Francia*, de 6 de abril de 2017, el TEDH dirá que el requisito de que se deba demostrar la “realidad del síndrome transexual” del que está afectado el sujeto, e irreversibilidad de la transformación de su apariencia (a través de una operación o tratamiento de esterilidad irreversible), para acceder a la corrección registral del cambio de sexo en la partida de nacimiento, supone una violación del art. 8 del CEDH. Al amparo de ese principio entiende que queda el reconocimiento de la identidad sexual para las personas trans que no se hayan sometido a un tratamiento de reasignación aprobado por las autoridades o que no deseen someterse al mismo (cd. 94), pues la identidad de género es parte de la identidad personal y “está plenamente amparada por el derecho al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH” (cd.95).

³ MARTINEZ DE PISON CAVERO, J.M., “La identidad de género en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, XXXVIII, 2022, pp. 105 a 136.

⁴ ROMBOLI, S., “El derecho a la identidad sexual en la interpretación del tribunal europeo de derechos humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 63, 2021, pp. 8 y ss.

⁵ El tema de fondo debatido era el relativo a que la legislación del Reino Unido no permitía una modificación completa de los datos sobre la identidad sexual de las personas transexuales, y, en virtud de ello, la recurrente se encontraba sujeta al régimen de cotizaciones por jubilación legalmente prevista para los hombres, siendo una mujer transexual.

Frente a la objeción de la necesidad de protección del interés público para preservar el principio de indisponibilidad de la condición personal y garantizar la confiabilidad y coherencia del estado civil, dado que estos casos plantean delicadas cuestiones morales y éticas, ese Alto Tribunal ha argumentado que el derecho de la persona a la identidad de género y el desarrollo personal son aspectos fundamentales del respeto a la vida privada (cd. 123), así como que esos “tratamientos y operaciones médicas” inciden en la esfera de la integridad física de la persona, protegida por los artículos 3 y 8 CEDH (cd. 127). En este sentido señalará que “condicionar el reconocimiento de la identidad sexual de las personas trans a la realización de una operación o tratamiento de esterilización —o que muy probablemente produzca un efecto de esta naturaleza— al que no deseen someterse, equivale a condicionar el ejercicio pleno de su derecho al respeto a su vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH a la renuncia al pleno ejercicio de su derecho al respeto a su integridad física garantizado no solo por esta disposición sino también por el artículo 3 del Convenio” (cd. 131).

Esta misma línea argumental se ha seguido en decisiones posteriores, como la STEDH de 19 de enero de 2021, asunto X. e Y. vs. Rumanía, cuando los demandantes han perseguido la modificación registral de su identidad sexual sin haber pasado por un tratamiento de reasignación de sexo.

En el plano legislativo comparado de nuestro entorno europeo hay un número significativo de países que, con mayor o menor flexibilidad, han previsto la modificación registral de la identidad sexual y expresión del género (caso, por ej., de Dinamarca, Irlanda, Malta, Bélgica, Portugal, Luxemburgo, Malta, Islandia y Noruega).

Las opciones legislativas son muy variadas⁶. Se dan planteamientos normativos como el de Noruega, cuya Ley de 17 de junio de 2016 de cambio de género legal no exige más que la declaración del interesado para proceder a la modificación de la identidad sexual; legitimando al menor por sí a partir de los 16 años y a los representantes legales de los menores de 6 a los 16 años, con su consentimiento, para que soliciten la modificación. Pero también hay modelos más cautelosos, como el de Bélgica -Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres de 2017- o el de Portugal -Ley n.º 38/2018, de 7 de agosto, sobre Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e a

⁶ Un resumen sobre el estado de la cuestión en cuanto a los menores se recoge en el “Informe al Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 20 de abril de 2022, n.ºs 116 a 127.

proteção das características sexuais de cada pessoa⁷, que ponderan las cuestiones en conflicto.

Así, la Ley 38/2018 de Portugal, que sigue los pasos de la legislación belga, efectúa un reconocimiento expreso del derecho a mantener las características sexuales primarias y secundarias -art. 4-, a la vez que permite el acceso a la modificación registral sin exigir prueba de haberse sometido la persona a procedimientos médicos, incluyendo cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, o tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos -art. 9.2-.

En cuanto a legitimación para instar la solicitud de modificación del sexo, y consecuente alteración del nombre propio, requiere nacionalidad portuguesa, capacidad suficiente de actuación jurídica y que no medie incapacidad por deficiencias psíquicas (art. 8). Faculta la solicitud a los menores de 16 a 18 años a través de representantes legales, con comparecencia del interesado e informe de cualquier médico registrado en la Asociación Médica Portuguesa o Psicólogo de la Asociación Psicológica Portuguesa, que dé fe exclusivamente de la capacidad de decisión y voluntad informada, sin referencias a diagnósticos de identidad de género del menor de edad. En aras, además, del interés del menor, se establece la prohibición de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos farmacológicos de los menores intersexuales, salvo riesgo para la salud, hasta que se manifieste su identidad sexual (art. 4).

Este es el telón de fondo en el que se desenvuelve la propuesta normativa impulsada por el Gobierno de la Nación que, como Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (nº 121/000113, BOCG de 12 de septiembre de 2022, nº 113-1), está siendo objeto de tramitación parlamentaria en las Cortes.

II. PANORAMA ACTUAL DE LA AUTODETERMINACIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD SEXUAL EN ESPAÑA.

1. El punto de partida: la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención relativa al Sexo de las Personas.

Un dato que, hoy por hoy, necesariamente ha de ser inscrito en el Registro civil para la identificación de la persona es el relativo al sexo.

⁷ Por Acuerdo del Tribunal Constitucional Portugués n.º 474/2021, de 23 de julio, se ha declarado inconstitucional los párrafos 1º y 3º del art. 12, que establecía distintas medidas educativas en orden a la promoción del derecho a la autodeterminación de la identidad del género y expresión del género, por considerar que constituía una violación de la libertad de enseñanza de los arts. 18.2 y 43.2 de la Constitución e imposición de una concepción culturalista o constructivista del género.

La Ley del Registro civil de 2011, como su predecesora de 1957, así lo establece; disponiendo en su art. 4 que: “Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: (...) 4º “el sexo y el cambio de sexo”.

De este hecho se deja constancia, junto a otros, al momento del nacimiento. Como dispone el art. 49.1 LRC: “En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación. Constarán asimismo el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido”. Por lo que un cambio posterior, y disonancia con el sexo inscrito, requerirá de una ulterior rectificación.

En España la norma que avanzó el ejercicio del derecho a la autodeterminación de la identidad de género fue la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que dispuso las condiciones que se requerirían para ello y el acceso de esta situación que existe fuera del Registro.

El propósito de esta ley, según expresa su Exposición de Motivos, ha sido la de dar respuesta a la realidad social de la transexualidad y “que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas”.

Celebrada por el avance que suponía, se cuestionó por los colectivos a los que se dirigía, por cuanto si bien ha permitido, previo expediente gubernativo, el cambio de la mención registral del sexo de las personas, para ello se exige que se acredite médica o psicológicamente la disforia o disonancia entre el sexo morfológico y la identidad de género sentida por el solicitante, con la valoración de que no media un trastorno de personalidad (art. 4.1.a) Ley 3/2007)⁸. Requiere, además, el cumplimiento de otro requisito, dispensable por razones de edad o salud, cual es que el solicitante se haya sometido a un tratamiento médico durante al menos dos años para acomodarse a las características físicas del sexo reclamado, aunque no se precisa necesariamente de una cirugía de reasignación sexual (art. 4.1.b) y 2 de la Ley 3/2007)⁹. Este es el régimen que se ha aplicado y del que se han hecho eco los tribunales, incluso con efectos retroactivos -SSTS 17 de septiembre de 2007 y 28 de febrero de 2008-.

⁸ ROCA GUILLAMON, J., y DE LAS HERAS GARCÍA, M.A., “Artículo 4. Hechos y actos inscribibles”, *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dirs. COBACHO GÓMEZ, J.A. y LECIÑENA IBARRA, A., Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 134 y ss.

⁹ LLOVERAS FERRER, M.R., “Una ley civil para la transexualidad”, *Indret*, 1/2008, pp. 7 y ss.

Con todo, el principal debate que se ha suscitado ha sido el de la legitimación para instar la modificación registral, ya que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 la limita a “toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello”. Previsión que ha restringido el acceso al procedimiento gubernativo de modificación registral a quien no alcanzaba la mayor edad o tenía, en aquel entonces, la capacidad de obrar modificada. El debate sobre tal cortapisa, sobre todo tratándose de los menores de edad, se ha centrado en si resulta justificada, o no, la privación de legitimación cuando la petición del cambio registral de la mención de sexo se encuentra reconocida como una expresión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad¹⁰.

Algunas resoluciones, como el Auto de 28 octubre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Tolosa, que permitió el cambio de nombre propio de un menor ante la acreditación del cuadro clínico de disforia de género y su habitualidad, avanzaron una realidad que impulsó ulteriores pasos en el ámbito jurídico registral de la rectificación del nombre y sexo.

2. Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.

Este fue el primer hito temporal, adelantado por la DGRN por el contexto de cambio que se auguraba. La existencia de varias proposiciones de ley modificadoras de la regulación contenida en la Ley 3/2007¹¹, que finalmente no vieron la luz, y la pendencia de la cuestión de inconstitucionalidad instada por Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016\1392) sobre la constitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, auspiciaron la emisión de unas nuevas directrices más acordes con los cambios que se barruntaban. A ello tampoco fue ajeno la solicitud dirigida a la Secretaría de Estado de Justicia, que recogía el Informe anual de 2015 del Defensor del Pueblo, de que se facilitara la rectificación del nombre propio de los menores.

Los criterios adoptados se limitaban a un solo aspecto: la posibilidad de rectificación del nombre a fin de adecuarlo al sexo sentido por la persona.

Las nuevas orientaciones suponían una enmienda a la Ley 3/2007, tildada por algunos autores como contraria a la legalidad¹², aun cuando las justificaciones

¹⁰ REYES LOPEZ, M.J., *El largo recorrido del derecho a la identidad de género*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 120.

¹¹ Se plantearon dos proposiciones, una presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 3 de marzo de 2017, BOCG, Serie B, n.º 91-1, 3-3-2017; y otra por el Grupo Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea el 23 de febrero de 2018, BOCG, Serie B, n.º 220-1, 2-3-2018.

¹² BUSTOS MORENO, Y., “La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 36, 2020, pp. 10 y ss.; BENAVENTE

que se aducían por el Alto Centro Directivo avalaban los nuevos criterios introducidos en la práctica registral. Estas aludían tanto a los aspectos socio sanitarios atinentes a la pérdida de consideración de la disforia de género por la OMS como enfermedad y catalogación de la identidad sexual como condición de la persona -incongruencia de género-, como a la diversa normativa de rango superior que la facultaba. La protección del desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades emocionales y afectivas, garantizadas por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la tutela de los derechos constitucionales a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de cualquier discriminación, o el derecho a la integridad moral (arts. 10, 14 y 15 CE) se alegan en el preámbulo a las instrucciones para defender su ordenación. Todo ello se ligó, además, con el reconocimiento internacional del derecho al nombre de la persona y su importancia para el pleno desarrollo de la personalidad.

Las dos directrices establecidas, que a fecha de hoy siguen vigentes, atienden a la cuestión de la corrección del nombre y su sustitución por razón del sentimiento de pertenencia a un sexo diferente al que consta en el nacimiento. Estas distinguen entre solicitantes mayores de edad o emancipados y menores de edad.

En cuanto a los primeros, mayores de edad o menores emancipados, se reconoce la posibilidad de que mediante declaración de voluntad, bien ante el encargado del Registro civil, bien en documento público, pueda modificarse el nombre, inscribiendo otro distinto al correspondiente con el sexo inscrito, aun cuando no se haya cumplido con la exigencia del art. 4 de la Ley 3/2004; por tanto, sin que medie una modificación de la identidad sexual en el Registro civil, y desligando uno y otro supuesto.

Para los menores, la Instrucción diferencia el procedimiento a seguir según se refiera menores o mayores de doce años. En ambos casos se exige una actuación conjunta de los padres, o de quienes ejerzan la tutela sobre los menores, en solicitud de modificación de la inscripción del nombre del menor. Esta deberá ir acompañada de una manifestación de voluntad emitida ante el encargado del Registro Civil, o en documento público, de que el menor siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. En el supuesto de que el menor tenga más de doce años, debe firmar la petición; y, siendo de edad inferior, tiene que ser oído por el encargado del Registro,

TE MOREDA, P., "Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 38, 2018, pp. 293-294 y 299-301; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Personas transexuales y estado de derecho", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 11, 2018; REYES LOPEZ, M.J., Ob. cit., pp. 125 y ss.

dirigiéndose a él en comunicación comprensible y adaptada a su edad y grado de madurez.

La realidad vivida en aplicación de esta Instrucción parece que no ha ocasionado excesivos problemas. Se ha aceptado la posibilidad de cambio de nombre en atención al sexo sentido, incluso aun cuando el nombre no se hubiera utilizado habitualmente (en tal sentido, RRDGRN de 9 de julio de 2019, n.º 9/2019, (JUR 2020\324679), de 15 febrero de 2021, n.º 40/2021 (JUR 2022\155856), o 19 de abril, n.º 70/2021 (JUR 2022\210765)).

3. La STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, y consecuente STS 685/2019, de 17 de diciembre.

El segundo acontecimiento jurídico trascendente, en este caso con incidencia en la cuestión nuclear de la rectificación registral de la identidad sexual, fue la declaración de inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007.

Esta tuvo su origen en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por Auto del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016\1392), planteada con ocasión del recurso de casación interpuesto por los padres de una menor que recurrieron a la vía judicial, tras denegarse en el expediente gubernativo el cambio de la mención de sexo y nombre. La exigencia de la mayor edad para la solicitud de su rectificación, que se establece en el art. 1.1 de la Ley 3/2007, generaba dudas sobre la constitucionalidad del precepto por cuanto restringía a los menores el ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 15, 18.1 y 43.1 de la CE, en relación al 10.1 de la CE. Se cuestionaba, igualmente, que fueran proporcionales las justificaciones que se esgrimían para limitar el ejercicio de ese derecho a los menores: la falta de madurez y la necesaria protección a ese colectivo conforme al art. 39.3 y 4 de la CE.

La STC 99/2019, de 18 de julio, doy respuesta a todos esos interrogantes, siguiendo la estela de las alegaciones apuntadas por el Tribunal Supremo¹³.

Entre las distintas razones esgrimidas para justificar la decisión cabe destacar la valoración de que el art.1.1 de la Ley 3/2007, “en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 8, octubre, 2019; “Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12, febrero 2020, pp. 820-831; BUSTOS MORENO, Y., Ob. cit., 92 y ss.; REYES LOPEZ, M.J., Ob. cit., pp. 173 y ss.; SALAZAR BENITEZ, O., “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 32, julio-diciembre, 2019.

efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE”; así como su incidencia en el derecho a la intimidad personal del menor, art. 18.1 de la CE, ya que «la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos —el percibido por el sujeto— y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual... (ello) afecta a la intimidad personal ex art. 18.1 CE, a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona».

Sobre el alcance que el precepto proyectaba sobre el derecho a la intimidad del menor se advierte que «(e)llo comporta, como consecuencia directa, que estas personas no gozan de documentación que les permita identificarse en sus actividades en general conforme a su sexo y nombre queridos, con lo que no pueden reservar del conocimiento ajeno la diferencia entre el sexo atribuido originariamente y el percibido como propio. Se les impide, por tanto, excluir del conocimiento ajeno su condición de transexual, y esa publicidad forzada le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia».

El TC relativiza, además, en el sentido que planteaba el Auto del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016\1392), las objeciones del carácter de orden público del régimen cuestionado y necesidad de seguridad jurídica de los datos que identifican a la persona, e indica que «la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales», lo que hace que aquellos cedan frente a éstos.

Finalmente, las justificaciones que limitan a los menores el ejercicio de sus derechos fundamentales se entienden que no concurren aquí, por cuanto «mediante esta restricción legal el legislador despliega la protección especial de los menores de edad que le incumbe en virtud del mandato derivado del art. 39 CE. Estos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdeña, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código civil de la emancipación del menor de edad (arts. 314 y ss.). De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento, el riesgo de remisión de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta».

En virtud de todo ello, se estima que «el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con "suficiente madurez" y en una "situación estable de transexualidad" y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad». Se declara la inconstitucional del art. 1.1 de la Ley 3/2007, pero «únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente madurez", que se encuentren en una "situación estable de transexualidad"».

El criterio asentado por el Tribunal Constitucional con esta sentencia interpretativa, dado que el fallo no implicó la nulidad del precepto, no dejó de ser contestado por un voto particular formulado por la magistrada Encarna Roca Trías, al que se adhirió el magistrado Montoya Melgar, abundando en la naturaleza de la norma cuestionada. En él se ponía de relieve que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 no tiene por objeto el desarrollo del ejercicio de los derechos fundamentales, sino la constancia y publicidad de los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley del Registro Civil. Se afirma que la ley registral no otorga derechos, ni regula el libre ejercicio de los mismos, sólo constata hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas. Tales hechos y actos inscribibles, así como los requisitos que ha de cumplir una persona para formalizar una determinada inscripción registral, forman parte de la libertad de configuración del legislador, toda vez que al respecto nada dice la Constitución. Los magistrados discrepantes entendían que la utilización de un criterio objetivo como la mayoría de edad, que se identifica con el pleno ejercicio de la capacidad de obrar (art. 12. CE), lejos de ser una restricción de derechos, es una garantía para el menor, que ejerce por sí mismo un derecho de naturaleza personalísima.

La STS de 17 de diciembre de 2019 asumirá el criterio fijado por el Tribunal Constitucional y casará la sentencia. En la resolución se afirma que los requisitos exigibles para el reconocimiento de legitimación al menor demandante, apreciación de madurez suficiente y situación estable de transexualidad, son cuestiones de hecho, para cuya apreciación no basta con las manifestaciones que han realizado los padres. Por lo que se ordena devolver los autos al tribunal de apelación para que como órgano de instancia conozca las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, se de audiencia al menor y se resuelva lo pertinente en sentencia.

El fallo va precedido de distintas consideraciones, de las que cabe resaltar las siguientes:

a) El concepto de madurez del menor, que ha de entenderse en el sentido de la Observación General n.º 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño de la ONU como *capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado*, y la consideración de estos aspectos para determinar la capacidad de cada niño.

b) La irrelevancia del tratamiento médico del menor para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, dada la doctrina del TEDH y dicción del art. 4 de la Ley 3/2007, que excluye ese requisito cuando razones de edad imposibiliten su seguimiento.

c) La necesaria audiencia del menor para confirmar su efectiva voluntad de solicitar el cambio de la mención registral del sexo.

d) El papel complementario que tienen los representantes legales en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales, conforme al art. 162 del CC.

e) La exigencia de que el tribunal compruebe la madurez y situación estable de transexualidad del solicitante de un modo menos exhaustivo mientras más cercano se encuentre a la mayoría de edad.

Esta es la realidad jurídica vigente. Al amparo de lo expuesto, hoy por hoy, si un menor presenta condiciones de madurez suficientes, y se encuentra en una situación permanente de transexualidad, cumpliendo con los requisitos exigidos por el art. 4 de la Ley 3/2007, cabe que solicite ante el encargado del Registro Civil la rectificación de la mención registral de su sexo, sin que a tal fin le sea exigible un tratamiento hormonal, que es el requerido por principio para los mayores de edad¹⁴.

Desde estos antecedentes se justifica, en el reciente Auto de 10 de junio de 2022 del Registro civil de Ourense, expte. 268/2021, el acceso al Registro Civil de la rectificación de sexo de “mujer” por “varón” de un menor de nueve años, tras su inicial denegación y orden de retrotracción por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, mediante Resolución de 21/02/2022, por no haber sido escuchado al menor¹⁵.

En el Auto se deja constancia de los aspectos en los que el Magistrado-Juez encargado del Registro valora que, a pesar de la edad del compareciente, éste

¹⁴ En tal sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019, Pleno, 18 de julio de 2019”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 112, 2020; REYES LOPEZ, M.J., Ob. cit., p. 177.

¹⁵ En el caso, el menor había sido inscrito originalmente con el sexo y nombre de mujer, previa a esta petición ya se había modificado su nombre por el masculino de “Antonio” de acuerdo con lo dispuesto en la Instrucción de 23 de octubre de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

posee la madurez suficiente para instar la solicitud de cambio de sexo, existe una disonancia de sexo o género y que ésta pervive a lo largo del tiempo¹⁶. Dos puntos de la argumentación recogida en el Auto merecen ser destacados.

De un lado, la reflexión que se realiza respecto de que nada ganaría la sociedad al negarle al menor “Antonio” el derecho a la modificación en su hoja registral de la indicación de sexo de mujer a varón, cuando ya se había procedido al cambio de la mención del nombre conforme al sexo sentido, no habiendo dato alguno que contravenga la disposición del menor a seguir su vida como chico varón.

De otro que, a pesar de la corta edad -nueve años-, la solución que se adopta resulta acorde con lo dispuesto en la STC 99/2019, de 18 de julio, así como a los requisitos que se exigen por la legislación y doctrina. Estos se concretan en la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito, con la identidad de género sentida por el solicitante, la estabilidad y persistencia de la citada disonancia, y la ausencia de cualesquiera trastornos de personalidad que, como distorsión, pudieran influir en la percepción de ésta por el inscrito.

A tenor de ello se afirma que “la minoría de edad del inscrito, en este caso de 9 años de edad, no puede ser motivo para despojarlo de los derechos que le asisten, una vez escuchado el menor del que se desprende una madurez importante, y al considerar que tal motivo de su corta edad, 9 años, es decir 3 años menor del menor al que refiere la STS 685/2019, de 17 de diciembre”; y ello no es razón “per se para privar a la persona de sus derechos, en este caso, para estimar la solicitud de rectificación de la mención registral de sexo del menor inscrito”.

¹⁶ Se dice en el Auto: «Por tanto, para tal análisis han de resultar conocer ciertas premisas sobre la personalidad del menor, siendo que en este caso, que hay datos suficientes para colegir que, en su faceta escolar académica, se trata en este caso de un menor muy despierto que, en su ámbito académico como alumno obtiene muy buenas notas calificadoras como son la mayoría de notables y sobresalientes según la Certificación que consta en su curriculum, y además ha de resultar de importancia notoria que el mismo menor está rodeado de unos determinados ambientes, tal como él mismo ha referido, que se han de considerar ciertamente positivos. Y que sobre la disonancia de sexo a la que se alude del menor inscrito, -que sigue figurando como mujer en el Registro-, poner de relieve que, como persona, piensa desde hace muchísimo tiempo como varón, tal como le ha manifestado a este entrevistador, coincidente con lo mismo que le había manifestado y planteado a su padres en el año 2018, sobre su disonancia y la mentada incongruencia de género a la que alude la solicitud, por lo que se considera, que con los demás elementos acogidos por este juzgador, lleva a afirmar la existencia, afirmación, y, por tanto, confirmación de la citada disonancia de género que sufre y viene padeciendo el menor, y también ha de resultar ciertamente importante, que la citada disonancia ha venido persistiendo a lo largo del tiempo, cuando menos desde el año 2018 en el que verbaliza a sus progenitores ahora proponentes, la citada confusión, que ahora argumentan, entre el género de mujer que figura en su inscripción registral, en clara disonancia con el de varón que verdaderamente siente y por el que viene actuando desde su nacimiento el inscrito “Antonio”».

De la resolución no se puede desligar, sin embargo, la prueba que se aportó para justificar la petición; esto es, los informes externos que se requieren, conforme a la vigente Ley 3/2007, para acreditar la existencia y persistencia de la disonancia con el sexo inscrito.

Ello plantea uno de los debates que propicia la normativa que se proyecta; como es que, en caso de los menores de edad, más allá del entorno familiar, tenga que existir, o no, una apreciación profesional objetiva y externa que valore la madurez y situación del menor a fin de proteger su interés superior del que es garante la Constitución -art. 39 CE- y las leyes -art. 2 LOPJM-¹⁷. En definitiva, si la autorización del cambio de identidad sexual de un menor ha de ser un proceso que deba tener un cierto nivel de seguridad jurídica con la exigencia de informes externos y/o control jurisdiccional.

III. EL PROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI.

1. Consideraciones generales.

La insatisfacción de los colectivos destinatarios de la regulación contenida en la Ley 3/2007, por cuanto consideran que ésta obedece a un planteamiento medicalizado, no tiene en cuenta el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores y adolescentes, y no ofrece una respuesta global a la demanda de sus derechos, ha llevado a impulsar su reforma legislativa en varias ocasiones. La última ha cristalizado en el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB, impulsada por el Ministerio de Igualdad y aprobada por el Consejo de Ministros, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria.

La norma proyectada se pergeña como una regulación integral y transversal que acoge, entre sus distintas previsiones, una nueva regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona que sustituirá a la vigente Ley 3/2007 (disp. derogatoria única, 2). En ella la rectificación registral se presenta como una medida más, dentro del amplio paquete de acciones positivas y políticas públicas que se proponen impulsar en todos los ámbitos -administrativo, laboral, de la salud, de la educación, cultura, ocio y deporte, de la publicidad y medios de comunicación social e internet, de la familia y la juventud, de la acción exterior y protección internacional- para conseguir potenciar la tutela de

¹⁷ BUSTOS MORENO, Y., Ob. cit., pp. 122.

las personas trans. A ellas se añade un régimen sancionador para determinados supuestos de incumplimiento de sus previsiones¹⁸.

El hecho de que se opte por una regulación integral y transversal, advierte el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB, no deja de plantear problemas técnicos. De un lado, se indica que puede generar el indeseado efecto del solapamiento con otras normas, así como el riesgo de provocar una excesiva atomización del ordenamiento. De otro, se adelanta que podría propiciar el establecimiento de un estatuto jurídico particular con un régimen de derechos y deberes distinto al resto de ciudadanos que desemboque en “situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y se contienen singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” (28 y 29).

Los temores expresados no dejan de ser ciertos. No se puede desconocer que nos encontramos en un Estado plurilegislativo, ni el hecho de que casi todas las Comunidades Autónomas han dictado leyes relativas a la identidad y expresión de género. En ellas se propugnan, en una mayor o menor extensión, la no discriminación y protección integral dentro de su marco competencial¹⁹. De ahí que, en aquellas cuestiones que no sean de competencia exclusiva del Estado, será ineludible la concurrencia y superposición legal, lo que no ayuda a la clarificación de las fuentes, ni a su aplicación e interpretación.

En el tema que nos ocupa la preocupación por esa cuestión resulta menor. La competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos de carácter civil y consecuente régimen de inscripción, según la doctrina constitucional (SSTC 7/2019 y 157/2021), reserva para el Estado la regulación de la rectificación de la mención del sexo “ex” art.149.1.8^a de la CE, como refleja la disposición final décimo novena del Proyecto de Ley Trans.

¹⁸ Cf. ESTEVE ALGUACIL, L., y NONELL i RODRÍGUEZ, A., “Análisis del Anteproyecto de Ley para igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, *Indret*, n.º 3, 2021, pp. 267 y ss.

¹⁹ Cuentan con leyes autonómica sobre identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas trans y LGTBI: Andalucía -2017-, Aragón -2018-, Islas Baleares -2016-, Canarias -2021-, Cantabria -2020-, Castilla-La Mancha -2022-, Cataluña -2014-, Valencia -2018-, Extremadura -2015-, Galicia -2014-, Madrid -2016-, Murcia -2015-, Navarra -2017-, País Vasco-2021-, La Rioja -2022-; hallándose en trance de regulación en las Comunidades de Castilla-León y Asturias.

2. Normativa proyectada sobre la rectificación en el Registro civil de la mención del sexo de los menores de edad.

2.1. Novedades sobre los requisitos exigidos para la rectificación registral.

La voluntad de transformar radicalmente el modelo seguido por la Ley 3/2007 ha supuesto que el Proyecto haga tabla rasa de las exigencias ahí establecidas para acceder a la rectificación registral del sexo.

En atención al principio de la "autodeterminación de género" y concepto de la "identidad sexual", como "vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer" -art. 3.h PLT-, se plantea por principio que la sola decisión de la persona de cambio de la mención registral del sexo resulte suficiente para que así se refleje en el Registro Civil (art. 38.1 PLT).

Como contrapartida, se exige que esa petición se mantenga durante cierto tiempo. Para ello se articula un procedimiento temporalmente secuencial, con una solicitud inicial, en la que la persona que persigue la rectificación, comparecerá ante el encargado del registro. Tras ser informado, en lenguaje claro y accesible -singularmente siendo menor-, de todas las consecuencias jurídicas que conlleva su decisión, los derechos que le asisten, la posibilidad de reversión y existencia de medidas voluntarias de apoyo²⁰, plasme en un formulario su voluntad. Para, posteriormente, en un plazo máximo de tres meses, ratifique aquella en nueva comparecencia ante el encargado del registro, aseverando "la persistencia de su decisión" (art. 39.4 a 9 PLT).

Se suprime como requisito necesario la presentación de informes de terceros que acrediten la situación de disforia de género. En este sentido señala el artículo 39.3 del PLT que "[e]l ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole". La justificación que se aduce en la memoria normativa de la ley es que ello constituyen una exigencia de la OMS por

²⁰ La información que tiene que proporcionarse por el encargado del Registro civil, que parece más bien una tarea del equipo de asistencia social, es la "existencia de las medidas de apoyo que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir" (art. 39.5 LPT).

cuanto la transexualidad no es una enfermedad psicológica y así se ha reflejado jurisprudencialmente.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 901/2022, de 23 de junio de 2022, al Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB, ha puesto en entredicho tales afirmaciones.

De un lado, ha recordado que en ninguna de sus resoluciones ni el TS ni el TEDH²¹ ha «considerado que la exigencia de un diagnóstico médico o psicológico de la disforia de género vulnera los derechos fundamentales de la persona; es más, la legislación de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, entre nosotros, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas -cuya constitucionalidad fue validada, en este aspecto, por la Sentencia 99/2019, de 18 de julio-, lo configuran como un presupuesto para el ejercicio del citado derecho a la rectificación registral, en consonancia con lo dispuesto por el legislador en relación con otros hechos inscribibles en el Registro Civil -piénsese, por ejemplo, en el nacimiento o la defunción de la persona, cuya inscripción precisa la presentación de parte facultativo o certificado médico (artículos 44.3 y 62.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)-».

²¹ En estos argumentos se abundan también en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, señalándose, en relación con la doctrina que analiza del TEDH que de ella «no se desprende la necesidad de prescindir de un diagnóstico, ni la necesidad de la justificación de una situación estable de transexualidad. En la sentencia A.P. Garçon y Picot se analiza si es conforme al artículo 8 del Convenio la circunstancia de exigir que el solicitante reúna “la realidad del síndrome transexual” y “la existencia y persistencia del mismo” y, por tanto, se enjuicia la legalidad de la exigencia de aportar el diagnóstico de la transexualidad, que venía siendo exigido por el Tribunal de Casación francés en las sentencias de 7 de junio de 2012 (n.757 y 758) y 13 de febrero de 2013 (n. 106), con anterioridad a la promulgación de la Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, que modificó los artículos 61- 5 a 61-8 del Código civil francés. El Tribunal consideró que dicho requisito era favorable a la estabilidad de los cambios de sexo en el registro civil, y que junto al interés particular del transgénero existe un interés general en la fiabilidad y coherencia del estado civil, así como en la seguridad jurídica, unido a la preservación del principio de la no disponibilidad del estado de las personas. El Tribunal concluye que los Estados parte conservan un amplio margen de apreciación en cuanto a la decisión de imponer tal condición. El diagnóstico psicológico previo no amenaza directamente la integridad de las personas, y observa que no existe una toma de postura sobre este punto por parte de organismos europeos e internacionales en la promoción y defensa de los derechos fundamentales tan decidida como en materia de esterilidad (apartados 139 a 144, incluidos). Respecto de la obligación de someterse a un examen médico por parte de un experto judicial, el Tribunal considera que es una medida proporcionada que pondera adecuadamente los intereses concurrentes. Concluye que corresponde a las jurisdicciones internas evaluar el valor probatorio de los elementos que le son presentados y, con el fin de establecer la veracidad de la información presentada, reconoce que los Estados disponen de un amplio margen de maniobra, siempre y cuando no se actúe de forma arbitraria y, por tanto, el examen pericial médico resulta también conforme con el respeto a la vida privada (apartados 148 a 154, incluidos) (115)».

De otro, ha reseñado que «tampoco es cierto que la reciente despatologización de la transexualidad requiera la conversión del cambio de sexo sobre la base de una decisión libérrima de la persona, no sujeta a condicionante alguno, que es lo que parece desprenderse de la memoria. La Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-11) se refiere a la "discordancia de género" en el capítulo relativo a las "condiciones relativas a la salud sexual" y la caracteriza como "una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado"», añadiendo que «las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas la base para asignar los diagnósticos en este grupo».

La conclusión a la que llega ese órgano consultivo es que «no parece necesario ni proporcionado desvincular la rectificación registral de la mención relativa al sexo de todo elemento probatorio que acredite, de un modo u otro, cierta estabilidad en la identidad sexual libremente definida por la persona. La exigencia de tal informe médico o psicológico constituiría una garantía para el solicitante que debería ser mantenida en aras de la protección de la persona que libremente decide transitar de un sexo a otro».

El análisis que realiza el Consejo de Estado parece oportuno. El cometido del Registro Civil es la declaración de actos y hechos para lo que se hace precisa una suficiente constancia de la realidad que publica. La exigencia de una corroboración por tercero de la situación concreta de la persona sobre su identidad sexual y permanencia no deja de ser una elemental garantía del sistema de protección de los intereses tanto del solicitante como de los terceros.

Ello parece aún más justificado cuando el Proyecto introduce, como otra de las grandes novedades del sistema, la reversibilidad de la rectificación registral. La facultad está prevista en su art. 42. Ésta permite que se vuelva atrás en la rectificación de la mención registral del sexo, transcurrido el plazo de seis meses desde la práctica de la inscripción en el Registro Civil, mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La norma, ajustada en su esencia a la libre determinación de la identidad sexual, no deja de plantear dudas en su dicción, ya que no establece límites para su ejercicio.

Estas han sido puestas de manifiesto tanto en el Informe del Consejo General del Poder Judicial (n.ºs 180, 181 y 182), como en el dictamen del Consejo de Estado, advirtiendo de la necesidad de una cierta estabilidad en la reversibilidad del cambio registral de sexo, en aras de la fijación de los perfiles del ejercicio de este derecho.

Las razones que se aducen no dejan de ser certeras y hallarse ligadas a los propios principios que fundamentan el régimen jurídico registral del estado civil de la persona física. Así se destaca por el Consejo Estado que, aun cuando se haya atenuado la consideración del sexo como estado civil de la persona, «el cambio

de sexo, como acto inscribible en el Registro Civil ex artículo 4.4 de la Ley del Registro Civil, se halla afecto a los principios de orden público y de indisponibilidad que rigen esta materia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.814 del Código civil, si bien con una intensidad menor que la que resulta predicable de otros hechos y actos inscribibles como la nacionalidad o la filiación».

Por otra parte, las cautelas son una necesidad derivada de los principios de seguridad jurídica, orden público y proporcionalidad que ha de guiar toda regulación que afecte a la esfera jurídica de los ciudadanos.

En este sentido se indica expresamente por el Consejo de Estado que tales cautelas «deben ser más contundentes cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad que se confiera a la persona para instar la rectificación registral; y así, como mínimo, parece necesario requerir el transcurso de cierto periodo de tiempo entre la rectificación registral y su reversión -siendo el plazo de seis meses propuesto por la autoridad consultante insuficiente a estos efectos, al menos si se mantienen inalterados los demás elementos del sistema- e imponer un límite cuantitativo -número de veces que una persona podrá instar- a la rectificación de la mención registral relativa al sexo y su reversibilidad. Este límite cuantitativo debería modularse, además, atendiendo a la edad del promotor del procedimiento, puesto que no parece razonable equiparar la situación del menor de edad -cuya identidad sexual está en proceso de construcción y puede, por consiguiente, ser objeto de alteración- a la del mayor de edad».

2.2. La legitimación para solicitar la rectificación de la mención del sexo de los menores de edad.

Este ha sido un tema especialmente polémico y discutido, dados los antecedentes ya expuestos.

El Proyecto opta por plantear un régimen de legitimación para los menores por franjas de edad que, si bien cumple con la idea de que debe ofrecerse seguridad jurídica y es a la ley a la que le corresponde fijar este extremo, aspecto puesto de relieve en el voto particular a la STC 99/2019, plantea la duda de si cumple con los parámetros señalados en el fallo del Tribunal Constitucional. Este estimó que la facultad de solicitar el cambio registral, como manifestación ligada al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, debía quedar habilitada en función de la madurez del menor y no necesariamente ligarse a su edad.

La norma proyectada distingue en este ámbito de la legitimación tres niveles edad, estableciendo dos cauces procedimentales diferenciados.

A través del procedimiento gubernativo, la edad mínima fijada para que el menor solicite por sí la rectificación registral del sexo es de 16 años: “toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años, podrá solicitar por sí

misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral del sexo” (art. 38.1 PLT). Esta misma vía se prevé para la siguiente franja de edad de los 14 a 16 años, en la que las personas menores “podrán presentar la solicitud por sí mismas, asistidas en el procedimiento por sus representantes legales”; y, en caso de desacuerdo de o con sus representantes legales, requerirla asistido “de un defensor judicial” nombrado “de conformidad con lo previsto en los artículos 235 y 236 del Código Civil” (art. 38.2 PLT).

La vía judicial para demandar la rectificación a través del expediente de jurisdicción voluntaria se reserva para los menores de edad de 12 a 14 años (art. 38.4 PLT), según resulta de la reforma que se postula para la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Así, la disposición final décimo cuarta PLT ha incluido en el “uno” un nuevo capítulo I bis en el título II: “De la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce”, con la adición de los artículos 26 bis, 26 ter, 26 quater y 26 quinquies; y en el “dos” un nuevo capítulo I ter en el título II: “De la aprobación judicial de la nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la rectificación de la mención registral”, incorporando los artículos 26 sexies, 26 septies, 26 octies y 26 nonies.

Esta solicitud se formulará por el menor con asistencia de sus representantes legales y, en caso de desacuerdo con o entre los primeros, con la de un defensor judicial. Si la petición se insta por un menor de edad con discapacidad, “deberán disponerse en su favor las medidas de apoyo que pudiera precisar” (art. 26 ter.3); previsión genérica que habrá que entenderla referida no tanto al ejercicio de la capacidad jurídica, pues no hay motivo ni justificación para establecer un trato diferente de este menor con cualquier otro tras la reforma introducida por la Ley 8/21, como a los medios de apoyo tangibles que ayuden a ése a la toma de decisión o su comprensión -por ejemplo, si sufre una discapacidad sensorial-.

Resulta significativo que en este procedimiento la solicitud deba ir “acompañada de cualesquiera medios documentales o testificales acreditativos de que la persona que insta el expediente ha mantenido de forma estable la disconformidad a la que se refiere el apartado anterior” (art. 26. quarter. 2 LJV). Elemento probatorio que resulta oportuno para que sea algo más que la declaración del menor y de sus representantes legales las que evidencien la realidad y permanencia de la situación de disconformidad con el sexo inscrito. Este requisito, entienden el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, que debería extenderse al expediente gubernativo.

A esa cuestión se une otra previsión que, aunque lógica, pudiera pensarse que choca materialmente con lo que se declara de manera apodíctica en el art. 39.3 del Proyecto y en el inciso final del art. 26 quinquies.1 LJV: “la concesión no podrá estar condicionada a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la identidad sexual”. Así, el art. 26. 3 quarter LJV prevé que: “El Juez podrá solicitar

la práctica de las pruebas que considere necesarias para acreditar la madurez necesaria del menor y la estabilidad de su voluntad de rectificar registralmente la mención a su sexo, tendrá en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor de edad y le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda, en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades”.

La pregunta que en este caso cabe realizarse es si, tratándose de los menores de doce a catorce años, el Juez puede, o no, pedir informe médico o psicológico sobre la madurez y situación del menor, y si cabe, o no, fundamentar la decisión sobre el mismo para emitir una resolución desfavorable. En el terreno práctico, la conjugación de estos preceptos lleva a pensar que toda solicitud de informes profesionales de ese cariz, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, hará que las decisiones contrarias al cambio registral sean de muy difícil defensa, aun cuando las razones que materialmente se esgriman sean de todo punto incontestables²².

Las valoraciones que se han realizado de este diseño, reflejo de las demandas del Consejo LGTBI y de ciertas entidades representativas del sector, han sido contundentes.

De un lado, el Consejo General del Poder Judicial ha entendido que para la adecuada ponderación de los bienes jurídicos protegidos que se encuentran en juego, atinentes a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la integridad moral y la intimidad personal de los menores de edad, y la obligación de los poderes públicos de dotar de protección a los menores, conforme al artículo 39.4 de la CE, resulta aconsejable que la rectificación de la mención registral relativa al sexo, tanto de los menores en la edad de 14 a 16 años²³, como de los

²² El perfil asistencial de la norma que posterga el aspecto jurídico, queda también patente en el Proyecto al atribuir al Juez cometidos extraños a la labor jurisdiccional, así en el art. 26 quarter.3 in fine le impone que: «Deberá informarle asimismo de la existencia de las medidas voluntarias de apoyo que estén a disposición de la persona solicitante en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. *Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona menor de edad legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.*».

²³ Informe del CGPJ (n.º 164) «conforme al canon de proporcionalidad, la opción escogida por el prelegislador, ya no solo desde la perspectiva de los principios y derechos constitucionales recogidos en los artículos 10.1, 15 y 18.1 CE, sino también desde la óptica de la cláusula de la protección de los menores de edad que se contiene en el artículo 39 CE (...) al legitimar a los mayores de catorce años y menores de dieciséis para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo sin más condiciones que la asistencia de sus representantes legales, no resulta adecuado para proteger el interés del menor comprendido en esa franja de edad que carezca del suficiente grado de madurez o cuya situación de transexualidad no esté estabilizada. Tampoco conforme al criterio de necesidad puede encontrar justificación, pues la alternativa menos gravosa para el interés del menor pasaría por establecer las condiciones de madurez y de estabilidad en la transexualidad que»;

mayores de 16, deba estar presidida por las garantías que ofrece el procedimiento de aprobación judicial creado en la disposición final decimocuarta del actual Proyecto de Ley²⁴.

Por su parte, el Consejo de Estado no sólo ha hecho suyo este parecer, sino que ha rebatido la justificación ofrecida en la memoria normativa para excluir el procedimiento judicial cuando se trata de menores; ésta se cifraba sustancialmente en que tal vía «no parece que sea un procedimiento "rápido y eficaz"»:

«El Consejo de Estado no comparte esta apreciación de que el expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación judicial de la rectificación de la mención registral relativa al sexo de los menores de edad -en la actualidad, contemplado para los menores de entre doce y catorce años- no sea un procedimiento "rápido, accesible y transparente" en el sentido requerido por la Resolución 2048 de la Asamblea del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015, tal y como esta ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse, por todas, las sentencias X. c. Antigua República Yugoslava de Macedonia, de 17 de enero de 2019, e Y. T. c. Bulgaria, de 9 de julio de 2020).

Si así fuera, dicho expediente no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico -ni siquiera para los menores de entre doce y catorce años-, en la medida en que es jurisprudencia constitucional reiterada (sentada, entre otras, en las sentencias 141/2000, de 29 de mayo, F. J. 5, y 154/2002, de 18 de julio, F. J. 9) que "los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales (...) sin que el ejercicio de los mismos y

(166) «resulta conveniente someter el ejercicio del derecho de rectificación de la mención registral del sexo por parte de los menores de dieciséis años a las condiciones de "suficiente madurez" y "estabilidad en la situación de transexualidad", del mismo modo que se exigen para los menores de catorce años y mayores de doce, para cuya comprobación el juez deberá disponer de los necesarios informes de terceros expertos de los que se desprenda el grado de madurez y la estabilidad requeridos. Y tratándose del ejercicio de un derecho sujeto a las señaladas condiciones y que confluye con otros bienes constitucionales, lo procedente es que el control de su concurrencia se haga en sede jurisdiccional, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en los nuevos artículos 26 bis a 26 quinquies de la LJV, con las pertinentes adaptaciones. De esta manera se satisfaría la exigencia, impuesta tanto por los organismos internacionales como por el TEDH, de articular un procedimiento rápido, transparente y accesible para ejercitar el derecho de la rectificación registral de la mención del sexo. Se ha de considerar que es esta la vía procesal que, cumpliendo tales exigencias, resulta más adecuada, donde no se suscita contienda propiamente dicha, en el sentido de deducirse y ejercitarse pretensiones contrapuestas -en caso de desacuerdo de los representantes legales del menor se nombrará un defensor judicial, artículo 26 ter:2 LJV (y artículo 163 CC, con carácter general)-, y donde no se exige la intervención de profesionales -abogado y procurador-».

²⁴ Aun reconociendo que esa edad se fija para el ejercicio de determinados derechos en el Informe del CGPJ (n.º 167 bis) se dice que «el principio de especial protección del menor se garantiza en mayor medida si la autodeterminación del género y la modificación registral de la mención relativa al sexo, sin condicionamientos y a través de un procedimiento registral, se reserva a los mayores de dieciocho años. En otros términos, que el ejercicio del derecho de autodeterminación en los mayores de dieciséis y menores de dieciocho esté sujeto a las mismas condiciones que las propuestas para los menores de dieciséis años, y que se lleve a cabo por el mismo cauce del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Esto supone, por tanto, extender hasta la mayoría de edad el procedimiento previsto en el anteproyecto para los menores de entre 12 y 14 años, que requiere de aprobación judicial, previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria y la demostración de la madurez necesaria y de la voluntad estable de proceder a la rectificación registral del sexo».

la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia (...) cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar».

En cuanto a la cuestión de fondo, la flexibilización por edad de la petición de rectificación por vía gubernativa, tras apreciar las obligaciones que dimanar para los poderes públicos del art. 39.4 de la CE y del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la imposibilidad de adoptar decisiones apriorísticas en esta materia, estima que:

«en un contexto normativo de máxima elasticidad en el que la rectificación de la mención registral relativa al sexo no tiene que basarse en un diagnóstico médico o psicológico de disforia de género (artículo 39.3 del anteproyecto) y puede ser revertida libremente, sin más límites que el transcurso del plazo de seis meses (artículo 42 del anteproyecto); y en el que, correlativamente, la intervención judicial se convierte en una garantía fundamental para el menor de edad que expresa su deseo de transitar de un sexo a otro y que no por ello, deja de ser merecedor de la protección que le brinda el artículo 39 de la Constitución Española...debería valorarse si, con el sistema propuesto, se va a favorecer que se tomen decisiones precipitadas, no asentadas en una situación estable de transexualidad, lo que, a la postre, podría terminar repercutiendo de forma negativa en el libre desarrollo de la personalidad del sujeto...».

Y advierte que la vigente normativa sobre esta cuestión en otros países de nuestro entorno no suele reconocer a los menores de edad legitimación para promover la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, “cuando lo hace, incluye cautelas tales como la exigencia de que hayan cumplido dieciséis años y posean suficiente discernimiento (Bélgica y Portugal), cuenten con un certificado médico de disforia de género (Noruega) o articulen su solicitud vía jurisdiccional (Irlanda y Malta)”.

A la vista de lo expuesto, cabe augurar que no se ha dicho aún la última palabra sobre la legitimación de los menores para instar la rectificación de la mención registral del sexo. El debate sigue vivo y, en el largo camino que ha de recorrer la ley durante su tramitación parlamentaria, es previsible que salga de nuevo a la palestra esta controversia.

2.3. En todo caso, la facultad de cambio de nombre del menor para ajustarlo al sexo sentido.

Consecuente con el reconocimiento general de la autodeterminación de la identidad de género o sexo del menor, dispone el Proyecto una previsión cuya inclusión parece un mero reflejo del derecho a que los menores puedan proceder al cambio de nombre registral derivado de su identidad sexual. Esta se recoge en el art. 43, que prevé que los menores de edad podrán obtener la inscripción

registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual, con independencia de que hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación registral, siempre que cumplan los requisitos contemplados en la Ley del Registro Civil.

El tenor del precepto faculta la posibilidad de que durante la menor edad se encuentre desgajado como un derecho independiente, y que no implica la modificación registral de la identidad sexual, el del cambio de nombre conforme al sexo sentido. La previsión, que sigue la senda iniciada por la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, auspicia en el nuevo escenario un rol diferente de la rectificación registral del nombre al previsto hasta la fecha.

El derecho a la obtención de una modificación registral del nombre, tal como se refleja en el art. 43, parece que se quiere establecer de una manera incondicionada y automática. Teniendo en cuenta que el régimen de rectificación no exige informes técnicos que acrediten disforia de género o la existencia de otro sexo sentido distinto al inscrito con el nacimiento, bastaría una manifestación por parte de los representantes legales del menor, o en su caso del menor mismo, sobre la disconformidad con el sexo inscrito para lograr esa modificación. No hay exigencia mínima de edad para el cambio de nombre, por lo que los progenitores o tutores podrían efectuar esa petición en representación de aquél desde la más tierna infancia. Tampoco se plantea la exigencia de madurez en caso de que sea el propio menor el que la solicite, por lo que siendo una “facultad” reconocida no podría excluirse fácilmente. No se plantea ninguna exigencia ulterior de coordinación con la identidad de género, por lo que materialmente cabe que la identidad sexual y de nombre puedan no coincidir durante el resto de su vida, si ese es el deseo de la persona. Ello, desde luego, se corresponde con el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad, y materialmente facilita la reversibilidad en el caso de duda sobre la propia identidad sexual. El problema radica en su contradicción con la legislación registral que limita, en el art. 51.2 LRC, la imposición de nombres “*que hagan confusa la identificación*”, plausible si ese cambio no va seguido de una ulterior rectificación registral del sexo.

El Consejo de Estado, en relación con este precepto, ha reseñado en su Dictamen 901/2022, entendiendo que esta norma no varía las reglas generales en cuanto la imposición de nombre, que «(a)un cuando ello carezca de efectos al contener este precepto una mera remisión a la normativa aplicable, se desconocen las razones por las que va dirigido exclusivamente a los menores de edad, con exclusión de los mayores de dieciocho años».

3. La modificación registral de la mención relativa al sexo de las personas con discapacidad.

El Proyecto presta también atención a la legitimación de las personas con discapacidad en este caso. El art. 38.3 del PLT faculta a éstas la solicitud de la rectificación de la mención registral del sexo “con las medidas de apoyo que en su caso precisen”.

En realidad, los perfiles de esta legitimación no plantean más especialidades que las que supone el ejercicio de un derecho ligado a la personalidad que, siendo la persona mayor de edad y contando con apoyos, se enmarcará en el sistema instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En virtud del cual, conforme al art. 249 del CC, quien preste los apoyos ha de «*permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*»; y «*actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias*» de la persona con discapacidad a la que apoya, así como colaborar para que «*pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias*».

A tales efectos, el art. 39.11 proyectado prevé que: «Cuando se trate de personas con discapacidad, en el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre».

Nada más dispone la norma. Ello implica que habrá que valorar en cada caso la situación en la que se encuentre el peticionario de la rectificación registral. Debe tenerse presente que, conforme al sistema introducido por la LAPD, el principio del que hay que partir es el de la facultad de la persona mayor de edad con discapacidad para ejercitar sus derechos sin restricciones y en igualdad de condiciones con el resto de los sujetos. Ello supone, como ya acontece ahora, que se tendrá que atender a lo deseado por la persona mayor de edad con discapacidad, en tanto no se le hayan establecido las medidas de apoyo de mayor intensidad, y que se corresponden con las judiciales representativas.

Con todo, como ocurre en otros ámbitos, la discapacidad que afecta a los aspectos cognitivos o mentales plantea el problema de cómo enfrentar esta situación. La supresión en el expediente gubernamental de la exigencia de informes médicos o psicológicos, como exige el actual art. 4.1 de la Ley 3/2007, y la taxatividad del Proyecto de Ley de que no se puede condicionar la resolución positiva del cambio de sexo y nombre a ellos, implica un hándicap de difícil regate para el encargado del registro que enfrente una petición de esta índole. ¿Podrá

requerirse en este caso un informe pericial sobre la capacidad del sujeto solicitante y su situación de disconformidad con el sexo inscrito?. Esta es una pregunta que queda en el aire, aun cuando pueda tener respuesta en la valoración previa que haga el encargado del registro sobre el entendimiento del acto y sus efectos.

En este ámbito, se echa en falta una solución como la planteada en el art. 56 del Código civil, en cuanto al ejercicio de otro derecho que implica el libre desarrollo de la personalidad, como es el del “ius connubii”, que permite a quien tramita el expediente matrimonial recabar dictamen médico sobre la aptitud del interesado para prestar su consentimiento.

En el caso de que se hubieran adoptado las medidas de apoyo de mayor intensidad, curatela representativa, la respuesta a la cuestión devendrá de la decisión judicial.

Según el art. 287 del CC, «*el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes*»; señalándose en primer lugar: «1.º *Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales*».

No se puede negar, como así se ha puesto de relieve por los autores, que la petición de cambio de sexo entra dentro de la categoría de los actos que el precepto señala como de transcendencia personal. Este es, además, un derecho personalísimo que sólo puede ser ejercitado por la propia persona con discapacidad, como señala GUILARTE SANCHEZ-CALERO²⁵. El desarrollo de tal acto no admite decisión sustitutiva por el representante de la persona, ni posibilidad de asistencia en caso de que se inste la solicitud a través de expediente gubernativo. No obstante, no parece que haya inconveniente para que pueda lograrse solicitándose la autorización judicial en virtud de lo dispuesto en el art. 287 del CC; solución que resulta la más acertada teniendo en cuenta la transcendencia del acto y sus consecuencias jurídicas.

En este sentido el Informe CGPJ, haciendo referencia a la necesidad de que se articule a través de la vía judicial de la jurisdicción voluntaria la estimación de la “madurez” y capacidad de comprender las consecuencias del acto de modificación de los datos registrales, señala que:

«El régimen de rectificación de la mención registral del sexo que se ha propuesto en los párrafos anteriores como alternativa a la opción del prelegislador, por ser más acorde al canon de proporcionalidad, es predicable, aun en mayor grado, de las personas con discapacidad, sujetas a la especial tutela de los poderes públicos (artículo 49 CE), siem-

²⁵ Cf. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Artículos 287, 288, 289 y 290”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 796 y 797

pre contando con las medidas de apoyo adecuadas en los términos previstos en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es acertada, por tanto, la previsión contenida en el proyectado artículo 39.9, así como en el también proyectado 26 ter.3 LJV».

Hasta aquí, en apretada síntesis, el actual panorama sobre el reflejo registral de la autodeterminación de la identidad sexual de los menores y personas con discapacidad, y futuro que abre su reforma legal.

Decía Jeremy Betham que “el arte de legislar es el arte de hacer buenas leyes, requiere un estricto dominio del lenguaje, de la lógica y de la argumentación”. Esperemos que en el loable fin que persigue la norma proyectada se mantenga el rigor técnico, garante de las soluciones pacíficas y desjudicialización de los conflictos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE MOREDA, P., “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 38, 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Personas transexuales y estado de derecho”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 11, 2018.
- “Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019, Pleno, 18 de julio de 2019”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 112, 2020.
- BUSTOS MORENO, Y., “La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 36, 2020.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 8, octubre, 2019.
- “Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12, febrero 2020.
- ESTEVE ALGUACIL, L., y NONELL i RODRÍGUEZ, A., “Análisis del Anteproyecto de Ley para igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, *Indret*, n.º 3, 2021.

- GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Artículos 287, 288, 289 y 290”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- LLOVERAS FERRER, M.R., “Una ley civil para la transexualidad”, *Indret*, 1/2008.
- MARTÍNEZ PISON, J., “Sexo, género y derechos: del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” al derecho a la libre determinación del género”, *Derechos y libertades*, n.º 46, enero 2022.
- “La identidad de género en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, XXXVIII, 2022.
- REYES LOPEZ, M.J., *El largo recorrido del derecho a la identidad de género*, Tirant lo Blanch, 2021.
- ROCA GUILLAMON, J., y DE LAS HERAS GARCÍA, M.A., “Artículo 4. Hechos y actos inscribibles”, *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, dirs. COBACHO GÓMEZ, J.A. y LECIÑENA IBARRA, A., Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.
- ROMBOLI, S., “El derecho a la identidad sexual en la interpretación del tribunal europeo de derechos humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 63, 2021.
- SALAZAR BENITEZ, O., “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 32, julio-diciembre, 2019.

AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y FAMILIA EN DERECHO ITALIANO

MARIA CARMELA VENUTI

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Palermo*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. AUTODETERMINACIÓN, GÉNERO Y RELACIÓN DE PAREJA: EN PARTICULAR, LA ELECCIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y SU REFLEJO SOBRE EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES CIVILES DEL MISMO SEXO. III. PAREJAS HOMOAFFECTIVAS, AUTODETERMINACIÓN PROCREATIVA, PATERNIDAD. IV. CONTINÚA: LAS CUESTIONES MÁS DEBATIDAS. 1. Continúa: la situación de los hijos nacidos de parejas femeninas. 2. Continúa: la situación de los hijos nacidos de parejas masculinas. 3. Continúa: la situación de los hijos adoptados en el extranjero con adopción plena. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En orden a una exposición lo más completa y actualizada posible del derecho de familia italiano respecto al tema del género de la persona y de la importancia de la autodeterminación en la estructuración de las relaciones familiares, creo que sería conveniente hacer algunas advertencias preliminares de orden metodológico general.

En primer lugar, orientaré mi discurso en dos niveles: el de la relación de pareja, y el de la paternidad y la filiación, tratando, en la medida de lo posible, de mantenerlos separados.

En segundo lugar, intentaré tener en cuenta, principalmente, el derecho nacional, y sólo cuando sea necesario me referiré a las fuentes supranacionales: concretamente, al Derecho de la Unión Europea (con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia) y al derecho internacional, en particular, el Convenio para la protección de los derechos y libertades fundamentales en la aplicación que del mismo ha hecho el Tribunal Europeo de derechos humanos (TEDH) y a la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño. Estas fuentes son claramente conocidas por los juristas españoles, por lo que puede ser útil comprobar si se han producido respuestas (y cuáles han sido) en el ordenamiento italiano, en relación con las peculiaridades que lo distinguen.

Por último, con respecto al tema que se me ha asignado, he interpretado el término “autodeterminación” como expresión del poder que tienen los particulares de conformar su esfera jurídica según sus intereses, sus vivencias y sus aspiraciones, con especial atención a ese aspecto particular de la personalidad

del individuo, que es la identidad de género. La autonomía privada se expresa a través de manifestaciones de voluntad – actos, negocios jurídicos, unilaterales o bilaterales – que en el sector que aquí nos ocupa permite construir una reglamentación de intereses individual o, más frecuentemente, relacional, que implica a una o varias otras esferas jurídicas, creando relaciones de naturaleza familiar. Relaciones que pueden tener gran importancia para el ordenamiento jurídico, en la medida en que permiten encontrar formas y modos más o menos completos y satisfactorios de reconocimiento y protección.

II. AUTODETERMINACIÓN, GÉNERO Y RELACIÓN DE PAREJA: EN PARTICULAR, LA ELECCIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y SU REFLEJO SOBRE EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES CIVILES DEL MISMO SEXO.

Respecto a las relaciones de pareja entre personas del mismo género, hay que recordar que en Italia solo hace relativamente poco, en 2016, se aprobó una ley – la n. 76 del 20 de mayo – que reguló la materia estableciendo una nueva institución, la unión civil entre personas del mismo sexo, destinada a las parejas del mismo sexo que quieran dar forma jurídica y reconocimiento a su unión, análogamente a lo que acontece en el matrimonio respecto a las personas heterosexuales. El ordenamiento italiano ha optado por una doble vía, manteniendo una posición de preeminencia del matrimonio, que sigue fundamentándose en la diversidad de sexos de los esposos, según una tradición arraigada en un paradigma naturalista-biológico. La unión civil, a pesar de estar diseñada sobre el modelo del matrimonio, presenta una disciplina que no se superpone plenamente a la institución “mayor” del matrimonio, comportando, respecto de ella, una menor plenitud de efectos.¹

Muy brevemente, diremos que la unión civil se aleja del matrimonio en la fase constitutiva, por el hecho de no establecerse respecto de ella los requisitos de publicidad previos a la ceremonia nupcial, y por la posibilidad de elegir el apellido

¹ Además, la Ley n. 76 de 2016 ha establecido una regulación (mínima) para las parejas no formalizadas, la cual, en este punto, es idéntica, para las heterosexuales y para las homosexuales, es decir, para las uniones afectivas basadas únicamente en el consentimiento de las partes, prolongado en el tiempo. A este respecto, hay que señalar, que la protección legal se refuerza a medida que la voluntad de las partes adquiere consistencia desde el punto de vista del contenido, asume una forma específica y reviste una publicidad que la haga reconocible – *rectius*, oponible – para terceros. En efecto, el legislador ha previsto una figura negocial específica, el contrato de convivencia, que las partes pueden celebrar para regular las relaciones patrimoniales relativas a su vida en común. Su objetivo es limitar las modalidades de contribución a las necesidades de la vida en común, así como el régimen patrimonial de la comunión de bienes. Se requiere la forma escrita (escrito público o escrito privado autenticado) bajo pena de nulidad, y una publicidad declarativa realizada a través de la inscripción en los registros de datos personales.

común, efecto que, sin embargo, sólo es válido mientras dure la relación, y sin que sea posible mantenerlo después de la muerte de uno de los miembros de la pareja, como, en cambio, ocurre con el apellido matrimonial (art. 143-*bis* cod. civ.). Entre las causas de invalidez del acto llama la atención que, entre los supuestos de error esencial sobre las cualidades personales del otro, no se haya previsto la ignorancia de la existencia de una enfermedad o de una desviación sexual que impida el desarrollo de la vida común, que, por el contrario, sí está contemplada en el matrimonio. Desde el punto de vista de la relación, la diferencia respecto al modelo matrimonial se refiere a la falta de previsión de la obligación de fidelidad entre los miembros de la pareja, a la ausencia de vínculos de afinidad entre el unido y los parientes del otro, y a la falta de referencias a la paternidad (de esto, hablaré más adelante).

Me parece oportuno detenerme aquí en un aspecto de la disciplina que toca más de cerca el tema de la autodeterminación y del género.

Se trata de la incidencia del cambio de sexo de uno de los miembros sobre el destino de la unión civil. Según el art. 1, apartado 26, mientras que para la unión civil entre personas del mismo sexo «La sentencia de rectificación de atribución de sexo» determina su disolución, como consecuencia automática y sin tener en cuenta la posible voluntad contraria de las partes, que podrían querer continuar su relación a pesar del proceso de transexualidad de una de ellas; en el caso de los cónyuges, sin embargo, se prevé que «De la rectificación anagráfica de sexo, cuando los cónyuges hayan manifestado la voluntad de no disolver el matrimonio o de no cesar sus efectos civiles, *se deriva el establecimiento automático de la unión civil entre personas del mismo sexo*» (apartado 27°).

La doctrina ha denunciado desde la entrada en vigor de la ley la incongruencia y la irracionalidad de esta diferencia de trato, que distingue entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales formalizadas, respecto a la cuestión del cambio de sexo y a la hipotética común voluntad de los miembros de querer continuar y mantener su vínculo de pareja con todas las consecuencias que de ello se derivan (piénsese en los deberes de asistencia y solidaridad entre los *partners*, y también en los efectos sucesorios, las prestaciones sociales, los aspectos socio-sanitarios, etc.).

Actualmente está pendiente de decisión ante el Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad del conjunto normativo formado por el artículo 1, apartado 26, de la ley de 20 de mayo de 2016, n. 76, del artículo 31, apartados 3 y 4 bis, del decreto legislativo de 1 de septiembre de 2011, n. 150² y del artículo

² Decreto legislativo n. 150 de 1 de septiembre de 2011 - Disposiciones complementarias del Código de Procedimiento Civil en materia de reducción y simplificación de los procedimientos civiles de cognición, según el artículo 54 de la Ley n. 69 de 18 de junio de 2009.
Art. 31 - De los conflictos en materia de rectificación de atribución de sexo

70-octies, apartado 5, del decreto del Presidente de la Republica de 3 de noviembre de 2000, n. 396³, en relación con los artículos 2, 3, 117 de la Constitución – y, como parámetros introducidos en virtud de esta última disposición, de los artículos 8, 14 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En este caso concreto, un hombre que formaba parte de una unión civil masculina y presentaba una disforia de género, había realizado una transición hacia el género femenino y, al solicitar al juez la autorización de la intervención quirúrgica instrumental para la reasignación del sexo (de hombre a mujer), había señalado que ambos miembros de la unión civil tenían interés en el mantenimiento del vínculo familiar. En consecuencia, pidió al juez que ordenara al funcionario del estado civil que procediera a la inscripción del matrimonio entre ellos, con la conversión automática de la unión civil tras la rectificación anagnáfica del sexo, petición que el juez no admitió a la vista del conjunto normativo citado.

Sin embargo, el tribunal planteó una cuestión de constitucionalidad, denunciando la falta de sentido de la opción legislativa de no realizar una equiparación integral entre matrimonio y unión civil en términos de (no) disolución automática del vínculo, ante la existencia de una sentencia de rectificación de sexo de uno de los cónyuges/*partners* y de la voluntad concorde de los *partners* de mantener el vínculo. En efecto, mientras que el apartado 26 de la Ley n. 76 de 2016 codifica un automatismo rígido, que conduce a la caducidad del vínculo entre los *partners*, excluyendo la posibilidad de conversión de la unión en matrimonio, aunque esta fuese su voluntad, en cambio, el apartado 27, destinado a regular la hipótesis inversa (en la que la rectificación del sexo se refiera a uno de los cónyuges), la pareja casada podrá expresar su voluntad de que el matrimonio se transforme, sin solución de continuidad, en unión civil, tras ser pronunciada la

(...)

4-bis. Hasta que se precisen las conclusiones, la persona que haya presentado una solicitud de rectificación de sexo y el cónyuge podrán, mediante declaración conjunta, hecha personalmente en la vista, manifestar su voluntad de que, en el caso de que se estime la solicitud, se constituya la unión civil, efectuando, en su caso, las declaraciones relativas a la elección del apellido y al régimen económico matrimonial. El tribunal, en la sentencia que estime la solicitud, ordenará al oficial del estado civil del municipio de la celebración del matrimonio o del de la inscripción, si aquel se hubiera celebrado en el extranjero, inscribir la unión civil en el registro de uniones civiles y anotar las eventuales declaraciones de las partes respecto a la elección del apellido y del régimen patrimonial.

³ El art. 70-octies, párrafo 5, del decreto del Presidente de la República de 3 de noviembre de 2000, n. 396, establece que «en la hipótesis mencionada en el art. 31, apartado 4 bis, del Decreto legislativo n. 150 de 1 de septiembre del 2011, el funcionario del estado civil del municipio de la celebración del matrimonio o del de la inscripción, si aquel se hubiera celebrado en el extranjero, *tras recibir la comunicación de la sentencia de rectificación de sexo, procederá a la inscripción de la unión civil en el Registro de uniones civiles con las eventuales anotaciones relativas a la elección del apellido y al régimen matrimonial*».

sentencia de rectificación⁴. Esta última normativa se ajusta a lo declarado por el Tribunal Constitucional en la Decisión n. 170 del 2014.

El juez remitente señala que «La sentencia firme de rectificación de atribución de sexo, al provocar, por un rígido automatismo, la extinción de la unión civil, sin posibilidad alguna para los *partners* de manifestar la voluntad de proseguir la relación en otra forma reconocida por el ordenamiento, provoca una disminución irreversible e irracional de todo el conjunto de derechos y deberes (...) que brotan de la constitución de la unión misma, la cual no encuentra justificación en la salvaguardia de intereses contrapuestos de igual rango». Subraya, además, que, al obligar a los *ex* unidos civilmente a contraer un posterior matrimonio, se los expone a un intervalo temporal, que sigue a la extinción *ex lege* del vínculo, en el que, abstractamente, son susceptibles de darse casos que impliquen el sacrificio integral e irreversible de la vida pasada de pareja homo-afectiva, faltando todas las garantías derivadas del vínculo, también desde el punto de vista sucesorio, de la seguridad social, sanitario, por no hablar de los aspectos relativos al vínculo jurídico de los que hasta el momento estaban unidos, por ejemplo, el relativo a la elección del apellido común, que se pierde con la terminación de la unión.

En definitiva, el Tribunal Constitucional está llamado a examinar la compatibilidad con el sistema de principios y valores fundamentales de una disciplina, como la ilustrada, que pone de manifiesto que la elección de la orientación sexual de uno de los miembros de la unión puede implicar un sacrificio irrazonable a la continuidad de la relación de pareja, sin que se aprecie un interés contrario a la misma, de igual o superior grado, digno de tutela.

III. PAREJAS HOMOAFECTIVAS, AUTODETERMINACIÓN PROCREATIVA, PATERNIDAD.

Centrándonos en el aspecto de la paternidad, el derecho positivo presenta una gran rigidez respecto a las parejas y a los individuos del mismo sexo, aunque el derecho que, en realidad, se aplica presenta matices, al menos con referencia a la condición de los hijos. Existe, en definitiva, una clara falta de sintonía entre la regla formal escrita y la aplicada jurisprudencialmente en lo que se refiere a la posición de los hijos, fruto de una elección homoparental.

⁴ En la misma dirección se orientan las normas registrales, que contemplan la posibilidad de que el oficial del estado civil practique la inscripción en el registro de uniones civiles, una vez recibida la comunicación de la sentencia de rectificación de sexo de uno de los cónyuges. Por el contrario, no existe idéntica previsión, en el caso de que la rectificación de sexo tenga lugar respecto de uno de los miembros de la unión civil.

Desde un punto de vista estrictamente legal, se prohíbe a las parejas del mismo sexo el acceso a la procreación asistida; y también la adopción plena de menores, que se reserva a los cónyuges (que cumplan los requisitos adicionales establecidos por la ley).

Más concretamente, en el caso de la paternidad biológica, la Ley número 40 de 19 de febrero de 2004, en materia de procreación médicamente asistida, establece dos barreras: a) identifica como finalidad de las técnicas la de resolver los problemas reproductivos derivados de la «esterilidad», o «infertilidad» con causa comprobada y certificada por un acto médico, condiciones que no afectan a las parejas (o a la persona individual) del mismo sexo en cuanto tales, ya que la imposibilidad de procrear se deriva de su orientación sexual y no de una patología reproductiva (art. 1 y 4); b) sin perjuicio del requisito anterior, sólo se permite el acceso a las técnicas a las «parejas mayores de edad de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos» (art. 5)⁵. Este marco normativo fue considerado conforme a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, que hizo hincapié en la posibilidad de encontrar en la Carta Fundamental – y, en particular, en el art. 29 de la Constitución – un paradigma heterosexual de la familia como estructura formada por un hombre (-marido) y una mujer (-mujer), dirigida a la procreación y al cuidado de la descendencia.

Esto se traduce en la afirmación de que el interés superior de los hijos reclama nacer con un padre y una madre, en cuanto tal estructura subjetiva constituye el «núcleo familiar» que asegura las «mejores condiciones de partida» para su desarrollo.⁶ Por lo tanto, la viabilidad del derecho de los adultos a la procreación de forma no natural no puede ser protegida de manera incondicionada, sino que debe ser compatible con el derecho del hijo a nacer y crecer en una estructura parental conforme al paradigma heterosexual, ya que sólo este presenta todas las condiciones – y le ofrece todas las garantías – para su mejor desarrollo.

Por consiguiente, según el Tribunal, la orientación homosexual, en esencia, al desviarse del modelo constitucional de familia formado por un hombre y una mujer, se opone al reconocimiento de este bien vital a la pareja homoafectiva, en la medida en que es perjudicial (o, en cualquier caso, inapropiado) para el desarrollo y el crecimiento de la descendencia.

⁵ A ellas se añaden las parejas fértiles, pero portadoras de graves patologías genéticas transmisibles, según lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia n. 96 de 14 de mayo de 2015.

⁶ Corte cost., 23 de octubre de 2019, n. 221, *G.U.*, 30 de octubre de 2019, n. 44, 1ª ss. Para comentarios críticos sobre la pronuncia se permite la remisión a mi publicación «La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019», *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2020, II, p. 664 ss. V. Corte cost., 15 de noviembre de 2019, n. 237, *G.U.*, 20 de noviembre de 2019, n. 47, 1ª s.s.

La sentencia, si bien considera que el marco legislativo esbozado se ajusta a las normas y principios contenidos en la Constitución y a las normas de rango constitucional o contenidas en las fuentes supranacionales, no ha calificado las disposiciones jurídicas ordinarias como disposiciones constitucionalmente necesarias. Ha matizado, en efecto, que no estaría en contradicción con la Constitución una disciplina diferente, elaborada por el Parlamento, que admitiera la paternidad respecto de las parejas de igual sexo, pero que, sin embargo, tal elección es prerrogativa del legislador.⁷

En el caso de la paternidad social, el límite establecido para la adopción de menores por personas de orientación homoafectiva está constituido, por una parte, por el artículo 6 de la Ley número 184, de 4 de mayo de 1983, sobre el «Derecho del menor a una familia», que permite la adopción (plena) a «*cónyuges* casados desde hace al menos tres años», entre los cuales no debe haber separación, ni siquiera, de hecho. Por otra parte, en el artículo 1, apartado 20, de la citada Ley número 76 de 2016 sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo, que, en lo que respecta a la Ley número 184 del 1983, excluye que los términos *cónyuge/s* o equivalentes se apliquen a las partes de la unión civil.⁸

Sin embargo, el texto normativo continúa con una fórmula ambigua, que ha determinado o justificado, en gran medida, una desconexión entre el derecho escrito y el derecho aplicado respecto a la condición de los hijos, de la que se hablará más adelante. La última proposición del apartado 20º dice así: «Se mantiene firme lo previsto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes». En el momento del debate parlamentario se había planteado en algunos tribunales de instancia e, incluso, ante el Tribunal Supremo algunos casos en los que se había propugnado una interpretación de la letra d) del artículo 44, que,

⁷ V., por ej., Corte cost., 4 de noviembre de 2020, n. 230, *G.U.*, 11 de noviembre de 2020, n. 46, *la ss.*, donde en el punto 7 del Considerando de Derecho se lee: «Si bien es cierto que los preceptos constitucionales invocados no exigen el reconocimiento de la homogenitorialidad, en el marco de una relación entre dos mujeres unidas civilmente, no obstante son posibles soluciones distintas, sobre la base de las valoraciones que el legislador pueda realizar sobre el fenómeno considerado, no pudiendo excluirse la “capacidad de la mujer sola, de la pareja homosexual y de la pareja heterosexual en edad avanzada para desempeñar válidamente también, en su caso, las funciones de progenitor” (sentencia n. 221 de 2019, antes citada)».

⁸ Uno de los puntos en los que se alcanzó el compromiso entre las fuerzas mayoritarias en el Parlamento para la aprobación del proyecto de ley fue precisamente el de eliminar la referencia a la posibilidad de que uno de los dos unidos civilmente pudiera adoptar al hijo del otro, con la llamada adopción en casos particulares en el sentido del art. 44, lett. b), l. 4 de mayo de 1983, n. 184. El texto unificado aprobado en la Cámara en marzo de 2015 preveía un art. 5, conforme al cual «En el artículo 44, letra b), de la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983, después de la palabra “*cónyuge*” se insertan las palabras “o por la parte de la unión civil entre personas del mismo sexo”». En cambio, no se contemplaba la posibilidad de la adopción plena por parte de la pareja: no se preveía más que el art. 6 de la l. 184/1983 podría incluir, además de los *cónyuges*, a la pareja formada por dos personas unidas civilmente (v. art. 3, 3º párrafo, del texto unificado).

por así decirlo, hacía entrar por la ventana lo que había salido por la puerta; es decir, que permitía la adopción del hijo de la pareja en contra de lo previsto en la letra b), que la reserva al cónyuge y que, por lo tanto, solo es aplicable en el ámbito de la parejas heterosexuales.

El enunciado de la letra d), que dice que «Los menores pueden ser adoptados aun cuando no se cumplen las condiciones mencionadas en el párrafo 1 del artículo 7 (...) d) *cuando se constate la imposibilidad del acogimiento preadoptivo*» -, se interpreta en el sentido de que el requisito de la imposibilidad del acogimiento preadoptivo no se refiere únicamente a las hipótesis de imposibilidad de hecho, es decir, cuando un niño, aun estando en estado de abandono, no encuentra una pareja idónea para el acogimiento, sino también a los casos de imposibilidad de derecho. Esto ocurre, en primer lugar, cuando el niño no está en estado de abandono⁹ y, no obstante, la adopción es idónea en atención al interés del menor. Es el caso de la llamada adopción “suave”, esto es, de la llevada a cabo por parte del *step-parent* en la pareja homoafectiva. Esta interpretación se ha ido consolidando y la institución de la adopción en casos particulares, en el sentido de la letra d) de la Ley número 184 de 1983, ha sido considerada por la jurisprudencia, también constitucional, como el mecanismo adecuado para permitir la formalización de la relación de hecho entre el progenitor homoafectivo y el niño, nacido en el marco de un proyecto procreativo madurado y realizado dentro de una pareja del mismo sexo. Sobre este tema volveré más adelante.

La situación del derecho italiano en materia de paternidad no es en absoluto lineal y está en continua evolución. A pesar de las prohibiciones legislativas, las parejas del mismo sexo que desean procrear se deciden a realizarlo, yendo al extranjero, a través de lo que, en el lenguaje común, se llama “turismo reproductivo”. Existe también una casuística más restringida que concierne a la adopción plena efectuada en el extranjero con posterior solicitud de reconocimiento de la medida en Italia. La situación es, pues, variada, incluso contradictoria, y, en cualquier caso, de difícil lectura. Entre otros motivos, porque, a la falta de homogeneidad en el sentir social, en el que existe una dialéctica de tensión entre conservacionismo y progresismo, hay que añadir la ya habitual lentitud del legislador a la hora de dar respuesta a la necesidad de protección de los particulares. Lentitud, que se suple a través de la actuación judicial, que, sin embargo, inevitablemente da por descontada la no generalización de las soluciones adoptadas, dado su necesario anclaje al caso concreto.

⁹ Porque, por ejemplo, tiene un padre biológico, con el que ha surgido el vínculo jurídico, como en el caso de la homogenitorialidad en el que solo el adulto biológicamente vinculado al niño es el padre legal; o bien, porque está en estado de semiabandono permanente. Esta situación se produce cuando sus padres biológicos se encuentran en condiciones que impiden de forma permanente el ejercicio efectivo de la responsabilidad parental. De este modo, el menor puede evitar el ingreso en una institución o la sucesión de acogimientos temporales mediante la adopción en casos particulares.

La clave del cambio, por lo tanto, no es tanto el derecho a la paternidad de las parejas del mismo sexo, para el cual habrá que esperar un eventual (*incertus an et quando*) cambio legislativo – que quizás, análogamente a lo que ocurrió en Francia con la reciente «loi bioethique», se mueva en dirección a una apertura (por lo menos) a las mujeres solas o en pareja a la procreación médicamente asistida – sino la condición jurídica de los nacidos de parejas del mismo sexo o adoptados en el extranjero. Es decir, la cuestión de los efectos de los actos de autodeterminación procreativa (o adoptiva) respecto a los hijos. Hijos que, a pesar de no haber participado en la decisión de los adultos, sufren las consecuencias de la misma.

El tema, por lo tanto, es el de la importancia y la extensión de la protección que debe darse a los niños, de los derechos fundamentales que deben ser considerados y de su equilibrio con intereses de igual o superior grado de otros sujetos, de la afirmación – y en qué amplitud – del principio del superior interés del menor, del papel y del significado que debe darse al parámetro del orden público (internacional) como filtro para la entrada en el ordenamiento interno de (efectos de) medidas extranjeras.

IV. CONTINÚA: LAS CUESTIONES MÁS DEBATIDAS.

Al no poder detenerme aquí, por razones de tiempo, en las numerosas cuestiones que suscitan el debate en Italia, me detendré en tres aspectos fundamentales, ilustrando los resultados a los que, por el momento, ha llegado la jurisprudencia:

- i. la situación de los hijos nacidos de parejas femeninas;
- ii. la situación de los hijos nacidos de parejas masculinas;
- iii. la situación de los hijos adoptados en el extranjero con adopción plena.

1. Continúa: la situación de los hijos nacidos de parejas femeninas.

En este caso juega un papel crucial el lugar de nacimiento del niño concebido con el recurso a las técnicas de reproducción médicamente asistida. Si el niño nace en Italia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega que el acta de nacimiento pueda formarse o posteriormente modificarse con la indicación de la doble maternidad, porque los progenitores pueden ser únicamente un hombre y una mujer¹⁰. En tal caso, por lo tanto, la única vía para formalizar el vínculo de

¹⁰ Cass. civ., sez. I, 25 de febrero de 2022, n. 6383, *Diritto & Giustizia*, 28 de febrero de 2022, fasc. 40, p. 7 ss., con nota di DI LALLO: «Figlia di due donne: no alla rettifica dell'atto di nascita perché la

filiación intencional es recurrir a la adopción en casos particulares, según la letra d) del artículo 44, de la ley número 184 de 1983, del que se ha hablado y sobre cuyos límites se tratará *infra*.

En el supuesto de que el nacimiento se haya producido en el extranjero, en un país que admite la formación del acta de nacimiento con la doble maternidad femenina (si la pareja está casada o unida en una unión registrada), la jurisprudencia permite su inscripción en Italia¹¹, ya que no considera que vaya en contra del orden público internacional. Parámetro que se reconstruye sobre la base de «principios fundamentales que caracterizan la actitud ético-jurídica del ordenamiento en un determinado período histórico: por tanto, en la actualidad, el conjunto de principios de carácter general destinados a la protección de los derechos fundamentales del individuo, a menudo consagrados en declaraciones o convenios internacionales».¹² Habría que destacar al respecto que la situación de la procreación en la pareja femenina debe ser reconstruida como una fecundación heteróloga que, aunque prohibida en general a las parejas del mismo sexo (como en cualquier otra hipótesis de procreación médicamente asistida) está, sin embargo aceptada en Italia, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional número 162 de 2014, la cual declaró inconstitucional la previsión de la ley número 40 del 2004 que la prohibía. Por otra parte, aunque en aquel momento estaba prohibida, el artículo 9 ya se preocupaba de regular los efectos de la fecundación heteróloga, que por, lo tanto, han sido confirmados y reforzados por la intervención del Tribunal Constitucional.

2. *Continúa: la situación de los hijos nacidos de parejas masculinas.*

A este respecto, en Italia, al igual que en España, existe un claro rechazo legislativo a la práctica de la gestación subrogada, cuya realización en cualquier forma (así como la organización y la publicidad de la misma) se sanciona penalmente con penas de prisión de tres meses a dos años y con una multa de 600.000 a un millón de euros (artículo 12, apartado 7°, de la ley número 40 de 2004). La prohibición es amplia, tanto desde el punto de vista de la conducta en cuestión, como desde el punto de vista de los autores del delito. La previsión ha sido considerada por las secciones unidas del Tribunal Supremo¹³ como una norma de orden público, que se impide la inscripción en nuestro ordenamiento de resoluciones extranjeras que atribuyen la (segunda) paternidad intencional de niños

soluzione, attualmente, è l'adozione in casi particolari»; Cass. civ. sez. I, ord. 7 de marzo de 2022, n. 7413, *DeJure*.

¹¹ Cass. civ., 30 de septiembre de 2016, n. 19599, *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, con nota de G. CASABURI; Cass. civ., 15 de junio de 2017, n. 14878, www.articolo29.it, con nota de S. STEFANELLI.

¹² Cass. civ., sez. I, 15 de junio de 2017, n. 14878.

¹³ Cass. civ., sez. un., 8 mayo 2019, n. 12193.

nacidos en el extranjero como resultado de la gestación subrogada. Según el Tribunal Supremo, pero también Constitucional, la maternidad subrogada es una práctica intolerable, lesiva de la dignidad de la mujer, que «mina profundamente las relaciones humanas», favorece una inaceptable «comercialización del cuerpo, a menudo en detrimento de las mujeres más vulnerables en el plano económico y social», y es contraria a las normas sobre la adopción de menores.¹⁴

Sin embargo, el esfuerzo por frenar la práctica de la gestación subrogada no puede hacer olvidar la realidad de la existencia de niños que, de hecho, viven una relación afectiva con el *partner* del progenitor biológico y legal; y también, en esta hipótesis, el instrumento jurídico elegido para, de hecho, dar cobertura jurídica a la relación de filiación es el de la adopción en casos particulares, según el artículo 44, letra d), de la ley número 184 de 1983.

Esta interpretación, alcanzado en 2019, no ha tenido carácter definitivo.

Dos circunstancias han dado lugar a importantes evoluciones en la jurisprudencia. Por un lado, el conocido Dictamen Consultivo de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a petición del Tribunal Supremo francés, de 10 de abril de 2019, que ha afirmado la necesidad de que la normativa nacional ofrezca una posibilidad de reconocimiento del vínculo de relación con el progenitor de intención con el objetivo de proteger el derecho al respeto de la vida privada y familiar del niño (artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos/CEDH). No obstante, ha precisado que dicho reconocimiento no implica la obligación de inscribir el acta de nacimiento extranjero en los registros del estado civil, pudiendo este derecho ser protegido de otro modo y, en particular, mediante la institución de la adopción, siempre que las modalidades de dicha institución previstas en el derecho interno garanticen la efectividad y la celeridad de dicho procedimiento, de conformidad con el interés superior del niño.

Por otra parte, la constatación, por parte de la doctrina y del Tribunal Constitucional, realizada en dos resoluciones “gemelas”, la número 32 y la número 33 del 9 de marzo de 2021, de que, si bien la adopción en casos particulares (o adopción “simple”) es una forma significativa de protección de los intereses del niño, no obstante, no se ajusta plenamente a los principios constitucionales y supranacionales de referencia y no se considera un instrumento adecuado para proteger plenamente los derechos del niño en dos aspectos principales:

a) en primer lugar, porque la adopción “en casos particulares” no permite establecer vínculos de parentesco entre el niño y los consanguíneos del adoptante (los que aparecen socialmente, y él mismo percibe, como sus abuelos, tíos, o incluso hermanos y hermanas). Al respecto hay que subrayar que este obstáculo

¹⁴ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 5.2.3. del Considerando de Derecho.

se ha roto con una reciente sentencia del Tribunal Constitucional – la número 79 del 28 de marzo de 2022¹⁵ – que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 55 de la Ley número 184 de 1983, en la medida en que excluye, mediante la referencia al artículo 300, párrafo segundo, cod. civ., el establecimiento de relaciones civiles entre el menor adoptado en casos particulares y los padres del adoptante¹⁶;

b) en segundo lugar, porque la adopción en casos particulares requiere, para su perfeccionamiento, el necesario consentimiento del padre “biológico” (artículo 46, de la Ley número 184 de 1983), que podría no prestarse en situaciones de crisis sobrevenidas de la pareja o de muerte del progenitor legal. En este caso, el niño acaba siendo definitivamente privado de la relación jurídica con la persona que desde el principio ha compartido el proyecto parental, y de hecho se ha hecho cargo de él desde el momento del nacimiento.

Más en general, se puede subrayar que tal enfoque hermenéutico resulta coherente con el principio, afirmado por la reforma de la filiación de 2012-2013/ dos mil doce- dos mil trece, de la unicidad del estado de hijo; y que, como ha señalado una parte de los intérpretes, podría haberse logrado de todos modos apoyándose precisamente en ese principio.¹⁷

El Tribunal Constitucional, a pesar de haber constatado que la figura de la adopción en casos particulares no es apta para realizar plenamente la protección de los niños nacidos de parejas homosexuales (e in particular mediante maternidad subrogada), ha considerado, sin embargo, que debe ser el legislador, en su discrecionalidad, el que encuentre una solución que pondere todos los derechos y principios en juego – en particular, el difícil equilibrio entre la legítima finalidad de desincentivar el recurso a esta práctica y la imprescindible necesidad de garantizar el respeto de los derechos de los menores –. Por consiguiente, el Tribunal ha pedido al Parlamento que intervenga, subrayando que no se puede

¹⁵ Mencionada en la nota 10.

¹⁶ Según la sentencia, «la norma impugnada priva (...) al menor de la red de protecciones personales y patrimoniales derivadas del reconocimiento jurídico de los vínculos parentales, que el legislador de la reforma de la filiación, en aplicación de los artículos. 3, 30 y 31 Const., ha querido garantizar a todos los hijos en igualdad de condiciones, para que todos los menores puedan crecer en un ambiente sólido y protegido por vínculos familiares, a partir de los más cercanos, con los hermanos y con los abuelos. Al mismo tiempo, la disciplina impugnada perjudica al menor en la identidad que deriva de la inserción en el entorno familiar del padre adoptivo y, por tanto, de la pertenencia a esa nueva red de relaciones, que de hecho van a construir establemente su identidad» (punto 8.2. del Derecho).

¹⁷ En la doctrina v., por último, G. FERRANDO (2022): «Adozione in casi particolari e rapporti di parentela Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?», *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 7 de junio. En la jurisprudencia de instancia, esta interpretación es acogida con referencia a los “hermanos” de una pareja *same-sex* por Trib. Min. Bologna, 3 de julio de 2020, *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2021, I, p. 86 ss., con nota de M. CINQUE: «Adozione in casi particolari: parentela tra “fratelli acquisiti”?», p. 78 ss.; Trib. Min. Venezia, 9 de octubre de 2020, *Ilfamilarista.it*.

postergar el hecho de encontrar la solución que remedie la actual situación de insuficiente tutela de los intereses del menor.

A pesar de la advertencia del Tribunal Constitucional, el legislador italiano ha permanecido en silencio.

Por lo tanto, el poder judicial volvió a solicitar una nueva intervención interpretativa del Tribunal Supremo, precisamente a la luz de la sentencia número 33 de 2021 del Tribunal Constitucional.

Los jueces de la sección I del Tribunal Supremo han solicitado que se pronuncien las secciones unidas del mismo, considerando que con la decisión del Tribunal Constitucional se habría abierto un vacío normativo. Precisamente, habría desaparecido uno de los presupuestos esenciales en los que se basaba la ponderación que constituía el punto de equilibrio expresado por el derecho “vivo” constituido por la sentencia número 12193 del 2019 de las Secciones Unidas. En esencia, según la sección I del Tribunal Supremo, ese derecho “vivo” no es idóneo para impedir la vulneración de los derechos fundamentales del menor, debida a la falta de reconocimiento de la relación de filiación con el progenitor de intención y por la carencia de una solución adecuada ofrecida por el instituto previsto en el artículo 44, letra d), de la ley de adopción de menores (184 del 1983).

La sección I considera obligado un nuevo acto interpretativo que sustituya al precedente y ha propuesto, por lo tanto, a las secciones unidas fijar una línea interpretativa que considere idónea para dar respuesta a la necesidad inmediata de protección del menor, aun sin la intervención del legislador solicitada por el Tribunal Constitucional.

En resumen, según la sección I, «La apreciación de la coherencia con el orden público inherente a la norma que sanciona la prohibición de maternidad subrogada no debe realizarse en abstracto, sino con referencia a cada caso concreto, aunque a la luz de criterios que tengan validez general». Otra condición es que este escrutinio sea guiado «por el criterio de la inherencia en la identificación de los valores constitucionales en condiciones potenciales de conflicto y los principios de proporcionalidad y racionalidad en la formulación de la ponderación, que debe alcanzar el juez, sin que exista una definición *a priori* de prevalencia de un interés en juego, ni siquiera el del menor».

Por consiguiente, se propone superar la interpretación según la cual el derecho fundamental del menor a conservar el *status filiationis* legítimamente adquirido en el extranjero constituye un interés destinado a debilitarse en caso de recurrir a la maternidad de sustitución. Del mismo modo, debería superarse la vinculación de esta interpretación a una elección, cumplida de una vez por todas por el legislador, destinada a señalar el límite más allá del cual cesa de actuar el principio de autorresponsabilidad y vuelve a obrar el *favor veritatis*. No parece

aceptable admitir el debilitamiento de un derecho inviolable, como el del menor, a su identidad personal y al pleno disfrute de la vida familiar.

Por otra parte, la sección destaca que la propia decisión del Tribunal Constitucional recuerda la exigencia opuesta, en un sistema constitucional caracterizado por la relación de interconexión recíproca de todos los derechos fundamentales protegidos por la Carta Constitucional, de no considerar automáticamente que el interés del niño prevalece sobre cualquier otro interés contrario en juego. Desde esta perspectiva, debe prestarse atención a los dos valores que han sido mencionados por las anteriores resoluciones, tanto del Tribunal Constitucional, como del Supremo, es decir, la *dignidad de la mujer* implicada en el proceso procreativo y la *preservación de la institución de adopción*.

Dado que no puedo detenerme en los diferentes temas tratados por el auto, debido a las limitaciones de tiempo, solo señalo que identifica las líneas de un posible control de adecuación de la resolución al orden público internacional basado en los valores compartidos de la dignidad de la mujer y de la protección del instituto de la adopción, así como en la valoración de los intereses del menor al reconocimiento, junto a los del Estado a desincentivar comportamientos elusivos de la prohibición de maternidad subrogada para los ciudadanos italianos.

A la espera del pronunciamiento de las secciones unidas del Tribunal Supremo, del auto interlocutorio de la sección I se desprende que, al evaluar la posibilidad de reconocer en Italia los efectos de un acuerdo de gestación subrogada realizado en el extranjero de conformidad con las normas de ese país, será necesario proceder a un examen de los hechos respecto a las circunstancias del caso concreto. A efectos del examen de la compatibilidad (o no) con el orden público internacional, por lo tanto, si bien el interés del menor no debe considerarse como un interés "tirano", no susceptible de ponderación con los demás que puedan tener igual o superior grado, descuidando la protección de la dignidad de la mujer embarazada y el cumplimiento de las prescripciones en materia de adopción de menores, el intérprete no puede dejar de considerar la exigencia imprescindible del niño de mantener los vínculos establecidos con quienes desde el nacimiento lo han acogido, cuidado, criado, como hijo y han asumido la correspondiente responsabilidad parental, aunque *de facto*.

No obstante, debe subrayarse que para los jueces de la sección I es esencial la valoración de la correspondencia del reconocimiento al interés del menor, que normalmente consideran inherente a la protección misma de su vida privada y familiar, que debe ser verificada concretamente a través de la verificación de la vida familiar que ya ha sido instaurada y del rol que ambos progenitores hayan asumido.

3. Continúa: la situación de los hijos adoptados en el extranjero con adopción plena.

Con ocasión del reconocimiento de una resolución extranjera de adopción plena por parte de una pareja unida en matrimonio en el extranjero, las secciones unidas del Tribunal Supremo¹⁸ ha declarado que puede reconocerse eficacia a la resolución judicial extranjera (en el presente asunto, del Estado de Nueva York) de adopción de un menor por una pareja homoafectiva masculina (ambos ciudadanos americanos, incluso un nacional italiano), que atribuye un estatuto parental correspondiente a la adopción plena o legitimante, dado que:

a) dicha medida no produce efectos contrarios a los principios de orden público internacional, sin impedir a este respecto la orientación sexual de la pareja adoptiva, y dado que tales principios no se integran en la reserva de la adopción legitimadora, en virtud de la legislación interna, a las solas parejas casadas, sino, más bien, en el reconocimiento de la primacía del interés de todos los menores, sin discriminación, en las determinaciones que afectan a su derecho a la identidad y a la estabilidad afectiva;

b) el susodicho reconocimiento presupone, por una parte, que no exista un acuerdo previo de maternidad subrogada, y, por otra parte, que la medida extranjera, aun pronunciada, como en el caso de autos, después de haber obtenido el consentimiento de los padres biológicos del menor, haya valorado positivamente la idoneidad parental, en concreto, de los adoptantes.

V. CONCLUSIONES.

En conclusión, el ordenamiento italiano manifiesta una preeminencia de un modelo de pareja y de familia *ad instar naturæ* y una cierta tensión dialéctica entre derecho escrito y derecho aplicado.

Ante el silencio o la ambigüedad del legislador, cada vez más, es la jurisprudencia quien los suple y la que da respuestas a las necesidades de protección emergentes.

En cuanto a la elección de la transición a otro género y al mantenimiento del vínculo de pareja establecido con la unión civil, se espera que el Tribunal Constitucional dicte sentencia dentro de algunos meses.

Y también respecto de la posición de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en una pareja homoafectiva masculina se espera un ulterior, no se sabe hasta qué punto definitivo, pronunciamiento de las secciones unidas del Tribunal Supremo.

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006.

Sin duda, en este complicado contexto, el Derecho internacional desempeña un papel de primer orden en la definición de las normas de referencia, en primer lugar, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, así como la Convención de Nueva York sobre los Derechos del niño, y del Derecho de la Unión Europea.

Destaca el interés del niño a la protección de sus derechos inviolables, la identidad personal y el pleno desarrollo de su vida privada y familiar, la conservación de los estados personales y de la libertad de circulación y de residencia, así como la estrecha relación entre estos principios y la vida familiar de cada uno de ellos.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

CASABURI (2016): «Nota» a Cass. civ., 30 de septiembre de 2016, n. 19599, *Foro it.*, I, c. 3329.

CINQUE (2021): «Adozione in casi particolari: parentela tra “fratelli acquisiti”?», Nota a Trib. Min. Bologna, 3 de julio de 2020, *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2021, I, p. 86 ss., con nota de

DI LALLO (2022): «Figlia di due donne: no alla rettifica dell'atto di nascita perché la soluzione, attualmente, è l'adozione in casi particolari», Nota a Cass. civ., sez. I, 25 de febrero de 2022, n. 6383, *Diritto & Giustizia*, 28 de febrero, fasc. 40, p. 7 ss.

FERRANDO (2022): «Adozione in casi particolari e rapporti di parentela Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?», *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 7 de junio.

STEFANELLI (2017): «Nota» a Cass. civ., 15 de junio de 2017, n. 14878, www.articolo29.it.

M.C. VENUTI (2020): «La genitorialità procreativa nella coppia omoafettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019», *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2020, II, p. 664 ss

AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN PORTUGAL

RUI PRISTA CASCAO¹, MARTA SUSANA LOBO²,
ANDRÉ DIAS PEREIRA³

*Centro de Direito Biomédico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. EVOLUCIÓN DEL TEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO. III. EVOLUCIÓN DEL TEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO. IV. DERECHO PORTUGUÉS V. LA LEY Nº 38/2018, DE 7 DE AGOSTO Y EL DICTAMEN 91/CNECV/2017. VI. ANÁLISIS DE LA LEY Nº 38/2018. 1. Adultos y menores de 16 a 18 años 2. La persona intersexual 3. La ausencia de definiciones. 4. Salud. 5. Educación y enseñanza. 6. VII. CONCLUSIÓN

I. ANTECEDENTES

La Ley 38/2018, de 7 de agosto, supone un paso importante hacia una sociedad más inclusiva y respetuosa con los derechos fundamentales de todas las personas. Esta Ley tiene como objetivo reconocer y promover el derecho a la autodeterminación de la identidad y expresión de género y la protección de las características sexuales de cada persona.

En el Proyecto de Ley nº 242/XIII/1.^a podemos leer que:

“La diversidad de género es una constante presente en todas las culturas y épocas de la historia de la humanidad. Los estudios científicos de diferentes áreas nos enseñan que las manifestaciones de identidad y expresión de género del ser humano son diversas y que cada cultura hace su propia interpretación de este fenómeno. Varias sociedades han considerado, en mayor o menor medida, las realidades de género no estrictamente binarias y han articulado mecanismos legales y sociales que promueven la inclusión efectiva de las personas transgénero y de género diverso⁴”.

Por su parte, el Dictamen del Consejo Nacional de Ética de las Ciencias de la Vida (CNECV) señala:

¹ Centro de Direito Biomédico, Universidade de Coimbra. <rui.cascao@gmail.com>

² Centro de Direito Biomédico, Universidade de Coimbra. <martasusanalobo@hotmail.com>

³ Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra; Instituto Jurídico; Centro de Direito Biomédico. <andreper@fd.uc.pt>

⁴ Disponible en:

— <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=40397> .

“La construcción social y cultural de lo que significa ser hombre o mujer en las distintas sociedades, naturalmente, no excluye la existencia de situaciones de indefinición con respecto al sexo personal y la identidad de género, situaciones estas que pueden ser causa de gran sufrimiento, que debe ser minimizado y también motivo de exclusión, que debe ser combatido”⁵.

El 25 de mayo de 2019, la OMS suprimió el “trastorno de identidad de género” de la CIE-11 (clasificación internacional de enfermedades)⁶, donde estaba clasificado como “trastorno mental” y lo trasladó al capítulo referido a la salud sexual, lo cual fue una decisión aplaudida por expertos en salud y derechos humanos. Tras este cambio, se pidió a los países que revisaran sus clasificaciones médicas y sus leyes para erradicar el sesgo de la identidad de género. De este modo, se celebraría más adecuadamente la riqueza adyacente a la diversidad humana.

El transexualismo se asocia ahora a la angustia que experimenta alguien que no puede hacer coincidir su identidad con el género que le fue asignado al nacer. En otras palabras, consiste en un malestar y contrariedad persistentes en relación con el propio sexo anatómico; supone una convicción de pertenecer a un sexo en individuos nacidos con características sexuales normales del otro sexo biológico.

Cuando hablamos de “identidad de género” nos referimos a la experiencia interna e individual que siente el individuo con respecto al género con el que se identifica, que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer. Puede implicar, si se elige libremente, la modificación de la apariencia o del cuerpo a través de intervenciones quirúrgicas, medios farmacológicos o de otro tipo, así como otras expresiones del género, incluidos el comportamiento, la vestimenta y la expresión verbal y corporal. Asociada a esta identidad, encontramos la “expresión de género”, que se concreta en la forma en que cada persona expresa su identidad de género, abarcando varios aspectos como el comportamiento, la vestimenta, la expresión verbal y corporal⁷. Se corresponde con lo que se puede observar desde el exterior.

⁵ Dictamen 91/CNECV/2017, disponible para consulta en [parecer-n-o-91-cneqv-2017-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-242-xiii-2a](https://www.cneqv.gov.pt/parecer-n-o-91-cneqv-2017-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-242-xiii-2a), pág. 8. A propósito de este Dictamen, las consideraciones pertinentes se harán en un apartado específico.

⁶ Disponible para consulta en <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases#:~:text=ICD-11%20Adoption-,The%20latest%20version%20of%20the%20ICD%2C%20ICD-11%2C%20was,1st%20January%202022.%20...>

⁷ Para más información, consultar la página de la Comisión de Cidadanía e Igualdade de Género, disponible en <https://www.cig.gov.pt>.

Otro concepto clave es el de “disforia de género”⁸, un “término descriptivo general que se refiere a la insatisfacción afectiva/cognitiva con el género asignado, pero que se intensifica aún más cuando se utiliza como categoría diagnóstica. La disforia de género se refiere a la angustia que puede acompañar a la incongruencia entre el género experimentado o expresado y el género asignado. Aunque no todos los individuos experimentarán molestias como consecuencia de dicha incongruencia, muchos lo harán si las intervenciones físicas deseadas mediante hormonas y/o cirugía no estuvieran disponibles”⁹.

Desde esta perspectiva, el Dictamen de la Junta Directiva de la Competencia de Sexología Clínica del Colegio de Médicos de Portugal, emitido a propósito de la Proposición de Ley n° 75/XIII/2ª (GOV), que fue la base de la Ley de 2018, afirmaba que “la disforia de género, como el malestar profundo y duradero con el sexo asignado al nacer, es lo que justifica que haya personas que deseen cambiar sus características sexuales”¹⁰.

Si atendemos al Dictamen mencionado anteriormente, podemos distinguir dos conceptos que generalmente suelen ser confundidos: “transgénero” y “transexual”.

El primero - “transgénero” - corresponde a las personas cuya expresión de género está fuera de las normas y expectativas culturales dominantes, incluyendo a las personas intersexuales¹¹, transexuales y personas en transición de sexo (genderqueer), a los que cabe añadir otras formas de expresión de género,

⁸ Del griego *δύσφορος*, significando incómodo, desagradable o disforia (literalmente: difícil de soportar).

⁹ American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition*. Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013, p.451-459 (APA DSM-V).

¹⁰ Consejo Directivo de la Competencia de Sexología Clínica del Colegio de Médicos de Portugal, Dictamen en el ámbito de la Propuesta de Ley n°75/XIII/2ª (GOV), pág. 3, disponible para consulta en <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279387a4e5449315a6a466c4e5330325a5464694c545130595745744f5755344e5330334d7a5933595449775a546c6d5954517555455247&fich=3525fle5-6e7b-44aa-9e85-7367a20e9fa4.PDF&Inline=true> .

¹¹ Categoría que incluye un conjunto de condiciones en las que un individuo nace con características sexuales primarias o secundarias ambiguas, cromosomas, gónadas, niveles hormonales, etc., que no se corresponden con una estructura dimórfica/binaria anclada en los vectores masculino/femenino. Estas afecciones pueden suponer aproximadamente el 2% de la población. *Vide* Blackless, Melanie et al. “How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis.” *American Journal of Human Biology*, 12 (2000): 151-166; Dee, Shannon, *Beyond the Binary Thinking about Sex and Gender*, Broadview Press, 2016, p. 83-97; Fausto-Sterling, Anne. “The Five Sexes: Why Male and Female Are Not Enough.” *Sciences*, marzo/abril de 1993: 20-24.

como andrógino¹², travesti¹³, bigénero¹⁴ (bigender), pangénero¹⁵ (pangender), queer¹⁶, genderqueer¹⁷, entre otras.

A su vez, el segundo concepto – “transexual” – nos remite a un término (erróneamente) asociado a un estigma y que no es sinónimo de transgénero – transexual es un tipo de transgénero, una de sus clases, que corresponde a las personas que tienen una identidad de género divergente del sexo que se les asignó al nacer y que “buscan o se han sometido a una transición social, de hombre a mujer o de mujer a hombre, que en muchos casos, pero no en todos, implica una transición somática mediante tratamiento hormonal y cirugía genital (cirugía de reasignación de sexo)”¹⁸.

II. EVOLUCIÓN DEL TEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

El cambio de paradigma que hemos vivido en las últimas décadas con respecto a esta cuestión encuentra amparo legal en las más diversas instancias internacionales, con reflejo y repercusión en las leyes internas de cada país.

En primer lugar, hemos de aludir al artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Este punto de partida es la base para el desarrollo de una gran variedad de instrumentos normativos a nivel nacional e internacional (como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta Magna de los distintos países del mundo).

A nivel de derecho internacional, encontramos el tratamiento del tema de la disforia de género en varios instrumentos, de los cuales destacamos:

¹² Individuo que presenta características de hombre y mujer al mismo tiempo, revelando ambigüedad en relación con su apariencia, que puede o no reflejarse en su comportamiento.

¹³ En esta situación, existe una identidad de género que difiere de la que le fue asignada al individuo al nacer, basada en sus caracteres sexuales, y el individuo busca expresarse construyendo el sexo con el que realmente se identifica.

¹⁴ Se trata de una identidad de género que comprende expresiones de cualquiera de una serie de identidades y comportamientos de género. El individuo expresa dos personalidades diferentes, femenina y masculina - se identifica como si tuviera ambos géneros simultáneamente.

¹⁵ También conocido como omnigénero, se aplica a las personas dotadas de muchas o incluso de todas las identidades de género posibles o accesibles (el género se describe como infinito e infinito), que forman parte y se derivan de su experiencia vital, su cultura y su condición natural. Se incluye en la no binariedad.

¹⁶ Un término inicialmente asociado a una idea peyorativa (en relación con los homosexuales) describe ahora una panoplia de identidades sexuales y de género.

¹⁷ Se trata de una identidad de género no binaria en la que el individuo no se identifica ni con el género femenino ni con el masculino, independientemente del sexo asignado al nacer.

¹⁸ American Psychiatric Association, ob. cit., p. 451.

1. En el marco de las Naciones Unidas¹⁹:
 - a) La Resolución n° 17/19, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 14 de julio de 2011, relativa a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género (A/HRC/RES/17/19)²⁰;
 - b) La Resolución n° 32/2 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 30 de junio de 2016, relativa a la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/32/2)²¹;
 - c) La Resolución n° 41/18, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 12 de julio de 2019, por la que se establece el mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/41/18)²²;
2. Bajo la tutela del Consejo de Europa, junto con la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se están desarrollando activamente normas y mecanismos (*standard setting*) con el objetivo de promover y hacer cumplir el respeto de los derechos fundamentales de todos, en particular con respecto a la igualdad de derechos y la dignidad de todos los seres humanos, incluidas las personas LGBTI²³:
 - a) La Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género²⁴;

¹⁹ Para una lista exhaustiva, *vide* <https://www.ohchr.org/en/sexual-orientation-and-gender-identity/resolutions-sexual-orientation-gender-identity-and-sex-characteristics>

²⁰ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/79/PDF/G1114879.pdf?OpenElement>. Véase también el estudio elaborado como seguimiento de esta iniciativa: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf

²¹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/PDF/G1615418.pdf?OpenElement>

²² <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/221/65/PDF/G1922165.pdf?OpenElement>

²³ *Vide*: <https://www.coe.int/en/web/sogi>. Para ver la lista completa de Recomendaciones y otros documentos adoptados por el Consejo de Europa, *vide* <https://www.coe.int/en/web/sogi/adopted-texts>.

²⁴ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c1743>. La Recomendación proporcionó la base jurídica para la creación de la Unidad de Orientación Sexual e Identidad de Género (SIGI), que proporciona apoyo técnico y científico a los Estados miembros, promueve actividades de cooperación destinadas a mejorar los marcos jurídicos e institucionales, la formación de los funcionarios de la administración pública y las fuerzas de seguridad, así como actividades para compartir las mejores prácticas y sensibilizar a la población. Esta Unidad también trabaja en temas específicos como el reconocimiento legal de la identidad de

- b) La Resolución nº 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁵.
- c) Abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶.

En el ámbito del *derecho comunitario* (de la Unión Europea), a pesar de la protección genérica de los derechos fundamentales de las personas consagrada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7) y la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual (artículo 21, apartado 1), no hay ninguna referencia expresa en el Derecho originario (primario) de la Unión a la “identidad de género”, a la “expresión de género” o a las “características sexuales”²⁷. Sin embargo, en el Derecho derivado (secundario), destacamos los siguientes actos legislativos en los que se trata el tema relativo al reconocimiento formal de la identidad de género:

1. Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición): artículo 10, apartado 1, letra d), y considerando 30²⁸;
2. Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen unas normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo: considerandos 9, 17 y 56²⁹;
3. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre los derechos de las personas intersexuales (2018/2878(RSP))³⁰;

género, la inclusión en el mercado y en el lugar de trabajo, la lucha contra los delitos de odio, la discriminación y el acoso.

²⁵ <https://pace.coe.int/pdf/d553e6df013e8a0c8d587204abdc69e4c66e8875191093ea7788766390d33743/resolution%202048.pdf>

²⁶ E.g. Rees v. the United Kingdom; Cossey v. the United Kingdom; B. v. France; Christine Goodwin v. the United Kingdom; Van Kück v. Germany; L. v. Lithuania. Para uma resenha da jurisprudência do TEDH, vide https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_eng.pdf.

²⁷ van den Brink, Marjolein/Dunne, Peter, *Trans and intersex equality rights in Europe- a comparative analysis*, European Commission (DG Justice and Consumers), European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, Luxembourg, 2018: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf.

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0095&from=EN>

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>

³⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_ES.html

4. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la inclusión de la violencia de género en los ámbitos delictivos enumerados en el artículo 83, apartado 1, del TFUE (2021/2035(INL))³¹;
5. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la UE (2021/2679(RSP))³²;
6. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre el establecimiento de la UE como espacio de libertad para las personas LGBTIQ (2021/2557(RSP))³³.

También hay que destacar el papel que ha ocupado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al extender la aplicación del principio de no discriminación a la identidad de género³⁴.

Del análisis de estos elementos, podemos encontrar varios puntos de convergencia a nivel europeo, a saber:

- La esencialidad del respeto, acompañada de la promoción y salvaguarda de la universalidad de los derechos humanos que forman parte del acervo jurídico y ético de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de la mayoría de sus Estados miembros;
- La reafirmación de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin ningún tipo de discriminación por razón de raza, color de piel, sexo, lengua, religión u opinión política, nivel económico o nacionalidad;
- La enérgica condena de cualquier acto de violencia o discriminación cometido en cualquier parte del mundo basado en la orientación sexual o la identidad de género;
- El objetivo de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de sus respectivos Estados miembros de garantizar el respeto de los derechos humanos en sus propias políticas y en su práctica jurídica y política;
- La relevancia de promover el diálogo entre los Estados, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales en la búsqueda de soluciones y mecanismos para responder a posibles violaciones de los derechos humanos y de la dignidad basadas en estos valores;
- La importancia de la promoción cultural y educativa, de forma activa, de una base de respeto, comprensión y tolerancia ante la diferencia;

³¹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0388_ES.html

³² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0366_ES.html

³³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0089_ES.html

³⁴ E.g. C-13/94 P v S and Cornwall County Council; C-117/01 K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health; *vide* van den Brink, Marjolein/Dunne, *ob. cit.*, p. 49-52.

- La preocupación por las numerosas violaciones de los derechos humanos y la actual discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género (en la educación, el empleo, el acceso a la atención sanitaria), tanto en Europa como en terceros países;
- La obligación establecida de los Estados miembros de proteger o conceder asilo a los nacionales de terceros países que huyen de la persecución o corren el riesgo de ser perseguidos en el país de origen por motivos de orientación sexual³⁵;
- La recomendación de que el reconocimiento de la identidad de género a través de los procedimientos de reasignación de género y de cambio de nombre *se lleve a cabo mediante procedimientos rápidos, transparentes, accesibles y basados en la autodeterminación, así como la supresión de la esterilización y otros tratamientos médicos, incluida la presentación de un diagnóstico de salud mental, requisitos relacionados con la edad o el estado civil del solicitante, tenga o no hijos*;
- La aceptación gradual de una perspectiva no binaria del género y del sexo.

También los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género) constituyen una referencia fundamental (aunque no sea jurídicamente vinculante), reconocida en la comunidad jurídica del derecho internacional de los derechos humanos como la *golden standard* en materia de orientación sexual e identidad de género³⁶. Así, los Principios han sido

³⁵ Previstos en la legislación de la UE por la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida).

³⁶ Disponibles para consulta en

— http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

Se trata de un instrumento adoptado tras una reunión de expertos en Derecho internacional de los derechos humanos celebrada del 6 al 9 de noviembre de 2006 en Yogyakarta, Indonesia, bajo los auspicios de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ/ICJ) y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos (SIDH), dos organizaciones no gubernamentales. Contiene 29 principios que, en su estructura, reproducen el catálogo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entre ellos se encuentran: el derecho al disfrute universal de los derechos humanos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la intimidad, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad, el derecho a un juicio justo, el derecho a un trato humano durante la detención, el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de seres humanos el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la educación, el derecho al más alto nivel posible de salud, la protección contra los abusos médicos, el derecho a la libertad de ir y venir, el derecho a fundar una familia, el derecho a participar en la vida pública, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a recursos

aceptados y han influido en el trabajo de diversas organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas (concretamente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Políticos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), la Unión Europea, el Consejo de Europa, Mercosur, etc.) y también han orientado las políticas de los gobiernos y las decisiones de los tribunales nacionales y regionales³⁷.

III. DERECHO EUROPEO COMPARADO

Tras el análisis de varios estudios comparativos³⁸, podemos señalar que en el Espacio Económico Europeo:

- 5 sistemas jurídicos no contemplan procedimientos de reconocimiento de género binario: Bulgaria, Chipre, Letonia, Liechtenstein y Lituania;
- 3 países prevén procedimientos de reconocimiento del género no binario (“tercer sexo”): Austria, Alemania y Malta;
- 19 países exigen un diagnóstico de salud mental para el reconocimiento de la reasignación de sexo;
- 10 reconocen la reasignación de sexo sin necesidad de un diagnóstico de salud mental: Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos y Portugal;
- En cuanto al reconocimiento de la reasignación de género en el caso de los menores, encontramos países en los que no hay restricciones de edad

legales y efectivos, la responsabilidad. Estos Principios, en su artículo 1º, reconocen expresamente que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”.

³⁷ Sobre el valor jurídico y el impacto de los Principios, *vide* Brown, David, “Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31:821, p. 870; O’Flaherty, Michael/Fisher, John, Sexual Orientation, “Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review* 8:2, p. 237.

³⁸ Van den Brink, Marjolein/Dunne, *ob. cit.*, p. 55 ss.; Remédio Marques, J. P. F., “O Transexualismo e a Mudança Legal de Sexo no Direito Comparado Tendo em Vista o Ordenamento Jurídico de Macau – Visão Médico-Jurídica”, in *Estudos de Direito da Família e de Menores: Textos Originários em Língua Portuguesa*, Coord. Trigo, Manuel, 2018, págs. 802 a 827; Trans Rights Europe & Central Asia Map 2019, https://tgeu.org/wp-content/uploads/2019/05/MapA_TGEU2019.pdf; ILGA, “Trans Legal Mapping Report”, disponible en: https://ilga.org/downloads/ILGA_Trans_Legal_Mapping_Report_2017_ENG.pdf, pág.60; Assembleia da República, Nota Técnica da Proposta de Lei nº 75/XIII/2ª (GOV), pág. 19-20.

para solicitar la reasignación de género, siendo estos Alemania³⁹, Austria, Croacia, España⁴⁰, Malta, Moldavia y Suiza;

- 8 sistemas legales siguen exigiendo intervenciones invasivas como la esterilización irreversible o la cirugía de reasignación de sexo: Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania, Rumanía y Eslovaquia⁴¹.

Por lo tanto, se puede concluir que sigue habiendo discrecionalidad en este reconocimiento en función del país de que se trate, creando un conflicto entre dos equilibrios fundamentales: la libertad de conformación legislativa de cada país y el reconocimiento de la transexualidad como una realidad libre de prejuicios y obstáculos.

Queda mucho camino por recorrer hacia una convergencia acorde con las nuevas perspectivas y desarrollos en biomedicina, en las ciencias sociales y humanas y en el derecho (internacional, europeo y nacional) de los derechos humanos.

Todavía observamos importantes reticencias y resistencias por parte de algunos sectores conservadores de la sociedad y del ámbito político, así como de algunas confesiones religiosas y filosóficas, que hacen inviable este reconocimiento o ponen obstáculos.

IV. DERECHO PORTUGUÉS

La Constitución de la República Portuguesa (CRP) establece en su artículo 13º: “Nadie será favorecido, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o exento de algún deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, educación, situación económica, condición social u orientación sexual”.

Partiendo de este supuesto, podemos concluir que la autodeterminación de la identidad de género y su expresión se revelan como parte integrante de la dignidad de toda persona, dignidad que se plasma en el principio básico que estructura todo el ordenamiento jurídico. Dado que la dignidad humana es un

³⁹ La ley en vigor, *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)*, prevé una “pequeña solución” (kleine Lösung) de admisibilidad del cambio de nombre siempre y cuando se demuestre que el transexual ha vivido como tal durante más de tres años. En cuanto al cambio de sexo, la “gran solución” (grosse Lösung), el transexual puede solicitarlo a partir de los 18 años. Antes de la mayoría de edad, puede solicitarla a partir de los 12 años en un procedimiento judicial y con la preceptiva audiencia del menor. En este sentido, véase, consultar Remédio Marques, *ob. cit.*, pág. 804.

⁴⁰ Sólo las comunidades de Andalucía y Madrid. *Idem*, pág. 79

⁴¹ Van den Brink, Marjolein/Dunne, *ob. cit.*, p. 62.

concepto abierto y sujeto a una evolución y desarrollo constantes, corresponde a la sociedad actual conformarla de acuerdo con los valores modernos, teniendo siempre como paradigma la protección de la persona humana en sus diversas dimensiones.

El derecho a la autodeterminación de género y a la expresión de género que aquí se defiende, así como el derecho a la protección de las características sexuales de cada persona, deben considerarse como manifestaciones de la *identidad personal de la persona humana*, protegida por el n° 1 del artículo 26 de la CRP⁴² – más concretamente, la identidad sexual del individuo.

Como ya se ha mencionado, como resultado del avance legislativo y social, actualmente está en vigor en Portugal la Ley n° 38/2018, de 7 de agosto. Se basa en el proyecto de ley n° 75/XIII/2^a (GOV), de iniciativa gubernamental, que propugnaba un enfoque más amplio que el régimen anteriormente plasmado en la Ley n° 7/2011, de 15 de marzo⁴³. A continuación, analizaremos esta última para, posteriormente, estudiar el recorrido que ha tenido el tratamiento del tema hasta la actualidad.

La Ley n° 7/2011, de 15 de marzo, permitió iniciar el proceso de cambio de sexo y nombre en el Registro Civil *sin necesidad de un proceso judicial*. Esto supuso el traslado de los tribunales judiciales a las Oficinas del Registro Civil⁴⁴. No obstante, la Ley de 2011 exigía la elaboración de un *informe médico* que avalara no sólo el cambio de sexo en el Registro Civil, sino también el correspondiente cambio del nombre propio.

Este régimen provocaba importantes retrasos y limitaciones al suponer un obstáculo en el proceso, ya que mientras no se presentara este documento, no se podía cambiar el sexo y el nombre en el Registro Civil. De este modo, se puso de

⁴² El artículo 26 de la CRP establece un conjunto de derechos que pueden y deben ser movilizados para la protección de las personas: “1. Se reconocen a todas las personas los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y a la reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección jurídica contra toda forma de discriminación”.

⁴³ En el momento de su promulgación, esta ley se consideró “vanguardista”, ya que permitía realizar el proceso de cambio de sexo y nombre en el registro civil sin necesidad de un proceso judicial. Estos procesos se alejaron de los tribunales y se trasladaron a las Oficinas del Registro Civil. Sin embargo, a pesar de esta dosis de modernidad, la ley de 2011 exigía la presentación de un informe médico para realizar el cambio de sexo en el registro civil y hacer el correspondiente cambio de nombre del interesado.

⁴⁴ Cfr. art. 3° de la Ley n° 7/2011, “1- La solicitud podrá presentarse en cualquier Oficina del Registro Civil e irá acompañada de los siguientes documentos: a) Solicitud de reasignación de sexo indicando el número de identificación civil y el nombre propio con el que desea ser identificado, pudiendo solicitar una nueva partida de nacimiento; b) Informe que acredite el diagnóstico de trastorno de identidad de género, también conocido como transexualidad, elaborado por un equipo multidisciplinar de sexología clínica de un establecimiento sanitario público o privado, nacional o extranjero”.

manifiesto la insuficiencia de este régimen, revelándose necesaria su modificación – que se produciría con la publicación de la actual Ley n° 38/2018, de 7 de agosto, que entró en vigor al día siguiente.

V. LA LEY N° 38/2018, DE 7 DE AGOSTO Y EL DICTAMEN 91/CNECV/2017

El Dictamen 91/CNECV/2017, sobre la proposición de ley n° 242/XIII/1.^a (BE) – que reconocía el derecho a la autodeterminación de género -, consideraba que la misma no merecía una valoración ética positiva, realizando críticas de tenor conservador.

En primer lugar, la CNECV señaló el hecho de que:

“- a) interpreta el «reconocimiento de la identidad y/o expresión de género» como “libre autodeterminación de género”, autonomizando este concepto del de sexo, y a esta interpretación le atribuye, sin suficiente soporte jurídico-constitucional, el valor de «derecho humano fundamental»”;

Como hemos visto, una interpretación actual de la Constitución permite afirmar que el n° 1 del artículo 26.º, relativo al derecho a la identidad personal, junto con el derecho al desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación, puede llevar a afirmar que la autodeterminación de la identidad de género y su expresión se revelan como partes integrantes de la dignidad de la persona humana.

Este movimiento legislativo tiene como objetivo proteger dos derechos fundamentales y la forma en que se realizan: el derecho a la autodeterminación de la identidad de género y la expresión de género y el derecho a la protección de las características sexuales de cada persona, que se ponen de manifiesto en el artículo 1 del presente régimen.

El artículo 70 del Código Civil portugués establece una cláusula general abierta a la tipificación de nuevos derechos de la personalidad que se presentan con la evolución natural de la sociedad – se trata de una protección no exhaustiva -. Como afirma Carvalho Fernandes, “los derechos de la personalidad son reconocidos y no creados por el Derecho, que se imponen como pura manifestación de la dignidad inmanente de la persona humana”⁴⁵. De hecho, la doctrina mayoritaria defiende que estamos ante la consagración del Derecho General de la Personalidad.⁴⁶

⁴⁵ Fernandes, Carvalho, “Teoria Geral do Direito Civil, Tomo I”, 3ª edição, Universidade Católica Editora, pág. 227

⁴⁶ Cf., por todos, R. Capelo de Sousa, *Direito Geral de Personalidade*, 1995.

Los dos derechos mencionados son una consecuencia del derecho a la identidad personal en términos de identidad sexual. Así, considerando que no es posible disociar el libre desarrollo de la personalidad del ejercicio de la sexualidad de la persona, el primero sólo se ejercerá plenamente cuando el Estado y la sociedad sean capaces de garantizar la realización de la sexualidad de la persona, de forma libre y saludable, a través del reconocimiento del derecho a la autodeterminación de la identidad y expresión de género y del derecho a la protección de las características sexuales de cada persona.

A continuación, la CNECV considera que el sistema de cambio de sexo y nombre en el Registro Civil es demasiado “facilitador”, ya que no requiere un informe médico y/o psicológico. De hecho, el procedimiento de cambio en el Registro Civil plantea cuestiones relativas a la seguridad jurídica.⁴⁷

“Convertir el Registro Civil en un acto de naturaleza privada en el que cada persona, En el ejercicio de su absoluta libertad, pudiera inscribir su identidad de género cuando quisiera, haría de este Registro algo propio de la esfera privada de cada persona, alejado de la experiencia pública natural en la que todos vivimos. Del mismo modo, el establecimiento de una libertad absoluta del registro de género de cada persona haría imposible un reconocimiento público de la identidad de cada ciudadano. En varios sectores de nuestra sociedad, como el sistema sanitario, la educación, los sistemas de seguridad y defensa del Estado, la simple e indispensable identificación de una persona podría verse comprometida. En estos términos, si bien la aceptación del ejercicio de un derecho de autodeterminación de género no ofrece dudas, no ocurre lo mismo con la forma propuesta. Una forma absoluta, a todas luces excesiva, desfigura el carácter público del acto del Registro Civil, que se basa en criterios aceptados por la comunidad en la que vivimos”⁴⁸.

Este es un argumento más fuerte y merece ser considerado, estando en el centro de la reforma legislativa de 2018.

De hecho, resulta un tanto extraño que se exija una prescripción médica para dispensar medicamentos, incluso con consecuencias secundarias y riesgos de baja intensidad; cada vez se reclama más un control por parte del sistema sanitario, con vistas a la práctica de la medicina preventiva y la consolidación de la salud en sentido amplio: “el bienestar físico, psíquico y social y no la mera ausencia de enfermedad”, como postula la Carta de la Organización Mundial de la Salud y para un paso tan complejo y dramático como el cambio de sexo y de nombre se entiende que el ciudadano pueda hacerlo de forma solipsista, sólo por el hecho de sentirse con determinadas características.

Es un paso – que la Ley de 2018 (siguiendo las recomendaciones internacionales) ha dado en relación con los adultos – que debe ser vigilado y evaluado.

⁴⁷ “b) relega el acto de identificación personal en el registro civil a un simple ejercicio de la voluntad individual, prescindiendo de su carácter público, con todas las consecuencias que ello conlleva en términos de certeza y seguridad jurídica;”

⁴⁸ Dictamen supra cit., páginas 16 y 17.

En tercer lugar, el hecho de conceder a los menores de 16 años el acceso universal a la autodeterminación de género puede plantear cuestiones relativas al proceso de maduración y desarrollo del individuo que, al estar todavía en la adolescencia, puede no tener aún las capacidades suficientes para llegar a una conclusión sobre su identidad, generando más problemas e inestabilidad – debido a cierta inmadurez psicoafectiva y cognitiva -.

Cabe destacar que esta crítica dirigida por la CNECV al referido Proyecto coincidió con el motivo principal del veto por parte del Excmo. Sr. Presidente de la República al Decreto que sería aprobado en el Parlamento.

Por último, la CNECV afirma que “la consagración del libre acceso al SNS para la obtención de tratamientos farmacológicos y la realización de procedimientos quirúrgicos irreversibles sin necesidad de informes en profundidad por parte de especialistas puede resultar, en determinadas situaciones, algo arriesgado, careciendo así de mecanismos que garanticen una mayor seguridad en la decisión y desencadenamiento del procedimiento posterior”. En este orden de ideas, la Ley n.º 38/2018 consagró, en su artículo 11º/2, que “La Dirección General de Salud define, en un plazo máximo de 270 días, un modelo de intervención, a través de guías y normas técnicas, para ser implementado por los profesionales de la salud en el contexto de las cuestiones relacionadas con la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales de las personas”⁴⁹.

VI. ANÁLISIS DE LA LEY N° 38/2018

1. *Adultos y menores de 16 a 18 años*

La Ley n° 28/2018 superó el veto presidencial al aceptar un régimen diferenciado para menores y para mayores. Así, para los menores de entre 16 y 18 años está en vigor el siguiente régimen:

Artículo 7, n° 2:

"Las personas de nacionalidad portuguesa y con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años podrán solicitar el procedimiento de cambio de la mención del sexo en el Registro Civil y el consiguiente cambio de su propio nombre, a través de sus representantes legales, y el encargado del registro procederá a una audiencia presencial del solicitante, con el fin de conocer su consentimiento expreso, libre e informado, mediante un informe solicitado a cualquier médico inscrito en el Colegio de Médicos o psicólogo inscrito en el Colegio de Psicólogos, que dé fe exclusivamente de la capacidad de deci-

⁴⁹ Mientras tanto, la Dirección General de Salud ha publicado la Estrategia de Salud para Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales -LGBTI, Volumen 1 - Promoción de la Salud de las Personas Trans e Intersexuales, Lisboa, noviembre de 2019: <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/estrategia-de-saude-para-as-pessoas-lesbicas-gays-bissexuais-trans-e-intersexo-lgbti-pdf.aspx>

sión y voluntad informada sin hacer referencia a los diagnósticos de identidad de género, teniendo siempre en cuenta los principios de autonomía progresiva y el interés superior del menor recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

La exigencia de un *informe* de un médico inscrito en el Colegio de Médicos o de un psicólogo inscrito en su correspondiente Colegio generó polémica y fue una de las razones por las que el Presidente de la República ejerció su derecho de veto cuando se aprobó el primer Decreto de la Asamblea de la República, dado que este mismo informe no era antes un requisito.

Presentamos el contenido del veto:

“El motivo de esta petición no tiene que ver con ninguna calificación de la situación en cuestión como patología o situación mental anómala, que no lo es, sino con dos consideraciones muy simples.

La primera es que es importante dejar a la persona que hace la elección la mayor libertad o autonomía posible para reconsiderar su elección más adelante, si es necesario. El dictamen emitido en un informe médico puede ayudar a consolidar esta elección, sin predeterminarla.

La segunda consideración es la siguiente: puesto que existe la posibilidad de una intervención quirúrgica para el cambio de sexo, y puesto que se trata de una intervención que, como acto médico, presupone siempre un juicio clínico, parece sensato que la opinión clínica pueda existir también antes, al principio de la decisión de elegir el sexo.

Hipotéticamente, podría haber una elección frustrada, al menos parcialmente, por el juicio clínico formulado a efectos de la adaptación del cuerpo a la identidad de género, cuando tal sea la opción”.

Con respecto a los adultos, el n.º 1 del artículo 7 establece que:

1 – Tienen legitimación para solicitar el procedimiento de cambio de sexo en el Registro Civil⁵⁰ y la consiguiente modificación del nombre propio las personas de nacionalidad portuguesa, mayores de edad [y que no estén incapacitadas o discapacitadas por anomalía psíquica],⁵¹ cuya identidad de género no se corresponda con el sexo asignado al nacer.

⁵⁰ Sin embargo, para mayores y menores, una solicitud subsecuente de cambio de sexo y nombre propio (un “arrepentimiento”) solamente será atendible mediante decisión judicial: artículo 6.º, n.º 3 de la Ley n.º 38/2018, de 7 de agosto.

⁵¹ Obsérvese que la Ley de adultos acompañados implica una revisión lingüística y sustancial, de modo que ahora debe decir - adultos acompañados que han sido decretados, por sentencia judicial, como incapaces de solicitar el cambio de la mención del sexo en el registro civil y la consiguiente alteración del nombre de pila para las personas de nacionalidad portuguesa. Sobre la Ley del Adulto Acompañado, cf. PEREIRA, André Dias / SILVA, Lucinda Dias da, “¿Reformar o cambiar los nombres? La reforma en materia de discapacidad: una visión comparada desde Portugal”, in *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, 2021, pp. 345-364.

2. *La persona intersexual*

La ley distingue entre la situación de los transexuales y de las personas intersexuales. En cuanto a estas últimas, hay dos disposiciones importantes:

El artículo 5 (Modificaciones a nivel del cuerpo y de los caracteres sexuales de la persona menor de edad intersexual) prevé que:

“Salvo en situaciones de riesgo probado para su salud, los tratamientos e intervenciones quirúrgicas, farmacológicas o de otra naturaleza que impliquen modificaciones a nivel del cuerpo y de los caracteres sexuales de la persona menor de edad intersexual no deben llevarse a cabo hasta que se manifieste su identidad de género.”

Esta norma es importante porque garantiza que el menor intersexual no sea sometido a intervenciones quirúrgicas, es decir, a mutilaciones e intervenciones quirúrgicas correctoras, antes de que haya una manifestación de identidad de género.

La ley portuguesa no previó el tercer género (neutro), por lo que estos niños deben ser registrados con un nombre y un género (masculino o femenino), pero al menos no se lesionará gravemente su integridad física de forma prematura y precipitada.

El hecho de consagrar el momento de la manifestación de la identidad de género, independientemente de la edad (por tanto, incluyendo a los menores) como punto decisivo para solicitar el procedimiento de cambio de sexo en el Registro Civil, así como el cambio del nombre propio, es digno de elogio, debido a la flexibilidad que contiene.

A continuación, hemos de reparar en el artículo 7.º, n.º 3:

“La persona intersexual podrá solicitar el procedimiento de cambio de mención de sexo en el Registro Civil y el consiguiente cambio de nombre propio, a partir del momento en que se manifieste la respectiva identidad de género.”

Es decir, no es necesario esperar hasta los 16 años para poder realizar una adaptación del sexo registral a la respectiva identidad de género.

3. *La ausencia de definiciones*

En cuanto a la no inclusión del artículo 2º del proyecto de ley en la nueva ley (que contenía definiciones), hay que hacer algunas consideraciones. Uno de los objetivos de la redacción de la nueva ley está relacionado con la actualización del régimen de acuerdo con la nueva realidad social. Así, en esta nueva realidad, se introdujeron y desmitificaron varios conceptos, como “sexo”, “género”, “identidad de género”, “expresión de género”, “características sexuales”, “transgénero”,

“intersexualidad”, “discriminación directa” y “discriminación indirecta”, que deben aclararse para comprender mejor su aplicación.⁵²

Sin embargo, esta aclaración no se plasmó en la ley, al contrario de lo que ocurría en la propuesta, por razones que, consideramos, residen en el intento de evitar la identificación del transexualismo con una patología de las minorías transexuales e intersexuales. Sin embargo, esta falta de densificación conceptual conduce en la dirección opuesta, creando ambigüedad, confusión y divergencias.⁵³

⁵² El Proyecto de Ley establecía en su artículo 2.º: "A los efectos de esta ley, se aplicarán las siguientes definiciones:

(a) "Sexo", el conjunto de características biológicas y fisiológicas que distinguen a hombres y mujeres;

(b) "Género": los atributos sociales, los roles, las actividades, las responsabilidades, los poderes y las necesidades derivadas de la comprensión social de la masculinidad y la feminidad, que determinan cómo se percibe y se espera que piensen y actúen las personas, aprendidos o adquiridos durante la socialización como miembros de una comunidad específica dentro de una sociedad.

(c) "Identidad de género": la experiencia interna e individual de cada persona relacionada con su género, independientemente del sexo asignado al nacer, incluida la relación personal con el cuerpo y la expresión del género, concretamente a través de la forma de vestir, hablar y comportarse, independientemente de que implique o no la modificación de la apariencia o las funciones del cuerpo por medios quirúrgicos, farmacológicos o de otro tipo, lo que puede ocurrir con las personas transexuales o intersexuales.

(d) "Expresión de género" se entiende la forma en que cada persona expresa y comunica su género y/o la forma en que lo perciben los demás;

(e) "Características sexuales": la totalidad de los atributos anatómicos de una persona, incluidas las características sexuales primarias, como los genitales internos y externos, y las características sexuales secundarias, como la masa muscular, la distribución del vello, los pechos y la estatura, entre otras;

(f) "Transgénero": las personas que tienen una identidad de género o una expresión de género diferente del sexo asignado al nacer;

(g) "Personas intersexuales": las personas cuyas características sexuales incorporan tanto la fisiología masculina como la femenina, o algunos de sus aspectos;

(h) "Discriminación directa": todas las situaciones en las que, por motivos de identidad de género, expresión de género o características sexuales, una persona es tratada de forma menos favorable de lo que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable;

(i) "Discriminación indirecta" cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros coloquen a las personas con una determinada identidad de género, expresión de género o características sexuales en una situación de especial desventaja con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica estén objetivamente justificados por una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

⁵³ En este sentido, encontramos el dictamen del Consejo Directivo de la Competencia de Sexología Clínica del Colegio de Médicos de Portugal (p. 3), disponible en:

—<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=41320>

4. *Salud*

Por lo que respecta al artículo 11º, nos parece relevante reforzar que el acompañamiento por un equipo multidisciplinar sería relevante tanto para los menores como para los adultos – ambos grupos de edad, en respeto al derecho a la salud, deberían tener esta garantía asegurada -. Este mismo acompañamiento olvida el artículo 13º del proyecto de ley, que establecía la necesidad de una evaluación previa por parte de un médico especialista en psiquiatría que certificara la ausencia de alteraciones, enfermedades mentales o trastornos de la personalidad que pudieran interferir con el ejercicio libre e informado del derecho a determinar la identidad de género y el derecho a la protección de las características sexuales.

5. *Educación y enseñanza*

Se dieron pasos relevantes con la consagración expresa de un artículo referido a la educación y la enseñanza, concretamente el artículo 12º, promoviendo la concienciación en esta materia desde edades tempranas. El cultivo de valores como el respeto, la igualdad, la tolerancia y la comprensión son esenciales para que prospere un futuro en el que la inclusión social y la desmitificación sean realidades naturales. En este sentido, es necesario formar a los docentes y agentes educativos, para que la transmisión de conocimientos permita, en un futuro próximo, que temas como la identidad de género, la autodeterminación sexual y la diversidad de características sociales del individuo sean abordados sin ningún tipo de prejuicio o limitación.

La educación ha sido, es y será siempre la forma de “civilizar” y enriquecer nuestra sociedad – existiendo entonces la necesidad de adoptar algunas medidas y directrices por parte del Ministerio de Educación, asistido por equipos multidisciplinarios de médicos, psicólogos y sociólogos que asesoren en el sentido de construir las mejores directrices en esta materia -. De este modo, el hecho de que el artículo sólo se refiera a los “profesores y demás profesionales del sistema educativo” debe considerarse como un punto de partida en esta transmisión de conocimientos y evolución de la sociedad. A este respecto, cabe mencionar el 16.º Principio de Yogyakarta:

“b) Garantizar que la educación esté orientada al desarrollo de la personalidad, los talentos y las capacidades mentales y físicas de cada estudiante hasta su máximo potencial, teniendo en cuenta las necesidades de los estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género;

c) Garantizar que la educación esté orientada al desarrollo del respeto de los derechos humanos y del respeto a los padres y familiares de cada niño, a la identidad cultural, a la lengua y a los valores, en un espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad,

teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género

(d) Garantizar que los métodos, planes de estudio y recursos educativos sirvan para mejorar la comprensión y el respeto de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, incluidas las necesidades particulares de los estudiantes, sus padres y sus familias”.

Sin embargo, la Sentencia n.º 474/2021 del Plenario del Tribunal Constitucional⁵⁴ ha declarado la inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de los n.º s 1 y 3 del artículo 12.º de la Ley, por violación del artículo 165.º, n.º 1, alinea b) de la Constitución, por considerar que vulneran a la reserva de competencia exclusiva de la Asamblea de la República en materia de derechos, libertades y garantías. La controvertida Sentencia, que ha dividido el plenario 7-5, rechazó la posibilidad otorgada por esta norma al Gobierno para legislar sobre esta materia mediante orden ministerial, considerando que es una cuestión que debería haber sido suficientemente abordada por la propia Ley en este artículo.

6. La relación de la Ley n. 38/2018, de 7 de agosto con otras disposiciones legales

Otras disposiciones legales en el ordenamiento jurídico portugués permiten una razonable certeza y seguridad jurídica en la aplicación de la Ley n. 38/2018, de 7 de agosto, obviando a algunas dudas y riesgos que se han planteado en ordenamientos jurídicos extranjeros, incluso en España:

- Reformas recientes del Código Civil y del Código del Registro Civil permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵⁵ y la adopción por parejas del mismo sexo⁵⁶;
- La adopción, en el Código Penal, de un tipo de delito de violencia doméstica neutro en respecto al sexo u género de la víctima- o del perpetrador⁵⁷.

VII. CONCLUSIÓN

El estado actual de la autodeterminación de género en Portugal, plasmado legalmente en la Ley n.º 38/2018, de 7 de agosto, se encuadra en la tendencia internacional que conduce hacia el reconocimiento de la identidad de género

⁵⁴ Proceso n.º 792/2019 (control sucesivo de constitucionalidad).

⁵⁵ Ley n.º 9/2010, de 31 de mayo.

⁵⁶ Ley n.º 2/2016, de 29 de febrero.

⁵⁷ Ley n.º 59/2007, de 4 de septiembre.

y la protección de los derechos fundamentales de las personas transexuales e intersexuales.

Podemos observar que, en esta materia, el ordenamiento jurídico portugués ha seguido una dinámica evolutiva, siguiendo vicisitudes de carácter político y social: la identidad de género fue consagrada legislativamente por primera vez por la Ley n.º 7/2011, de 15 de marzo, una ley progresista pero aún marcada por las vacilaciones y cierto paternalismo. Esta ley fue sustituida por la Ley n.º 38/2018, de 7 de agosto, técnicamente más madura (aunque no perfecta) y más anclada en una perspectiva de autodeterminación de la identidad de género.

El actual marco jurídico de esta materia en Portugal, tanto desde el punto de vista legislativo como institucional, prevé un procedimiento administrativo rápido, transparente y no invasivo para el reconocimiento legal de la identidad de género, sin comprometer la necesaria seguridad y certeza jurídica del acto registral.

También consagra sólidas medidas (y medios de tutela) de prohibición de la discriminación, así como un catálogo de medidas de protección de la persona transexual o intersexual en materia de salud y de educación y enseñanza.

Es un marco legal que cumple con los estándares internacionales, y puede decirse inequívocamente que es uno de los más progresistas del mundo en este momento.

Nada es perfecto y todo se puede mejorar. La *law in books* puede ser perfeccionada desde el punto de vista técnico, como ya hemos mencionado. Pero quizás el mayor desafío será la *law in action*: en una sociedad compleja y cada vez más polarizada, todo dependerá de la aplicación práctica de la ley en la vida cotidiana; de la eficacia, financiación y motivación de las entidades públicas encargadas de hacer cumplir la ley; del compromiso de la sociedad civil; así como de una estrategia eficaz de difusión, educación y concienciación de la población en cuestiones de identidad de género y derechos humanos.

VIDA FAMILIAR Y LIBRE CIRCULACIÓN DE DE , DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

DR. JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA

*Prof. Titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Zaragoza.*

SUMARIO: I. VIDA FAMILIAR MATRIMONIAL Y UNIÓN EUROPEA. II. VIDA FAMILIAR EN 1. Derecho estatal y DUE. 2. Vida familiar y Libre circulación de Ciudadanos(as) de 3. Asunto *Coman*. 4. Caso *Banger*. 5. Sentencia *Pancharveo*. 5.1. Hechos. 5.2. Fundamentos. III. VALORACIÓN QUE CONTINUARÁ...

I. VIDA FAMILIAR MATRIMONIAL Y UNIÓN EUROPEA.

La cuestión del género entra en el escenario de del Tribunal de Justicia de (en adelante, TJUE) cuando se le plantea extender los conceptos de “cónyuge” o “matrimonio” para que comprendan otras situaciones de la vida familiar como son las parejas¹.

En su Jurisprudencia del siglo XX, el Tribunal realiza una mera interpretación literal del Derecho de (en adelante, DUE) para concluir que, con la normativa vigente, no es posible una interpretación extensiva de conceptos jurídicos y habrá que esperar a la equiparación del matrimonio y la situación análoga a la conyugal (parejas). Como ejemplo, de 31 de mayo de 2001, C-122/99 P y C-125/99 P, Suecia/D y Consejo rechaza cualquier canon de interpretación amplia: “la situación de un funcionario que ha inscrito en Suecia una relación de pareja no puede considerarse comparable, a los efectos de la aplicación del Estatuto, a la de un funcionario casado”.

En estas primeras Sentencias también se analiza si una regulación que contemple solo la forma matrimonial esconde una (prohibida) situación de discriminación lo que es rechazado por el Tribunal, por ejemplo, en su Sentencia de 17 de abril de 1986, as. 59/85, Reed; tampoco se considerará discriminatorio que una regulación conceda determinadas ventajas sociales a las parejas heterosexuales y las deniegue a las parejas del mismo sexo (STJUE de 17 de febrero de 1998, C-249/96, Grant).

¹ Sobre esta materia, imprescindible, TRYFONIDOU, Alina y WINTEMUTE, Robert (2021), “Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU”, accessible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU\(2021\)671505_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU(2021)671505_EN.pdf)

Hay que señalar que todas las posiciones mantenidas por el TJUE, tanto las reseñadas como las futuras, van a concordar plenamente con del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la “vida privada y familiar” ya que, desde su Sentencia de 17 de diciembre de 1970², “la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia”. Con la entrada en vigor de **de** los Derechos Fundamentales de **de** 7 de diciembre del 2000, esta concordancia con se hace obligatoria (art. 51) ya que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6 TUE).

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo considera que los efectos jurídicos de los diferentes modelos de vida familiar (matrimonio/pareja) no tienen por qué ser idénticos ni siquiera similares; ello significa que son los Estados los que determinan la articulación jurídica de los modos de vida familiar y, en todo caso, que los efectos de una u otra fórmula sean iguales o diferentes (o, incluso si no existe regulación de la pareja) no va a suponer la vulneración del principio de no discriminación (art. 14)³.

Esta posición jurisprudencial cambia cuando la contrariedad con se fundamenta en la “vida familiar”⁴ y no en la “vida privada” de modo que, a partir de ese momento, existe vulneración si un Estado no proporciona reconocimiento legal y protección jurídica de la pareja del mismo sexo cuando este *status* existe para una pareja heterosexual. En la trascendente Sentencia Schalk y Kopf c. Austria⁵ (y, posteriormente, en Oliari y otros c. Italia⁶) se sigue afirmando que los Estados no tienen la obligación de permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo aunque sí la obligación de generar un marco jurídico de

² STJ de 17 de diciembre de 1970, *Handelsgesellschaft*, Asunto 11/70.

³ Decisiones del TEDH de 11 de noviembre de 1986 al caso *L./Reino Unido*, demanda 11089/84 o de 20 de junio de 1999 en el caso *Nylund/Finlandia*, demanda 27110/95 (“constate que bien que dans certes domaines la relation de fait entre les concubins soit reconnue, il existe toujours des différences entre les couples mariés et non mariés, en particulier en ce qui concerne le statut et les conséquences juridiques. Le mariage continue d’être caractérisé par un ensemble de droits et d’obligations qui le différencient de façon marquée de la situation d’un homme et d’une femme qui vivent ensemble”). Sin embargo, existe doctrina que basa sus consideraciones en que las diferencias de regulación sí que generan discriminación; por todos, *Vid. DRAGHICI, C. (2017) "Equal Marriage, Unequal Civil Partnership: A Bizarre Case of Discrimination in Europe" en Child and Family Law Quarterly*, pp. 328.

⁴ Art. 8 de de Derechos Humanos. Para un acercamiento a este artículo, *Vid., Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2019 (accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf)

⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*.

⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*.

reconocimiento y protección de su vida familiar que, además (Vallianatos y otros c. Grecia⁷), no puede ser discriminatorio respecto de las parejas heterosexuales.

II. VIDA FAMILIAR EN

1. Derecho estatal y DUE.

Tras las actividades legislativas de los primeros años del siglo XXI, tanto en el DUE como en las normativas de algunos Estados miembros, la vida familiar de dos personas de distinto o mismo sexo se canaliza indistintamente a través de las fórmulas del matrimonio o de la pareja. Sin embargo, la regulación de la institución de la “vida familiar” es muy diferente en los ordenamientos estatales.

Existe una primera división entre países que solo contemplan la institución matrimonial y aquellos que añaden la convivencia *more uxorio*; a su vez, cuando se introduce el género en la ecuación normativa de ciertos Estados, se permite que la vida familiar se componga por personas de igual o diferente sexo en ciertos ordenamientos.

En relación a los Estados miembros de , 6 Estados no proporcionan ningún marco jurídico a las parejas del mismo sexo (Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia), 8 habilitan de la pareja (Croacia, Chipre, Chequia, Estonia, Grecia, Hungría, Italia y Eslovenia) y 13 establecen un doble modelo familiar de pareja o matrimonio de igual o diferente sexo aunque los efectos jurídicos entre los ordenamientos jurídicos son diferentes (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia)⁸.

Si se consideran los efectos jurídicos de las ambas Instituciones, el Derecho de los distintos países⁹ ofrece un panorama heterogéneo que va desde una asimilación absoluta de la “pareja” y el matrimonio a reconocerles solo fuerza jurídico obligacional a las primeras. Además los ordenamientos jurídicos nacionales establecen distintos modos para generar una pareja, lo que permite diferenciar las parejas de hecho de las que están “institucionalizadas” que dan lugar a las “uniones registradas”, concepto (autónomo) este último que será muy trascendente en el ámbito civil y mercantil del DUE¹⁰.

⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de noviembre de 2013, asunto Vallianatos y otros c. Grecia.

⁸ *Vid.*, TRYFONIDOU, Alina y WINTEMUTE, Robert, 2021, *op. cit.* p. 43

⁹ Estas diferencias también se observan en la regulación de las parejas por la normativa autonómica española.

¹⁰ Como ejemplo, Reglamento 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y

Si se considera el Derecho de , se observa que se ha apostado claramente por una vida familiar plural en sus renovadas normas del siglo XXI. A partir del cambio legal, el Tribunal interpreta la normativa comunitaria para desarrollar un modelo de “familia extensa”. Ahora, una mera interpretación literal del DUE permite su aplicación tanto a las parejas como al matrimonio; incluso se utiliza un canon de interpretación extensiva cuando el género sexual aparece en la cuestión planteada: “procede señalar que la extensión del RCSE a la pareja del funcionario vale igualmente para la pareja del mismo sexo, al haber admitido los redactores del Estatuto que puedan reconocerse derechos nuevos a las personas no unidas por el matrimonio”¹¹.

Los mismos parámetros se utilizan cuando se valora la transposición de una Directiva de forma que se repite la aplicabilidad a las parejas y matrimonios del mismo o desigual sexo. de 1 de abril de 2008, Maruko, C-267/06, considera que 2000/78/CE “se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia”.

de 12 de diciembre de 2013, Hay, C-267/12, trata de un asunto donde debe operar el principio de no discriminación porque un determinado efecto laboral del Derecho del Estado miembro es aplicable a la institución del matrimonio y lo extiende a la pareja heterosexual pero no a las parejas del mismo sexo: “una normativa de un Estado miembro que atribuye únicamente a los trabajadores casados el derecho a ventajas en términos de remuneración o de condiciones de trabajo, cuando en dicho Estado miembro el matrimonio sólo es legalmente posible entre personas de distinto sexo, crea una discriminación directa por motivo de orientación sexual en perjuicio de los trabajadores homosexuales titulares de un PACS, los cuales se encuentran en una situación análoga”¹².

la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Sobre el significado de la “unión registrada” me remito a un trabajo anterior (“Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de : respondiendo a problemas complejos” en *Revista de derecho civil aragonés*, 25, 2019, pp. 129-156).

¹¹ STJUE de 27 de noviembre de 2007, F-122/06, Roodhuijzen.

¹² En concreto, “aunque una diferencia de trato no se base expresamente en la orientación sexual de los trabajadores, sino en la situación matrimonial de éstos, seguirá constituyendo una discriminación directa, habida cuenta de que, al estar reservado el matrimonio a las personas de distinto sexo, los trabajadores homosexuales se verán en la imposibilidad de cumplir el requisito necesario para obtener la ventaja reclamada”

A diferencia de (“corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia”) en el asunto *Hay* es el propio TJUE quien afirma que las situaciones eran comparables sin dejar esta valoración al Tribunal nacional remitente (“el referido trabajador se encuentre en una situación análoga a la de un trabajador que contraiga matrimonio”).

2. *Vida familiar y Libre circulación de Ciudadanos(as) de*

Dejando el ámbito de las prestaciones asistenciales, existe otro espacio donde se desarrolla el nuevo modelo de vida familiar plural: de Circulación de personas donde se observa el mismo cambio legislativo¹³.

El art. 2 de 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ya define como miembro de la familia tanto al cónyuge como a la pareja (“unión registrada”) aunque con dos condicionantes: “si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida”. A ello se añade el art. 3.2 que regula una unión no registrada (“b. la pareja con la que el ciudadano de mantiene una relación estable, debidamente probada”) aunque en este caso, la aplicabilidad de no es inmediata sino que solo impone que “el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia”.

El concepto de pareja que se utiliza en esta Directiva se ha desarrollado jurisprudencialmente al margen del concepto autónomo de “unión registrada” del Reglamento 2016/1104¹⁴. En el ámbito del ejercicio de circulación, más allá de querer definir un concepto autónomo (que, además, debería ser específico para esta Directiva), éste aparece por decantación cuando el TJUE genera su doctrina más dinámica a través de cánones de interpretación particulares en asuntos donde se une circulación y la vida familiar.

¹³ El art. 1.2 de 90/364/CEE de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, se refiere a que “el cónyuge” tiene “derecho a instalarse en otro Estado miembro con el titular del derecho de residencia” y se derogó por 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹⁴ Donde se define (art. 3.1.a) como “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”; sobre este concepto *vid.*, PÉREZ MILLA, JJ. (2019), “Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y Reglamentos de : respondiendo a problemas complejos” en *Revista de derecho civil aragonés*, 25, págs. 129-156.

El reto al que se enfrenta el TJUE en tres de sus pronunciamientos son situaciones donde se ven implicados matrimonios o parejas de igual o distinto sexo y el Tribunal se afanará en conjugar el derecho de los Ciudadanos de a circulación y su vida familiar.

3. Asunto *Coman*.

En de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16, el TJUE conoce del siguiente asunto: el Sr. Coman, nacional rumano y estadounidense y el Sr. Hamilton, nacional estadounidense, se casaron en Bruselas el 5 de noviembre de 2010. En diciembre de 2012, los Sres. Coman y Hamilton solicitan información para que el Sr. Hamilton pudiera, como miembro de la familia del Sr. Coman, residir legalmente en Rumania por un período superior a tres meses. El 11 de enero de 2013, las autoridades rumanas responden que el Sr. Hamilton únicamente tiene un derecho de residencia de tres meses, porque no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad con el Código Civil rumano y que la prórroga de la residencia temporal no podía concederse en concepto de reagrupación familiar.

En esta Sentencia se puede observar cómo el TJUE comienza a abandonar un modelo de solución tradicional y derivado de circulación de mercancías que se originó con las míticas **Sentencias** *Dassonville*¹⁵ y *Cassis de Dijon*¹⁶, basado en la existencia de una restricción a las Libertades Fundamentales de que solo se justifica cuando exista una razón imperiosa de interés general siempre que dicha restricción sea adecuada y proporcional¹⁷. Tras , los cánones utilizados por el Tribunal en el ámbito de circulación de personas dejan de ser clásicos y su doctrina se convierte en dinámica cuando el foco de su análisis lo centra en valorar la compatibilidad de las razones imperiosas de interés general en función de los Derechos Humanos.

Es cierto que el Tribunal constata la existencia de una restricción y recuerda los parámetros tradicionales de solución: “según jurisprudencia reiterada, una restricción a la libre circulación de las personas que, como en el asunto principal, es independiente de la nacionalidad de los sujetos afectados puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas de interés general y es proporcionada al

¹⁵ STJUE de , *Dassonville*, C. 8-74.

¹⁶ STJUE de , *Rewe-Zentral*, 120/78; el entrecomillado pertenece a de , *Gebhard*, C-55/94, sobre de prestación de servicios y que fue inmediatamente extendido a circulación de trabajadores por

¹⁷ Desde esta perspectiva, *Vid.*, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene (2017), “Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de ” en *Cuadernos de derecho transnacional*, 9, 2, págs. 106-126 o GOÑI URRIZA, N. (2021-2), “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden publico de y el de los Estados miembros” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13, esp. pp. 254.

objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional”. Sin embargo, el Tribunal considerará que reconocer (a los efectos de Libre circulación de personas) los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en otro Estado miembro no vulnera razones de interés general –en este caso, el orden público y la identidad nacional (art. 4.2 TUE)– y las razones que aduce son tres.

Primero, porque la operatividad de la razón imperiosa de interés general basada en el orden público y la identidad nacional está condicionada por el parámetro de los Derechos Fundamentales de forma que el art. 4.2 TUE no puede excepcionar circulación si ello supone la vulneración de los Derechos Humanos: “de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de ‘vida privada’ y en el de ‘vida familiar’ del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación”.

Segundo porque, en una interpretación clásicamente restrictiva, “el orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”; la gravedad queda soslayada por la técnica del reconocimiento parcial (a los efectos de circulación) del estado civil. En este sentido el Tribunal considera que “reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado (...) No supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se limita a la obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de ”.

En tercer lugar, el TJUE justifica la interpretación restrictiva del art. 4.2 TUE y rechaza que la existencia de una razón imperiosa de interés general se pueda configurar en función, únicamente, del orden público o identidad nacional de un Estado miembro, ya que sería contrario a un Principio y objetivo de unidad y autonomía del DUE; como dice , “dejar a los Estados miembros la posibilidad de conceder o denegar la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano de del mismo sexo en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo tendría por efecto que la libertad de circulación de los ciudadanos de que ya hayan hecho uso de esta libertad variase de un Estado miembro a otro, según tales disposiciones de Derecho nacional”.

Es preciso señalar también que el Tribunal deja incólume e incluso sale reforzada, la diferenciación entre el ámbito de actuación del DUE y las competencias de los Estados miembros. En este sentido, “debe hacerse constar que la

obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que entra dentro de la competencia de los Estados miembros, como se ha recordado en el apartado 37 de la presente sentencia. No supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. Se limita a la obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de ”.

En mi opinión, el gran cambio de esta Sentencia no consiste tanto en alejarse de los parámetros de valoración utilizados clásicamente como, primero, en delimitar las competencias de y los Estados miembros tanto en relación con la excepción del “Orden Público e Identidad nacional” como respecto del respeto a la configuración del estado civil por los Estados miembros. Además, el Tribunal vincula “vida familiar” y derecho de circulación y residencia de los ciudadanos de (art. 21). Con este planteamiento el Tribunal deja claras consecuencias dinámicas: que el régimen de Libre circulación de un Ciudadano de comprende también su vida familiar, con las connotaciones que se derivan de su consideración como Derecho Humano y que la poderosa unión (Libertad de circulación – Ciudadanía – “vida familiar”) debe ser operativa de manera que es susceptible, incluso, de condicionar la aplicabilidad de 2004/38 y llamar a la aplicación directa de de circulación sobre la base del canon del efecto útil de la ciudadanía de la Unión¹⁸.

El Tribunal expresa esta idea en numerosos Fundamentos; como ejemplo: “el efecto útil de los derechos que el artículo 21 TFUE, apartado 1, confiere al ciudadano de de que se trate exige que (...)” y “Los derechos reconocidos por esta disposición (*art. 21 TFUE*) a los nacionales de los Estados miembros incluyen el de llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen a él, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de sus familias”.

¹⁸ El efecto útil ha sido utilizado para aplicar el art. 21 TFUE a situaciones donde el ciudadano de no había ejercido circulación y se inicia con de 8 de marzo de 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano. Sobre los inicios y desarrollo de esta doctrina dinámica del TJUE en relación con circulación de personas (*Vid.*, PÉREZ MILLA, JJ., “El Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 y los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre territorios españoles” en *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2015, esp. pp. 205-213 y “Punto de conexión con el Derecho de , Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho Interregional español” en *Europea*, 88, 2021).

Sin embargo, elaborar una doctrina dinámica por el TJUE no supone que trascienda inmediatamente a las autoridades de un Estado y, en este sentido, las autoridades rumanas todavía no han remitido el permiso de residencia al Sr. Hamilton por lo que se ha planteado demanda ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos¹⁹.

4. Caso *Banger*.

de 12 de julio de 2018, *Banger*, C-89/17 valora la aplicación de 2004/38 a una situación de Libre circulación inversa (el ciudadano vuelve a su país tras ejercer de circulación)²⁰ y considera las obligaciones que se derivan para el Estado de acogida si el regreso del ciudadano se acompaña de una “pareja no registrada, nacional de un tercer Estado, con la que el ciudadano de mantiene una relación estable, debidamente probada” (art. 3.2.b de). En este asunto, el TJUE va a testar la doctrina configurada en el asunto *Coman* para generar consecuencias ciertamente “dinámicas”.

En principio, el Tribunal hace una interpretación meramente literal de y, siguiendo la línea de su Jurisprudencia anterior²¹, afirma que “ 2004/38 no permitirían dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de , en el Estado miembro de origen de este, también son válidas con respecto a las personas contempladas en el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra b), de 2004/38”. Las razones de inaplicabilidad son dos: porque, literalmente, no contempla aquellos supuestos en los que un ciudadano de que ejerce circulación regresa al Estado del que es nacional y porque el art. 3.2.b de solo obliga a los Estados miembros a dar un trato más favorable a las solicitudes de entrada y residencia de la pareja no registrada debidamente probada.

Dicho esto el Tribunal descarta el canon literal y dinamiza su doctrina: la solución la encuentra por elevación aplicando directamente los parámetros de de circulación de forma que los “miembros de la familia de un ciudadano de , que no podían disfrutar, en virtud de las disposiciones de 2004/38, de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que ese ciudadano era nacional, podían no obstante disponer de tal derecho sobre la base del artículo 21 TFUE”.

Es decir, como en , la aplicabilidad del régimen de Libre circulación de personas la fundamenta en el “efecto útil de la ciudadanía de ” y ello permite aplicar

¹⁹ Vid., TRYFONIDOU, Alina y WINTEMUTE, Robert, 2021, p. 42.

²⁰ Vid. JÜRIMÄE, K. (2018) “Cuando un ciudadano de regresa a su Estado miembro de origen, este último está obligado a facilitar la entrada y la residencia de la pareja no nacional de un Estado miembro” en *Europea*, 62.

²¹ STJUE de 5 de septiembre de 2012, Rahman y otros, C-83/11.

directamente los parámetros de a una situación no contemplada expresamente en (Libre circulación de regreso acompañado de su pareja estable): “el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que obliga al Estado miembro del que es nacional un ciudadano de a facilitar la concesión de una autorización de residencia a la pareja no registrada, nacional de un tercer Estado, con la que el ciudadano de mantiene una relación estable, debidamente probada, cuando dicho ciudadano regresa con ella al Estado miembro del que es nacional para residir en este tras haber ejercido su derecho de libre circulación para trabajar en un segundo Estado miembro, conforme a los requisitos establecidos en 2004/38”. Como dice expresamente el TJUE.

Con el mismo dinamismo, el Tribunal argumenta que circulación supone la aplicación analógica de lo que va a condicionar su literalidad de forma que la expresión “el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia” (art. 3.2 de) se traduce en “la obligación de otorgar un trato más favorable a las solicitudes de entrada y de residencia presentadas por nacionales de terceros Estados contemplados por esta disposición que a las presentadas por otros nacionales de terceros Estados” lo que significa “aplicar por analogía 2004/38, incluido su artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra b), en lo que respecta a las condiciones en que ha de facilitarse la entrada y la residencia”.

Llegados a este punto, aunque el Estado de origen puede valorar la entrada y residencia, la aplicación analógica de genera obligaciones específicas para ese Estado: “los Estados miembros deben velar por que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término ‘facilitará’ y que no priven a dicha disposición de su efecto útil”, “obtengan una decisión sobre su solicitud que esté basada en un estudio detenido de sus circunstancias personales y que, en caso de denegación, esté motivada” o, finalmente, “tiene el derecho de que un órgano jurisdiccional compruebe si la normativa nacional y la aplicación de esta han respetado los límites del margen de apreciación trazado por ”.

5. Sentencia Pancharevo.

Hechos.

Finalmente, el TJUE dicta su Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, Pancharevo, C-490/20. Los hechos se refieren a una ciudadana búlgara y una nacional del Reino Unido, residentes en España desde 2015 y casadas en Gibraltar en 2018. En diciembre de 2019 tuvieron una hija (S.D.K.A.), que está inscrita en Registro Civil español como hija de ambos cónyuges conforme al Derecho español. El Tribunal de Justicia se deberá enfrentar a las consecuencias transfronterizas de la inscripción registral española a los efectos de de circulación.

Considerando los antecedentes legales del caso, tras una intensa actividad del Legislador patrio durante el año 2015²², la inscripción “española” fue posible ya que el ordenamiento español contempla un “nuevo supuesto de la determinación de la filiación matrimonial materna”²³ que se formaliza con el consentimiento de la cónyuge de quien da a luz respecto de su esposa y el Registro Civil no puede exigir la presentación de un certificado de reproducción asistida para inscribir dicha filiación. registral se modifica²⁴ para constatar en una muy pobremente argumentada Resolución de 8 de Febrero de 2018²⁵ que “la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida”.

Así configurada, esta modalidad de filiación supone una peculiaridad única en el conjunto de los Estados miembros, incluso aquellos que siguen un modelo de “la parentalidad ‘automática’ de la esposa de la madre biológica de un niño”²⁶; además recibe críticas continuadas de la doctrina civilista española que incluso se plantea dudas sobre su compatibilidad con el “interés superior del menor”²⁷; finalmente, esta fórmula de filiación se debe a una poco elaborada interpretación de la doctrina registral sin que haya sido ratificada Jurisprudencialmente²⁸.

²² Es central 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de de Justicia y del Registro Civil (BOE de, 14 de julio de 2015); *Vid.*, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (2018), “La inscripción de nacimiento en 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad” en *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo, pp. 1^a 54.

²³ *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (2021) “Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: Una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados” en VVAA, *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, p. 191. Dice CADENAS OSUNA, D. (“La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea” en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 2022, p. 100) que “el caso del artículo 7.3 LTRHA, que regula un consentimiento que sí constituye un título autónomo de determinación de la filiación, pues el establecimiento de la segunda maternidad por naturaleza no puede tener lugar a través de ninguno de los títulos previstos en el C.C. dado que éste, al inspirarse en el principio de verdad biológica, imposibilita la determinación de una doble paternidad o maternidad por naturaleza”.

²⁴ RDGRN de 7 de enero de 2009 (JUR 2010/98662)

²⁵ <http://www.notariosregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>.

²⁶ Conclusiones de Juliane Kokott. En nota 37 se alude a esos países, además del Reino de España, Reinos de Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Suecia y República de Austria y Finlandia

²⁷ *Vid.* estas dudas en CADENAS OSUNA, D., (2022), p. 99. En relación con las críticas, *Vid.*, por todos, VERDA Y BELMONTE, José Ramón de (2018) “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España” en *Actualidad jurídica iberoamericana*, 8, págs. 11-31.

²⁸ Es más, aunque el supuesto trata sobre una reclamación de filiación (ya que la madre biológica no había dado su consentimiento para generar la “doble maternidad”), el TS no entra a valorar la oportunidad de esta interpretación (Sentencia del Tribunal Supremo 45/2022 de 27 enero. *West-Law*, RJ 2022\576)

En todo caso, aplicada la peculiar filiación por el Juez encargado del Registro Civil español, se originó la inscripción que es traducida al búlgaro, jurada y legalizada y presentada ante las autoridades búlgaras para solicitar un certificado de nacimiento, requisito para la expedición de un documento de identidad búlgaro que, a su vez, permite el ejercicio de circulación de una ciudadana menor de y de sus madres. El caso está servido.

Fundamentos.

De las Sentencias *Coman* y *Banger* se pueden extraer los principales cánones que conforman la doctrina dinámica de circulación del Ciudadano/a de y su “vida familiar”.

Primero, que es posible aplicar directamente los parámetros del art. 21 TFUE en función del “efecto útil de la ciudadanía de la unión” cuando la aplicabilidad del Derecho derivado no asegura el pleno ejercicio de de circulación.

Segundo (Sentencia *Coman*), que de circulación no puede ser restringida sobre la base del art. 4.2 TUE cuando la “identidad nacional” o el “Orden Público” de un Estado miembro no es compatible con de Derechos Fundamentales de

Tercero (Sentencia *Banger*), que de circulación uniformiza las condiciones de entrada y residencia de la pareja de un tercer Estado porque si una “unión registrada” se rige directamente por , cuando se trata de una pareja estable debidamente probada dependerá de las condiciones previstas por Estado de acogida aunque su valoración estará limitada por la aplicación analógica de va a utilizar la doctrina dinámica de forma depurada, sin generar más consecuencias que las que le permite ; si en el Tribunal genera consecuencias dinámicas, en este asunto no y el TJUE se dedica fundamentalmente a perfilar los límites de circulación de ciudadanos de en relación con la filiación.

Pero antes de valorar los Fundamentos del TJUE, es preciso señalar cómo el país receptor de registral española, Bulgaria, valora la situación desde unos parámetros que serían muy útiles en un planteamiento donde operara la clásica doctrina *Dassonville*, así, desde la cuestión prejudicial, se trata de dar a entender que existirían en Derecho búlgaro fórmulas proporcionadas para permitir circulación de la menor búlgara, salvaguardando su concepción de matrimonio heterosexual. El problema es que los parámetros de esta doctrina tradicional desaparecen prácticamente en porque el Tribunal prefiere su doctrina dinámica.

El TJUE inicia con dos afirmaciones que son la traducción de la fuerte unidad entre Libertad de circulación y Ciudadanía: “que la vocación del estatuto de ciudadano de es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros” y que “puede invocar los derechos inherentes a dicha condición, en particular los contemplados en el artículo 21 TFUE, apartado .

Posteriormente, el Tribunal unirá al dueto, el tercer elemento (la “vida familiar”): “los derechos reconocidos a los nacionales de los Estados miembros en el artículo 21 TFUE, apartado 1, incluyen el de llevar una vida familiar normal”.

Con este trío fundamental en la doctrina dinámica, el Tribunal soluciona los diferentes problemas que se le plantean.

PRIMERO, como circulación se articula a través de 2004/38, su art. 4.3 supone que “las autoridades búlgaras están obligadas a expedirle un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad y su apellido tal como resulta del certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas”.

El Tribunal no necesita aplicar otra doctrina dinámica de de desarrollada en relación a la identidad (apellidos) y nacionalidad del Ciudadano que se origina con las Sentencias *García Avello* y *Micheletti*²⁹ sino que le basta con recurrir a un Principio fundamental del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como es el de la confianza mutua entre los Estados miembros que fundamenta el Reglamento de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea³⁰. Por tanto, en función de la inscripción registral española, S.D.K.A. es hija de V.M.A. y K.D.K.

En cuanto a su nacionalidad, el Tribunal da la solución tanto para el caso en el que S.D.K.A. fuese Ciudadana de como si no y la respuesta para este segundo supuesto sería la misma que la que desarrolla considerando que la menor era búlgara porque “debe ser considerado por el conjunto de los Estados miembros descendiente directo de ese ciudadano de , en el sentido de 2004/38, a efectos del ejercicio de los derechos conferidos en el artículo 21 TFUE, apartado 1, y los actos de Derecho derivado correspondientes”

En definitiva, como hace el Reglamento 2016/1191, del mismo modo que el TJUE en su Sentencia, la presentación en un Estado miembro de un documento público expedido por otro Estado miembro, de acuerdo a su legislación, es tratado como un procedimiento de remisión formal que obliga a su aceptación en otros Estados sin que ello suponga (art. 2.4) el “reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relativos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro”.

SEGUNDO, ya que las autoridades española determinaron el vínculo de filiación, “con arreglo al artículo 21 TFUE y a 2004/38, todos los Estados miembros deben reconocer a V.M.A. y K.D.K., como progenitoras de una ciudadana de

²⁹ *Vid.*, PÉREZ MILLA, J.J., 2021, op. cit.

³⁰ Su Considerando 3 dice: “De acuerdo con el principio de confianza mutua, y con objeto de facilitar la libre circulación de personas dentro de , el presente Reglamento debe establecer un sistema de mayor simplificación de los trámites administrativos para la circulación de determinados documentos públicos y de sus copias certificadas”

menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva”. Ello tiene como consecuencia que sus madres “puedan disponer de un documento que las mencione como personas habilitadas para viajar con la menor”. Es de notar que el Tribunal no genera obligaciones específicas en relación a este documento (qué autoridad lo debe expedir) aunque señala que “las autoridades del Estado miembro de acogida son las mejor situadas para expedir ese documento, que puede ser el certificado de nacimiento”.

TERCERO. En relación otra vez con la menor, “el artículo 4, apartado 3, de 2004/38 obliga a las autoridades búlgaras a expedir un documento de identidad o un pasaporte a S.D.K.A. con independencia de que se expida un nuevo certificado de nacimiento para la menor. Así pues, en la medida en que el Derecho búlgaro exige que se haya expedido un certificado de nacimiento búlgaro para expedir un documento de identidad o un pasaporte búlgaro, ese Estado miembro no puede invocar su Derecho nacional para negarse”.

El TJUE establece aquí los límites de circulación del Ciudadano de dejando claro que no obliga a las autoridades búlgaras a expedir un nuevo certificado de nacimiento pero sí que genera una obligación de resultado: hay que expedir de un documento identificativo y si es el Derecho búlgaro el que requiere un certificado de nacimiento (búlgaro) para expedir dicho documento de identidad o pasaporte, entonces este ordenamiento deberá ser aplicado de forma tal que, en todo caso, permita expedir el documento de identidad a la menor.

CUARTO. Aquí el Tribunal desarrolla una afirmación anterior (“ese Estado miembro no puede invocar su Derecho nacional para negarse”) y responde al Tribunal búlgaro remitente cuando pregunta si podrían negarse a expedir tal certificado sobre la base del art. 4.2 TUE.

El Tribunal recuerda los límites del DUE y, por tanto, de su competencia (“el estado civil de las personas... es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros.... No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de **de** circular y residir”). Ello se traduce en que “no supone que el Estado miembro del que es nacional la menor contemple en su Derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca, con fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de confiere a la menor, el vínculo de filiación entre ella y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades del Estado miembro de acogida”.

Dicho esto, en relación a la “eventual obligación de esas autoridades (búlgaras) de expedir un certificado de nacimiento” y si “podría menoscabar el orden público y la identidad nacional de de Bulgaria” aplica sin fisuras su doctrina *Coman*: “el concepto de ‘orden público’ como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto” y “solo puede

justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por ”; en este sentido, “sería contrario a los derechos fundamentales que los artículos 7 y 24 de (*respeto a la vida familiar e interés superior del menor, respectivamente*) garantizan al menor privarlo de la relación con uno de sus progenitores al ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros o hacerle el ejercicio de ese derecho imposible o excesivamente difícil en la práctica debido a que sus progenitores son del mismo sexo”.

III. VALORACIÓN QUE CONTINUARÁ...

La diferente doctrina que analiza estas u otras Sentencias del TJUE donde circulación de personas se conecta con la “vida familiar” de de parece tener un anhelo común que guía sus planteamiento: extender el reconocimiento del estado civil más allá del ejercicio de circulación³¹. Pero la cuestión es cómo conseguirlo o, incluso, si es posible.

Biagioni, en un contexto global, avala por la aplicación de la técnica del reconocimiento de derechos adquiridos o mediante la utilización de normas de conflicto³²; Blázquez Rodríguez³³ propone un difícil equilibrio entre el principio de reconocimiento mutuo de las situaciones de Estado Civil y el Orden Público de los Estados miembros; Jiménez Blanco otorga a la prueba documental del *status* (inscripción) trascendencia (eficacia) en otros Estados por la vía de su reconocimiento³⁴; Tryfonidou³⁵ afirma que el reconocimiento de la filiación a los efectos de circulación pero no a otros, “can amount to a breach of the fundamental

³¹ En consonancia con las Instituciones europeas (entre otras, Resolución del Parlamento europeo de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de los colectivos LGBTIQ, Estrategia para de las Personas LGBTIQ 2020-2025 que expresamente dice que “ impulsará el reconocimiento mutuo de las relaciones familiares en ”).

³² Vid., BIAGIONI, Giacomo (2022) “International Surrogacy and International Parentage: Hopes for a Global Solution” en VVAA, *A Guide to Global Private International Law*, pp. 573. Es de reseñar que sus propuestas las realiza para un “Derecho Global” y no solo de

³³ Vid., BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., 2017, op.cit., pp. 125 y 126. En un sentido similar, aunque utilizando el concepto de “efectos atenuados del Orden Público”, Vid. ORTIZ VIDAL, María Dolores (2020) “El derecho de residencia en de matrimonios entre personas del mismo sexo” en *Cuadernos europeos de Deusto*, 62, págs. 127-154 o introduciendo ahora la figura de “concepto autónomo”, Vid., REQUENA CASANOVA, Millán (2019) “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de : consecuencias del asunto ‘Coman y otros’” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, págs. 41-79.

³⁴ Vid., JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2018) “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado” en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 35, pp. 29 y 30.

³⁵ Vid., TRYFONIDOU, Alina, “The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ’s V.M.A. ruling” (accessible en <https://europeanlawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-eajs-v-m-a-ruling/>).

rights protected under the Charter and the CRC”, Meeusen³⁶ dice que el “reconocimiento funcional” de esta Sentencia significa que “the CJEU has embarked on a progressive path, with openness to diversity and new family forms, for the benefit of mobile Union citizens”; Rusinova³⁷ desea que “the laws of all Member States will in the near future be applied in a non-discriminatory manner and with respect for fundamental rights”.

Álvarez González³⁸, en un análisis de y de las Conclusiones, constata que “un todavía no suficiente desarrollado método de reconocimiento, en el que, precisamente por su indefinición(...)” causa “un fallo de cirugía de precisión que no ha querido trascender más de lo que considera estrictamente necesario (...)”, concluyendo que “la respuesta al alcance del reconocimiento de esta filiación homoparental (o de cualquier otra cuestión de estado) está en el paso del tiempo y/o en manos de la exclusiva voluntad del TJ”.

Si de la valoración se aparta la cuestión del “reconocimiento (¿mutuo?)” del estado civil, los logros alcanzados por el TJUE no dejan de ser magníficos: generar una doctrina potente y específica para el ámbito de circulación de personas que se extiende a su “vida familiar”; reinterpretar el DUE en función de esta doctrina generando consecuencias ciertamente dinámicas; establecer que los Derechos Humanos son el marco de referencia desde el que proyectar sus Fundamentos.

También remarca hasta donde se extienden los límites del DUE porque, como afirma (y *Coman*): “en el estado actual del Derecho de , el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de no restringe”.

En este último Fundamento el Tribunal no hace sino recordar que, “en el estado actual”, su interpretación está limitada por el respeto a la competencia de los Estados en la materia (otro Principio fundamental del DUE) y que este límite no es franqueable, al menos, en tanto no cambie el panorama normativo de sin obstar su interpretación conforme a los Principios y Objetivos del Derecho de el

³⁶ Vid., MEEUSEN, J., “Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Unión Citizens – Brief Comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment” (accessible en <https://epil.org/2022/02/03/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeus-pancharevo-judgment/>)

³⁷ Vid., RUSINOVA, N., “Recognition and Registration of Same-sex Parentage Established Abroad as Mission Impossible for the Bulgarian Authorities” (accessible en <https://epil.org/2021/04/14/recognition-and-registration-of-same-sex-parentage-established-abroad-as-mission-impossible-for-the-bulgarian-authorities/>)

³⁸ Vid., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (2022) “ europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda (o europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad) (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C- 490/ Pancharevo” en *Europa*, 102.

fondo, la afirmación del Tribunal solo refleja que no es objetivo actual del DUE que la determinación del estado civil de un ciudadano de (que se establece por la normativa de un Estado miembro) obtenga un reconocimiento automático en el resto de Estados.

Esta premisa también se observa en las Conclusiones de Juliane Kokott, aunque desde la perspectiva de la disparidad normativa de los Estados miembros: “desde el momento en que existe un elemento transfronterizo en una relación familiar, toda disposición nacional en materia de Derecho de familia puede constituir una restricción al artículo 21 TFUE, apartado 1, por el mero hecho de su divergencia respecto de la normativa de otro Estado miembro. Si, en el marco del examen de la justificación de tal restricción, el Tribunal de Justicia efectuara cada vez un control exhaustivo de la normativa nacional en función de y, en particular, de sus disposiciones relativas a las relaciones familiares —como los artículos 7 y 24—, esto tendría como consecuencia que todo el Derecho de familia nacional, incluida la expresión fundamental de las diferencias que debe respetar en virtud del artículo 4 TUE, apartado 2, debería ajustarse a una concepción uniforme de la política familiar que el Tribunal de Justicia establecería en su interpretación de dichas disposiciones./100. Tal interpretación sería además contraria al artículo 51, apartado 2, de , según el cual esta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de más allá de las competencias de ”.

La afirmación de los límites del DUE también tiene su reverso del que el Tribunal (en sus Sentencias *Coman y Pancherovo*) extrae dos consecuencias nucleares para su doctrina dinámica. La primera está relacionada con una restricción que se fundamente en el art. 4.2 TUE (Orden Público e Identidad Nacional) a la que el Tribunal no le otorga ninguna categoría especial sino que es tratada como cualquier otra restricción estatal al ejercicio de una Libertad Fundamental cuya interpretación es restrictiva y, en particular, “solo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por ”.

La segunda muestra que el *modus operandi* del Tribunal no recorre el camino del “reconocimiento mutuo” del estado civil sino otro distinto y más adecuado que exige su reconocimiento solo a los efectos del DUE (reconocimiento parcial); como expresa el TJUE, “reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que esta pueda ejercer sus derechos derivados del artículo 21 TFUE y de los actos de Derecho derivado correspondientes”.

Las consecuencias que se derivan del “estado civil” de un sujeto (tanto Ciudadano de como de un Estado tercero) funcionan como un tándem mecánico en el ámbito de : el *status* (cónyuge, pareja, parentabilidad o identidad sexual entre otros) se determina de conformidad de la legislación de un Estado particular y ese “estado civil” debe ser reconocido por los demás Estados miembros, exclusivamente a los efectos de aplicación del DUE (reconocimiento parcial), sin que

ello suponga el reconocimiento de los efectos jurídicos que determine la legislación estatal donde se ha originado el *status*.

El modo de proceder observado en comentadas es el mismo que existe en los distintos Reglamentos (de “vida familiar”) que tienen en común no regular el “estado civil” (por pertenecer al ámbito competencial de los Estados miembros) ni el reconocimiento del vínculo familiar, pero sí establecer el reconocimiento de dicho *status* a los efectos de aplicación del Reglamento correspondiente. Los ejemplos muestran este núcleo común en el DUE:

- el Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019 no es aplicable “a la determinación y a la impugnación de la filiación” (art. 1.4.a) pero, determinada la parentabilidad por un ordenamiento estatal, se aplicarán las normas sobre responsabilidad parental del Reglamento.
- El Reglamento 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 “no debe aplicarse a otras cuestiones preliminares, tales como la existencia, validez o reconocimiento de la unión registrada” y “El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas en virtud del presente Reglamento no deben implicar en modo alguno el reconocimiento de la unión registrada que dio lugar a la resolución” (Cdos. 21 y 63, respectivamente). Pero en su regulación, se “reconoce” la unión registrada a los efectos patrimoniales que establece el Reglamento, que incluso incluye una cláusula específica que permite descartar de un Tribunal de un Estado si “considera que en su Derecho no está reconocida la institución de la unión registrada” (art. 9.1).
- El art. 1.2.b del Reglamento 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016 excluye “la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio” y la aplicabilidad del Reglamento “no deben implicar en modo alguno el reconocimiento del matrimonio que dio lugar a la resolución” (Cdo 64).
- El Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012 excluye “el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables” pero establece por ejemplo que *successionis* rige “los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites” (art. 24.2.b).
- Como resultado de una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial, el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 excluye de su ámbito de aplicación “la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio” (art. 1.2.b) y es el único que recoge una cláusula específica de no reconocimiento: “Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de

un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento” (art. 13).

- El art. 22 del Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008 expresa que los efectos que se deriven del Reglamento, “no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos”³⁹.

Como si del principio de reconocimiento mutuo se tratara, este “reconocimiento parcial” es mecánico ya que el Tribunal no valora cómo los Estados otorgan dicho *status* sino que lo acepta, detrae las consecuencias correspondientes y al resto de Estados solo le queda su reconocimiento sin que pueda ser condicionado por otras consideraciones (como, en el asunto *Pancharevo*, el ser o no la madre biológica): “Ha quedado acreditado que, en el asunto principal, las autoridades españolas determinaron legalmente la existencia de un vínculo de filiación, biológico o jurídico, entre S. D. K. A. y sus dos progenitoras, V. M. A. y K. D. K., y así lo hicieron constar en el certificado de nacimiento expedido a su hija. En consecuencia, con arreglo al artículo 21 TFUE y a 2004/38, todos los Estados miembros deben reconocer a V. M. A. y K. D. K., como progenitoras de una ciudadana de menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho”. Late en los planteamientos del Tribunal de Justicia un Principio Fundamental de como es la confianza mutua entre los Estados miembros.

Sin duda, un reconocimiento parcial así planteado resulta ser el colofón que corona una doctrina dinámica del TJUE que se extiende desde circulación de personas para abarcar la totalidad del DUE⁴⁰ y, en particular los distintos Reglamentos que han armonizado las normas sobre conflictos de leyes en materias de Derecho privado (“civil y mercantil” y, específicamente, familia y sucesiones).

Es cierto que el reconocimiento solo es parcial y habrá efectos que escapen del DUE (inscripción de la filiación en otro Estado o del matrimonio o la pareja, etc.) por ello el modelo es susceptible de generar situaciones claudicantes (filiación configurada en un Estado pero no reconocida en otro en todos sus efectos) o cargas excesivas ya que no existe un único método de reconocimiento de la “vida familiar” sino que este es parcial, en función de la normativa europea correspondiente.

Pero también es cierto que esta materia es (y probablemente seguirá siendo) competencia de los Estados miembros. Por ello tal vez sería conveniente

³⁹ El Protocolo de sobre aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007, al que remite el Reglamento, también expresa (art. 1.2) que “Las decisiones dictadas en aplicación del presente Protocolo no prejuzgan la existencia de alguna de las relaciones previstas en el apartado .

⁴⁰ Cuyo ejemplo evidente es el art. 2.4 R. 2016/1191.

recordar a las legisladoras y los legisladores de esos Estados que forman parte de que, si bien pueden dictar autónomamente Leyes nacionales que configuran el estado civil de un sujeto, no estaría de más una cierta lealtad con la comunidad común, , que evitase normativas excesivamente extremas tanto cuando se rechazan situaciones de vida familiar asentadas como Derecho Humano (parejas) como aquellas que permitan un *status* marcadamente voluntarista o alejado de hechos biológicos.

No es tanto la desarmonía de las Legislaciones de los Estados miembros como el radicalismo ideológico de algunas normativas lo que puede conllevar la quiebra del “reconocimiento parcial” (a efectos del DUE) de un estado civil estatal que es un eje fundamental de dinámica del TJUE. Y con ello no se hace referencia a una ruptura fáctica como la ocurrida con *Coman* donde Rumanía se niega a aplicar las consideraciones del TJUE⁴¹ sino a que el mecanismo de reconocimiento parcial debe operar con los límites nacionales (Orden Público o Identidad nacional) y considero que serán estos límites, a pesar de su interpretación muy estricta en el ámbito del DUE, los que marcarán la actuación del Tribunal de Justicia en el momento en el que sobre Derechos Humanos quede afectada.

Para explicar lo anterior, dos ejemplos que pueden ilustrar mejor en qué momento el TJUE deberá (o debería) valorar si una mera aplicación mecánica del reconocimiento parcial del *status* sigue estando justificado o si tendrá que analizar las normas nacionales sobre determinación de *status* por si suponen una vulneración del Orden público o Identidad nacional de otro Estado miembro.

En un caso paralelo a *Pancharevo*⁴², si las autoridades del Estado receptor plantearan que su “Orden público o Identidad nacional” consiste en responder a un principio de verdad biológica y que este se vulnera por fórmulas como las del ordenamiento jurídico español que genera una filiación en situaciones de doble maternidad sin considerar ni la situación de reproducción asistida ni los vínculos biológicos con las madres, entonces el TJUE se vería abocado a valorar la atribución del *status* por un ordenamiento estatal y su reconocimiento por otro Estado miembro considerando si los parámetros de una filiación biológica puede formar parte del “Orden Público” de un Estado.

Es posible que el Tribunal pueda mantener aquí su modelo mecánico porque ya lo ha anunciado de soslayo en (“la existencia de un vínculo de filiación, biológico o jurídico..., todos los Estados miembros deben reconocer...”) y porque las alegaciones de los Estados de querer establecer una filiación automática por la mera aplicación de presunciones jurídicas o su rechazo cuando la filiación no se base en una certeza biológica no tienen, ni una ni otra, respaldo en el plano de

⁴¹ *Vid.*, nota 19.

⁴² Por ejemplo en el todavía no resuelto Asunto C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich.

los Derechos Humanos. En esta zona gris, Principios como el de confianza mutua entre los Estados miembros o la interpretación restrictiva de las excepciones a circulación de personas pueden seguir fundamentando una solución meramente mecánica; aunque también es posible que el TJUE se decida a responder finalmente a la pregunta del Tribunal remitente que quedó en el limbo: “¿Debe interpretarse el artículo 4 TUE, apartado 2, en el sentido de que los Estados miembros pueden exigir que se aporten datos sobre la filiación biológica de la menor?”

El segundo ejemplo tensa más el modelo de reconocimiento parcial del estado civil en y puede marcar sus límites: la existencia de una norma nacional (otra vez española) donde la identidad sexual de un sujeto, incluso de un menor, es absolutamente voluntaria (autodeterminación de género)⁴³ es susceptible de originar una Inscripción registral donde el género no coincida con el sexo del sujeto. Un *status* así generado en un Estado es susceptible de vulnerar el Orden Público y nacional de otros Estados de en un doble sentido.

Primero, respecto de aquellos Estados miembros que no reconocen la autodeterminación voluntaria por lo que podrían activar la excepción al reconocimiento (Orden Público e Identidad nacional) por la no coincidencia entre biología e Inscripción registral (sexo y género). Se ha visto en el caso *Pancharevo* que el TJUE considera que el reconocimiento parcial puede actuar sin estar condicionado por razones de “verdad biológica” en un caso de maternidad; sin embargo, la biología sería el elemento central en un hipotético supuesto sobre identidad de género y el Tribunal debería pronunciarse expresamente.

Segundo, siguiendo con el mismo supuesto de autodeterminación de género aunque centrado ahora en menores, existen Estados miembros que reconocen la determinación voluntaria del género pero someten el cambio de identidad de menores a ciertos controles (informes médicos, etc.) que tienen como objetivo asegurar el interés superior del menor; sin embargo, el modelo español es (en el Proyecto de Ley) extremadamente voluntarista con la prohibición expresa de tales informes (art. 37). Ante esta desarmonía ¿el Tribunal va a mantener su mecánica de reconocimiento parcial o lo va a excepcionar por razones de Orden Público y de Identidad nacional de otro Estado miembro cuando se fundamentan en un Derecho Humano reconocido como es la protección y el interés de la o del menor?

Continuará...

⁴³ Proyecto de Ley para y Efectiva de las Personas Trans y para de los Derechos de las Personas LGTBI (aprobado en Consejo de Ministros el 27 de Junio de 2022)

III. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA

2. COMUNICACIONES

Gerardo Aguas Valero: *Ectogénesis y filiación*

ECTOGENESIS Y FILIACIÓN

GERARDO AGUAS VALERO

Graduado en Derecho

SUMARIO: I CUESTIONES PREVIAS II CONCEPTO III ORIGEN Y EVOLUCIÓN IV RÉGIMEN JURÍDICO V LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN VI CONCLUSIÓN

«Lenina tuvo que enfrentarse con los horrores de Malpaís sin ayuda alguna. Y los horrores se sucedieron a sus ojos rápidamente, sin descanso. El espectáculo de dos mujeres jóvenes que amantaban a sus hijos con su pecho la sonrojó y la obligó a apartar el rostro. En toda su vida no había visto jamás indecencia como aquella. Lo peor era que, en lugar de ignorarlo delicadamente, Bernard no cesaba de formular comentarios sobre aquella repugnante escena vivípara» [...]

Este fragmento, de la novela *Un mundo feliz*, resume la particular y, quizá apocalíptica, visión de Aldous Huxley sobre una sociedad distópica que, en busca de la felicidad, desarrolla un sistema de castas en los que los individuos son gestados mediante técnicas eugenésicas y vienen al mundo mediante un procedimiento denominado ectogénesis.

I. CUESTIONES PREVIAS

Cada año se producen en el mundo más de 15 millones de nacimientos de forma prematura. Si bien, gracias a los avances científicos la tasa de mortalidad de los recién nacidos se ha reducido considerablemente, alrededor de 1 millón de esos niños no sobrevivirá finalmente¹.

Consciente de la magnitud del problema, la comunidad científica lucha de forma incansable buscando soluciones que supongan, a la postre, un incremento en la tasa de supervivencia.

Siendo innegables los beneficios sociales de los sistemas que permiten el desarrollo de la vida -cuando el nacimiento se ha producido prematuramente- los últimos avances en la materia suscitan importantes recelos; actualmente se está trabajando en sistemas artificiales que permiten llevar a término la gestación de forma cada vez más temprana y esto nos plantea interrogantes sobre las

¹ Fuente: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preterm-birth>. Consulta realizada el 4 de noviembre de 2021

repercusiones derivadas de un mecanismo que llegara a sustituir la maternidad biológica.

Si tenemos en cuenta que nuestro marco jurídico solo contempla la gestación tal y como la conocemos actualmente y que en la ectogénesis el desarrollo del niño se produce dentro de un útero artificial podemos comenzar a vislumbrar el desajuste jurídico que produciría la eventual implantación de este revolucionario avance científico.

A lo largo las siguientes líneas pretendo realizar un análisis doctrinal sobre las repercusiones que, en el ámbito del Derecho, conllevaría la gestación en un sistema artificial y, de ese modo, arrojar un poco de luz sobre un asunto que, aunque parezca ciencia ficción, puede ser una realidad antes de lo que pensamos.

Ante la pregunta formulada al catedrático Carlos Simón Vallés, sobre la posibilidad de realizar un trasplante de útero a determinadas pacientes con problemas en el «espacio preconcepcional», contestó: «la investigación tiende a la ectogénesis²».

II. CONCEPTO

Ectogénesis: del griego *ekto* -exterior- y génesis -nacimiento u origen-.

El término fue utilizado por primera vez por el genetista y biólogo John Burdon Sanderson Haldane en un artículo publicado para la Revista de Occidente.

Este ilustre científico está considerado el padre de las teorías modernas sobre el origen de la vida y entre otros muchos méritos académicos figura la obtención en 1952 de la medalla Darwin, otorgada por la *Royal Society of London for Improving Natural Knowledge*.

En su controvertido artículo, el Sr. Burdon adelantaba su particular visión sobre cómo solventar la eventual existencia de un útero incapaz de llevar a término el embarazo.

Si bien sus palabras denotaban cierto pesimismo, significaron el avance de su posterior obra, *Daedalus, or Science and the Future*, e inspiraron a Aldoux Huxley, autor del citado libro *Un mundo feliz*.

Con la ectogénesis se pretende que un organismo se desarrolle en un ambiente artificial desde los primeros estadios de la gestación. Se trata por tanto de una técnica que logra la implantación y desarrollo del óvulo fecundado -mediante las técnicas de inseminación artificial- en un dispositivo diseñado para tal efecto.

² Fuente: <https://www.diariomedico.com/medicina/ginecologia/la-investigacion-tiende-laectogenesis.html>. Consulta realizada el 6 de noviembre de 2021

Podemos, *grosso modo*, afirmar que dos motivos impelen el desarrollo de la ectogénesis:

- El individuo gestado no es capaz de mantenerse con vida el tiempo suficiente, ya sea de forma autónoma o con ayuda de las actuales técnicas de incubación neonatal.
- Existe una incapacidad de llevar a término la gestación por causas relacionadas con una disfunción congénita propia del organismo materno.

En ambos supuestos no estamos ante una incapacidad relacionada con la infertilidad humana -derivada de una alteración de la secuencia de ADN- sino como consecuencia de la imposibilidad fisiológica de completar con éxito la gestación.

Aunque en la actualidad esta técnica se encuentra en fase de desarrollo, limitado entre otras por causas científicas y normativas, es interesante realizar un pequeño recorrido por los hitos que se han ido sucediendo en la materia, de este modo estaremos en disposición de analizar la dimensión y futuras consecuencias dimanantes de esta innovadora y polémica técnica gestacional.

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

- En el año 1923, el genetista británico John Burdon Sanderson Haldane sugiere, en un artículo publicado en la Revista de Occidente, la posibilidad del desarrollo de vida en un útero diseñado por el hombre, prediciendo en su posterior obra *Daedalus, or Science and the Future* que, en el año 2074, solo un 30 por ciento de los nacimientos se produciría de forma natural³.
- En 1988 el equipo del doctor Yoshinori Kuwabara, lograría mantener con vida el feto de una cabra introduciéndolo en el interior de un útero artificial⁴.
- El biólogo francés y experto en bioética Henri Atlan publica su libro *L'Uterus Artificiel*⁵ en el año 2005. A lo largo de sus páginas se recoge su percepción sobre las implicaciones sociales que la ectogénesis tendrá en un futuro y, en particular, los cambios que se producirán en un asunto que, actualmente, está sometido a los consabidos imperativos biológicos.

³ Haldane, J.B.S., *Daedalus, or Science and the Future*, A Paper read to the Heretics, Cambridge, 4 de Feb. De 1923. London, 1924, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co.

⁴ Fuente: https://elpais.com/diario/1988/07/11/sociedad/584575205_850215.html. [Consulta realizada el 10 de noviembre de 2021](#)

⁵ Atlan, H, *L'Uterus artificiel*, 2005, París, Ed.Seuil

- Un grupo de científicos del Port Stephens Fisheries Institute⁶, en el año 2011 y tras innumerables pruebas, ponen en funcionamiento un útero artificial -una especie de pecera- en el que las crías de tiburón nodriza pueden desarrollarse completamente.
- En 2016, un grupo de investigadores de la Universidad de Cambridge cuyos estudios están relacionados con la implantación humana y la morfogénesis temprana logra mantener un embrión humano con vida durante 13 días en una solución de nutrientes. Su experimento finalizó al enfrentarse al límite ético internacional de 14 días⁷.
- En el año 2017, científicos del Hospital Infantil de Filadelfia diseñan y ponen en funcionamiento un sistema que reproduce el útero y con el que se logró mantener la circulación estable de determinados animales, evolucionando favorablemente⁸.
- En 2019, la diseñadora holandesa Lisa Mandemaker -una de las 100 mujeres más influyentes de todo el mundo, según la BBC⁹- en colaboración con un equipo médico del hospital universitario Maxima Medical Centre holandés, presentó un prototipo de útero artificial que, según afirman, estará preparado para entrar en funcionamiento en los próximos diez años¹⁰.
- La Fundación La Caixa impulsa en el año 2020 un proyecto europeo de placenta artificial con la que pretenden mantener al neonato en un entorno similar al útero materno¹¹.
- Un grupo de científicos israelitas logran en el año 2021 crear un útero artificial en el que se desarrollan embriones de ratón, convirtiéndose en fetos con los órganos completamente formados¹².
- El pasado mes de febrero, un equipo de científicos del Instituto de Ingeniería y Tecnología Biomédica de Shuzou, de China, aseguraron disponer

⁶ Fuente: <https://www.wired.com/2011/09/artificial-shark-uterus/>. Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

⁷ Fuente: <https://www.nature.com/articles/ncb3347> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

⁸ Fuente: <https://doi.org/10.1038/ncomms15112> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

⁹ Fuente: <https://www.bbc.com/news/world-50042279> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

¹⁰ Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50068965> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

¹¹ Fuente: <https://prensa.fundacionlacaixa.org/es/2020/12/03/la-fundacion-la-caixa-impulsa-el-primer-gran-proyecto-europeo-de-placenta-artificial/> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

¹² Fuente: <https://www.nature.com/articles/s41586-021-03416-3> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2021

de un útero artificial y de la tecnología para la vigilancia del desarrollo del feto mediante inteligencia artificial¹³.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

Hemos de advertir, con carácter previo, que resulta un trabajo ímprobo localizar una normativa reguladora en una materia que, en la actualidad, se encuentra en sus albores. En palabras de SESTA¹⁴, el legislador se encuentra ante un doble reto, por un lado, considerar lícita o ilícita una práctica de reproducción asistida y por otro, el modo en el que se va a atribuir la filiación al ser humano gestado.

En relación con la primera de las cuestiones, la legislación de los Estados dista mucho de ser homogénea; países como Hungría o Suiza cuentan con un marco jurídico muy restrictivo y en otros, como Países Bajos o el Reino Unido, existen incluso largas listas de espera para someterse a los diversos tratamientos.

El nacimiento en 1978 de Louise Brown -primer bebé probeta- supuso el verdadero punto de inflexión en la materia; la sociedad va a tomar conciencia de la necesidad de disponer de un marco normativo que regulara unas técnicas de reproducción -ignotas hasta la fecha- preservando al mismo tiempo los derechos fundamentales del ser humano.

En España la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, supone el primer paso del legislador hacia la ordenación de una disciplina científica totalmente desconocida hasta ese momento.

El pionero cuerpo normativo ya contenía entre sus preceptos la referencia a la gestación realizada mediante úteros artificiales, considerándose su utilización una infracción grave.

La vigente Ley 14/2006, evita el uso del término «ectogénesis», limitándose en su Anexo a enumerar las técnicas de reproducción permitidas -inseminación artificial, fecundación in vitro y transferencia intratubárica de gametos- remitiéndonos a la Comisión Nacional de Reproducción Humana como organismo asesor y orientador en la materia. Esta institución será, en todo caso, la encargada de redactar un informe favorable antes de que las autoridades puedan autorizar una técnica no contemplada en el citado Anexo.

¹³ Fuente: https://www.abc.es/sociedad/abci-embryones-futuro-china-uteros-sinteticos-supervisados-inteligencia-artificial-202202152023_noticia.html. Consulta realizada el 1 de marzo de 2022

¹⁴ SESTA, MICHELE, «Filiazione», en *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, 2002, tomo 4, Milán, Giuffrè, , p. 594.

Por otra parte, cualquier experimento relacionado con la reproducción artificial -en especial el que nos ocupa- se enfrenta además a otro escollo normativo: la regla de los 14 días¹⁵. Esta norma -aceptada por la mayor parte de la comunidad científica internacional- y que forma parte de la legislación de varios Estados -entre ellos España- impide mantener en cultivo embriones humanos más allá de dicho lapso temporal y por ende el desarrollo completo de la ectogénesis humana.

Es momento de abordar la segunda de las cuestiones: el régimen de filiación. Si bien nuestro Código Civil es la norma de referencia, la Ley 14/2006, recoge una serie de especialidades cuando en la gestación ha intervenido una técnica de reproducción asistida.

Aunque no existe un marco normativo *ad hoc* que regule el régimen de filiación de la técnica gestacional abordada, es interesante analizar el tratamiento que le da la citada ley a la reproducción asistida ya que, en una gestación realizada mediante ectogénesis, habrá intervenido, en todo caso, una técnica de fecundación artificial.

En estos supuestos, la determinación de la filiación está generalmente relacionada con dos cuestiones: el origen de los gametos masculinos y el estado civil de la madre.

La ley resuelve la prolija casuística del siguiente modo:

- En caso de utilizar gametos de la pareja estable o del marido -mediando su autorización expresa- se presume, en todo caso, su filiación.
- La inexistencia de un vínculo marital o de una pareja estable supondrá -respecto del padre- determinar su filiación -siempre que se hayan utilizado sus células reproductoras- mediante reconocimiento o por sentencia firme. En el supuesto de que las células no provengan del varón, será necesario que haya prestado su consentimiento a la inseminación, de lo contrario éste podrá ejercer la impugnación de la paternidad si demuestra que se realizó sin su consentimiento.
- Si la madre es soltera y los gametos pertenecen a un padre anónimo, solo se determinará la filiación respecto de ésta.

Además, la norma dispone lo siguiente:

- Tras prestar su consentimiento, ni la mujer progenitora ni su marido, pueden impugnar una gestación en la que han intervenido donantes, *vid.* artículo 8.1

¹⁵ Informe HEW *Support of Research Involving Human In Vitro Fertilization and Embryo Transfer*. Disponible en: <https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/559350>

- Si la mujer está casada con otra mujer, ésta última podrá consentir en que se determine su filiación sobre el nacido de su cónyuge, *vid.* artículo 7.3
- En ningún caso el eventual descubrimiento del donante determinará legalmente la filiación, *vid.* artículo 8.3 y 5.5
- La filiación materna está determinada por el parto, siendo nulo de pleno derecho cualquier contrato relacionado con la gestación por sustitución, *vid.* artículo 10.2

Del análisis de todo lo anterior podemos concluir que la utilización de estas técnicas reproductivas nos adentra en un régimen de filiación, como sostiene LAMM¹⁶, en el que el vínculo biológico -tan presente en la gestación tradicional- se ha ido desdibujando a favor de una filiación en la que prevalece finalmente la voluntad del sujeto.

V. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Considero necesario aludir a una polémica práctica sobre la que la eventual implantación de la ectogénesis incidiría especialmente: la gestación por sustitución.

Este método de reproducción asistida consiste en un acuerdo suscrito mediante un contrato -en el que habitualmente existe una contraprestación económica - por el que una mujer renuncia a la filiación del niño que ha gestado, en favor de un tercero que se convertirá en su progenitor legal.

No vamos a detenernos en las implicaciones morales y económicas de esta técnica, pero resulta paradójico que, aun estando prohibida en nuestro país, más de veinte empresas ofrezcan todos los servicios necesarios para llevarla a cabo y más de 1.400 niños, gestados en el extranjero, hayan sido inscritos en nuestro Registro Civil¹⁷.

Aunque la Ley 14/2006 prohíbe expresamente cualquier tipo de contrato por el que se convenga una gestación, esta práctica sigue provocando situaciones muy controvertidas; recientemente el Tribunal Supremo español ha rechazado el fallo previo de la Audiencia Provincial de Madrid que había permitido la inscripción en el Registro Civil de un niño gestado mediante esta técnica gestacional. La

¹⁶ Lamm E, La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Rev. Bioética y Derecho* no.24, Barcelona, ene. 2012

¹⁷ Fuente: https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html#:~:text=la%20tendencia%20se%20mantiene%20estable,en%20algunos%20lugares%20como%20M%C3%A9xico. Consulta realizada el 2 de abril de 2022.

Audiencia determinaba en su sentencia que, tras haber transcurrido siete años desde el nacimiento, el niño podía adquirir la filiación mediante la posesión de estado -institución contemplada en nuestro Código Civil-. Finalmente, el alto tribunal -corrigiendo el fallo previo- considerará que la adopción será el modo vía por el que se determinará la filiación respecto de la madre.

Tras el análisis de esta y anteriores sentencias, llegamos a la conclusión de que, si bien la gestación por sustitución está prohibida por nuestra legislación, en la práctica está contemplada *de facto*, permitiéndose -por el bien superior del menor- establecer su filiación.

VI. CONCLUSIÓN

«Hoy las ciencias adelantan que es una barbaridad [...]», esta popular frase resume el devenir de una rama del saber humano que ha experimentado una colosal transformación en los últimos tiempos, proveyéndonos de técnicas consideradas quiméricas hace tan solo unos años.

Aunque Haldane erró al vaticinar que la revolución económico-social del siglo XXI se situaría en la órbita de la biología y, según hemos podido comprobar, el protagonismo ha recaído finalmente sobre la informática y las telecomunicaciones, es innegable el enorme impacto que para nuestra comunidad supondría la eventual implantación de la ectogénesis como técnica gestacional. Por tanto, excede de mis habilidades cognitivas prever todas consecuencias de su implantación definitiva, resultando más sencillo enumerar los ámbitos que no se verían afectados que pretender lo contrario.

En un plano estrictamente fisiológico, son evidentes las ventajas para el *nasciturus* y están relacionadas con el incremento en los índices de supervivencia en los casos de partos prematuros, pero la ausencia del vínculo físico maternofilial también impediría la transferencia biológica que se produce entre los organismos -el denominado «diálogo molecular»- y que podría tener importantes consecuencias en la relación madre-hijo. Según concluyó WINNICOTT¹⁸ la sensibilidad emocional que desarrollan las madres conforme avanza el embarazo es necesaria para que la madre se ponga en el lugar del niño y afronte finalmente su cuidado.

Considero vital, por tanto, distinguir entre la incapacidad biológica para gestar o la utilización de esta técnica atendiendo a razones de edad, laborales o estéticos en los que subyace, a mi entender, un hedonismo egoísta.

¹⁸ Lacruz Navas J, Donald Winnicott: vocabulario esencial, Zaragoza, 2011, Mira Editores

En cuanto al régimen de filiación, la llegada esta técnica provocaría un desajuste jurídico que, a falta de una regulación *ad hoc*, se resolverá finalmente mediante la tradicional fórmula autocrática: los hijos serán de quien decida el Estado que sean.

Nos encontramos ante una práctica que no solo revolucionará el modo en el que somos gestados, sino que probablemente transformará nuestra visión filosófica sobre el ser humano, el modo en el que nos relacionamos e incluso las estructuras familiares.

El legislador deberá articular un marco jurídico -impregnado de criterios éticos- que impida la implantación de una «sociedad feliz» como la descrita en su libro por Aldous Huxley.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com