

mermann. Conviene quizá añadir que no es en ese sentido casualidad que el director de la tesis que dio lugar a la publicación sea Nils Jansen, uno de los discípulos de primera hora de Zimmermann, y el trabajo se encuadre perfectamente en el arquetipo de su escuela.

Un último apunte. Pese a ser un trabajo de Derecho alemán y francés, el libro resulta de mucho interés para el lector español, pues ofrece numerosos puntos de comparación para calibrar las soluciones de nuestro Código. Y no está de más decirlo, éste sale elegantemente airoso del envite. Como tantas otras veces, los autores de nuestro Código supieron distanciarse suficientemente del modelo francés, evitando aquí incurrir en la necesidad de notificación para la cesión del crédito, y estableciendo en cambio en el artículo 1527 una norma de protección del deudor que cumple de buena fe frente al cedente. Y, del mismo modo, sin excesivos prejuicios dogmáticos, dejaron silenciada la cuestión del pacto *de non cedendo*, que hoy a mi juicio puede resolverse bien en línea con la solución prevista por la Ley hipotecaria para las prohibiciones de disponer, tan cercanamente emparentadas con él. Con lo cual vuelve a observarse que el Código civil español, con frecuencia tan criticado entre nosotros, tuvo muchos más aciertos de los que sus puntillosos críticos le achacan. No está de más recordarlo cuando soplan entre nuestros civilistas tantos vientos de cambio, pues no sería de extrañar que el propuesto alumbramiento de un nuevo Código civil acabe engendrando una criatura de mucho menor calidad que la existente.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

MACÍA MORILLO, Andrea: *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, Reus, 2018, 447 pp.

En la monografía que se presenta, Andrea Macía Morillo se enfrenta a una cuestión, la responsabilidad médico-sanitaria derivada de los falsos negativos en el ámbito del diagnóstico preimplantacional, que no le resulta en absoluto desconocida, pues anteriormente ya se encargó de analizar las controvertidas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que la negligencia médica se pone de manifiesto en un momento posterior de la reproducción humana, esto es, durante la realización del diagnóstico prenatal. De hecho, a lo largo de la obra la autora demuestra las grandes similitudes entre el escenario preimplantacional del que parte el presente estudio y el que ha servido tradicionalmente de base a las mencionadas acciones, lo que permite trasladar algunas de las soluciones aplicadas en aquel ámbito, al contexto específico del diagnóstico preimplantacional.

La elección del tema de estudio me parece sin duda valiente, pues a los variados y complejos interrogantes jurídicos que suscita la materia, hay que sumar las implicaciones éticas, morales y/o religiosas vinculadas a esta práctica, lo que complica aún más su análisis. A fin de cuentas, como reconoce la autora, este diagnóstico encubre cierta eugenesia, pues permite seleccionar uno o varios de entre los preembriones fecundados y descartar aquellos viables pero con ciertos rasgos o afectados por una enfermedad, que no serán implantados en el seno materno. En cualquier caso, Andrea Macía Morillo

aborda esta problemática desde un enfoque estrictamente jurídico, dejando de lado el debate ético y moral que subyace a la práctica de este diagnóstico.

Los avances técnicos experimentados en el campo de la medicina reproductiva han provocado la consolidación y extensión de estas prácticas, allí donde existen condiciones técnicas suficientes (en la mayoría de los países de nuestro entorno sociocultural). Ello está generando problemas jurídicos que no pueden ser ignorados. El reconocimiento y admisión legal de este diagnóstico –efectuado sobre embriones generados *in vitro* de forma previa a la implantación en el seno materno– ha supuesto la apertura de una nueva fuente de responsabilidad civil para los diferentes profesionales sanitarios que intervienen en cualquiera de las fases de la ejecución, interpretación o comunicación del diagnóstico genético preimplantacional. La hipótesis específica de la que parte la autora es la errónea realización o emisión del diagnóstico sobre el estado en el que se encuentran los preembriones antes de ser fecundados, lo que provocará un déficit de información en los usuarios de las técnicas de reproducción asistida.

A partir de aquí, las decisiones que aquellos adopten tomando como base tal información pueden conducir a un resultado indeseado, ya sea por el nacimiento de un niño afectado por aquella enfermedad o defecto que se buscó excluir por medio de este diagnóstico, pues se produjo la implantación bajo la errónea creencia de que los preembriones seleccionados no estaban afectados por los mismos (falsos negativos), o porque se evite la implantación bajo la errónea creencia de que los preembriones examinados estaban afectados por la enfermedad o defecto que se pretendía evitar (falsos positivos). Cada uno de los escenarios descritos plantea una problemática específica y muy diferente; de ahí que la obra se centre en analizar solo el grupo de casos más conflictivo, el de los falsos negativos en el diagnóstico genético preimplantacional, para evitar extender o dispersar excesivamente el objeto de estudio. Aun así, la monografía alcanza una extensión de casi 450 páginas, pues la autora, guiada probablemente por un propósito de exhaustividad, desarrolla cuestiones de teoría general o explica casos o asuntos conexos, que a veces llegan a distraer del que es su objetivo principal: precisar en qué casos o bajo qué condiciones los potenciales damnificados por un falso negativo en un diagnóstico genético preimplantacional podrán reclamar una indemnización de daños y perjuicios frente a los profesionales sanitarios intervinientes.

La responsabilidad civil que puede llegar a generarse en este ámbito no es objeto de regulación específica por nuestro legislador, que tan solo se refiere indirectamente a la misma en el artículo 18.2 LTRHA. A este panorama de falta de respuesta legislativa hay que añadir la insuficiencia de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil para dar respuesta a las complejas cuestiones que plantea este supuesto, cuya incidencia práctica, aún escasa, es previsible que se incremente en un futuro próximo. La novedad de la materia y la baja litigiosidad que, de momento, ha generado esta cuestión, explican que se trate de una temática exiguamente analizada por nuestra doctrina, lo que convierte a este pionero estudio en una obra de referencia en la materia. Ante la insuficiencia de estudios nacionales al respecto –desde luego, ninguno de la amplitud y exhaustividad de la obra que se presenta–, la autora recurre a la doctrina comparada, destacando el abundante material bibliográfico en lengua extranjera utilizado por la misma.

La estructura de la monografía puede ser catalogada como clásica. Así, tras una primera parte introductoria en la que la autora acota el objeto de estudio, aclara una serie de cuestiones terminológicas necesarias por la alta

tecnicidad de este ámbito de la medicina (capítulos primero y segundo) y examina y valora la normativa española vigente sobre este tipo de diagnóstico (capítulo tercero), en la segunda parte de la obra –la médula espinal del trabajo y la parte más personal de la autora– pasa a constatar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil en los supuestos de falso negativo respecto a los distintos profesionales sanitarios que intervienen en la práctica del diagnóstico genético preimplantacional en el marco de la medicina privada. En concreto, siguiendo el esquema doctrinal clásico de la responsabilidad civil, la autora comprueba si concurre un comportamiento culpable (capítulo segundo), un daño jurídicamente indemnizable (capítulo tercero) y un enlace causal fáctico y jurídico entre uno y otro (capítulo cuarto).

Los requisitos enumerados son compartidos tanto por la responsabilidad civil contractual, como por la extracontractual. Aunque sin profundizar deliberadamente sobre la cuestión, la autora reconoce que la mayoría de reclamaciones en este ámbito contra los profesionales sanitarios se desenvolverán en el ámbito contractual, pero no descarta la viabilidad del artículo 1902 CC. Ello tal vez se deba a que la doctrina mayoritaria –también la autora– sitúa en el campo de la responsabilidad extracontractual las reclamaciones derivadas de relaciones triangulares como las que nos ocupa –pues lo habitual será que los usuarios celebren el contrato con la clínica o centro sanitario y no directamente con el profesional–. Sin embargo, a mi juicio, en estos casos no se produce una mera vulneración del *neminem laedere*, pues, pese a la inexistencia de vinculación contractual directa entre el usuario y el profesional, surge una relación obligatoria muy semejante a la contractual, que justifica la aplicación preferente a estos supuestos de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual.

Apunta la autora que, de todos los elementos de la responsabilidad, el que suscita menor controversia jurídica es el de la imputación subjetiva, esto es, la determinación de si media culpa o negligencia del profesional. En este sector, la constatación de su concurrencia obligará a averiguar si el profesional sanitario desarrolló o no un comportamiento propio de un profesional medio de su especialidad. Debido a las indiscutibles limitaciones en la ciencia y en la técnica en esta materia, la autora concluye que los profesionales sanitarios no responderán cuando el error o falso negativo sea excusable, esto es, cuando el diagnóstico correcto no resultara posible de acuerdo con el estado de la ciencia y de desarrollo de la técnica existente en el momento en que se realizó y emitió, siempre, eso sí, que los usuarios de técnicas de reproducción asistida hubieran sido informados adecuadamente sobre la existencia de estos límites, para de esta forma poder asumir el riesgo derivado de los mismos y emitir el preceptivo consentimiento informado. Es más, en mi opinión, cuando no se informe a los usuarios sobre los límites del diagnóstico, implícitamente se estará generando una expectativa en la otra parte respecto al resultado de la técnica (la errónea creencia de que no existe margen de error), por lo que, si finalmente se produjera un resultado insatisfactorio, el incumplimiento del deber de información (de vital importancia en este contexto) provocará una alteración en la originaria asignación de riesgos de la obligación de medios y, en consecuencia, el traslado de los riesgos sobre la consecución del resultado al profesional sanitario.

El incesante avance tecnológico en este campo obligará a revisar y actualizar continuamente el parámetro de la *lex artis ad hoc*, para determinar cuál es el comportamiento exigible al profesional médico-sanitario en cada momento. Pese a su dificultad, la autora hace un encomiable esfuerzo por

identificar este parámetro en cada una de las fases clave del diagnóstico genético preimplantacional. Así, durante la fase de consejo de sometimiento a este diagnóstico, la autora propone que el criterio para valorar la diligencia o negligencia del profesional sea la posibilidad médica de indagar y detectar indicios de riesgo en la usuaria o pareja usuaria de las técnicas de reproducción asistida de una de las enfermedades que actualmente pueden detectarse mediante el diagnóstico preimplantacional, que impusieran al profesional la obligación de aconsejar su práctica y que, además, en ese caso concreto, el diagnóstico resultara lícito, técnicamente viable y de fiabilidad elevada. De concurrir estas circunstancias, la omisión de una recomendación en tal sentido provocará que los sujetos reciban una información incompleta que, a su vez, será tomada como base para adoptar una decisión no libre ni consiente de procrear. Sin embargo, coincido con Andrea Macía Morillo en que esta oportunidad perdida de someterse a un consejo genético no encaja en el molde de la teoría de la pérdida de chance, por faltar los requisitos señalados doctrinalmente para ello. Además, el profesional no será responsable cuando el paciente incumpla la carga de colaboración que le compete por silenciar deliberadamente datos que determinarían su inclusión dentro de un grupo de riesgo para la práctica de este diagnóstico.

Por lo que respecta a la fase de la práctica del diagnóstico en sí –la valoración e interpretación de los resultados– la determinación del criterio de imputación subjetiva exigirá averiguar que la técnica elegida es la adecuada para identificar el tipo de enfermedad o dolencia que se pretendía detectar y que la misma ha sido correctamente aplicada. La diligencia del profesional exigirá otra vez comprobar que no existen nuevos avances médicos que hayan convertido en obsoleta la técnica seleccionada y utilizada.

Por último, en cuanto a la fase de comunicación de los resultados, la autora afirma que la información al usuario de estas técnicas no ha de limitarse a indicar si los preembriones analizados padecen algunas de las afecciones buscadas, sino que ha de extenderse a descubrimientos accesorios al diagnóstico proyectado; esto es, ha de informarse igualmente de todas aquellas circunstancias o enfermedades descubiertas diferentes de las específicamente investigadas.

Siguiendo con el análisis de los elementos de la responsabilidad, para resolver el delicado problema de la determinación del daño jurídicamente indemnizable –uno de los elementos más discutidos doctrinalmente– producido durante la práctica del diagnóstico preimplantacional o en la comunicación de sus resultados, Andrea Macía Morillo identifica primero los potenciales sujetos damnificados en estos casos, para pasar a enumerar después en cada uno de ellos los escenarios concretos en que se puede producir un error en el diagnóstico desencadenante de responsabilidad civil.

Coincido con la autora en que, tratándose de la usuaria de estas técnicas (y su pareja heterosexual), cuando concurra error en el diagnóstico siempre deberá ser considerado daño indemnizable el consistente en la lesión de su libertad de procreación, debido a que la privación de información les ha impedido adoptar una decisión informada sobre la concepción. Este daño, difícil de cuantificar, concurrirá sea cual sea el tipo de diagnóstico genético preimplantacional en el que se haya producido el comportamiento negligente imputable al profesional sanitario y con independencia de cuál sea el curso posterior de los acontecimientos. Situándonos en el contexto del falso negativo, según la autora, la usuaria puede experimentar otros daños, acumulables al ya señalado, en caso de que el embarazo se lleve a término: el daño moral

indirecto o de rebote derivado de la contemplación de la condición enferma del niño, así como todos los gastos patrimoniales derivados del nacimiento del niño. En este punto discrepo, ya que considero que el daño patrimonial no debería sobrepasar el gasto extraordinario o especial que implica el nacimiento en condición enferma, pues cuando los usuarios se someten a las técnicas de reproducción asistida ya asumen el coste de criar un niño. Por ello, a diferencia de la autora, considero que en los supuestos de diagnóstico preimplantacional negativo extensivo, si nace un niño sano pero que no resulte HLA-compatible con su hermano como se pretendía, no podrá solicitarse la indemnización del daño moral de rebote ni el patrimonial, pues otra solución supondría cierta cosificación del ser humano.

En contra de la posibilidad de que el reclamante sea el propio niño –que soliciten en su nombre una indemnización por haber nacido en esas condiciones de enfermedad o discapacidad–, la mayoría de la doctrina ha opuesto que, en tales circunstancias, el daño cuya indemnización se solicita es la vida –pues la alternativa a ser concebido y nacer con un defecto genético es que no hubiera sido concebido en absoluto–, lo que constituye un obstáculo insalvable para la admisión del citado daño en nuestro Ordenamiento. Frente a tal argumento, la profesora Andrea Macía Morillo contrapone la controvertida idea –probablemente la más polémica de la monografía– de que, sin negar que la vida constituye un valor supremo en nuestro Ordenamiento, el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto, como lo demuestra la admisión de ciertas excepciones en casos puntuales (*v. gr.*, legítima defensa, estado de necesidad, despenalización del aborto). Tal argumento, que ya utilizó en su análisis de las acciones de *wonful life*, probablemente tenga en el contexto del diagnóstico genético preimplantacional menor carga ética que en el diagnóstico prenatal. De todas formas, más tarde se comprueba –en el capítulo dedicado al análisis de la relación de causalidad–, que la autora también descarta la viabilidad de este tipo de acciones, por faltar uno de los presupuestos imprescindibles de la responsabilidad civil: la imputación objetiva.

Respecto a los sujetos legitimados activamente, destaca el brillante análisis sobre la posible legitimación activa del tercero que potencialmente se podría beneficiar por la selección embrionaria basada en criterios de histocompatibilidad, espinosa cuestión que no ha sido analizada por ningún estudio hasta la presente obra. Cuando la selección embrionaria sea realizada con la finalidad de gestar y dar a luz un niño que resulte HLA-compatible con un hermano mayor, tratando de curar de esta forma una enfermedad que este padece (en el caso de los coloquialmente conocidos como «bebés medicamento»), un error en el diagnóstico en relación con la presencia en el preembrión seleccionado de las características de histocompatibilidad buscadas podría dar lugar a una reclamación de responsabilidad por parte de aquel que perdió la posibilidad de curación. No obstante, la autora descarta con acierto que resulte aplicable en el ámbito de los falsos negativos la cuestionable teoría de la pérdida de la oportunidad (de curación). A lo sumo, este tercero podrá reclamar el daño moral derivado de la sensación de frustración de sus expectativas de curación producido por el descubrimiento de la información errónea.

Concluye la monografía con el siempre complejo análisis de la relación de causalidad, al que la autora dedica una atención especial, contemplando tanto su perspectiva fáctica como la jurídica. Sólo tras el estudio de este elemento de la responsabilidad civil se podrá ofrecer una respuesta definitiva sobre la admisión o rechazo de las concretas acciones de responsabilidad

civil que *a priori* pueden resultar viables en el contexto del diagnóstico preimplantacional. Así, tras constatar el enlace causal –causalidad material o fáctica– entre el comportamiento negligente del profesional sanitario y los potenciales daños anteriormente señalados, la autora termina descartando la indemnización de la mayoría de ellos por no resultar imputables objetivamente al profesional sanitario debido a la concurrencia de los criterios de imputación objetiva, que permiten despejar de relevancia jurídica a causas físicas probadas previamente.

En primer lugar, la autora aplica el criterio de la asunción del riesgo para negar la imputación objetiva al profesional sanitario de los daños posteriores al nacimiento, entre otros, en aquellos casos en que la gestante decidió libremente llevar a término su embarazo tras haber constatado error en el diagnóstico genético preimplantacional. Al igual que Andrea Macía Morillo, considero excesiva la afirmación de que en la hipótesis anterior recae sobre la gestante el deber de mitigar el daño. En segundo lugar, la profesora utiliza el criterio de fin de protección de la norma infringida para excluir tanto la imputación objetiva al profesional del daño reclamado por el propio hijo, como la imputación de responsabilidad por los potenciales daños morales del tercero. En tercer y último lugar, recurre al criterio del incremento del riesgo para afirmar la responsabilidad del profesional respecto a los daños sufridos por la usuaria tras el error en la práctica del diagnóstico o en la comunicación de sus resultados, por resultar incontestable que, en tales hipótesis, el que la usuaria no hubiera contado con una información correcta incrementó efectivamente el riesgo de sufrir el daño consistente en la lesión o privación de su libertad de procreación. Junto a este, podrá solicitarse la indemnización del daño moral por la contemplación de la situación enferma del niño y los gastos económicos derivados de su mantenimiento.

En definitiva, pues, pese a que los supuestos potenciales de negligencia en este ámbito son muchos y bastante variados, la autora vuelve a demostrar, como ya lo hizo al analizar las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, que la posible reclamación de daños en este contexto queda muy reducida. En concreto, solo admite la legitimación activa de la usuaria (y su marido o pareja heterosexual), descartando al resto de potenciales damnificados (el propio niño y el tercero beneficiario de diagnóstico genético preimplantacional extensivo), por la imposibilidad de constatar en estos casos la imputación objetiva del daño al comportamiento del profesional sanitario, tras la metódica, exhaustiva y rigurosa aplicación de los criterios que la excluyen.

En la presente monografía la autora propone soluciones que, sin duda, resultarán de utilidad en escenarios futuros, pues incluye y examina todas las hipótesis posibles. En esta labor, además, compagina perfectamente el rigor en la aplicación de las instituciones y conceptos jurídicos, con la precisión en la utilización de los términos, tecnicismos y procedimientos médicos, consiguiendo el difícil reto de que la obra resulte interesante y comprensible tanto para los profesionales del Derecho legos en medicina y en genética, como también para los profesionales de la medicina legos en Derecho. Por ello no es de extrañar que la obra recibiera el prestigioso Premio Nacional de Derecho Sanitario, convocado por la Asociación Española de Derecho Sanitario.

M.^a Carmen CRESPO MORA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 3.^a edición, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 406 pp.

La liquidación de la sociedad de gananciales es una de las materias más conflictivas y litigiosas del Derecho privado. La atribución de las ganancias o beneficios a los cónyuges por partes iguales cuando finaliza el régimen obliga a determinar titularidades para poder inventariar el activo y el pasivo de la sociedad, a pagar deudas, indemnizaciones y reintegros, y a dividir y adjudicar el haber resultante. Lo cual no es tarea fácil porque implica la reconstrucción de la vida patrimonial del matrimonio durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que, en ocasiones, puede ser muy dilatada en el tiempo y/o intensa en cuanto a entradas y salidas, y además no suele estar orientada hacia su final sino a atender a las necesidades diarias de la familia, por lo que los cónyuges actúan sin tener en consideración ese horizonte y sin guardar documentación y datos. Por otra parte, cuando la liquidación trae causa de la disolución del régimen económico en vida de los cónyuges como consecuencia de una crisis matrimonial la conflictividad se incrementa puesto que la controversia personal suele proyectarse o hallar reflejo en el ámbito patrimonial. El nivel de complicación aún puede ser más elevado ante la posibilidad de que cada uno de los excónyuges contraiga nuevo matrimonio, con la consiguiente coexistencia de la sociedad disuelta y no liquidada con una nueva sociedad de gananciales o, peor aún, —dado el fácil acceso a la disolución del matrimonio desde la Ley 15/2005— con otra sociedad también disuelta y pendiente de liquidación. Por todo ello, las normas de liquidación, pensadas para un contexto más pacífico y sencillo, se revelan como insuficientes desde la Ley de 13 de mayo de 1981 y, más todavía, desde la Ley 15/2005. Quizás, en realidad, y yendo al fondo del problema, cabría cuestionarse (como ya ha hecho la doctrina —*vid.*, por ejemplo, Martínez de Aguirre—) si un régimen económico diseñado para un matrimonio estable y duradero, que justifica unas reglas pensadas para durar, es el más adecuado para el actual matrimonio configurado como una institución jurídica más frágil. A pesar de estas dudas, la realidad es que, en territorios con régimen legal de comunidad, aunque ha aumentado el número de matrimonios que optan por el régimen de separación, este es todavía minoritario y prevalece el de comunidad.

La profesora Inmaculada Vivas Tesón, desde la condición de experta que le otorga la autoría de numerosos estudios en la materia, viene a arrojar luz a la problemática liquidatoria con el exitoso libro «El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial», publicado por la editorial Bosch-Wolters Kluwer. La prueba irrefutable del éxito es que la obra va por su tercera edición —actualizada—, algo no demasiado usual en libros publicados por profesores universitarios, que, normalmente, tienen un público más reducido. La clave del interés suscitado por el libro reside, sobre todo, en su carácter eminentemente práctico, que lo ha convertido, desde que en 2013 se publicó la primera edición, en herramienta obligada para los operadores jurídicos que se enfrentan a la disolución de un régimen económico matrimonial. Aunque es también, por supuesto, de consulta ineludible para quienes se acercan a la materia desde una perspectiva más teórica o doctrinal.

La obra contiene un estudio riguroso de la liquidación tras la disolución del régimen económico de gananciales: recorre los problemas, tanto sustantivos como procesales, que suscita el reparto de bienes y deudas entre las partes y analiza las respuestas que la abundante jurisprudencia ofrece a los mis-