

Los contratos sobre el cuerpo humano^(*)

LEON MAZEAUD

Catedrático de la Facultad de Derecho de París

Al lado de reglas escritas, existen en Derecho francés reglas tradicionales, unánimemente respetadas y cumplidas. No se encuentran grabadas en las Tablas de la Ley; su evidencia ha parecido dispensar de expresarlas. Se trata de *axiomas jurídicos*, tal vez no indemostrables, pero que nadie experimenta la necesidad de demostrar. Los llamamos *adagios*.

Entre esos adagios, uno de los más corrientemente formulados es el de que «la persona humana no está dentro del comercio». No estar en el comercio significa, en los términos del artículo 1.128 del Código Napoleón, no poder constituir el objeto de una convención. (Art. 1.128: «Solamente las cosas que están dentro del comercio pueden ser objeto de las convenciones.»)

Así, la persona humana está fuera del tráfico jurídico, *por encima de las convenciones de los hombres*. Mas por persona humana es preciso entender no sólo *el cuerpo humano*, y con él *la vida y la integridad física*, sino también *la libertad, el honor, los sentimientos del corazón y todos los derechos de la personalidad*, como la patria potestad, por ejemplo. Todo ello *no se compra ni se vende; no se regala, no se alquila ni se presta*.

Todo ello constituye la *persona*, que se contrapone al *patrimonio* (división fundamental del Derecho). Mientras que el patrimonio está dentro del comercio y los bienes y los créditos son objeto de las transacciones, la persona está situada fuera de la esfera de disposición del hombre, *por encima de las convenciones*.

El principio cuenta con dos únicas excepciones (la primera de ellas más aparente que real): el *matrimonio* y el *apremio personal*.

El matrimonio, aunque constituye en cierta medida una convención sobre la persona, es más bien, dentro de la legislación civil francesa, un *sacramento*, un «sacramento civil»—recordando la

(*) El presente artículo constituye el texto de una conferencia leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Traducción de José A. Prieto.

expresión que utilizaba Bonaparte cuando la discusión del Código—; o mejor, para emplear un lenguaje más jurídico, una *institución*.

En cuanto al *apremio personal*, ha desaparecido casi completamente en Derecho francés. La persona del deudor ya no es la garantía del acreedor. Solamente en casos muy limitados, cuando el crédito tiene su origen en una infracción penal, el acreedor puede todavía restringir la libertad de su deudor y hacerlo encarcelar: última *supervivencia* del derecho del acreedor de cobrarse en la persona del deudor.

Hablo de supervivencia porque *el situar a la persona humana fuera del comercio no es uno de aquellos principios que se remontan a las primeras civilizaciones*. Es, al menos en Occidente, *obra del Cristianismo*, que no ha cesado de luchar por hacer admitir el carácter sagrado de la persona humana, obra de Dios sustraída a la acción de los hombres.

En el *antiguo Derecho romano*, el de la Ley de las Doce Tablas, el principio no se conoce. La persona humana está dentro del comercio: se vende, se arrienda y se mata como si fuera un ser irracional. El *padre de familia* es el dueño absoluto de las personas que dependen de él y puede enajenarlas según su voluntad. El *acreedor* es dueño de su deudor: puede venderlo como esclavo, puede matarlo; si los acreedores son varios, pueden despedazarlo y repartirse el cadáver. Los deudores en aquella época, pagarían sin duda con puntualidad a sus acreedores.

Ciertamente, desde antes del advenimiento del Cristianismo esta barbarie había desaparecido. Pero la *esclavitud* subsistía y la persona humana no tenía ningún carácter sagrado. Iba imponiéndose ya la idea de que el hombre, por lo menos el hombre libre, era y debía permanecer *dueño de su propio cuerpo*: «*tu cuerpo te pertenece*». Pero no surgía todavía la idea *más elevada* de que *el cuerpo no pertenece a ningún hombre, que pertenece al Creador, que la vida es don de Dios*.

Esta idea del *respeto de la propia vida y del propio cuerpo, como de la vida y del cuerpo de los demás*, fué *impuesta por la Iglesia como dogma*. La persona humana, situada *exclusivamente en la mano de Dios*, queda *sustraída a la acción de los hombres*, a sus convenciones, a su tráfico. «*La persona humana no está dentro del comercio.*»

El adagio, nacido del Cristianismo, se ve confirmado por los *filósofos individualistas*. Los derechos del hombre triunfan con la *Revolución Francesa*; el individualismo, con el *Código Napoleón*. Y si éste no consagra un texto expreso a situar a la persona fuera del comercio, es que la regla parece tan evidente que nadie piensa en enunciarla.

Después, durante generaciones de juristas, todos van repitiendo que la persona humana está por encima de las conven-

ciones. *Nadie discute* el principio; nadie experimenta la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo.

Y de pronto, *el ataque brutal a toda la línea*. Aquel principio que todos creían intangible quiebra por doquier: ya no existe. Es por lo menos lo que en 1931 afirma, en su estilo vibrante y lleno de color, el Decano Josserand (D. H. 1932, chr. 1): «La persona humana—dice—se rebaja al nivel de una cosa; se mercantiliza, se patrimonializa; estaríamos tentados de escribir que se *americaniza*.»

Se presentan inmediatamente numerosos *ejemplos de ello*. (Véase André Jack: «Les conventions relatives à la personne physique», Rev. crit., 1933, pág. 362.) El *seguro de vida* (ese «juego de la vida y la muerte») es un contrato lícito. Y, sin embargo, he aquí bien clara una convención sobre la vida humana, que se proscribía en el antiguo Derecho francés como inmoral y odiosa. ¿Es que desde entonces las cosas han cambiado tanto?

¿Y el *cirujano*? ¿Acaso no celebra con su cliente una convención por la cual se compromete a cortar, a mutilar un cuerpo humano? ¿Acaso no concluye un contrato sobre la persona? Nadie piensa en declarar ilícita tal convención.

¿Y el *donante de sangre*? ¿Acaso no vende su sangre al enfermo sobre el que se opera la transfusión? ¿La *nodriza* no vende su leche? ¿El contrato entre el *peluquero* y su cliente no recae sobre una parte del cuerpo, el cabello?

¿Acaso estos contratos no son válidos todos ellos? Esto significa que *la persona humana ha caído de su pedestal*, ha descendido al rango de una simple mercancía, de un «fardo», escribe Josserand, no sin ironía; un fardo sobre el que recaen válidamente todas las transacciones. El viejo adagio, nacido del Cristianismo, reforzado por el individualismo, ha muerto. *La persona humana está dentro del comercio*.

En presencia de estas vigorosas objeciones, conviene *precisar* algunos puntos: analizar la regla, delimitar su alcance, preguntarse si permanece aún vigente y en qué medida, determinar su significado. Dejando aquí de lado los atributos de la persona (la libertad, el honor, los sentimientos del corazón y los derechos de la personalidad), no trataré, con objeto de simplificar, más que del *centro mismo de la persona, el cuerpo humano*; examinaré tan sólo los *contratos que tienen por objeto el cuerpo humano, las convenciones que afectan a la vida o a la integridad física*.

¿Es verdad, como afirma o parece afirmar el viejo adagio, que no puede válidamente concertarse un convenio que afecte a la vida o a la integridad física de un ser humano?

La cuestión no es susceptible de una respuesta tajante. Una *distinción* se impone inmediatamente.

Puede, en efecto, quedar afectada la integridad física de dos maneras: por una parte, por actos que redundan en beneficio de la persona o que resultan indiferentes para ésta; por otra, por

actos que perjudican a la persona, que tienen por objeto causarle un daño.

I

PACTOS NO PERJUDICIALES PARA LA PERSONA HUMANA

Por muy legítimo que sea el deseo de colocar a la persona humana fuera del tráfico, *las convenciones que afectan a la integridad física sin causar ningún daño no pueden ser prohibidas*. Esto obedece a una razón muy sencilla. En su mayor parte, tales convenciones son útiles, e incluso indispensables, para la vida humana. Es cierto que su objeto afecta materialmente a la integridad física, pero han de traducirse en definitiva en un *mejoramiento del estado físico de la persona*. Así, dichas convenciones tienen por fin no un ataque a la integridad física, sino por el contrario, un fortalecimiento de dicha integridad. Lejos de perjudicar a la persona, le favorecen, le son necesarias.

Ahora bien; ¿qué finalidad persigue colocar a la persona por encima de las convenciones? Una *finalidad de protección*. Se pretende sustraer a la persona de la acción de los hombres porque se quiere preservarla. Sería, por lo tanto, ridículo y paradójico interpretar el principio en un sentido tal que la persona humana deba escapar incluso de la acción útil y bienhechora de los hombres. Jamás pretendió nadie tal cosa. Siempre se ha afirmado, por el contrario, la validez de las convenciones que tienen por objeto el mejoramiento de la persona humana.

Así, la validez del contrato celebrado entre el enfermo y el cirujano, cuando se trata de *operaciones de finalidad curativa*, no ofrece duda. Es cierto que la convención concluida recae sobre la persona; pero ese contrato, necesario para la conservación de la vida humana, es *válido*, como cualquier otro contrato.

¿Ocurre lo mismo con el contrato concluido entre un *cirujano* y su cliente cuando la operación prevista no tiene una finalidad curativa, sino tan sólo una *finalidad estética*? Esto es plantear en sus fundamentos el *problema de la cirugía estética*.

El criterio de solución se encuentra en la *noción de la intervención perjudicial*. Como se acaba de decir, al colocar a la persona humana fuera del tráfico no se prohíbe todo acto que la afecta, sino *solamente al acto dañoso*. Pero se trate del *hombre inválido* que se somete a una operación para suprimir su invalidez, o incluso de la *mujer coqueta* que quiere conseguir o recobrar la belleza, la intervención *no es perjudicial*. La finalidad perseguida por los contratantes es un *mejoramiento* de la persona humana. Esta convención no es ilícita *en su fundamento*.

La misma solución se impone respecto de las convenciones que afectan a la integridad física, pero que no llevan consigo los riesgos y los sufrimientos propios de las operaciones quirúrgicas, que no implican incluso *ningún riesgo, ningún sufrimiento*, ni, por

otra parte, *ninguna pérdida substancial*. El contrato concluido entre el *peluquero* y su cliente es válido. El contrato por el cual la *nodriza* se obliga a dar su leche es lícito.

Finalmente, la convención por virtud de la cual una persona *vende su cadáver*, en todo o en parte (por ejemplo, *los ojos*, ya que el injerto de los ojos de un muerto se practica hoy corrientemente), me parece asimismo válida, puesto que la utilización del cadáver que se realice, trátase de una disección o de un injerto, no causa ningún daño a la persona al desaparecer ésta al mismo tiempo que la vida.

Contra la validez de todos estos contratos se suscita, sin embargo, *una objeción*. *La persona que se ha comprometido a sufrir un acto que afecta a su integridad física no puede ser constreñida a la ejecución del contrato*. Si una persona, después de obligarse a hacerse amputar un brazo, cortar el cabello o dar su leche, se niega a ponerse a disposición del cirujano, del peluquero o del niño lactante, éstos no podrían conseguir una decisión de los Tribunales ordenando la ejecución del contrato ¿Es preciso deducir de aquí que el contrato no es válido, o por lo menos, que no tiene ninguna fuerza ejecutoria?

Ciertamente que no. No hay aquí sino la *aplicación de una regla común a todos los contratos*, tradicionalmente expresada en el adagio «*nemo cogi potest ad factum*», y reproducida en el artículo 1.142 del Código Napoleón: «*Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios, en caso de inexecución por parte del deudor.*» Por lo menos —es preciso añadir— cuando la ejecución por vía coactiva implicaría *atentar contra la libertad individual*. Puesto que la persona humana es sagrada, no es posible usar *sobre ella* de un procedimiento de coacción física para obligarla a actuar, incluso cuando se ha comprometido a hacerlo. Aunque un cantante o un pintor haya firmado un contrato, no puede ejercitarse *sobre su persona* una coacción física para obligarle a cantar o a pintar un retrato. Ahora bien, si no ejecuta lo convenido, será condenado a pagar una suma de dinero a la otra parte: los *daños y perjuicios*. La situación es idéntica respecto de los contratos de que estamos tratando. Estamos frente a *obligaciones de hacer que dan lugar, en caso de inexecución, a indemnización de daños y perjuicios*, ya que la coacción física sobre la persona del deudor no puede ser empleada. El enfermo, el cliente del peluquero que vuelvan sobre sus compromisos, o incluso el cirujano o el peluquero que se nieguen a prestar los servicios que habían prometido, serán condenados a pagar daños y perjuicios.

Así pues, las convenciones cuyo objeto es un acto que afecta a la integridad física, pero sin perjudicarla, son válidas y tienen fuerza ejecutoria en las mismas condiciones que los restantes contratos.

La duda no está permitida. Incluso lo que podría discutirse

aquí no es si el consentimiento del paciente es o no lícito, sino si dicho *consentimiento es necesario*. Sin duda un *corte de cabellos* no puede practicarse contra la voluntad del cliente, y con razón el Tribunal civil del Sena, en sentencia de 17 de junio de 1931, ha condenado a un *peluquero demasiado solícito* a pagar una indemnización de daños y perjuicios por haber cortado de propia autoridad los cabellos de una cliente; *aun tratándose de una mujer, no puede obligársela a ser hermosa contra su voluntad*.

Pero la salud y la vida son bienes mucho más preciosos que la belleza. ¿Puede el *cirujano*, para salvar a un enfermo, *operarle a la fuerza*? «Puedo hacerlo y lo he hecho», escribe el Profesor Jean-Louis Faure. Ciertamente, puesto que la vida no pertenece al hombre, éste no debe disponer de ella ni por su acción ni por su inactividad; no debe matarse ni dejarse morir de hambre, o rechazando los cuidados o las intervenciones quirúrgicas necesarias. Pero ésta es una *cuestión personal de conciencia* en la que el hombre debe conservar su libertad de obrar bien o mal. Por ello, la jurisprudencia *ha decidido que el consentimiento del enfermo es necesario*. El Tribunal de apelación de París, en sentencia de 11 de mayo de 1937 (Gaz. Pal. de 3-4 oct. 1937), establece «que una intervención médica o quirúrgica no debe practicarse sino después que el enfermo ha dado su *consentimiento libre e informado*». La misma regla se afirma por el Tribunal de apelación de Douai en sentencia de 10 de julio de 1946. Y el Tribunal civil del Sena, por sentencia de 15 de marzo de 1937 (v. *ibidem*, nota), declara incluso que el contrato concluído entre el cirujano y el enfermo es nulo por error, vicio del consentimiento, cuando el cirujano, para no asustar a su cliente, le ha *ocultado la gravedad* de la operación prevista.

Cualesquiera que sean las dudas que puedan suscitarse sobre este último punto, continúa siendo indiscutible que los pactos que recaen sobre la persona son *válidos cuando no persiguen una finalidad perjudicial*. Colocar a la persona humana fuera del tráfico, por encima de las convenciones, no implica ciertamente la nulidad de aquellas convenciones que le sean útiles.

II

PACTOS PERJUDICIALES PARA LA PERSONA HUMANA

Quedan por examinar las *convenciones que afectan de manera perjudicial a la persona humana*. El objeto o el resultado del contrato ya no es curar, cuidar, mejorar, sino que alcanza a la vida, a la salud, a la integridad física de una persona que de las resultas sufrirá un *daño*.

¿Es válido tal contrato? ¿Una persona puede consentir válidamente a un acto perjudicial para su integridad física?

Para resolver la cuestión, interesa examinar sucesivamente *dos tipos muy diferentes de actos*: los *actos perjudiciales voluntarios*

y los *actos perjudiciales involuntarios*. Unas veces el contrato tiene por objeto permitir a una persona vulnerar deliberadamente la vida o la integridad física de otra. En otras ocasiones, por el contrario, solamente se autoriza el daño *involuntario*: una persona conviene con otra que en caso de que ésta le cause *involuntariamente* un daño corporal, no reclamará la reparación del mismo; concluye un *pacto de irresponsabilidad por daños corporales*.

Consentir un daño corporal *voluntariamente* causado o consentir un daño corporal *involuntariamente* causado: se trata de dos contratos claramente distintos. ¿Es obstáculo para ambos la situación de la persona humana por encima del tráfico?

1. *Pactos que permiten un daño voluntario.*

Ante todo están las *convenciones que autorizan a uno de los contratantes a causar voluntariamente un daño a la vida o a la integridad física de una persona*.

Dichas convenciones son *nulas*.

Es cierto que puede válidamente estipularse en un contrato que uno de los contratantes sufrirá un perjuicio del que se beneficiará el otro. Todos los contratos, o casi todos, son fuente de provecho para una parte y de pérdida para la otra; esto es cierto, ante todo, evidentemente, de los contratos a título gratuito, por virtud de los cuales alguien se empobrece sin recibir nada en cambio; pero también ocurre en los contratos a título oneroso, en los cuales raramente son equivalentes las ventajas recíprocas convenidas, y en los que el equilibrio solamente se restablece por el legislador en casos absolutamente excepcionales. Pero tal perjuicio válidamente consentido en el contrato es un *perjuicio patrimonial*, un perjuicio sufrido en los bienes, respecto de los cuales el hombre puede disponer libremente. Por el contrario, el hombre no tiene la libre disposición de *su vida* ni de *su cuerpo*, que no le pertenecen. *Se trata de un depósito del que debe rendir cuenta*. Lo mismo que el depositario, no puede distribuir ni mutilar el objeto recibido en depósito. Si se obliga a hacerlo, tal pacto carece de validez.

En este sentido, la persona humana está fuera del tráfico, por encima de las convenciones; lo que significa que todo pacto que tenga por objeto causarla *voluntariamente* un daño es *ilícito*.

Abundan los *ejemplos* en la ficción y en la realidad: la ficción creada por los dramaturgos, la realidad revelada por los dramas de la vida que llegan hasta los Tribunales.

El más célebre de estos contratos es el que imagina Shakespeare en *El mercader de Venecia*. El judío Shylock ha concedido un crédito al mercader, pero quiere una garantía, de la que podrá apoderarse si no le es reembolsado. Y he aquí la convención que consiente el prestatario: «Si no me devolvéis en el día y lugar pactados la cantidad o cantidades señaladas en el contrato, reci-

ré en su lugar *una libra de vuestra carne*, que deberá ser cortada y tomada en *cualquier parte de vuestro cuerpo* que me plazca.» El deudor ha dado en garantía a su acreedor una libra de la propia carne: ha dado *su vida en garantía*, ya que dicha libra de carne puede ser cortada en cualquier parte del cuerpo. Y es así como lo ha entendido el acreedor: al no ser pagado, es *en el corazón* donde quiere hacer efectiva su garantía. El Mercader resulta vencedor gracias a un argumento un tanto débil desde nuestro punto de vista: si bien ha vendido su carne, no ha vendido *su sangre*; el acreedor no tiene, por lo tanto, derecho a una libra de carne más que bajo la condición imposible de no derramar una sola parte de sangre. Aquí hay *poesía*, pero no Derecho. El contrato, se refiriera sólo a la carne o también a la sangre, era *nulo*, porque permitía un *acto voluntario y dañoso contra la persona humana*. El Mercader de Venecia había sido más hábil que su acreedor israelita, firmando un contrato que, sin duda alguna, no le obligaba.

Aunque en la realidad no se vende ni se pignora el cuerpo o la vida (con excepción de los que venden su alma *al diablo*), existen, sin embargo, *contratos* por virtud de los cuales una persona autoriza a otra a realizar un *acto perjudicial para la propia vida o la propia integridad física*.

Ataque a la vida es el caso de la eutanasia: un herido o un enfermo sin esperanza de salvación, torturado por el dolor, obtiene de un amigo el *golpe de gracia* o del médico la *inyección* mortal. (Los médicos están muy lejos de ignorar que las inyecciones de morfina abrevian al mismo tiempo que el dolor la vida de los agonizantes.) Es el caso también del *doble suicidio*: cuando uno de los dos suicidas, cansados de la vida, se hace matar por el otro; el caso del *duelo*, que implica el compromiso de los dos adversarios de no quejarse del daño sufrido. Las dos convenciones son *nulas*. Más aún, el consentimiento de la víctima no impide que el autor de la muerte haya cometido un *delito*, se haya hecho culpable de asesinato.

Existen *numerosos ejemplos* de pactos cuyo objeto es *perjudicial para la integridad física*.

A veces se persigue con ellos un *fin elevado*: el progreso de la ciencia médica. Es el caso de las *experiencias quirúrgicas*, de la *vivisección* practicada en el cuerpo humano. Tales contratos han sido siempre, con razón, *anulados* por los Tribunales. He aquí la doctrina de una sentencia del Tribunal de Lyon de 27 de junio de 1913 (D. 1.914, 2, 73, nota de Lalou): «Considerando que debe conceptuarse ilícita y contraria a las buenas costumbres una convención que tiene por único objeto la realización de prácticas de vivisección sobre una mujer anciana y necesitada; que tal convención no puede estimarse compatible con la dignidad humana, puesto que dicha mujer «aceptaba traficar con su cuerpo y hacerlo servir a experiencias inútiles para ella, cuando no peligrosas».

El interés de la ciencia, por elevado que sea, no determina la validez de tales convenciones.

Pero si son nulos, a pesar del interés de la Ciencia, los contratos cuyo objeto es una experiencia quirúrgica, ¿es preciso extender dicha nulidad a los contratos por virtud de los cuales una persona *vende una parte de su cuerpo vivo*, una parte de su carne o de su sangre, con objeto de *salvar o curar a otra persona*? Es el caso del *donante de sangre*.

Ciertamente no puede prohibirse *donar* sangre («donar» en sentido de «*hacer una donación*»). La donación de la propia sangre, como el sacrificio de la propia vida para salvar a otros hombres, es el mayor signo del amor, de la caridad, la esencia misma del Cristianismo. Pero la *venta de sangre* es un *contrato a título oneroso*, un contrato gobernado por el interés. El donante, o más bien el vendedor de sangre, no obra con un fin humanitario, sino con un *fin de lucro*: el de *sacar provecho económico de su sangre*. Coloca a su sangre dentro del tráfico. ¿No hay aquí un trato ilícito? ¿La venta de sangre no tropieza acaso con la situación de la persona fuera del tráfico?

La duda está permitida. Por nuestra parte, opinamos que la *venta de sangre* implica una seria *pérdida sustancial* para el organismo humano y, por lo tanto, un *daño*. Es cierto que el organismo es capaz de compensar la sangre de que ha sido privado. Pero hace falta tiempo para ello, y hasta entonces *el cuerpo sufre un debilitamiento muy sensible*. La toma de sangre representa, por lo tanto, un *daño a la persona del vendedor*. La venta de sangre es, por consiguiente, un *contrato nulo*, por aplicación de la regla según la cual la persona humana no está dentro del tráfico.

Con mayor razón debe decretarse la nulidad de las convenciones en que la víctima, con una *finalidad reprensible y egoísta*, pretende hacer sufrir a su cuerpo una *mutilación*. En una sentencia de 13 de agosto de 1813, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación examina el caso de un *recluta* que se hizo cortar una falange del dedo pulgar para eximirse del servicio militar. En otra sentencia de 1 de julio de 1937 (Gaz. Pal. 28 sept. 1937), la misma Sala se enfrenta con el caso de varios individuos que se habían hecho esterilizar. En ambas sentencias los autores de las mutilaciones son *condenados penalmente*. El *contrato* concluido entre las víctimas y los autores de la mutilación *carece de valor*: «los operados—dice la sentencia de 1 de julio de 1937—no han podido atribuir el derecho de violar en su persona las reglas que rigen el orden público».

Igualmente ilícito es, en mi opinión, el contrato concluido entre *boxeadores* o combatientes análogos (tomo el boxeo como ejemplo, pero puede decirse lo mismo de la lucha libre y de deportes similares). Con los combates de gladiadores han desaparecido aquellos bárbaros juegos de la vida y de la muerte, cuyos protagonistas se comprometían a matar a sus adversarios. Pero los combates de boxeo han ocupado el lugar de los combates entre gla-

diadores. Los participantes ya no intentan matarse, pero sí *golpearse*. Se comprometen uno y otro *a dar y a recibir golpes, a atacar* la integridad física de su adversario y a dejar atacar la propia. Ciertamente, el boxeo es un juego, un deporte. Pero tal juego, tal deporte, consiste *exclusivamente* en golpear, en causar un daño a la integridad física del contrario. Por ello me parece que la convención que existe entre los boxeadores es *ilícita*, por tropezar con la regla que coloca a la persona humana fuera del comercio. Es cierto que tal no es la opinión dominante. ¿Hay que ver en ello una señal de decadencia y de retorno a la barbarie? Tal vez se opine así dentro de algunos siglos.

2. *Pactos que permiten un daño voluntario.*

¿Qué trato reciben las *convenciones que autorizan la realización involuntaria de un daño?*

Ya no estamos en presencia del caso de que una persona sea autorizada a matar o a herir voluntariamente, intencionadamente. Aquí tan sólo se estipula que si una persona, por una *falta no deliberada*, por imprudencia, causa a otra un daño corporal, no será responsable, *comprometiéndose la víctima a no reclamar una indemnización. ¿Es válida tal convención?*

El problema es delicado. Antes de buscar su solución veamos las *casos concretos* en que se plantea.

Un *médico o un cirujano* van a emprender un tratamiento o una operación muy difíciles; el más mínimo error puede abreviar la vida del cliente o causarle algún otro grave daño. El cliente conoce el peligro y está dispuesto a correrlo. En tales circunstancias, el médico o el cirujano le piden que les exonere de su responsabilidad para el caso de que ésta naciera de una falta no intencionada: error de diagnóstico u operatorio. «Estoy conforme en cuidar o en operar—dicen al cliente el médico o el cirujano—, pero no quiero hacerme responsable.» Se concluye entonces un pacto de exclusión de la responsabilidad. Ahora bien, si tal médico o cirujano comete una falta, perjudicial para la vida o la salud de su cliente, pero involuntaria, ¿puede invocar dicho pacto de exclusión de la responsabilidad para dispensarse de reparar el daño causado? La cuestión se plantea sobre todo respecto de las *operaciones quirúrgicas de finalidad estética*, en las cuales las dificultades y los peligros son las más de las veces mayores que el mejoramiento previsto.

Convenciones del mismo género aparecen también en ciertos *contratos de juegos de feria*. Los apacibles caballitos de madera ya sólo conservan algún atractivo para los recién nacidos. Otras atracciones más modernas, pero mucho más *peligrosas*, los han sustituido: montañas rusas, toboganes y otros juegos similares, cuyo interés está precisamente en dar sensación de *peligro*. Ahora bien, este peligro es mucho más real de lo que a veces se piensa, y los propietarios de los juegos no lo ignoran. Por ello, mediante un

aviso en lugar visible o mediante una cláusula inserta en el billete de entrada, concluyen con sus clientes un pacto de exclusión de la responsabilidad: «La Empresa no responde de los accidentes.» ¿Es válida tal convención?

Otro problema, ya que estamos con los juegos de feria, es el que constituye el caso de un *director de circo que contrata a artistas*, a menudo infantiles, para los ejercicios más peligrosos, excluyendo al hacerlo su responsabilidad. ¿Es válido el contrato entre el director de circo y un domador o un acróbata, que se comprometen a arriesgar su vida mediante precio? Análogamente, en España, el caso del torero.

Una nueva cuestión: las convenciones, más o menos tácitas, entre jugadores que practican el mismo *deporte*; por ejemplo, el *fútbol*. En este caso ya no hay una obligación de golpear al adversario, como en el boxeo; es preciso simplemente dar puntapiés a una pelota. Pero existe una convención que obliga a no quejarse de los golpes recibidos *involuntariamente*, por lo menos si el reglamento del juego ha sido observado.

Por otra parte, sin necesidad de ser operado, aficionado a las ferias, domador, acróbata o jugador de fútbol, con gran frecuencia se llega a concluir un contrato de este género. Es el que se celebra al tomar un billete de *transporte (terrestre, marítimo o aéreo)*. En este billete, por lo menos tratándose de transporte marítimo o aéreo, se consigna siempre que la Compañía transportista no responde (o que no responde más allá de cierta cantidad) de los accidentes que pueda causar al pasajero por falta involuntaria. Si el pasajero resulta herido o muerto por accidente debido a la imprudencia o a la negligencia de la Compañía o de sus encargados, la Compañía no debe indemnización alguna (o solamente indemniza dentro de la cuantía fijada previamente). ¿Pero tal pacto es válido?

En todos estos supuestos, la cuestión se plantea en términos idénticos. Se está en presencia de una *convención de exclusión de la responsabilidad por daños corporales*. ¿Dicha convención es válida?

La cuestión divide a la doctrina y a la jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Civil de Bruselas, por sentencia de 11 de marzo de 1885, *anula* el contrato celebrado entre un director de *circo* y el padre adoptivo de una niña de trece años, por el que se obligaba a ésta a realizar peligrosos ejercicios de trapecio: «Es contrario al orden público y a las buenas costumbres—declaran los jueces belgas—especular sobre la vida o la salud humana.» En el mismo sentido, el Tribunal de Apelación de Toulouse, por sentencia de 23 de octubre de 1934, declara nula la convención de exclusión de la responsabilidad celebrada entre un propietario de *juegos de feria* y una joven herida en un tobogán.

Por el contrario, una jurisprudencia casi unánime declara *válidas* las cláusulas de exclusión de la responsabilidad contenidas en

el contrato de *transporte marítimo de viajeros*, y la ley francesa de 31 de mayo de 1924 autoriza expresamente tales cláusulas en los *transportes aéreos* o, por lo menos, en los transportes aéreos *internos*, ya que respecto de los transportes aéreos internacionales la Convención de Varsovia de 12 de octubre de 1929, si bien limita la responsabilidad del transportista a 125.000 francos oro de 1928 por viajero (el franco oro de 1928 se compone de 65 miligramos y medio de oro de 900 milésimas), al mismo tiempo prohíbe las cláusulas de irresponsabilidad.

En favor de la validez de estas cláusulas, se indica que no constituyen un *pacto por el que se disponga de la persona*. En ellas, un individuo no otorga a otro el *derecho de atacar* a su integridad física: se limita a convenir en *no exigir indemnización* para el caso de que un daño le sea causado *involuntariamente*. Pero no se autoriza al beneficiario de la cláusula a causar *voluntariamente tal daño*.

Ello es cierto. Pero tratándose de la vida humana, de la integridad de la persona, y puesto que dicha vida y dicha persona tienen carácter *sagrado*, el interés público exige que se observe una *gran prudencia*. Ahora bien, la cláusula de exclusión de la responsabilidad permite a su beneficiario la *mayor negligencia*. La libertad de los pactos no debe llegar hasta tal extremo: *la cláusula debe carecer de eficacia*, salvo, claro es, en los supuestos excepcionales en que el legislador ha creído necesario declararla válida.

CONCLUSION

Podemos ya, después de este análisis, *precisar y formular la regla* que sitúa a la persona humana fuera del tráfico, por encima de las convenciones.

Dicha regla no tiene ciertamente un *sentido absoluto*. No quiere decir que *todas* las convenciones relativas a la persona humana sean nulas. Si la convención tiene por objeto un *acto que afecta a la persona sin causarla un daño, es lícita*.

Pero la regla no ha muerto. Por ella quedan *prohibidas*, salvo las excepciones expresamente establecidas por el legislador, las convenciones que autorizan la realización de un *daño* a la persona humana, incluso cuando se trata de un daño *involuntario*, como acabamos de decir.

Situarse a la persona fuera del tráfico equivale a situarla *por encima de las convenciones que sean perjudiciales* para ella. *El daño a las personas sigue siendo ilícito*.

He aquí el sentido del *viejo principio cristiano*, profundamente anclado en nuestro Derecho y *nacido del carácter sagrado de la persona humana*.

Es él el que ha inspirado a la *Asamblea General de las Naciones Unidas*, cuando ha afirmado, en la *Declaración universal de derechos del hombre*:

«Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (art. 3.º).

Y cuando añade: «El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz dentro del mundo» (§ 1.º del preámbulo).

Esperemos que el adagio y la idea permanezcan como *barreras infranqueables para las concepciones de un nuevo Derecho*, que, bajo etiquetas políticas a veces contrarias, se ha esforzado, y desgraciadamente se esfuerza todavía, en retroceder hasta *aniquilar y esclavizar a la persona humana*.