

Homenaje a Augusto Ferrero Costa



En el año próximo pasado se produjo la desaparición física del magnífico jurista Augusto Ferrero Costa quien nos honró, poniendo a disposición de la *Revista Internacionalización del Derecho*, su dedicada inteligencia, al integrar el Comité Científico de Árbitros.

Como jurista sobresalió, en el ámbito de su país, sus trascendentes presidencias de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Peruana de Ciencias Morales y Políticas. En el ámbito internacional se destacó como miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, como así también como miembro correspondiente

de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de ese país. Fue miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Además, se desempeñó como jurado para la selección de catedráticos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En su trayectoria académica se destacó como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y como Vicerector de la misma Universidad.

En el ámbito político institucional fue Embajador del Perú en Italia y Magistrado del Tribunal Constitucional, del que fue primer vicepresidente y luego presidente.

Su “Tratado de Sucesiones” mereció el elogio público de los más destacados juristas internacionales, entre ellos, Pietro Rescigno, Luis Díez-Picazo y Ponce de León; Diego Espín Cánovas; Guillermo A. Borda; Carlos Fernández Sessarego; entre otros.

Ciertamente Augusto Ferrero Costa expuso muchos talentos y pasiones, arraigados en su sentido de comunidad, que lo han mostrado como una figura cuya obra trascendió el ámbito de su país para beneficiar el interés general internacional.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/334/2024

La previsibilidad de los daños en la Convención de Viena (¿y no solo?) (*)



Mauro Tescaro



Doctor en investigación del “Derecho Privado Europeo de las Relaciones Patrimoniales” (en el año 2006, tutor Prof. Alessio Zaccaria), invitado para investigaciones y/o docencia en universidades y organismos académicos de España, Francia, Austria, Alemania, Reino Unido, China, Brasil y Estados Unidos de América, miembro del Consejo Docente del Doctorado italo-alemán en “Recht und Rechtsdurchsetzung in Europa”, promotor del Doctorado italo-brasileño en “Derecho, cambios y tecnologías en los continentes europeo y americano”, Académico Pleno de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones, miembro del Comité Científico del Observatorio de las Personas y las Familias del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos (CSGLA) de la Universidad de Roma “Tor Vergata” y Profesor Asociado —con calificación científica nacional como profesor titular— de derecho privado de la Universidad de Verona.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El art. 74 de la CISG y la necesidad de una interpretación no nacionalista pero autónoma.— III. La justificación de la norma.— IV. La ausencia de referencia al dolo del deudor.— V. Medición y objeto de previsibilidad.— VI. El tiempo de referencia para el juicio de previsibilidad.— VII. La distribución de la carga de la prueba.— VIII. Conclusiones: ¿un modelo plausible incluso fuera del ámbito de aplicación de la CISG?

I. Introducción

El presente trabajo pretende examinar las directrices presentes a nivel internacional respecto de la norma sobre la previsibilidad del daño a que se refiere el art. 74 de la Convención de Viena de 1980 (CISG), que (1) establece que “La indemnización por daño no puede ser mayor que la pérdida que la parte incumplidora había previsto o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias... que entonces conoció o debería haber conocido como posible consecuencia del incumplimiento”.

Un estudio de este tipo es interesante para la aplicación de la CISG en países, como Italia y Argentina, en los que está en vigor, pero podría presentar una razón adicional de utilidad. Si en lo que respecta a la CISG emergen orientaciones internacionalmente dominantes y dotadas de una racionalidad intrínseca, podrían imponerse también fuera del ámbito de aplicación de la Convención, es decir, en lo que respecta a la interpretación de una única ley interna (2), tal vez incluso la de la Argentina. Sin embargo, obviamente esto solo podrá ocurrir después de que se haya verificado cuidadosamente la compatibilidad de dichas directrices con las formulaciones literales y los principios ge-

nerales del derecho interno pertinente. Veremos sobre esta cuestión en el momento de las conclusiones.

II. El art. 74 de la CISG y la necesidad de una interpretación no nacionalista pero autónoma

Respecto, en primer lugar, al origen histórico del art. 74 de la CISG, no faltan opiniones divergentes.

Según una orientación que se encuentra sobre todo en la jurisprudencia norteamericana (pero no solo en ella), la norma tiene, de hecho, sus raíces en la tradición del *common law* y especialmente en el famoso precedente *Hadley vs. Baxendale*.

Sin embargo, ha quedado ampliamente demostrado (3) cómo, dicha tradición e incluso dicho precedente, han sido, por el contrario, significativamente influidos por las elaboraciones de Pothier y por la experiencia jurídica francesa.

Teniendo esto presente y considerando las diversas diferencias disciplinarias entre la norma de *Hadley vs. Baxendale* y el art. 74 de la CISG (4), no es posible argumentar que los redactores de la Convención desearan exclusivamente una interpretación “nacional”

del concepto de previsibilidad, a la luz de la ley inglesa o estadounidense.

De hecho, como excepción al deber general de interpretar la CISG de forma autónoma, el recurso a la vía de interpretación “nacional” para la exégesis de un concepto, es admisible solo cuando de la historia legislativa se desprende claramente que los redactores de la Convención tenían la intención de adoptar, para interpretar esa norma, ese sentido “nacional”, sin embargo, el simple hecho de que la terminología de una disposición de la CISG corresponda, total o parcialmente, a la de una disposición nacional, no puede ser suficiente para que sea interpretada de la misma manera.

Nuestro concepto, por tanto, como la mayoría de los demás contenidos en la Convención debe interpretarse respetando su “carácter internacional”, como exige el art. 7º, párrafo primero, es decir de forma no “nacionalista” sino “autónoma”. Una sentencia ejemplar del Tribunal de Forlì se basó exactamente en esta línea de pensamiento (5).

III. La justificación de la norma

En cuanto a la razón que justifica la norma sobre previsibilidad del daño a que se refiere el art. 74 de la CISG, si bien no faltan recons-

trucciones doctrinales particulares, existe sin duda una orientación internacionalmente dominante.

En primer lugar, si bien se habla, en la introducción del tema, de una limitación de la responsabilidad que se aparta del principio —deducible de la primera parte del art. 74, CISG— de la reparación integral del daño, que también podría sugerir una regla excepcional, se suele argumentar, sin embargo, que tal marco solo impone un “ausgewogene Balance zwischen den Interessen des Gläubigers und jenen des Schuldners” o sea, un justo equilibrio entre los intereses del acreedor y los del deudor (6).

Dicho esto, la tesis dominante defiende una función de asignación de riesgos de la transacción según la cual sería justo y razonable limitar la responsabilidad por incumplimiento a los daños previsibles en el momento del establecimiento de la relación, es decir, de la conclusión del contrato. La razón es que la parte que posteriormente incumplió pudo, o al menos pudo, en ese momento, haber tenido en cuenta el riesgo que habría corrido y comportarse en consecuencia para protegerse, asegurándose, solicitando una contraprestación mayor o, en su caso, como máximo, renunciando a la operación (7).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El trabajo reproduce, con algunas ampliaciones y con el agregado de un conjunto esencial de notas, un Informe de la Conferencia Internacional “La codificación argentina: influencia europea y particularmente italiana”, celebrada el 19 de octubre de 2023 en el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos - (CSGLA) de la Universidad de Roma “Tor Vergata” en colaboración con el Máster de II nivel en “Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Contemporáneos”.

(1) Tras precisar que “la indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de un contrato por parte de una parte contratante consiste en una suma igual a la

pérdida, incluido el lucro cesante, sufrida por la otra parte contratante como consecuencia del incumplimiento”.

(2) Por ejemplo, la italiana, como intentó demostrar el escritor en TESCARO, Mauro “La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di Vienna”, en *Contratto e impresa/Europa*, 2014, ps. 690 y ss., al que también se hace referencia para citas doctrinales y jurisprudenciales más detalladas.

(3) FERRARI, Franco, *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, en 53 *Louisiana Law Review*, 1993, ps. 318 y ss.; Id., “Prevedibilità del danno e contemplation rule”, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 763 y ss.; Id., “Hadley v Baxendale v Foreseeability

under Article 74 CISG”, en *Contract damages. Domestic and international perspectives*, editado por Ralph Huntington y Djakhongir Saidov, Oxford, 2008, ps. 305 y sigs.; Id., “Hadley v. Baxendale. La prevedibilità dell’art. 74 CISG”, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, dirigido por Giovanna Visintini, III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padua, 2009, p. 365 y ss.

(4) V. FERRARI, Franco, op. último cit., ps. 391 y ss., donde se subraya que el art. 74 de la CISG, a diferencia de la norma de *Hadley v. Baxendale*, exige juzgar solo desde el punto de vista del incumplidor, no de ambas partes, se refiere a la previsibilidad, no a la previsión de los daños,

y, finalmente, habla de los daños como posible consecuencia, ni siquiera como resultado probable del incumplimiento.

(5) Trib. Forlì, 12 de noviembre de 2012, en *Internazionali Handelsrecht*, 2013, ps. 161 y ss.

(6) MANKOWSKI, Peter, *sub art. 74 CISG*, en *Münchener Kommentar zum HGB*, vol. 5, 3.ª ed., München, 2013, párr. 2.

(7) En términos similares, ver por ejemplo SCHLECHTRIEM, Peter, “Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers”, en AA. VV., *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf*, Zürich, 1985, ps. 166 y s.

La regla de la previsibilidad, así entendida, parece favorecer las transacciones jurídicas (ya que hace que los riesgos sean manejables y en cualquier caso contiene la responsabilidad que podría surgir de ellos) y, más en general, la eficiencia económica (ya que ahorra costos de negociación y al mismo tiempo impulsa a intercambiar determinada información), pero esta, según la tesis predominante, no es su finalidad, sino solo una consecuencia colateral de su aplicación.

IV. La ausencia de referencia al dolo del deudor

A diferencia del modelo francés y de otros textos nacionales y supranacionales, el art. 74 de la CISG no menciona la conducta dolosa del deudor (para establecer, en ese caso, también la indemnización de daños imprevisibles), ello, con la consecuencia de que el criterio de previsibilidad relacionado asume, sin duda, aplicación general, independientemente de cualquier elemento subjetivo que pueda encontrarse en la persona del deudor (8).

Sin embargo, esta diferencia podría reducirse a la luz del ámbito particular de aplicación de la CISG y del hecho de que la propia CISG no parece excluir radicalmente el recurso a remedios de los ámbitos nacionales o domésticos (9).

Para abordar el problema general de la competencia entre las protecciones legales uniformes y las protecciones domésticas, es necesario partir de los arts. 4º y 5º de la Convención, relativos, respectivamente, a la invalidez del contrato de compraventa internacional y al posible recurso a una acción extracontractual doméstica.

El art. 4º prohíbe a la CISG regular las cuestiones de validez, dejándolas así sujetas al derecho interno aplicable de conformidad con las normas de derecho internacional privado del foro, “salvo disposición expresa en contrario en esta Convención”. Esta excepción debe entenderse en el sentido de que el recurso al derecho interno no está excluido si una disposición de la CISG regula una cuestión específica de nulidad calificándola expresamente como tal, sino si la CISG regula un recurso que por su naturaleza parece excluyente o incluso solo funcionalmente equivalente a la acción de invalidez doméstica abstractamente configurable.

El art. 5º establece en cambio que la CISG no se aplica “a la responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas por la mercancía a cualquier persona”, lo que resulta, para estas hipótesis, no en una exención de responsabilidad sino en una indemnizabilidad de acuerdo con la normativa interna aplicable de conformidad con al derecho internacional privado del foro, que podría calificar la acción como contractual o extracontractual. La disposición citada, sin embargo, deja abierto el problema de si el recurso al derecho interno también es posible para el sujeto que ha sufrido daños distintos de aquellos causados por la mercancía y relacionados con la muerte o las lesiones personales, si dicho sujeto no quiere o no puede reclamar daños similares bajo la ley uniforme.

En este sentido, debe negarse la posibilidad de interponer una acción doméstica por responsabilidad contractual, por cuanto la responsabilidad contractual, en lo que respecta a los daños no excluidos del ámbito de aplicación de la Convención en virtud del art. 5º, parece estar regulada de forma exhaustiva por la CISG.

Sin embargo, en lo que respecta a la posibilidad de interponer una acción extracontractual doméstica por daños distintos de aquellos causados por la mercancía y relacionados con la muerte o las lesiones personales, no faltan partidarios de la llamada tesis *Exklusivität des Einheitskaufrechts* (10), pero la orientación mayoritaria, aunque con posiciones diferentes en su seno, parece ser la que considera esencialmente extensible también en este ámbito el criterio de equivalencia funcional antes mencionado (11).

Considerando, de hecho, que la responsabilidad contractual (tanto la contemplada en la CISG como la presente en las legislaciones nacionales individuales) y la responsabilidad extracontractual cumplen funciones diferentes, parece necesario concluir que la aplicabilidad de la CISG a un caso concreto específico no excluye *a priori* la posibilidad de recurrir a acciones extracontractuales internas, al menos si se trata de proteger intereses distintos de los ya protegidos por la acción contractual y al menos si el derecho nacional aplicable permite la acumulación de ambas responsabilidades. También podría darse el caso, por tanto, de que, si se aplica la CISG, según la cual conforme al art. 74 solo serían resarcibles los daños previsibles, los daños imprevisibles también serían resarcibles en virtud de una eventual acción extracontractual interna concurrente, la cual podría también requerir una conducta dolosa del deudor (12).

Esta solución es, por otra parte, también coherente con la idea básica de compartir el riesgo de la transacción en función del momento de establecimiento de la relación. Si, en efecto, incluso en la fase patológica se permanece dentro del contrato, o más generalmente dentro de la relación obligatoria, esta división debe mantenerse, independientemente del elemento subjetivo (que incluso podría faltar —si el modelo de responsabilidad es objetivo— o coincidir con la culpa o incluso el dolo) detectable en la persona del deudor. Sin embargo, esto no se aplica si se excede esta relación, ya que es posible una acción aquiliana.

V. Medición y objeto de previsibilidad

En lo que respecta a la medida de previsibilidad, la orientación dominante en materia de venta internacional se basa en un criterio generalmente objetivo, en el sentido de que no debe hacerse referencia a lo que habría previsto ese deudor en particular, sino por una persona razonable que se encontrara en ese lugar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas presentes en el momento de la estipulación del contrato, como exige textualmente el art. 74 de la CISG.

Esta posición es aclarada aún más por los comentaristas de la CISG, que enfatizan que la evaluación que se debe realizar, lejos de ser solo empírica, se guía por elementos

regulatorios, como la distribución del riesgo acordada entre las partes, la finalidad del contrato y la finalidad de cada obligación que se derive de este.

Además, se añade que el criterio en cuestión, aunque generalmente objetivo, se completa con un elemento subjetivo, en el sentido de que se amplía su ámbito de aplicación, en particular, si el acreedor, en el momento de establecer la relación, llama a la atención del deudor a circunstancias particulares que no serían previsibles desde un punto de vista objetivo (13). Semejante conclusión es coherente con el fundamento de la norma: si la parte que posteriormente incumplió ya en el momento de la constitución de la obligación había previsto ciertos daños, ciertamente podría, en ese momento, protegerse adecuadamente de ellos, como máximo evitando emprender el negocio.

Por lo tanto, también en lo que respecta a las ventas internacionales, la cuestión de si es previsible lo que parecía genéricamente posible, o incluso probable en el momento de la celebración del contrato, o algo intermedio, se vuelve puramente nominalista. Aunque la CISG, de hecho, lo resuelve textualmente en el primer sentido (ya que el art. 74 habla del daño como una “posible consecuencia” del incumplimiento), los comentaristas subrayan que dicho criterio, aparentemente muy amplio, está en realidad especificado y limitado por la referencia ya mencionada, resultando así textualmente del art. 74, que refiere a las circunstancias concretas del caso individual (14).

En cuanto al objeto de la previsibilidad, respecto del art. 74 de la CISG, dado que ciertamente se trata del daño y no del incumplimiento en el fundamento de la reclamación de indemnización, existe una tendencia a exigir previsibilidad no solo de la posibilidad de producir el daño y de su naturaleza, sino también de su extensión, pero solo en general, no en la cantidad numérica exacta.

Esta interpretación es, a su vez, coherente con el fundamento de la norma: si la parte que podría incumplir debe poder protegerse, en el momento de la celebración del contrato, por ejemplo, mediante la estipulación de un seguro destinado a cubrir los daños que la otra parte podría reclamar, deberá poder preverse al menos el límite de la extensión de dichos daños, a los efectos de fijar el máximo del seguro.

Finalmente, en lo que respecta al art. 74 de la CISG, existe una tendencia doctrinal generalizada, que ha facilitado considerablemente la aplicación uniforme de la Convención, a enumerar tipos de perjuicios que podrían decirse que son previsibles, sin perjuicio de la verificación de las circunstancias fácticas del caso individual (a la luz de los cuales el juicio de previsibilidad podría cambiar). Sobre todo (pero no solo) entre los comentaristas de habla alemana, tanto los llamados (15) *Nichterfüllungsschäden* se consideran previsibles (pensemos, en primer lugar, en los daños directamente atribuibles a defectos en la mercancía, que podrían obligar a tomar precauciones, por ejemplo reparaciones o el préstamo de otros bienes; pensemos, de nuevo, en caso de un retraso en el pago, en

los costes incurridos para obtener un crédito) y los llamados *Begleitschäden* (como, por ejemplo, los relacionados con un empeoramiento generalmente previsible de las condiciones del mercado). Pero se subraya que el principal ámbito de aplicación de la norma se refiere a los llamados *Folgeschäden*, entre los que destacan, sin pretender ser exhaustivos, los siguientes: el beneficio que el comprador podría haber obtenido de una reventa posterior; los daños que el comprador está obligado a indemnizar a terceros a quienes vende las mercancías defectuosas recibidas del vendedor; pérdida de reputación profesional; daños a otros bienes del comprador, causados por el defecto de los bienes objeto del contrato; el margen de beneficio normal para el vendedor, en caso de no aceptación de la mercancía por parte del comprador.

VI. El tiempo de referencia para el juicio de previsibilidad

En cuanto al momento de referencia para evaluar la previsibilidad, se puede encontrar un panorama muy lineal en el ámbito de las ventas internacionales.

De estricta conformidad con la letra del art. 74 de la CISG, donde se hace referencia textual al momento de celebración del contrato, de hecho, se repite comúnmente que “the relevant time with respect to determining whether the loss was foreseeable is the time that the contract was entered into” y que “events that occur subsequent to the making of the contract have no bearing on foreseeability of loss. Similarly, what was foreseeable at the time of the breach is irrelevant” (16).

Incluso la doctrina que ha destacado que “the true loss to the party who will be injured by a breach will be, on the average, more apparent the closer in time to the intended breach one tries to predict that loss” concluyó además que esto no puede cambiar el significado anterior del art. 74 de la CISG (17).

En todo caso, la tesis que se refiere al momento de celebración del contrato debe mantenerse firme no solo por el tenor literal del art. 74 de la CISG sino también y sobre todo por la función, comúnmente atribuida a la norma en cuestión, de compartir el riesgo del negocio respecto del momento del establecimiento de la relación, lo que exige negar la compensación de los daños previsibles, por la parte incumplidora, solo en un momento posterior.

Según una opinión doctrinal (18), nuestra norma debería adaptarse a algunos casos concretos particulares, en los que el momento de referencia para la apreciación de la previsibilidad podría ser posterior al del primer acuerdo entre las partes. Sin embargo, los ejemplos dados se refieren simplemente a casos en los que se estipula un nuevo contrato, de modo que incluso desde esta perspectiva el tenor literal del artículo no se pone realmente en duda (art. 74, CISG).

VII. La distribución de la carga de la prueba

En lo que respecta a la distribución de la carga de la prueba, en general y también en lo específico de la previsibilidad del daño, la CISG no ha alcanzado un ni-

(8) Véase, entre otros, TORSELLO, Marco, “Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, en *Quo vadis CISG?* editado por Franco Ferrari, Bruselas, 2005, p. 80.

(9) Como intentó demostrar el escritor en TESCARO, Mauro, “Il concorso tra i rimedi contrattuali di cui alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG) e i rimedi domestici”, en *Contratto e impresa/Europa*, 2007, ps. 319 y ss.

(10) En esta línea de pensamiento, ver por ejemplo HERBER, Rolf, “Zum Verhältnis von UN-Kaufrechtsübe-

reinkommen und deliktischer Haftung”, en *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 2003, p. 207 y ss.

(11) Véase, entre otros, FERRARI, Franco, “The Interaction between the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods and Domestic Remedies (Rescission for Mistake and Remedies in Torts)”, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 75.

(12) Para un análisis en profundidad de la legislación italiana sobre este punto, véase TESCARO, Mauro “La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di

Vienna”, ob. cit., ps. 701 y ss.

(13) Véase, entre otros, MULLIS Alastair, “Twenty-Five Years On - The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention”, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, ps. 46 y s.

(14) En este sentido, ver por ejemplo ya FARNSWORTH, Allan, “Damages and Specific Relief”, en *27 American Journal of Comparative Law*, 1979, p. 253.

(15) Pero mira también, en italiano, FERRARI, Hadley v. Baxendale. *La prevedibilità dell'art. 74 CISG*, cit., ps. 375 y ss.

(16) GOTANDA, Juan Y., “sub art. 74 CISG”, en *UN-Con-*

vention on the International Sales of Goods (CISG), editado por Stefan Kröll - Loukas Mistelis - Pilar Perales Viscasillas, Munich, 2011, párr. 45.

(17) MURPHEY JR., Arthur G., “Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley”, en *23 George Washington Journal of International Law & Economics*, 1989, ps. 415 y ss.

(18) SAIDOV, Djakhongir, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford, 2008, p. 119 y s.

vel tan alto de uniformidad de aplicación internacional como en relación con las demás cuestiones examinadas previamente (19).

Según una orientación doctrinal que a veces se ha seguido también en la jurisprudencia, la cuestión del reparto de la carga de la prueba en general no estaría regulada por la Convención, con la consecuencia de que sería necesario remitirse al derecho nacional, es decir, según el punto de vista, a la *lex fori* o al derecho a que se refieren en cada momento las normas de derecho internacional privado del foro (20).

La tesis dominante, sin embargo, es de signo contrario, no solo porque el art. 79, párrafo primero, regula expresamente un problema (aunque particular) de carga de la prueba, pero también porque las estrechas relaciones entre dicha materia y el derecho material exigen buscar soluciones en el seno de este último, es decir, en la CISG (21).

La cuestión del reparto de la carga de la prueba parece pues estar regulada pero no resuelta expresamente por la Convención, de conformidad con su art. 7º, párrafo segundo, que obliga, para colmar lagunas internas, a recurrir a los principios generales de la propia Convención (o al derecho aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro, pero solo en ausencia de dichos principios, lo que no parece ser nuestro caso, como se dirá enseguida). Desde esta perspectiva, si bien no faltan distintas reconstrucciones, la tesis ha encontrado amplia aceptación la cual afirma la existencia del principio general, deducido especialmente del citado art. 79, párrafo primero, *ei incumbit probatio qui codicit, non qui negat*, en virtud del cual, en pocas palabras, cada parte está obligada a probar los

supuestos fácticos de las normas en que se basan sus derechos.

Siguiendo precisamente esta línea de pensamiento, una famosa sentencia del Tribunal de Vigevano afirmaba, llegando al punto que aquí resulta más interesante, que corresponde al acreedor probar no solo el incumplimiento, el daño y la relación de causalidad, sino también la previsibilidad del daño, ya que esta última es también un requisito para el derecho a la indemnización (22).

La jurisprudencia y doctrina mayoritarias también llegan a la conclusión que acabamos de señalar, aunque no siempre siguiendo el mismo razonamiento (23). Los defensores de esta orientación, por otra parte, también tienden a subrayar los beneficios probatorios que se derivan de la posible atribución del caso concreto a uno de los tipos de casos, antes mencionados, en cuyo contexto se puede decir que la previsibilidad de ciertos daños es normal.

Partiendo aun de la idea de que la cuestión del reparto de la carga de la prueba de la previsibilidad debe abordarse a la luz de la CISG y no del derecho nacional, una orientación diferente sostiene que el deudor tendría que demostrar la falta de previsibilidad del daño, para aprovechar principalmente el argumento de que no es la previsibilidad la que integra un requisito para el derecho a la indemnización sino más bien que es la falta de previsibilidad la que integra un requisito para la liberación del deudor (24).

Esta posición no es convincente, máxime cuando se plantea que el problema de la carga de la prueba, en relación con el art. 74. La CISG, como ya se ha dicho, solo adquiere coherencia real en casos anorma-

les, es decir, cuando no se trata de limitar o excluir el derecho a indemnización sino de ampliarlo, dando lugar a daños imprevisibles en un nivel estrictamente objetivo pero realmente previstos en el caso concreto ya que el acreedor, en el momento de establecer la relación, había informado específicamente al deudor de determinadas circunstancias particulares.

Esto plantea una consideración más general: si, como ya se ha destacado, la mencionada carga de información sobre el acreedor es consistente con la justificación comúnmente aceptada de la regla de previsibilidad, lo mismo puede decirse también de la carga probatoria relacionada, cargando siempre al acreedor con la demostración ante el tribunal de haber realizado en su momento la actividad informativa y así de la existencia del requisito de previsibilidad del daño.

VIII. Conclusiones: ¿un modelo plausible incluso fuera del ámbito de aplicación de la CISG?

Por lo tanto, se puede decir que el modelo del art. 74 de la CISG, a la luz de las directrices establecidas a nivel internacional (a pesar de ciertas fluctuaciones y particularidades), está bien pensado y es intrínsecamente coherente.

Surge la pregunta adicional de si un modelo similar también puede usarse fuera del ámbito de aplicación de la CISG, como referencia interpretativa para la reconstrucción, de acuerdo con las necesidades contemporáneas, de una determinada ley interna.

En este sentido, el hecho de que la CISG se refiera específicamente a las ventas, lo que podría sugerir, a primera vista, que se trata de una disciplina muy sectorial, no parece

ser un problema. Por el contrario, es bien conocida la tendencia tradicional a generalizar las elaboraciones creadas con referencia específica a las ventas, como de hecho ha ocurrido con gran parte de la legislación moderna sobre obligaciones y contratos y también con la norma sobre la previsibilidad del daño.

Además, desde el punto de vista del contexto normativo en el que se inserta nuestra norma, esta, en la CISG, adquiere una importancia fundamental al estar conectada, según la orientación predominante, por un lado, a una responsabilidad contractual con base objetiva, y, por otro, a una concepción muy amplia de causalidad, la de la *condicio sine qua non*. En los sistemas nacionales basados, por el contrario, en una responsabilidad contractual por culpa y/o en una concepción más restrictiva de la causalidad, bien podría justificarse una menor relevancia de la norma sobre la previsibilidad del daño, ya que las consecuencias remotas que esta norma permite excluir podrían ya estar excluidas por falta de culpa del causante o por ausencia de nexo causal. Pero incluso en sistemas similares puede surgir un significado autónomo de previsibilidad, al menos si existe una base normativa específica para ello, como en el caso del art. 1225 del Código Civil italiano.

Considerando todo esto, sería necesario, llegados a este punto, comprobar cuidadosamente si el modelo de la CISG sobre previsibilidad del daño puede o no constituir una referencia interpretativa útil también para el derecho interno argentino, teniendo en cuenta el art. 1728 del Cód. Civ. y Com. de la Nación Argentina.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/335/2024

(19) Esto fue subrayado con especial énfasis por MULLIS, Alastair, ob. cit., p. 49 y ss.

(20) Véase, entre otros, GREWAL, Shivbir S. "Risk of loss in Goods Sold during Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act", en *Loyola of Los Angeles International and Compar-*

tive Law Journal, 1991, p. 102.

(21) En esta línea de pensamiento, ver, entre muchos, FERRARI, Franco "Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme", en *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 285.

(22) Trib. Vigevano, 12 de julio de 2000, n. 405, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 280 y ss.

(23) Véase, entre otros, MÜLLER, Tobias Malte *Ausgewählte Fragen der Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung*, Munich, 2005, p. 152.

(24) Como en el caso del art. 79, párrafo primero, donde la carga de la prueba del impedimento fuera de la es-

fera de control de la parte incumplidora recae sobre esa parte para quedar exenta de responsabilidad: en esta línea de pensamiento, véase, por ejemplo, MANKOWSKI, ob. cit., párr. 46, donde se afirma: "Die fehlende Vorhersehbarkeit ist Entlastungstatbestand. Daher obliegt es dem Schuldner, sie darzulegen und zu beweisen".

¿Indemnización por prolongación médica de la vida? Una concepción de la responsabilidad civil médica alternativa a la solución jurisdiccional en Alemania (*)

Compensation for a medical prolongation of life? An Alternative Concept of Medical Liability to German Jurisprudence



Markus Finn 

Profesor titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, Profesor encargado de la Charité — Universitätsmedizin Berlin, Profesor encargado de la Medizinische Hochschule Brandenburg Theodor Fontane.

SUMARIO: I. Resumen.— II. Observaciones preliminares.— III. Introducción a la legislación alemana sobre responsabilidad civil médica.— IV. Principio de vida: Responsabilidad civil médica en los denominados casos de "wrongful birth/life".— V. Final de la vida: Negación de la responsabilidad por la jurisprudencia en Alemania.— VI. Concepción alternativa de la responsabilidad en caso de prolongación médica de la vida.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía citada.— IX. Otros documentos utilizados.— X. Normas citadas.— XI. Jurisprudencia citada.

I. Resumen

La responsabilidad civil médica en Alemania distingue entre la responsabilidad por errores de tratamiento y por falta de información. En el último caso, los pacientes le imputan a la parte tratante que no se les haya informado debidamente antes de

una intervención médica calificada como lesión corporal. Así, los médicos tienen que probar el consentimiento válido del paciente como causa de justificación, lo que incluye la información médica previa (*informed consent*). Sin embargo, el consentimiento inicial por tratamientos permanentes —como para la prolongación

médica de la vida— puede perder su validez cuando cambian las circunstancias relevantes. En ese caso, se debe actualizar la información médica para obtener un consentimiento actualizado. Eso implica también que médicos deben comprobar constantemente si la indicación médica sigue existiendo.

Según la jurisprudencia alemana, en los casos llamados de "wrongful birth" que se refieren al comienzo de la vida, los padres pueden tener derecho a una indemnización por la carga de la obligación de alimentos para el niño, si la madre hubiera abortado legítimamente sin la mala praxis del médico y, por lo tanto, el niño no hu-

biera nacido, entre otros casos. No obstante, el Tribunal Supremo Federal negó, ya en el año 1983, la indemnización a favor del niño nacido (“wrongful life”). El mismo Tribunal trasladó en el año 2019 la argumentación de dicha sentencia a un caso sobre el final de la vida: Rechazó la indemnización por daño personal del paciente anciano por la prolongación médica de su vida sobre la base de una indicación médica muy dudosa o ya no existente, puesto que la vida no debería considerarse un daño. Solo cuando un médico actúe *contra* la voluntad del paciente puede incurrir en responsabilidad por la infracción del derecho de la personalidad. El Tribunal negó también la indemnización por daños materiales transfiriendo argumentos de sentencias sobre “wrongful conception/birth”. Dado que la jurisprudencia del año 2019 no parece adecuada para proteger la autodeterminación de pacientes al final de la vida ni su integridad física, el autor postula como alternativa una indemnización por daño personal determinado en una manera normativa-subjetiva desde la perspectiva del paciente y la resarcibilidad de daños materiales cuando se carezca de consentimiento válido y/o indicación médica.

II. Observaciones preliminares

Las cuestiones de autodeterminación personal se plantean con especial intensidad con relación al tratamiento médico. Esto se aplica particularmente a las decisiones al principio y al final de la vida. Sobre todo, en el último caso, las personas pueden estar expuestas a peligros en la medida en que solo puedan ejercer su derecho de autodeterminación de forma limitada o no puedan ejercerlo en absoluto, por ejemplo, a consecuencia de una demencia. Esta problemática se agrava porque sigue siendo frecuente que no se tomen disposiciones mediante testamentos vitales anticipados.

La autonomía e integridad física de los pacientes también pueden verse en peligro por el hecho de que —como ocurre en Alemania— los incentivos económicos pueden influir en la independencia de las decisiones médicas sobre el mantenimiento de tratamientos para prolongar la vida, especialmente porque estos son lucrativos para los proveedores de servicios. La creciente economización de la medicina llevó al Consejo General de Colegios Médicos en Alemania (“Bundesärztekammer”) a emitir declaraciones detalladas ya hace años (1). En el año 2022 los miembros del Comité de Cuestiones de Principio Éticas y Médico-Jurídicas exigieron las correcciones necesarias al respecto, para que los objetivos puramente económicos no se conviertan sucesivamente en los nuevos objetivos de la medicina (2).

Además, debido a las posibilidades cada vez más amplias de la medicina moderna, cuyo uso a menudo puede retrasar consi-

derablemente la aparición de la muerte, los médicos se encuentran en un estado constante de tensión entre lo que es médicamente factible y lo que es médicamente sensato. El debate sobre la futilidad médica (“medical futility”) (3) comenzó hace mucho tiempo y se ha prolongado durante años. En este sentido, debería ser solo cuestión de tiempo para que los tribunales de algunos países del mundo se enfrenten a estas cuestiones —incluso en una dimensión de responsabilidad— y tengan que encontrar soluciones adecuadas. Nuevos conjuntos de casos de responsabilidad pueden aparecer forzosamente por primera vez a causa de cambios en la jurisprudencia (por ejemplo, sobre la muerte autodeterminada) o como resultado de modificaciones de las leyes. En Chile, por ejemplo, ha sido objeto de estudios la responsabilidad civil médica por “wrongful birth” desde la despenalización (4) de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales en el año 2017 (5).

Este artículo está dedicado a las cuestiones específicas de la autodeterminación personal al final de la vida, con especial consideración del derecho de responsabilidad civil médica en el contexto de los tratamientos médicos para prolongar la vida. Además del derecho a la muerte autodeterminada y al suicidio asistido pasivo, las consideraciones se centran en los requisitos previos, las consecuencias jurídicas y, no menos significativo, en la importancia de la responsabilidad civil de los proveedores de servicios médicos en dichos casos.

Esto se ejemplifica con un caso decidido en el año 2019 por el más alto tribunal civil de Alemania. En cierta medida, este caso toma como referencia a otro grupo de casos de responsabilidad relacionados con el comienzo de la vida como el llamado problema de “wrongful life” (6). Este último se refiere a la cuestión de que, si un niño nacido con discapacidad puede tener derecho a una reclamación propia por daños y perjuicios debido a la mala praxis de un médico, si el supuesto perjuicio es haber nacido (7). En la jurisprudencia actual, en cambio, se plantea la cuestión de que si una continuación dolorosa de la vida puede calificarse de daño en sentido jurídico.

Con el fin de presentar un tema bastante complejo, se ofrecerá en primer lugar una introducción general al Derecho alemán de responsabilidad civil médica (véase el apartado III, más adelante). Después, se esbozarán los principios de responsabilidad para la fase temporal del principio de la vida en los denominados casos de “wrongful birth/life” (véase el apartado IV). Esto sirve de base para una mejor comprensión de la posterior presentación de la jurisprudencia alemana del año 2019 sobre la responsabilidad al final de la vida, que se somete a una valoración crítica (véase el apartado V). Finalmente, el autor contrasta la solución jurisprudencial con una concepción alternativa de la responsabilidad (véase el apartado VI). El

artículo termina con una breve conclusión (véase el apartado VII).

III. Introducción a la legislación alemana sobre responsabilidad civil médica

La siguiente es una breve introducción al concepto básico de responsabilidad médica bajo la ley alemana.

III.1. Requisitos generales para las intervenciones médicas

En principio, existen tres requisitos previos para la legalidad de las intervenciones médicas. Primero, la indicación médica (8) requiere la pregunta clave: ¿Está indicada una medida específica para alcanzar un objetivo terapéutico desde el punto de vista médico? Segundo, se requiere el consentimiento válido (9) del paciente y, en tercer lugar, el cumplimiento del estándar reconocido de la medicina especializada (10) en el ámbito relevante de la medicina.

III.2. Responsabilidad civil médica de doble vía: Error de tratamiento y falta de información

El Derecho alemán de responsabilidad civil médica tiene carácter de doble vía. Según muestra la experiencia, aparte de reprochar un error de tratamiento, en la mayoría de los juicios de responsabilidad médica se entabla también una reclamación por falta de información (11). Es decir, se le imputa al médico que, en todo caso, no ha informado debidamente sobre los riesgos, o sobre la necesidad de una intervención médica determinada, entre otros.

Uno de los motivos de los abogados de pacientes para este modo de proceder en el juicio civil es que, en este, por principio, es al paciente a quien incumbe la carga de alegar y probar el error de tratamiento, así como la causalidad de ese error para el daño (12) reclamado. Esto está relacionado con dificultades probatorias. En efecto, en muchos casos, a los agraviados les es difícil probar especialmente la causalidad, ya que con frecuencia entran en consideración varias causas alternativas del daño, como pueden ser la enfermedad tratada, otras enfermedades (en casos de pacientes multimórbidos), o un posible desarrollo fatal (13). La ventaja de aquella segunda vía es que la carga alegatoria y probatoria de la información y del consentimiento le corresponde al médico (14). Además, es suficiente, no obstante, necesario, que el paciente pruebe la causalidad de la intervención médica para el daño reclamado (15), pero no la causalidad de un cierto error de tratamiento para el daño reclamado. Esta última causalidad es más difícil de probar, ya que el factor de conexión relevante para la causalidad es el “error médico”, que es mucho más estrecho que la causa potencial “cirugía” o “intervención”, lo que conlleva toda una serie de riesgos diferentes. Independientemente de si existe o no un

error de tratamiento, los médicos pueden resultar responsables de daños y perjuicios hacia los pacientes por insuficiencia o falta de información, a efectos de su autonomía (16), si de ello deriva un cierto riesgo de la intervención (17) (18).

III.3. Doctrina de la lesión corporal y consentimiento informado como causa de justificación

Según la jurisprudencia (19) de los tribunales alemanes, así como la doctrina (20) predominante, es inherente a toda intervención médica en el estado corporal o de salud del paciente, una lesión corporal en el sentido jurídico (civil como penal). En caso de falta de información, la responsabilidad delictual se basa en esa lesión corporal. Resulta que la parte tratante tiene que justificarse con el consentimiento informado del paciente para evitar su responsabilidad. Es que no se estima antijurídica la lesión corporal cuando el paciente, después de haber sido debidamente informado, ha dado su consentimiento válido (informed consent) (21).

Ese consentimiento informado es una causa de justificación, así que la carga probatoria para el consentimiento, incluida la “educación en la autodeterminación”, incumbe al médico (22). El mero consentimiento, aunque pueda probarse, por ejemplo, mediante la firma en un documento correspondiente, sin educación médica previa a través de una conversación médico-paciente, carece, por regla general, de validez jurídica (23). Si la información médica resulta ser insuficiente y/o no puede ser probada por la parte tratante —por ejemplo, con un folleto informativo individualizado durante dicha conversación, o, en su caso, testigos— el consentimiento sería en cualquier caso legalmente inválido. Entonces la lesión corporal no es justificada, por lo que el médico puede resultar responsable de los daños y perjuicios del paciente y obligado a indemnizarle.

IV. Principio de vida: Responsabilidad civil médica en los denominados casos de “wrongful birth/life”

A continuación, se analizará brevemente en primer lugar la situación de la responsabilidad al principio de la vida.

IV.1. Cadena causal y visión general de los distintos casos

Un error de tratamiento o una consulta médica errónea puede ser la causa para el nacimiento de un humano. En el caso de “wrongful birth” una mujer queda encinta, pero, estando permitida la interrupción del embarazo, no puede acceder a ello, lo que no hubiera pasado con procedimientos médicos sin errores. Un ejemplo: Un médico hace un diagnóstico prenatal sin diagnosticar un riesgo elevado de síndrome de Down fetal. Por lo tanto, su paciente omite un aborto legal y da a luz a un niño con discapacidad

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El ensayo se basa en una serie de conferencias dictadas por el autor de marzo a mayo de 2023 en diversas universidades de Argentina, Brasil y Chile, en la Universidad Abierta Interamericana (UAI), la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), la Universidad de Chile (UCH) y la Universidad de Valparaíso (UV).
(1) BUNDESÄRZTEKAMMER (2013 y 2015).
(2) BUNDESÄRZTEKAMMER (2022b), pp. 1, 3.
(3) Los médicos no están autorizados a ofrecer medidas médicas fútiles, al contrario, tienen que prescindir de ellas, así BUNDESÄRZTEKAMMER (2022a), p. 1. La cuestión crucial y todavía controvertida es, por supuesto, en qué casos un tratamiento debe calificarse de “fútil”, véase *ibid.* y LIPP - BRAUER (2022), pp. 205 y ss.

(4) Ley 21.030.
(5) Cf. MARTÍNEZ (2023), p. 11, que ilumina cuestiones de acciones de “wrongful birth” en Chile.
(6) Lingüísticamente fuera de lugar, así ya FINN (2019a), p. 695.
(7) Más sobre eso a continuación IV.3.
(8) Cf. BUNDESÄRZTEKAMMER (2015), sub 2.
(9) Véase III.3.
(10) Véase FINN (2015), p. 62; KATZENMEIER (2002), p. 279.
(11) Cf. para eso y lo siguiente FINN (2015), p. 60.
(12) Cf. GEIB / GREINER (2022), capítulo B, cons. 200^o y 216^o y ss. con pruebas de la jurisprudencia.
(13) FINN (2017), p. 114.
(14) Cf. FINN (2016), p. 345.
(15) Véase Tribunal Supremo Federal: BGH (2012), pp. 457 y s.
(16) Cf. FINN (2015), p. 60. Para una responsabilidad

“como lógica consecuencia” en el Derecho argentino CALVO (2021), p. 502.
(17) Acerca de las cuestiones de causalidad, así como a la relación de atribución entre el daño físico o a la salud del paciente y la falta de educación con una consideración evaluativa de las circunstancias del caso individual, véase MARTIS - WINKHART-MARTIS (2021), cons. A 2113^o y ss. con pruebas de la jurisprudencia, instructivo SIMMLER (2012), capítulo 2, cons. 1711^o y ss. Referente al Derecho argentino consúltese CALVO (2021), pp. 502 y ss.
(18) Aunque la responsabilidad por falta de información no depende de un error de tratamiento, sin embargo, se requiere según la jurisprudencia del BGH la presencia de un daño corporal para que no pueda resultar la responsabilidad ilimitada de los médicos, así BGH (2008), p. 667 y s., véase con más detalle FINN (2016), p. 345; FINN (2017), p. 115. Por lo tanto, una vulneración

del derecho personal por una intervención médica sin consentimiento no es suficiente para solicitar la indemnización, cf. BGH (2008), p. 667 y s.
(19) En cuanto al Derecho Penal, ya el Tribunal Supremo del Reich (“Reichsgericht”, abreviado: “RG”) en el año 1894, véase RG (1894), pp. 377 y ss., respecto al Derecho Civil véase RG (1908), p. 434 y luego el BGH (1958), p. 812.
(20) Detallado respecto a la crítica KATZENMEIER (2002), pp. 114 y ss.; KATZENMEIER (2021), capítulo V., cons. 10^o y ss.
(21) FINN (2015), pp. 55 y 61.
(22) En cuanto a la responsabilidad contractual, véase la regulación procesal en § 630h apartado 2 frase 1 BGB. Referente al Derecho argentino véase CALVO (2021), p. 477; LOVECE (2020), p. 65.
(23) Véase § 630d apartado 2 BGB. Igual en el Derecho argentino, cf. CALVO (2021), pp. 421, 426 y ss., 435 y ss.

intelectual y deformidades físicas. Al final, el error del médico causa el nacimiento del niño no esperado en el estado en que nació. Se trata de una causalidad psicológicamente mediada. El error médico le quitó a la embarazada la posibilidad de decidir de manera autónoma sobre un aborto (24). Es muy importante tener claro que el médico —a diferencia de los casos de lesiones en el parto— no causa las discapacidades del niño. También es importante aclarar que en el contexto actual solo existen dos opciones: el nacimiento de un niño con discapacidades o el no nacimiento de un humano. No existe la tercera opción, el nacimiento de un niño *sin* discapacidades. *Tertium non datur*. Las discapacidades del niño ya establecidas en el feto son fatídicas, no son causados por una mala praxis del médico.

A diferencia de los casos del grupo “wrongful birth” examinados anteriormente, lo específico del grupo de casos denominados “wrongful conception” es que ya el embarazo se produjo como resultado de una mala praxis médica. Ejemplos pueden ser una esterilización fallida o el fallo de un método anticonceptivo (25). Finalmente, el caso de “wrongful life” (26) se relaciona con la cuestión de si el niño nacido puede reclamar indemnización por el hecho de haber nacido con perjuicios, por ejemplo, con síndrome de Down.

El problema principal de una indemnización en los casos mencionados es que el daño es conectado con el nacimiento de un humano. El tema, que se discute en Alemania bajo la pregunta clave “¿Niño como daño?”, se refiere a la dignidad humana. En Alemania se soluciona el problema (parcialmente) a través de un “truco”: La jurisprudencia resolvió que el niño no es el daño, pero la carga de los padres con la obligación de alimentos del hijo sí. Esto se remonta a la llamada hipótesis de la diferencia (en alemán: “Differenzhypothese”). Sin la mala praxis médica, hipotéticamente, el niño no hubiera nacido, por un aborto, y los padres no hubieran sido obligados de mantener al niño. En realidad, el niño nació y los padres tienen que mantenerlo. La diferencia entre el estado hipotético y el real es la obligación de alimentos de los padres, el daño resarcible.

IV.2. Requisitos para el derecho a indemnización de los padres y consecuencias jurídicas

Según la jurisprudencia en Alemania, hay requisitos específicos (27) para la responsabilidad civil médica en los casos “wrongful conception/birth”: Así, los tribunales exigen que el contrato de tratamiento o de consulta médica persiga también, al menos, la protección a los padres de una carga económica (28). En el caso de una vasectomía (29) por ejemplo, el contrato entre médico y paciente tiene incluso un propósito económico (30). El objetivo principal del contrato es recibir el tratamiento, pero, en segundo lugar, el paciente también quiere evitar engendrar un hijo y tener que asumir obligaciones de alimentos. Este requisito puede describirse como el “propósito económico secundario” (31) del contrato.

En los casos de “wrongful birth”, una indemnización requiere además que la gestante hubiera decidido practicarse un aborto. Entonces, la madre tiene que sumar esta voluntad en el juicio (público) para probar una cadena causal que conduce al daño, es decir la carga del mantenimiento. Solo un aborto (hipotético) hubiera evitado la carga de mantener al niño. No hace falta decir que este requisito, aunque controvertido, puede ejercer una gran presión sobre la relación entre madre e hijo. Finalmente, es necesario, que el aborto (hipotético) hubiera sido legítimo, es decir no antijurídico. Ese requisito se refiere al Derecho penal, por ende, un tribunal civil debe aclarar una cuestión preliminar del Derecho penal. Esencialmente, hay tres casos de impunidad de la interrupción del embarazo en el Derecho penal alemán (32): (i) La “solución” de plazo más asesoramiento; (ii) La indicación médica respectivamente “médica-social” (33); y, (iii) La indicación criminológica. Lo importante en nuestro contexto es una particularidad en la ley alemana respecto al primer caso de un aborto *sin* indicación (en el Derecho argentino: “interrupción voluntaria del embarazo”, IVE). El Tribunal Constitucional Federal (“Bundesverfassungsgericht”, abreviado: “BVerfG”) en Alemania resolvió que un aborto según la “solución” de plazo más asesoramiento (sin indicación) es impune, sin embargo, se estima antijurídico (34). Aunque la solución difícilmente puede explicarse en términos de dogma jurídico (35), este veredicto fue de suma importancia para el BVerfG que concediera gran importancia a la protección de la vida por nacer que según el Tribunal (36) es una obligación del Estado.

La responsabilidad civil médica lleva —consecuentemente— a la indemnización por la carga de la obligación *completa* de alimentos, es decir el daño no solo incluye los gastos adicionales por una discapacidad del niño. Reclamantes legítimos son madre y padre porque ambos llevan la obligación de alimentos. No obstante, esta solución tiene la desventaja de que la indemnización, que, en última instancia, debe beneficiar al niño, depende de que sus padres no se mueran antes. En el momento de la muerte de los padres, ya no hay derecho a indemnización. Resulta una desventaja considerable, ante todo en vista del aumento de la esperanza de vida de las personas con discapacidad.

IV.3. ¿Derecho a indemnización del niño? Fallo del Tribunal Supremo Federal (“BGH”) de 1983 (“wrongful life”)

Lo último para discutir es el grupo de casos de “wrongful life”: ¿Tiene el niño nacido el derecho a indemnización frente a la parte tratante? La argumentación del reclamante puede ser que sin la consulta médica errónea su madre hubiera abortado y él no hubiera nacido con discapacidades. Obviamente esto es problemático. Para razonar su pretensión de indemnización el reclamante, en cierto sentido, cuestiona su propia existencia. Es que no existe la tercera opción: nacer sin discapacidades.

El Tribunal Supremo Federal (“Bundesgerichtshof”, abreviado: “BGH”) (37) recha-

zó en el año 1983 firmemente la responsabilidad en el llamado “Caso de rubéola” (“wrongful life”), en el que una niña nació con extremadamente graves daños a causa de la enfermedad de rubéola (38) de la embarazada. La Sala de lo Civil VI negó un derecho a no existir. Tampoco era un deber médico evitar el nacimiento de un niño con discapacidades probables o previstas. Las frases clave que se refirieron a la era nazi durante el Tercer Reich en Alemania son las siguientes:

La vida humana [...] es un bien jurídico con el mayor rango y es digna en absoluto de conservar. A ningún tercero le corresponde emitir un juicio sobre su valor (39).

La consecuencia de la sentencia es que no existe el derecho a indemnización del niño en Alemania.

V. Final de la vida: Negación de la responsabilidad por la jurisprudencia en Alemania

A continuación, se analiza con profundidad una jurisprudencia surgida en Alemania sobre la cuestión de la responsabilidad en caso de medidas de tratamiento para prolongar la vida. La demanda fue interpuesta por el hijo y único heredero de un paciente anciano con demencia severa que había sido alimentado artificialmente durante unos años sin que su médico de cabecera hubiera hablado de la continuación de dicho tratamiento con el tutor legal del paciente.

V.1. Un caso de prolongación de la vida controvertido en Alemania

V.1.a. Los hechos del caso (40)

El paciente, nacido en el año 1929, sufría de demencia avanzada; era incapaz de moverse y comunicarse. En los últimos dos años de su vida sufría de pulmonías, colecistitis, trastornos respiratorios, dolor, calambres, etcétera. Desde el año 2006 recibía alimentación artificial por una sonda gástrica hasta su muerte en octubre de 2011. El paciente estuvo bajo el cuidado de un abogado desde el año 1997 hasta su fallecimiento; desde el año 2006 vivía en una residencia de ancianos. El médico de cabecera demandado se ocupaba de él desde la primavera del año 2007. Ya en el año 2003, la demencia estaba muy avanzada y, debido a un trastorno de mutismo, la comunicación era apenas posible y, desde el año 2008, completamente imposible. Desde noviembre de 2008 hasta su fallecimiento, el paciente recibió analgésicos en todo momento. En el período en litigio, del 1 de enero de 2010 al 19 de octubre de 2011, tuvo regularmente fiebre, dificultades respiratorias y úlceras por presión recurrentes y también sufrió neumonía en cuatro ocasiones. Entre finales de mayo y mediados de junio de 2011, fue hospitalizado por una inflamación de la vesícula biliar, pero no se le practicó ningún tratamiento quirúrgico a causa de su mal estado general. El 8 de octubre de 2011, fue ingresado de nuevo por neumonía por aspiración, más se renunció a un tratamiento médico intensivo. Falleció en el hospital el 19 de octubre de 2011.

El hijo reclamó, por su subrogación de su padre, indemnización por el daño moral y material al médico que lo trataba. El paciente no tenía un testamento vital ni se pudo averiguar su voluntad presunta referente a medidas para prolongar la vida. El demandante afirmó que a partir del principio del año 2010 ya no había una indicación médica, cuestión básicamente confirmada por el peritaje realizado en la causa. Además, la alimentación artificial solo prolongaba el sufrimiento sin sentido. Por lo tanto, el médico demandado se había visto obligado a cambiar el fin terapéutico en la manera de admitir el proceso de morir por terminar la alimentación artificial. En cualquier caso, el médico tratante no había informado al representante legal sobre la falta de indicación médica ni había discutido este aspecto.

V.1.b. Desarrollo del procedimiento (41)

Tras el fallecimiento de su padre, el hijo presentó una demanda contra el médico de cabecera para obtener una indemnización por daños, debidos a la alimentación artificial durante los años 2010 y 2011. El Tribunal Regional I de Múnich (“Landgericht München I”) (42) desestimó la demanda. El Tribunal Regional Superior de Múnich (“Oberlandesgericht München”) concedió al demandante una indemnización por daño personal de 40.000 euros más intereses (43). En cuanto a la indemnización por daños materiales, desestimó la demanda por compensación de beneficios: El padre del demandante era propietario de una vivienda en Múnich, cuyo valor aumentó durante los años de su vida continuada (44). Tales cursos de causalidad, que ciertamente parecen un tanto extraños, deben, no obstante, considerarse en el marco de la hipótesis de la diferencia de si los daños se deben a una prolongación de la vida causada médicamente.

El BGH (45) rechazó cualquier reclamación de daños y perjuicios por parte del demandante en su sentencia de abril de 2019, que figura en la recopilación oficial de decisiones bajo el epígrafe “Leben kein Schaden” (46) (*La vida no puede ser un daño*). El demandante cuya acción fue rechazada, alegó varias violaciones de derechos fundamentales, e interpuso un recurso de inconstitucionalidad (47) contra la decisión de casación. El BVerfGG (48) no admitió su trámite por decisión unánime (49).

V.2. Razonamiento del rechazo total de la responsabilidad por el BGH

Para rechazar de pleno la responsabilidad médica tanto por daños inmateriales como materiales, la Sala de lo Civil VI (50) en la instancia de casación resolvió el litigio únicamente por la vía del derecho de daños. Así pudo eludir varias cuestiones, entre ellas, si existía un deber médico de informar al paciente de su autodeterminación, si hubo una lesión corporal causado por la alimentación artificial por sonda y si el médico cometió un error de tratamiento (51).

(24) Más profundo sobre el Derecho chileno MARTÍNEZ (2023), que identifica como daño una lesión al interés de la mujer de autodeterminación reproductiva (*ibid.*, p. 171).

(25) Respecto a acciones de “wrongful conception” en el Derecho chileno CÁRDENAS - SÁNCHEZ (2017 y 2018).

(26) Véase con más detalles IV.3.

(27) Aparte de los requisitos generales como error de tratamiento, culpa, etcétera. Generalmente en los requisitos MÜLLER (2003).

(28) Cf. BGH (2019a), p. 725 (cons. 31^º) con más referencias.

(29) Véase BGH (1984), pp. 2625 y s.; BGH (1992), p. 2961.

(30) Rechazado, sin embargo, por la preparación

de una operación ortopédica en la que se pasó por alto un embarazo, cf. BGH (2000), p. 325; MÜLLER (2003), p. 698 –aunque se llamó a un ginecólogo como asesor para aclarar la cuestión de un embarazo–.

(31) Así la denominación de FINN (2019a), p. 703 con el argumento que dicho propósito contractual no tiene que estar necesariamente en primer plano según la jurisprudencia, véase BGH (2006), p. 541.

(32) § 218a apartado 1 a 3 del StGB, más cerca de eso FINN (2019b).

(33) Es lo relevante en el presente contexto, recién al respecto BGH (2023), pp. 1878 y ss.

(34) BVerfG (1993), p. 1758. Al revés el Derecho penal argentino, véase Art. 2^º (“Derechos”, “tienen derecho”) y Art. 4^º de la Ley 27.610: “tienen derecho a decidir y ac-

ceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce”.

(35) La ley regula que el tipo penal no se cumple (cf. § 218a apartado 1 StGB).

(36) BVerfG (1993), pp. 1753 y s.

(37) BGH (1983), p. 1373.

(38) En el caso conocido “Perruche” de Francia la madre también tenía rubéola, véase en vez de muchos DEUTSCH (2008), pp. 995 y s.

(39) BGH (1983), p. 1373.

(40) Véase BGH (2019a), pp. 722 y s.

(41) Resumiendo, BVerfG (2022), cons. 5^º y s.

(42) LG München I (2016), p. 889.

(43) OLG München (2017), p. 320.

(44) Cf. OLG München (2017), p. 326 (sub. 9).

(45) BGH (2019a), compare al respecto los artículos de BACH (2019); FINN (2019a); LEITMEIER (2020); LOER (2019); LORZ (2020); MESCH (2020); OLDENBURGER (2019); SPICKHOFF - DEURING (2019). Desde la perspectiva del Derecho penal DUTTGE (2019).

(46) Así el título de la página en BGHZ 221, p. 352. Sin embargo, el autor añadió un signo de interrogación.

(47) Art. 93 apartado 1 N^º 4a GG, §§ 13 N^º 8a, 90 y ss. BVerfGG. Justificada a fondo por el peritaje de “Hufen” (2019), véase también “Hufen” (2021), pp. 1079 y ss.

(48) BVerfG (2022), p. 469 (cons. 10^º).

(49) § 93a BVerfGG.

(50) BGH (2019a).

(51) Detallado BGH (2019a), p. 723 (cons. 12^º).

V.2.a. Daño moral

El BGH denegó una pretensión de indemnización por daño personal debido a la inexistencia de un daño reconocido por el ordenamiento jurídico (52).

V.2.a.1. Razonamiento del Tribunal

En su razonamiento, el tribunal se basó en las siguientes frases clave (53):

La vida humana es un bien jurídico con el mayor rango (54) y es digna en absoluto de conservar. A ningún tercero le corresponde emitir un juicio sobre su valor.

Estas frases ya se encuentran textual en el razonamiento de la sentencia en el llamado “Caso de rubéola” (“wrongful life”) del año 1983 (55). Sobre dicha base, el BGH concluyó que, por tanto, está prohibido considerar la vida —incluida la continuación de la vida con sufrimiento— como un daño (56). El BGH admitió, sin embargo, que no todas las consideraciones podían trasladarse al caso presente (57). Además, en referencia a la Ley sobre el Testamento Vital del año 2009, el tribunal subrayó el refuerzo legislativo del derecho de autodeterminación de la persona en todas las fases de la vida, que en última instancia permite poner fin a ella. Aunque el propio paciente pueda considerar que su vida es indigna, expuso el BGH en su sentencia, el orden constitucional de toda autoridad estatal, incluida la judicial, prohíbe no obstante que se juzgue la vida del paciente afectado con la conclusión de que se trata de un daño (58). Aparte de eso, escapa a la capacidad cognoscitiva de los humanos si una vida con sufrimiento es una desventaja en comparación con la muerte (59).

V.2.a.2. *Obiter dictum*: Indemnización pecuniaria por violación del derecho general de la personalidad en caso de tratamiento *contra* la voluntad del paciente

El Tribunal Supremo Federal dejó abierto en un *obiter dictum* si una demanda de pago de una indemnización monetaria por violación del derecho general de la personalidad del paciente podía basarse en una violación de su derecho de autodeterminación si se sostenían medidas de mantenimiento de la vida en *contra* su voluntad (60). El autor se refiere a este grupo de casos como *unwanted life* (61).

V.2.a.3. Crítica del razonamiento

De hecho, existen diferencias de valor decisivas entre los grupos de casos de daños al principio y al final de la vida, que hacen que los paralelismos parezcan en general problemáticos (62). En el llamado “Caso de rubéola” (“wrongful life”) (63), el *nasciturus* que madura en el útero nunca tuvo la posibilidad, en términos puramente fácticos, de tomar una decisión autodeter-

minada sobre su nacimiento y, por tanto, sobre su existencia. Ya en el año 1983, el BGH negó inequívocamente cualquier derecho a la no existencia:

Por principio, los seres humanos tienen que aceptar su vida tal como está configurada por la naturaleza y no tienen derecho a que otros la impidan o la destruyan (64).

En cambio, las personas mayores no solo tienen la posibilidad, en caso necesario mediante testamentos vitales anticipados (65), sino también un derecho protegido por la Constitución Alemana (“Grundgesetz”, abreviado “GG”) a decidir de forma autónoma sobre la continuación de su vida o el final de esta. En caso de incapacidad posterior para consentir (por ejemplo, como consecuencia de una demencia), las decisiones anticipadas deben ser ejecutadas por un tutor o apoderado sanitario; sin testamento vital, deciden en el presunto interés de la persona a la que cuidan o representan, si no es determinable, pero en todo caso a favor de su bienestar. En su sentencia sobre el “suicidio asistido” del año 2020, el Tribunal Constitucional Federal (66) reconoció incluso un derecho fundamental correspondiente, que abarca la libertad de recurrir a la ayuda de terceros para hacer realidad el propio deseo de morir. El BVerfG subrayó la importancia de la muerte autodeterminada de la siguiente manera:

La autodeterminación sobre el propio final de la vida pertenece a la ‘esfera propia de la persona’ del ser humano, en la que es libre de elegir sus normas y decidir de acuerdo con ellas [...]. La decisión del individuo de poner fin a su propia vida de acuerdo con su concepción de la calidad de vida y el sentido de su propia existencia debe ser respetada, en el punto de partida, por el Estado y la sociedad como un acto de autodeterminación autónoma (67).

Es probable que esto contradiga la tesis central del BGH (68), según la cual no existe un daño reconocido por el ordenamiento jurídico, ya que ni siquiera una vida (continuada) considerada indigna por el propio paciente puede calificarse jurídicamente como daño. Esto no solo dejaría al paciente sin protección alguna en virtud del derecho de responsabilidad civil. El BGH, cuyo rechazo se basa en última instancia en una convicción ética (69), emitió incluso un juicio de valor según el cual el estado de salud del individuo y el valor asociado de la propia vida no podían aceptarse jurídicamente, pero esto significa una violación del derecho a la autodeterminación (70).

En relación con las consideraciones utilizadas en el razonamiento del BGH sobre el curso natural y fatídico de los acontecimientos —en el “Caso de rubéola” la fatídica enfermedad de la madre y los daños fetales—, el OLG München, como tribunal de apelación, ha justificado de forma con-

vincente la necesaria distinción del presente asunto:

Esto se debe a que el suministro de nutrientes a través de una sonda PEG a un paciente que, como consecuencia de un daño cerebral grave e irreversible, ya no era capaz de alimentarse de forma natural a pesar de la asistencia, era precisamente una intervención no natural en el curso normal de la vida (71) que también incluía la muerte (72).

El énfasis en esta última idea parece muy significativo, ya que morir es casi un tema tabú en la mayoría de las sociedades modernas.

V.2.a.4. Crítica del *obiter dictum*

La mera reclamación de una indemnización pecuniaria considerada por el BGH en su *obiter dictum* solo ofrecería a los pacientes afectados una protección completamente insuficiente en Derecho civil, ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, los pacientes se encontrarían en peor situación probatoria (73) con la solución de responsabilidad considerada por el BGH sobre la base del derecho general de la personalidad que en el caso convencional de responsabilidad por falta de información (74). Además, los tribunales, de hecho, también se verían confrontados en el futuro con problemáticas similares a las ya mencionadas, incluso si la responsabilidad —en contra de la dogmática reconocida de la responsabilidad civil médica— se vinculara directamente a una violación del derecho de la personalidad (en vez de una lesión corporal); lo cierto es que en el marco de la denominada hipótesis de la diferencia habría que volver a comparar entre la vida con dolor y la muerte (75). Así, el paciente que no podía comer de forma natural a pesar de asistencia habría muerto en unos días si no se hubiera violado su derecho de la personalidad mediante un tratamiento contra su voluntad (alimentación artificial). Una vida libre de sufrimiento era imposible —*tertium non datur*— (76).

Pero, sobre todo, la pretensión de una indemnización pecuniaria considerada por el Tribunal Supremo Federal no tendría prácticamente ninguna utilidad para el paciente, mientras que los médicos no tendrían *de facto* nada que temer, con lo que al mismo tiempo se perdería la importante función preventiva de la responsabilidad (77). Dado que, según la jurisprudencia de la misma sala civil, las reclamaciones de daños y perjuicios por violación de los derechos de la personalidad no son hereditarias, los pacientes afectados a los que se mantiene artificialmente con vida tendrían que obtener en vida una sentencia favorable firme (78), de lo contrario, la reclamación se desestimaría por ser infundada tras el fallecimiento. Sin embargo, una sentencia definitiva ejecutoriada en vida de los pacientes, por lo general de edad avanzada, parece extremadamente improbable (79) en vista de su corta esperanza de vida. Por

tanto, los médicos ganarían la “carrera contra el tiempo” (80), posiblemente a través de tres instancias judiciales.

La insuficiente protección del Derecho civil sería especialmente grave en los casos de *unwanted life*, ya que también socavaría el carácter vinculante de los testamentos vitales (81) (82). Tales órdenes podrían ser desatendidas o ignoradas por los médicos sin sanciones de responsabilidad.

V.2.b. Daño material

El BGH dictaminó que una reclamación de indemnización por daños materiales fracasó debido a la —supuesta— falta de finalidad protectora.

V.2.b.1. Razonamiento: Inexistencia de indemnización de daños materiales por falta de finalidad protectora

El Tribunal argumentó que en los casos “¿Niño como daño?” había concedido una indemnización por daños y perjuicios contra el médico por las cargas de manutención a los padres de un niño (originalmente) no deseado, solo si y en la medida en que los deberes asumidos por el contrato de consulta o tratamiento —de forma legalmente admisible— sirvieran para proteger contra estas cargas (83) (la denominada “propósito económico secundario”). El tribunal sostuvo que, de acuerdo con su propósito, los deberes incumplidos por el médico de cabecera no tenían por objeto proteger al paciente de las cargas económicas asociadas a la continuación de su vida, aunque fuera sufriendo (84). Según el BGH, el deber de informar al paciente de que podía considerarse la posibilidad de poner fin a las medidas de mantenimiento de la vida solo servía al derecho de autodeterminación del paciente que debía ejercer el tutor (85). El propósito del deber de no afirmar erróneamente la indicación médica de medidas de mantenimiento de la vida era evitar que el proceso de la muerte se viera innecesariamente sobrecargado. Por otra parte, el propósito de los deberes mencionados, considerados desde la perspectiva normativa, no era evitar las cargas económicas asociadas a la continuación de la vida y al sufrimiento inherente a la enfermedad.

V.2.b.2. Crítica

Esta argumentación se agota en una mera afirmación (86), que, además, es probable que sea inexacta: Teniendo en cuenta los intereses legítimos del paciente, debe reconocerse que el deber médico de no continuar con una medida terapéutica que ya no está médicamente indicada y/o justificada, es decir, de abstenerse de causar daños corporales ilícitos, también sirve en cualquier caso para evitar cargar al paciente, en especial con los gastos económicos de este mismo tratamiento (87). De lo contrario, los médicos se verían recompensados por sus continuas lesiones corporales ilícitas con una reclamación de

(52) Véase BGH (2019a), p. 723 (cons. 12^º, 14^º).
(53) BGH (2019a), p. 723 (cons. 14^º).
(54) Al respecto DUTTGE (2019), p. 270: Falta la significancia postulada de una protección incondicional (del más alto rango) de los derechos legales al final de la duración natural de la vida.
(55) BGH (1983), p. 1373, cf. más arriba IV.3.
(56) BGH (2019a), p. 723 (cons. 14^º).
(57) Véase, incluso para lo siguiente, BGH (2019a), p. 724 (cons. 18^º y s.).
(58) BGH (2019a), p. 724 (cons. 20^º).
(59) BGH (2019a), p. 724 (cons. 20^º), cf. BACH (2019), p. 1917: argumento casi trascendental.
(60) BGH (2019a), p. 724 (cons. 23^º).
(61) FINN (2019a), p. 695 y *passim*.
(62) Crítico también OLG München (2017), p. 325 (sub 6.1); OLDENBURGER (2019), sub C.
(63) Véase al respecto ya anteriormente IV.3. y V.2.a.1.
(64) BGH (1983), p. 1374.

(65) § 1827 apartado 1 BGB. Acerca del Derecho argentino CALVO (2021), pp. 508 y ss.
(66) BVerfG (2020).
(67) BVerfG (2020), p. 907 (cons. 210^º) con más referencias; véase ya antes BVerwG (2017), p. 825 (cons. 24^º).
(68) BGH (2019a), p. 723 y s. (cons. 12^º, 14^º y 20^º).
(69) Cf. BACH (2019), p. 1917.
(70) Con razón OLDENBURGER (2019), sub D.
(71) Igualmente “Hufen” (2021), p. 1084.
(72) Cf. OLG München (2017), p. 325 (sub 6.1).
(73) Cf. FINN (2019a), pp. 696, 700 y s. referente a la responsabilidad por error de tratamiento.
(74) Véase nota de pie N^º 22. Para más antecedentes, consúltese FINN (2016), p. 344 y s. con referencias.
(75) FINN (2023), p. 6. Otro punto de vista “Hufen” (2019), p. 15; “Hufen” (2021), p. 1086, que querría separar entre la continuación de la vida y el sufrimiento producido por la sobreterapia, –pero la hipotética

evitación del sufrimiento iría inevitablemente acompañada de la muerte si no se llevara a cabo la sobreterapia–.
(76) FINN (2023), p. 6.
(77) OLDENBURGER (2019), sub D. (sin sanción).
(78) Según BGH (2021), pp. 869 y ss. (cons. 10^º y s.), la aparición de la validez legal durante la vida del demandante es necesaria en principio; contra esta opinión acertadamente GSELL (2022), p. 871.
(79) Véase también BACH (2019), p. 1917 (improbable); LEITMEIER (2020), p. 2848 (no sustituto adecuado); SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 821 (no lleva a ninguna parte).
(80) GSELL (2022), p. 871 (sub 5. y 6.).
(81) § 1827 apartado 1 del BGB.
(82) Véase también “Hufen” (2021), p. 1088; LEITMEIER (2020), p. 2846; MESCH (2020), p. 215; OLDENBURGER (2019), sub D.
(83) BGH (2019a), p. 725 (cons. 31^º) con más referen-

cias.
(84) BGH (2019a), p. 725 (cons. 32^º).
(85) Cf. BGH (2019a), p. 725 (cons. 33^º), incluso para lo siguiente.
(86) Además, el recurso a la jurisprudencia del “¿Niño como daño?” ya suscita dudas debido a las diferencias estructurales, con mayor detalle FINN (2019a), p. 703; FINN (2023), p. 6. Aparte de esto, la responsabilidad por tratamientos para prolongar la vida puede, sin excepción, vincularse a la lesión de un bien jurídico del paciente determinado en § 823 apartado 1 BGB y protegido por esta norma, en este caso las lesiones corporales/sanitarias por la alimentación artificial, véase VI.1., nota de pie N^º 132.
(87) FINN (2019a), p. 704; FINN (2023), pp. 5, 8, aprioratorio PRÜTTING et al (2023), p. 325.

remuneración y el paciente, como parte perjudicada, tendría que pagar dinero por las lesiones corporales cometidas contra él, que incluso son punibles (88), aunque su cuidador pudiera exigirle que se abstuviera de ellas (89). El criterio de atribución de la conexión de finalidad protectora como correctivo ampliamente flexible abre un gran margen de maniobra a los tribunales (90), que al parecer se utilizó en el presente caso para rechazar la responsabilidad.

Además, cuando el BGH concluye en su razonamiento de la sentencia que los deberes no sirvieron, en particular, para preservar el patrimonio del paciente lo más indemne posible para los herederos (91), no tiene suficientemente en cuenta que la relación jurídica entre el médico y el paciente se vio afectada; el hecho de que una pretensión de indemnización por daños y perjuicios que correspondía al paciente ya en vida debido a su pérdida patrimonial pase al heredero en caso de fallecimiento, es irrelevante para la atribución de una indemnización por daños y perjuicios (92).

Al excluir cualquier responsabilidad, el BGH deja sin consecuencias de responsabilidad civil la ilícita (93) lesión corporal por el médico. Una vez dada la indicación de nutrición artificial, nunca tendría que volver a revisarse; según la argumentación del BGH, ni siquiera podría haber responsabilidad si se iniciara una medida de soporte vital que ya al principio no estaba médicamente indicada (94). En cualquier caso, la situación no tendría que ser discutida con el tutor en ningún momento, con independencia de cambios significativos en la situación (estado de salud, pronóstico, perfil de riesgo, etcétera), contrariamente a lo que establece la ley (95). Sobre todo, dejaría de aplicarse a las relaciones de tratamiento cualquier efecto preventivo (96) de la ley de responsabilidad (97), que pretende y puede proporcionar una protección eficaz contra las intervenciones físicas ilícitas (98). Tal efecto es tanto más necesario en el caso que nos ocupa, ya que el peligro para los pacientes aumenta considerablemente en determinados casos por el hecho de que los tratamientos para mantener y/o prolongar la vida se basan (o pueden basarse) total o parcialmente en consideraciones ajenas, como motivos económicos (99) o una mejor utilización de las instalaciones sanitarias (100) (101). No se ofrece protección suficiente a los pacientes afectados por el hecho de que la continuación de la interferencia con su integridad física podría haberse evitado si el cuidador hubiera tomado medidas (ejercicio de la acción de medidas cautelares (102) o presentando una denuncia penal). Lamentablemente, la inactividad del tutor legal en

el caso, que duró años, lo confirma de manera ejemplar. Una protección eficaz contra el tratamiento ulterior ilícito es sobre todo el riesgo inminente de responsabilidad del médico responsable (103) de la medida de tratamiento, porque sin médico no habría tratamiento médico (104).

V.3. La decisión del Tribunal Constitucional Federal (“BVerfG”) y postura propia sobre las implicaciones constitucionales de la temática

El recurso de inconstitucionalidad (105) del demandante ni siquiera fue admitido a trámite por el BVerfG, debido, principalmente (106), a la falta de éxito en cuanto al fondo, ya que la decisión del BGH impugnada no planteaba dudas constitucionales severas (107).

V.3.a. Valoración del BVerfG y crítica

Según la jurisprudencia del BVerfG (108), para la Constitución (GG), la vida humana es un bien jurídico de mayor rango y es, en principio, digna de conservar en absoluto. No obstante, el mandato del Estado de proteger la vida termina donde empieza el derecho a la autodeterminación. La decisión de poner fin a la propia vida tiene una importancia existencial para la personalidad, es una expresión de la propia autoimagen y una expresión fundamental de la capacidad de autodeterminación y responsabilidad personal. El deber de proteger la vida prevalece sobre el derecho a la libertad cuando las personas están expuestas a influencias que ponen en peligro su autodeterminación sobre la propia vida.

Según la apreciación del BVerfG (109), el BGH fijó la vida en términos absolutos en la decisión impugnada de una manera que podía suscitar dudas sobre si se respetaba suficientemente el derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la decisión no se basaba en esto. En este caso, no se pudo determinar la voluntad real o presunta como expresión del derecho de autodeterminación del fallecido (110). El BGH había podido negar el daño causal por sí solo, dejando expresamente abierta la cuestión de si una reclamación de daños y perjuicios podía basarse en la violación del derecho general de la personalidad (autodeterminación del paciente) (111) si la medida de mantenimiento de la vida se sostenía en contra de la voluntad del paciente. Si él —a diferencia del caso en litigio— deseaba realmente morir de forma autodeterminada, el deber del Estado de proteger la vida (112) pasaba a un segundo plano frente al derecho de autodeterminación. Contrariamente a la opinión del demandante, no se dijo en la sentencia que

la vida mereciera absolutamente ser conservada en todos los casos. Por lo tanto, no se excluyó desde el principio que una medida de mantenimiento de la vida llevada a cabo en contra de la voluntad de la persona afectada pudiera tener consecuencias en virtud del derecho de responsabilidad.

El Tribunal Constitucional Federal abordó acertadamente la tensión (113) entre la decisión del Tribunal Supremo Federal y el derecho fundamental a la muerte autodeterminada, reconocido explícitamente por el BVerfG tras su pronunciamiento. Según su sentencia del año 2020 sobre el “suicidio asistido”, el derecho general de la personalidad en su manifestación como derecho a la muerte autodeterminada, incluye el derecho a rechazar medidas de soporte vital por voluntad propia y, de este modo, permitir que un proceso de enfermedad que conduce a la muerte siga su curso (114). Este derecho a la muerte autodeterminada está arraigado en la garantía de la dignidad humana (115).

Los tribunales no tuvieron que resolver la tensión antes descrita en lo que respecta a la indemnización por daños morales reclamada. En ese contexto, debido a la falta de relevancia para la decisión, sí podía dejarse abierto cómo decidir en el caso de medidas médicas *contra* la voluntad de un paciente, porque en el procedimiento civil ya ni siquiera era posible averiguar la voluntad presunta del paciente. Por el contrario, su determinación es irrelevante para la responsabilidad por daños materiales, porque se basa simplemente en la continuación de una medida médica sin justificación (lesión corporal/sanitaria ilícita) (116). Por tanto, el BVerfG debería haberse pronunciado sobre la cuestión.

La discusión del BVerfG sobre la sentencia del BGH impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad resulta superficial en varios puntos, aunque es evidente que esta sentencia tiene consecuencias esenciales para el tratamiento de un grupo cada vez más numeroso de pacientes vulnerables, en su mayoría de edad avanzada (117). El BVerfG considera que el BGH no descartó por completo la obligación de pagar daños materiales (118). Al hacerlo, no reconoce la verdadera razón de la denegación por parte del BGH, la —supuesta— falta de conexión de finalidad protectora, que ni siquiera se menciona en la decisión del BVerfG (119). El BGH tampoco dejó ningún rescio abierto —a diferencia de lo que ocurre en el caso de la indemnización por daños morales—, sobre todo teniendo en cuenta que, de todos modos, esta diferenciación es irrelevante para la conexión con la finalidad protectora (120).

V.3.b. Valoración constitucional propia

La sentencia del BGH de abril de 2019 (ya) no cumple los requisitos constitucionales (121), al menos según la sentencia del BVerfG (122) de febrero de 2020, dictada en-tretanto.

Según *Hufen* en su dictamen jurídico sobre las perspectivas de éxito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el demandante, las reclamaciones por daños y perjuicios constituyen una indemnización que debe asignarse al ámbito de protección del derecho fundamental a la integridad física (123). Si un tribunal estatal deniega tal reclamación sin justificación adecuada, ello constituye a su vez una intromisión en los derechos fundamentales (124). En el presente caso, el BVerfG debe haber visto una relevancia para los derechos fundamentales, de lo contrario no habría intentado disipar las preocupaciones constitucionales en su decisión (125).

En resumen, puede afirmarse lo siguiente: En la medida en que, como en el presente caso, un tratamiento para mantener y/o prolongar la vida se continúa sobre la base de un consentimiento que ya no es válido (126) y *sin* la voluntad (determinable) del paciente, la desestimación por el Tribunal Supremo de una demanda por daños materiales viola el derecho fundamental a la integridad física (127) y, por tanto, el correspondiente deber estatal de protección (128). Si dicha medida médica se mantiene incluso en *contra* de la voluntad real o presunta del paciente se vulnera a la vez su derecho de autodeterminación, en la medida en que en tales casos se rechazaría una reclamación por daños materiales y, como máximo, se concedería una reclamación no hereditaria de indemnización monetaria por violación del derecho general de la personalidad (129) (130).

VI. Concepción alternativa de responsabilidad en caso de prolongación médica de la vida

En particular, por los problemas constitucionales de la jurisprudencia actual en Alemania esbozados más arriba, la concepción alternativa de responsabilidad desarrollado por el autor (131) para los tratamientos al final de la vida, debe exponerse a grandes rasgos ahora a modo de conclusión.

VI.1. Principios de la responsabilidad

El punto de partida es la premisa de que las medidas de tratamiento para mantener

(88) La alimentación artificial se cualifica como lesión corporal de acuerdo con el § 223 del StGB, que, sin embargo, no debe dar lugar a la responsabilidad civil a través de § 823, apartado 2 del BGB (que se refiere a las infracciones de las normas protectoras como varias del código penal), con razón crítica de la falta de coherencia DUTTGE (2019), p. 268.

(89) FINN (2023), pp. 5 y s.

(90) Crítico ya FINN (2019a), p. 703.

(91) Así BGH (2019a), p. 725 (cons. 33°).

(92) FINN (2023), p. 6.

(93) Sobre el consentimiento que ha dejado de ser válido FINN (2019a), p. 699 y por más debajo a y en nota de pie N° 139.

(94) Cf. FINN (2023), p. 5 con nota de pie N° 50.

(95) § 1828 apartado 1 frase 1 del BGB.

(96) Con más detalles en el ámbito de la responsabilidad civil médica WAGNER (2023), Vorbemerkung (Vor § 630a), cons. 35°, 37°; WAGNER (2020), Vorbemerkung (Vor § 823), cons. 45° y ss.

(97) Véase también LEITMEIER (2020), p. 2846; SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 820 (respecto a la indemnización por daño personal).

(98) Cf. FINN (2023), p. 5, incluso para lo siguiente.

(99) Compare entre otros JANDA (2018), p. 781; THÖNS (2016), pp. 125 y ss. (nutrición artificial: lucrativa,

pero a menudo inútil).

(100) OLDENBURGER (2019), sub D.

(101) Otro punto de vista BACH (2019), p. 1918, que parece dar la bienvenida a un alivio para la profesión médica.

(102) Cf. §§ 1004, apartado 1 frase 2 (análogo), 823, apartado 1 del BGB, véase BGH (2005), p. 720.

(103) DUTTGE (2019), p. 274 (un deber genuinamente propio del médico); FINN (2019a), p. 699, al revés LORZ (2020), p. 188: era prioritariamente una tarea del cuidador.

(104) Cf. FINN (2023), p. 5.

(105) Con él, el demandante reclamaba la violación de los derechos fundamentales de su padre y de los suyos. No obstante, el Tribunal ha puesto en duda la admisibilidad del recurso y lo calificó como en parte insuficientemente fundamentado, véase BVerfG (2022), p. 469 (cons. 11° y ss. / 14° y ss.).

(106) Otras razones en la nota de pie anterior.

(107) Véase BVerfG (2022), p. 469 (cons. 17°).

(108) Las siguientes observaciones proceden de BVerfG (2022), p. 469 (cons. 18°) con más referencias.

(109) Sobre esto y lo siguiente BVerfG (2022), p. 469 (cons. 19°).

(110) Sobre esto y lo siguiente BVerfG (2022), p. 469

(cons. 20°).

(111) Véase referente a la inadecuación de esta solución propuesta ya anteriormente V.2.a.4.

(112) En virtud del Art. 2 apartado 2 frase 1 GG.

(113) LEITMEIER (2020), pp. 2845 y s.: numerosas incoherencias en la valoración.

(114) BVerfG (2020), p. 907 (cons. 209°) con más pruebas.

(115) Así BVerfG (2020), p. 907 (cons. 210°) con referencia al Art. 1 apartado 1 del GG.

(116) Para esto FINN (2019a), pp. 703 y ss.

(117) Cf. FINN (2023), p. 4.

(118) BVerfG (2022), pp. 469 y s. (cons. 21°).

(119) No se encuentra nada al respecto, véase BVerfG (2022), especialmente cons. 6° y 21°.

(120) FINN (2023), p. 4.

(121) Cf. sobre el alcance de la competencia de control en las decisiones de los tribunales civiles como titulares del poder público BVerfG (1997), p. 521.

(122) BVerfG (2020), p. 905, véase para una mayor valoración de la autonomía del paciente al final de la vida también en el Derecho penal BGH (2019b), p. 3092; BGH (2019c), p. 3089: No hay deber médico de realizar esfuerzos de rescate tras intento de suicidio a pesar de asistencia previa o acompañamiento al suicidio.

(123) Véase “Hufen” (2019), p. 16.

(124) Así “Hufen” (2019), p. 16 refiriéndose (con pruebas) a la jurisprudencia reiterada del BVerfG sobre la violación del derecho general de la personalidad; según “Hufen”, sin embargo, esto también debe aplicarse a la violación de otros derechos fundamentales personales y, en particular, a la protección de la integridad física y la autodeterminación.

(125) FINN (2023), p. 4.

(126) Cf. con más detalle sobre la falta de justificación (constitucional) “Hufen” (2019), pp. 16 y ss., en particular sobre el deber de proteger la vida humana, *ibid.*, pp. 19 y ss. (la llamada concordancia práctica); “Hufen” (2021), pp. 1086 y ss.

(127) Sobre la violación de la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida en detalle “Hufen” (2019), pp. 8 y ss. / 11 y ss.; “Hufen” (2021), pp. 1082 y s. / 1083 y ss., véase también “Hufen” (2001), p. 854; BGH (2003), 516.

(128) Cf. FINN (2023), p. 4.

(129) Véase para detalles más arriba sub V.2.a.2. y 4.

(130) FINN (2023), p. 4.

(131) FINN (2019a), pp. 696 y ss., FINN (2023), pp. 7 y s.

y/o prolongar la vida, como la nutrición artificial mediante una sonda gástrica o en todo caso la respiración artificial, interfiere en la integridad física del paciente y, debido a la naturaleza de la intervención, representan jurídicamente lesiones corporales/sanitarias (132) que requieren justificación. Estas intervenciones permanentes, que se mantienen durante un cierto período de tiempo, requieren inicialmente una indicación y un consentimiento. Seguidamente, la indicación médica (133) debe ser revisada continuamente por el médico en el curso posterior del tratamiento (134). Esto puede llevar a una interrupción gradual de la indicación dada al principio, en el sentido de que al principio se planteen cada vez más dudas y finalmente se interrumpa por completo (135). El médico debe informar al paciente o a su cuidador sobre tales dudas (educación médica actualizada) antes de continuar con la medida (136), por lo que la indicación e intensidad de la educación son inversamente proporcionales (137), es decir, cuanto menos indicada médicamente esté la medida, más intensa debe ser la información.

La finalidad de este deber de información es que el paciente o su representante —de forma análoga a la situación anterior al inicio de la medida— puedan decidir sobre la continuación de forma autodeterminada; la información inicial queda obsoleta (138). En el caso de medidas permanentes como la nutrición artificial, la omisión de dicha información actualizada al paciente en incumplimiento del deber conlleva, por tanto, la invalidez del consentimiento inicialmente otorgado con efectos para el futuro (*ex nunc*) en aplicación análoga del § 630d apartado 2 BGB (139). Para un posible (nuevo) consentimiento hipotético, el médico soporta la carga de la prueba (140) si el paciente o su representante, como en el caso en litigio (141), hacen plausible un grave conflicto de decisión (142).

VI.2. Daño moral: Determinación normativa-subjetiva del daño en caso de tratamientos contra la voluntad del paciente (*unwanted life*)

En principio, el daño inmaterial es indemnizable si puede determinarse en un caso individual que el tratamiento se llevó a cabo o continuó al menos contra la presunta voluntad del paciente (*unwanted life*). Si el daño en estas situaciones se determina normativo-subjetivamente sobre la base de la autodeterminación personal del paciente, no hay necesidad de juicios —incuestionablemente inadmisibles— sobre el valor de la vida ajena (143). Solo la perspectiva del paciente es decisiva: Si el paciente ha estipulado en su testamento vital o si los deseos de tratamiento expresados (144) por él o su presunta (145) voluntad individual constatable indican que no quiere o no acepta medidas de soporte vital, esto también debe ser respetado por los médicos en la dimensión del derecho de responsabilidad (146). Los tribunales de hecho pueden determinar si el paciente ha sufrido un perjuicio, y en

qué medida, únicamente sobre la base de la autodeterminación individual (147) que debe protegerse desde la perspectiva del paciente. De este modo, la libertad de decisión del paciente puede y debe contar con una plena protección en forma de una pretensión (hereditaria) de indemnización por daño personal (148).

VI.3. Daños materiales: Resarcibilidad en caso de consentimiento invalidado

En principio, los daños materiales son indemnizables si las medidas de tratamiento para un mantenimiento y/o una prolongación de la vida se mantienen de forma ilícita sobre la base de un consentimiento que se ha vuelto inválido (§ 630d apartado 2 BGB análogo) (149), incluso si el tratamiento “solo” se mantiene sin la voluntad del paciente, como en el caso resuelto por el BGH (150). Los deberes médicos en el contexto de las medidas de tratamiento para mantener y/o prolongar la vida generalmente también tienen el propósito de proteger contra la continuación de dichas medidas ilícitas en términos financieros, incluso si se trata “simplemente” de evitar una reducción de los bienes potenciales de la herencia (151). En cualquier caso, el paciente tendrá un interés digno de protección si sus hijos se ven amenazados con una carga financiera de manutención o se verían desbordados por el recurso (152) al derecho social (153). Los gastos causados directamente por un tratamiento injustificado, como los gastos de tratamiento (154) o pagos suplementarios, son susceptibles de indemnización, al igual que los gastos generales de manutención (por ejemplo, los gastos de residencias de ancianos) (155).

VII. Conclusión (156)

La jurisprudencia actual en Alemania priva al derecho de responsabilidad civil médica en el ámbito de los tratamientos para mantener y/o prolongar la vida de su importante función preventiva, ya que no prevé una protección (suficiente) de los pacientes en el Derecho civil. De hecho, los médicos tratantes no tienen prácticamente ninguna consecuencia de responsabilidad que temer, a pesar de la ausencia de indicación médica y/o consentimiento informado del paciente: Las medidas médicas invasivas para mantener y/o prolongar la vida, como la nutrición o la respiración artificiales, no desencadenan ninguna consecuencia de responsabilidad civil, aunque se lleven a cabo o continúen sin indicación médica y sin la voluntad del paciente. Incluso en el caso de tratamientos contra la voluntad del paciente, el afectado debería tener solo derecho, como máximo, a una reclamación de indemnización monetaria —especialmente no hereditaria— por violación de su derecho personal. Además, un paciente anciano difícilmente podrá obtener en vida una sentencia definitiva ejecutoriada.

En última instancia, esta protección insuficiente en virtud del derecho de responsabilidad va en detrimento tanto de la

autonomía del paciente como de la protección de la integridad física, y también cuestiona fundamentalmente el carácter vinculante de los testamentos vitales, al menos en el derecho de responsabilidad civil. Para hacer justicia a los derechos fundamentales de los pacientes de edad avanzada a la integridad física, la autodeterminación personal y la muerte autodeterminada, el Derecho civil requiere una amenaza efectiva de responsabilidad. Aunque las indemnizaciones en caso de responsabilidad acaben recayendo en la herencia, el efecto preventivo debe garantizarse en el interés de los pacientes.

VIII. Bibliografía citada

BACH, Ivo, 2019. “Das Leben ist kein Schaden”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. BECK, Vol. 72, N° 27, pp. 1915-1918. ISSN: 0341-1915.

BALTZ, Petra, 2010. “Lebenserhaltung als Haftungsgrund”. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag. ISBN: 978-3-642-12730-4. eISBN: 978-3-642-12731-1.

BUNDESÄRZTEKAMMER (Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer), 2013. “Ärztliches Handeln zwischen Berufsethos und Ökonomisierung. Das Beispiel der Verträge mit leitenden Klinikärztinnen und -ärzten”. *Deutsches Ärzteblatt* 2013, Vol. 110, N° 38, pp. A 1752-A 1756. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Zeko/KlinikVertrage2013.pdf [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BUNDESÄRZTEKAMMER, 2015. Stellungnahme: “Medizinische Indikationss- tellung und Ökonomisierung”. *Deutsches Ärzteblatt* 2015, Vol. 112, N° 18, p. A 836, Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: <http://d.aerzteblatt.de/BS61> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BUNDESÄRZTEKAMMER (Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer), 2022a. Stellungnahme: “Ärztliche Verantwortung an den Grenzen der Sinnhaftigkeit medizinischer Maßnahmen. Zum Umgang mit, Futility”. *Deutsches Ärzteblatt* 2022, Vol. 119, N° 19, pp. A-888 / B-736, pp. A1-A11. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/zentrale-ethikkommission/ZEKO_Bek_Futility_ONLINE_final.pdf [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BUNDESÄRZTEKAMMER, 2022b. “Thesen zur Ökonomisierung der ärztlichen Berufstätigkeit”. *Deutsches Ärzteblatt* 2022, Vol. 119, N 39, pp. A-1664 / B-1388, pp. 1-3. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=227779> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

CALVO COSTA, Carlos A., 2021. “Responsabilidad Civil Médica”. Tomo 1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters. 1ª edición. ISBN 978-987-03-4098-0.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A. - SÁNCHEZ RUBÍN, José Antonio, 2017. “Indemnizaciones por anticoncepciones fallidas en Chile. ¿A qué título?” en: CORRAL TALCIANI, Hernán - MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (ed.), *Estudios de Derecho Civil XII. Ponencias presentadas en las XIV Jornadas nacionales de derecho civil*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp. 577-592. ISBN: 978-956-346-893-9.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A. - SÁNCHEZ RUBÍN, José Antonio, 2018. “Acciones de *wrongful conception* en Chile: una propuesta de fundamentación”. *Acta Bioethica*. Santiago de Chile: Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética de la Universidad de Chile, Vol. 24, N° 2, pp. 237-244. ISSN: 1726-569X.

DEUTSCH, Erwin, 2008. “Die internationale Dimension des Medizinrechts”. *Versicherungsrecht (VersR)*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft GmbH, Vol. 59, N° 22, pp. 993-998. ISSN: 0342-2429.

DUTTGE, Gunnar, 2019. “Folgenlose Missachtung der Pflicht zur ärztlichen Indikationss- tellung? - zu den Risiken und Folgewirkungen von BGH, Urteil v. 2.4.2019 (VI ZR 13/18)”. *Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra)*. Heidelberg: Verlag C. F. Müller GmbH, Vol. 5, N° 5, pp. 266-274. ISSN: 2199-4323.

FINN, Markus, 2015. “Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética”. *Revista Chilena de Derecho Privado (RChDP)*. Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo Laneri de la Universidad Diego Portales, N° 25, pp. 55-75. ISSN: 0718-0233, eISSN: 0718-8072. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

FINN, Markus, 2016. “Krankenhaustaftung” en: SCHMOLA, Gerald/RAPP, Boris (ed.), *Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus*, Wiesbaden: Verlag Springer Gabler, pp. 341-387. ISBN: 978-3-658-10666-9, eISBN: 978-3-658-10667-6.

FINN, Markus, 2017. “Educación sobre el riesgo médico: propósito, contenido, forma y tiempo”. *Revista Derecho y Salud (DyS)*. Córdoba (Argentina): Sala de Derecho a la Salud, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), Universidad Blas Pascal, Vol. 1, N° 1, pp. 113-122. ISSN: 2591-3468, eISSN: 2591-3476. Disponible en: <https://issuu.com/ubpascal/docs/revista-derecho-y-salud-p-issuu> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

FINN, Markus, 2019a. “Arzthaftung bei lebensverlängernden Maßnahmen: *unwanted life* und, Eltern als Schaden? — Die unwirksam gewordene Einwilligung”. *Medizinrecht (MedR)*. München: Springer (in Gemeins-

(132) Así referente a la alimentación artificial por sonda BGH (2003), p. 514; BGH (2005), p. 720; FINN (2019a), p. 697; “Hufen” (2021), p. 1085; SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 821.

(133) Sobre el término FINN (2019a), p. 697 con más referencias.

(134) Igualmente, “Hufen” (2021), p. 1084; DUTTGE (2019), p. 272; FINN (2019a), p. 698, cada uno con más referencias.

(135) Más detallado FINN (2019a), p. 699 en el contexto del establecimiento conjunto de objetivos terapéuticos por parte del médico y el paciente como la base del establecimiento de la indicación.

(136) Véase § 630e apartado 1 frase 2 BGB (*necesidad*). Además, debe observarse la obligación de discutir en

conformidad con el § 1828 apartado 1, frase 2 BGB.

(137) Véase KATZENMEIER (2021), capítulo V., cons. 28º.

(138) FINN (2019a), p. 699.

(139) BACH (2019), p. 1916; FINN (2019a), p. 699, opinión distinta LORZ (2020), pp. 174 y ss. (solo revocación del consentimiento).

(140) Cf. § 630h apartado 2, frase 2 BGB.

(141) Confirmado por el OLG München (2017) p. 324 (sub 4.) para el asunto en litigio.

(142) El conflicto decisorio (hipotético) se solapa con el Derecho tutelar (discusión con el tutor, aprobación del tribunal tutelar dado el caso), en detalle OLG München (2017), p. 323 (sub 2.1. a 2.3.). Generalmente en el requisito de un conflicto decisorio FINN (2017), p. 116.

(143) FINN (2019a), pp. 702 y s., agudo LOER (2019), p. 189; similar OLDENBURGER (2019), sub A. y C.; MESCH (2020), pp. 211 y s., 216.

(144) §§ 1827 apartado 2, frase 1, 1828 apartado 2 BGB.

(145) *Ibid.* Detallado Bundestags-Drucksache 16/8442, pp. 11, 15 y s.

(146) Así ya FINN (2019a), p. 702; FINN (2023), p. 8.

(147) Véase también BALTZ (2010), pp. 78 y s.

(148) En el resultado, igualmente SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 823; ZIMMERMANN (2018), p. 108.

(149) Solo en caso de tratamiento contra la voluntad del paciente BALTZ (2010), pp. 156 y ss., como aquí probablemente PRÜTTING (2018), p. 102.

(150) FINN (2019a), pp. 703, 705.

(151) Similar BALTZ (2010), pp. 157 y s.

(152) Véase, sin embargo, con una considerable restricción al respecto desde el 1 de enero 2020 § 94 apartado 1a del SGB XII.

(153) FINN (2023), p. 8.

(154) En la medida en que dichos costes hayan sido asumidos por seguros de salud (estatal como privado), estos pueden exigir el reembolso de los gastos de tratamiento incurridos mediante recurso a los prestadores de servicios médicos en virtud de la subrogación legal (*cessio legis*), véase para las normas aplicables FINN (2019a), p. 722; FINN (2023), p. 2.

(155) Así ya FINN (2019a), p. 704.

(156) Véase al respecto FINN (2023), pp. 8 y s.

chaft mit C. H. BECK), Vol. 37, N° 9, pp. 695-705 y 722. ISSN: 0723-8886.

FINN, Markus, 2019b. “Comparación normativa: aborto en Alemania y Argentina. Entrevista a Markus Finn”. *Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Universidad de Buenos Aires (ed.). Mayo 2019, Vol. 1, N° 2, pp. 2-7. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-003.pdf> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

FINN, Markus, 2023. “Leben kein Schaden?” — Eine Kritik der Perspektiven von BGH und BVerfG. *Gesundheit und Pflege — Rechtszeitschrift für das gesamte Gesundheitswesen (GuP)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, Vol. 13, N° 1, pp. 1-9. ISSN: 2191-3595.

GEIß, Karlmann - GREINER, Hans-Peter (2022). “Arzthaftpflichtrecht”. München: Verlag C. H. Beck, 8ª edición. ISBN: 978-3-406-78603-7.

GSELL, Beate, 2022. “Anmerkung [BGH, NJW 2022, p. 868 — Kohl-Protokolle II]”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 75, N° 12, p. 871. ISSN: 0341-1915.

HUFEN, Friedhelm, 2001. “In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 54, N° 12, pp. 849-857. ISSN: 0341-1915.

HUFEN, Friedhelm, 2019. “Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Urteils des Bundesgerichtshofs VI ZR 13/18, (Weiterleben als Schaden?) und der Erfolgsaussichten einer gegen dieses gerichteten Verfassungsbeschwerde — Rechtsgutachtliche Stellungnahme”, 17/05/2019. Mainz: inédito.

HUFEN, Friedhelm, 2021. “Weiterleben als Schaden? — Weiterleben als Schaden! Grundrechtsschutz gegen Übertherapie vor dem Tode” en: BUBLITZ, Jan Christoph et al. (ed.), *Recht — Philosophie — Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*. Teilband II, 2ª edición. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 1079-1089. ISBN: 978-3-428-18545-0.

JANDA, Constanze, 2018. “Überversorgung am Lebensende — Ursachen und Lösungsansätze”. *Medizinrecht (MedR)*. München: Springer (in Gemeinschaft mit C. H. BECK), Vol. 36, N° 10, pp. 778-784. ISSN: 0723-8886.

KATZENMEIER, Christian, 2002. “Arzthaftung”. Tübingen: Verlag Mohr Siebeck. ISBN: 978-3-16-147681-5, eISBN: 978-3-16-157894-6.

KATZENMEIER, Christian, 2021. “Aufklärungspflicht und Einwilligung” en: LAUFS, Adolf - KATZENMEIER, Christian - LIPP, Volker, *Arztrecht*, 8ª edición. München: Verlag C. H. Beck. ISBN: 978-3-406-73675-9.

LEITMEIER, Lorenz, 2020. “Neubewertung des, Lebens als Schaden?” *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 73, N° 39, pp. 2844-2849. ISSN: 0341-1915.

LIPP, Volker - BRAUER, Daniel, 2022. “Übertherapie und ‚Futility‘. *Gesundheit und Pflege — Rechtszeitschrift für das gesamte Gesundheitswesen (GuP)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, Vol. 12, N° 6, pp. 205-211. ISSN: 2191-3595.

LOER, Annette, 2019. “Anmerkung zur BGH-Entscheidung, Leben als Schaden”.

Betreuungsrechtliche Praxis (BtPrax). Köln: Bundesanzeiger-Verlag, Vol. 28, N 5, p. 189. ISSN: 0942-2390.

LORZ, Sigrid, 2020. “Lebensverlängerung durch lebenserhaltende Maßnahmen als Schadensquelle”. *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 2, pp. 169-189. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

LOVECE, Graciela, 2020. “El Derecho a la información” en: WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela (Directoras), *Tratado de Derecho a la salud*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters. 2ª edición. ISBN: 978-987-03-3990-8.

MARTÍNEZ MORGADO, Constanza, 2023. “Wrongful birth actions en Chile. ¿Lesión a la autodeterminación o pérdida de la chance de abortar?”. Chile: RUBICÓN EDITORES. 1ª edición. ISBN: 978-956-9947-66-7.

MARTIS, Rüdiger - WINKHART-MARTIS, Martina, 2021. “Arzthaftungsrecht — Fallgruppenkommentar”. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt. 6ª edición. ISBN: 978-3-504-18079-9.

MESCH, Maria, 2020. “Behandlungsziel und medizinische Indikation am Lebensende”. *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 2, pp. 191-217. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

MÜLLER, Gerda, 2003. “Unterhalt für ein Kind als Schaden”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 56, N° 10, pp. 697-706. ISSN: 0341-1915.

OLDENBURGER, Marko, 2019. “Leidensbehaftetes Weiterleben-Müssen grundsätzlich nicht schadensersatzfähig”. *juris PraxisReport Familien- und Erbrecht (juris-PR-FamR)*. Saarbrücken: Juris GmbH, N° 12, Anmerkung 1. eISSN: 1860-1561.

PRÜTTING, Jens / HEYN, Dorothee / STUBENRAUCH, Robin, 2023. „Eltern als Schaden? — Patientenautonomie bei ärztlicher Behandlung und am Lebensende”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 76, N° 6, pp. 321-326. ISSN: 0341-1915.

PRÜTTING, Jens, 2018. “Lebenserhaltung als Haftungsmoment - Eine kritische Analyse”. *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 3, pp. 94-104. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

SIMMLER, Christiane (2012). “Der Aufklärungsfehler” en: WENZEL, Frank (ed.), *Der Arzthaftungsprozess. Medizinschaden. Fehler-Folgen-Verfahren*. Köln: Verlag Luchterhand, cons. 1656°-1849°. 1ª edición. ISBN: 978-3-472-07820-3.

SPICKHOFF, Andreas - DEURING, Silvia, 2019. “Haftung wegen Lebenserhaltung?”. *Juristenzeitung (JZ)*. Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, Vol. 74, N° 17, pp. 815-824. ISSN: 0022-6882.

THÖNS, Matthias, 2018. “Patient ohne Verfügung. Das Geschäft mit dem Lebensende”. München: Piper Verlag GmbH. ISBN: 978-3-492-31219-6.

WAGNER, Gerhard, 2023. “Behandlungsvertrag” en: SÄCKER, Franz Jürgen et al (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5. 9ª edición. München: Verlag C. H. Beck. ISBN: 978-3-406-76675-6.

WAGNER, Gerhard, 2020. “Unerlaubte Handlungen” en: SÄCKER, Franz Jürgen et al (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 7. 8ª edición. München: Verlag C. H. Beck. ISBN: 978-3-406-72607-1.

ZIMMERMANN, Anton S., 2018. “Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive”. *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 3, pp. 104-109. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

IX. Otros documentos utilizados

DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache N° 16/8442, 6 de marzo de 2008 [citado: Bundestags-Drucksache 16/8442], Disponible en <https://dserver.bundestag.de/btd/16/084/1608442.pdf> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

X. Normas citadas

BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), escriturado 18 de agosto de 1896, anunciado: 2 de enero de 2002 (Bundesgesetzblatt I, p. 42, 2909; 2003 I, p. 738), último cambio: Art. 1 ley de 14 de marzo de 2023 (Bundesgesetzblatt I, N° 72).

BVerfGG (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Bundesverfassungsgesetz), escriturado: 12 de marzo de 1951, anunciado: 11 de agosto de 1993 (Bundesgesetzblatt I, p. 1473), último cambio: Art. 4 ley de 20 de noviembre de 2019 (Bundesgesetzblatt I, p. 1724).

GG (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), escriturado: 23 de mayo de 1949 (en la versión ajustada publicada en Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1), último cambio: Art. 1 ley de 19 de diciembre 2022 (Bundesgesetzblatt I, p. 2478).

Ley 27.610 de la Argentina, Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, N° 1961/21 v. 15/01/2021, Boletín Oficial N° 34.562, Primera Sección.

Ley 21.030 Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, Promulgación: 14 de septiembre de 2017, Publicación: 23 de septiembre de 2017, Versión: Única - 23 de septiembre de 2017.

SGB XII (Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch —Sozialhilfe—), escriturado: 27 de diciembre de 2003 (Bundesgesetzblatt I, pp. 3022, 3023), último cambio: Art. 7 ley de 6 de junio de 2023 (Bundesgesetzblatt I, N° 146).

StGB (Strafgesetzbuch), escriturado: 15 de mayo de 1871, anunciado: 13 de noviembre de 1998 (Bundesgesetzblatt I, p. 3322), último cambio: Art. 1 ley de 26 de julio de 2023 (Bundesgesetzblatt I, N° 203).

XI. Jurisprudencia citada

BGH (1958), 9 de diciembre de 1958, N° VI ZR 203/57, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 12, N° 18, pp. 811-814. München, 1959.

BGH (1983), 18 de enero de 1983, N° VI ZR 114/81, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 36, N° 24, pp. 1371-1374. München, 1983.

BGH (1984), 19 de junio de 1984, N° VI ZR 76/83, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 37, N° 46, pp. 2625-2627. München, 1984.

BGH (1992), 30 de junio de 1992, N° VI ZR 337/91, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 45, N° 46, pp. 2961-2962. München, 1992.

BGH (2000), 15 de febrero de 2000, N° VI ZR 135/99, *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 18, N° 7, pp. 323-326, München, 2000.

BGH (2003), 17 de marzo de 2003, N° XII ZB 2/03, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 21, N° 9, pp. 512-520, München, 2003.

BGH (2005), 8 de junio de 2005, N° XII ZR 177/03, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 23, N° 12, pp. 719-721, München, 2005.

BGH (2006), 14 de noviembre de 2006, N° VI ZR 48/06, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 25, N° 9, pp. 540-543, München, 2007.

BGH (2008), 27 de mayo de 2008, N° VI ZR 69/07, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 26, N° 11, pp. 666-668, München, 2008.

BGH (2012), 7 de febrero de 2012, N° VI ZR 63/11, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 30, N° 7, pp. 456-460, München, 2012.

BGH (2019a), 2 de abril de 2019, N° VI ZR 13/18, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 37, N° 9, pp. 722-725, München, 2019, y en: BGHZ Vol. 221, N° 21, Köln, 2020, pp. 352-363.

BGH (2019b), 3 de julio de 2019, N° 5 StR 132/18, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 72, N° 42, pp. 3092-3096, München, 2019.

BGH (2019c), 3 de julio de 2019, N° 5 StR 393/18, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 72, N° 42, pp. 3089-3092, München, 2019.

BGH (2021), 29 de noviembre de 2021, N° VI ZR 258/18, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 75, N° 12, pp. 868-871, München, 2022.

BGH (2023), 14 de febrero de 2023, N° VI ZR 295/20, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 76, N° 26, pp. 1878-1882, München, 2023.

BVerfG (1993), 28 de mayo de 1993, N° 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 46, N° 28, pp. 1751-1779, München, 1993.

BVerfG (1997), 12 de noviembre de 1997, N° 1 BvR 479/92 y 1 BvR 307/94, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 51, N° 8, pp. 519-523, München, 1998.

BVerfG (2020), 26 de febrero de 2020, N° 2 BvR 2347/15 (entre otro), en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 73, N° 13, pp. 905-921, München, 2020.

BVerfG (2022), 7 de abril de 2022, N° 1 BvR 1187/19, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 41, N° 6, pp. 468-470, München, 2023. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_1b-vr118719.html [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BVerwG (2017), 2 de marzo de 2017, N° 3 C 19.15, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 35, N° 10, pp. 823-828, München, 2017.

LG München I (2016), 28 de noviembre de 2016, N° 9 O 5246/14, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 35, N° 11, pp. 889-892, München, 2017.

OLG München (2017), 21 de diciembre 2017, N° 1 U 454/17, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 36, N° 5, pp. 317-326, München, 2018.

RG (1894), 31 de mayo de 1894, N° 1406/94, en: RGSt 25, pp. 375-389. Berlin.

RG (1908), 27 de mayo de 1908, N° VI 484/07, en: RGZ 68, pp. 431-438. Berlin.