

EL MENOR COMO SUJETO DAMNIFICADO EN LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA

*THE MINOR AS SUBJECTS DAMNIFIED IN THE HUMAN ASSISTED
REPRODUCTION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 682-715



María Dolores
CERVILLA
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Este trabajo aborda la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el proceso de reproducción asistida humana, identificando los sujetos implicados y los distintos criterios de imputación. El menor recibe una atención especial en el mismo por considerarse el principal sujeto perjudicado cuando las técnicas no se aplican correctamente. El tratamiento del tema se realiza desde la consideración de la reproducción asistida como un acto médico y teniendo presente el interés del menor, como principio informador de nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; reproducción asistida humana; menor; daño moral.

ABSTRACT: *This paper addresses civil liability caused in the process of assisted human reproduction, identifying the subjects involved and the different imputation criteria. The minor receives special attention in it as the main injured subject when the techniques are not applied correctly. The treatment of the subject is carried out from the consideration of assisted reproduction as a medical act and bearing in mind the interest of the minor, as an informing principle of our legal system.*

KEY WORDS: *Civil liability; assisted human reproduction; minor; moral damage*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MEDICINA SATISFACTIVA.- II. POSIBLES DAMNIFICADOS Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.- 1. Los donantes de material genético.- 2. Los usuarios de las técnicas.- A) Daños derivados de una mala praxis en el tratamiento previo a la implantación del ovocito o en dicho proceso.- B) Daños derivados del incumplimiento de la obligación de información.- C) Daños por la imposibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida.- D) Indemnización a los progenitores por pérdida de embriones.- III. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS DAÑOS OCASIONADOS AL MENOR.- 1. Daños generados por una mala praxis.- 2. Daños ocasionados por errores en el proceso de fecundación e implantación de embriones.- 3. Daños producidos en el screening genético preimplantacional.- IV. REFLEXIÓN FINAL: LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE LOS HIJOS CONCEBIDOS POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SUS ORÍGENES: EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA DE 15 DE ENERO 2020.

I. INTRODUCCIÓN: REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MEDICINA SATISFACTIVA.

Es un hecho que las técnicas de reproducción asistida, en la actualidad, son una forma más de acceder a la paternidad/maternidad, habiendo pasado en pocos años de la excepcionalidad a la normalidad¹. El número elevado de tratamientos dispensados en nuestras clínicas y hospitales así lo acredita², siendo España uno de los países que encabeza el ranking europeo. Dicha implantación en la vida de los ciudadanos de manera frecuente y habitual, presenta, además, una clara tendencia al alza, lo que supone, del mismo modo, un incremento en la posibilidad de que, de las mismas, tengan lugar daños no deseados por los intervinientes.

De entre los grupos de personas potenciales damnificados, es el menor de edad, identificado con el recién nacido, el principal perjudicado cuando tienen lugar errores o *mala praxis* en el uso de las técnicas que se ubican en el origen de

1 ALKORTA IDIAKEZ, I: ““La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, núm. 2179, pp. 65 y ss., concretamente en la p. 69, apunta el dato de que uno de cada diez embarazos en Europa y América se originan por técnicas de reproducción asistida.

2 De acuerdo con los datos en reproducción asistida que figuran en la base de datos del Registro Nacional de Actividad de la Sociedad Española de Fertilidad, correspondientes al año 2017, al que hemos accedido de manera indirecta, pues se publicó en la prensa del mes de octubre 2019, en nuestro país se realizó en el citado año un total de 140.941 tratamientos de fecundación *in vitro* y 40.177 inseminaciones artificiales. Vid. https://www.vozpopuli.com/sanidad/fertilidad-tratamientos-reproduccion-asistida-Espana_0_1292271858.html

• María Dolores Cervilla Garzón

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: dolores.cervilla@uca.es
<http://orcid.org/0000-0001-8221-9222>, <http://www.researcherid.com/rid/H-7070-2016>, <https://scholar.google.es/citations?user=GLJmMK8AAAJ&hl=es>

su existencia. Básicamente, porque su voluntad no ha sido tenida en cuenta en el proceso que ha provocado el daño, a diferencia de otros sujetos (donantes y usuarios) que han consentido a participar en el mismo, previa información de los riesgos que ello le comportaba. En otras ocasiones, sin embargo, el daño pudiera tener su causa en la propia ley. Ello sucede cuando el niño ha sido gestado para atender necesidades terapéuticas de un tercero, se le impide el conocimiento de la identidad de sus progenitores o, simplemente, se le niega la posibilidad de tener un progenitor por ser su concepción la cristalización del deseo único de su progenitora de ser madre (bien accediendo a la inseminación con material de un donante, bien haciendo uso del material de su esposo fallecido, siempre que concurren los requisitos previstos en la norma). Los daños aludidos, por razones obvias, no pueden ser calificados como anti jurídicos y, por consiguientes, no generan un derecho a ser reparados por los causantes. Sin embargo, dicha circunstancia (con claras repercusiones jurídicas) no debe ser un obstáculo para soslayar el debate desde la óptica de los derechos del niño, como persona, y sujeto internacionalmente protegido. Quizás porque el panorama pudiera ser distinto si algunas de las críticas se atendieran en una futura reforma legislativa. Máxime tras el Informe del Comité de Bioética del 15 de enero de 2020³ que se ha expresado con rotundidad sobre los derechos de los niños concebidos por técnicas de reproducción humana a conocer sus orígenes, contradiciendo a lo establecido por el legislador patrio.

Con carácter previo al inicio de este discurso, quisiera manifestar que no es mi intención entrar (ni siquiera bordear) el componente ético que sobrevuela y, en muchas ocasiones, tiñe los argumentos vertidos para defender la existencia o no de daño o la posible imputación de los mismos; pues, en muchas ocasiones, se presentan como pretendidamente jurídicos cuando, en verdad, son juicios morales disfrazados. Me moveré, pues, solo y exclusivamente en el ámbito del Derecho, aceptando únicamente como valores morales los que se encierran en preceptos constitucionales, elevados, en su virtud, al rango de derechos supremos que deben ser atendidos siempre por el legislador y por los aplicadores de las normas.

Partiendo de los estudios previos de la doctrina⁴, el objeto de este trabajo consiste en ofrecer al lector una mirada amplia y crítica de los conflictos que versan

3 <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf>

4 Entre otras, vid. ALKORTA IDIAKEZ, I: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003; BUSTOS PUECHE J.E: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: coordinadora obra colectiva *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid 2006; FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011; JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012; J.J. INIESTA DELGADO y J.A. COBACHO GÓMEZ: coordinadores de la obra colectiva *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor -Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007; MORO ALMARAZ, M.J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la*

sobre la reclamación de indemnización por daños sufridos por los menores que se han planteado por la doctrina y/o por la jurisprudencia nacional o extranjera, o que pudiera plantearse en el futuro, comentando críticamente las soluciones ofrecidas desde el Derecho o aventurando otras (en algunos casos no exentas de controversia).

Nuestro país dispone de un marco legislativo correctamente definido (Ley 35/1988 de 22 de noviembre⁵, modificada por la actualmente en vigor 14/2006 de 26 de mayo) que fue, en su día, avanzado, pues ya en 1988 la normativa española era una de las más moderna de los países de nuestro entorno, reconociendo, por ejemplo, el derecho a ser madres a las mujeres solas, sin necesidad de pareja que consintiera el uso de las técnicas⁶, o valiéndose del material genético del marido fallecido, en los casos previstos en el art. 9.2 LTRA⁷. Dicha modernidad en orden a una mayor flexibilidad y permisividad se mantiene en la actualidad, lo que incrementa la cifra de usuarias con un importante número de extranjeras que acuden a nuestro país para acceder a las técnicas que no está dentro de los supuestos permitidos en sus países de origen⁸.

fecundación "in vitro", Bosch, Barcelona, 1988; VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Cívitas, Valencia, 1988. Más recientemente, DE VERDA BEAMONTE, J.R. realiza un interesante y crítico análisis de la LTRA, en "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della familia*, 2018, vol. IV, núm. 1, pp. 301 y ss.

- 5 Su constitucionalidad es cuestionada por PANTALEÓN PRIETO, A.F., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, pp. 129 y ss.; "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, 1988, núm. 5, pp. 19 y ss. y "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida" en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, 1989, pp. 641 y ss. No obstante, el Tribunal Constitucional en sentencia 116/1999 de 17 de junio (BOE núm. 162 de 8 julio 1999) declaró su adecuación al marco constitucional.
- 6 Art. 6.º LTRA 1988: "1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar. 2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada." Art. 6 LTRA 2006: "1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. 2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada."
- 7 "2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".
- 8 El 10% de los tratamientos se ha realizado a mujeres extranjeras, siendo España el destino preferido por el 40% de usuarios que decide someterse a estas técnicas en países distintos del de su domicilio (lo que se conoce como "turismo reproductivo"), habiéndose incrementado un 14% el número con relación al año anterior. De ellas el 47% es de origen francés y el 20% proviene de Italia, país, este último, con una de las legislaciones menos permisiva de Europa en esta materia. *Vid.* fuente nota al pie núm. 1.

Con carácter previo, se hace del todo necesario establecer el régimen jurídico de responsabilidad civil aplicable a cualquier reclamación de daños acaecidos en el ámbito de la reproducción asistida. Pues el menor es un perjudicado más cuya pretensión debe escenificarse en el espacio común que a tal efecto se construye en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, debe ser la LTRA el primer foco donde recabar nuestra atención, y, concretamente, en las reglas contenidas en los arts. 24 y 25. Así, el art. 24.2 LTRA, en orden a las infracciones de la norma que pudieran originarse, deja a salvo “las responsabilidades civiles...” que puedan concurrir con las sanciones administrativas que la LTRA expresa. La referida norma se completa con una especialidad contemplada en el art. 25 LTRA⁹ sobre la responsabilidad de los autores, llevando a cabo una presunción de solidaridad *ex lege* ligada, no a la concurrencia de más de un autor (supuesto ya conocido en la jurisprudencia y llamado por la doctrina “solidaridad impropia”), sino a la atribución por parte de la LTRA del cumplimiento de una determinada obligación a más de una persona.

Ante la escasa especialidad de la LTRA por la remisión al régimen general, procede, a continuación, concretar las reglas que lo integran y que constituirán el andamio sobre el que construir normas más especiales, que sirvan para sustanciar o negar indemnizaciones por daños no deseados y producidos en la aplicación de las técnicas. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten diferentes regímenes de responsabilidad por daños, de acuerdo con las peculiaridades de la acción u omisión de las que traen causa, por lo que se hace preciso subsumir la actividad que nos ocupa en alguna de estas categorías. Tampoco es esta una tarea ardua, pues es más que evidente que estamos frente a un acto médico de los pertenecientes a la llamada medicina satisfactiva o voluntaria, lo que, de entrada, supone su subsunción en el supuesto de hecho regulado por la Ley 41/2002 de autonomía al paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Un acto médico de tales características comporta, además, una serie de peculiaridades en la aplicación de las reglas de cumplimiento; a saber, la obligación de información de los facultativos es mayor, alcanzando a los riesgos atípicos, y se exige una diligencia también un grado más elevado, aproximando en algunos casos, la obligación de medios asumida a la de resultados. La jurisprudencia, en este punto, es unánime y aplica las reglas sobre las que se diseña la responsabilidad de los facultativos cuando realizan actividades médicas

9 Art. 25: “De las diferentes infracciones será responsable su autor. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan. De conformidad con lo previsto en el art. 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.”

no curativas a la hora de establecer posibles responsabilidades indemnizatorias derivadas de técnicas de reproducción asistida¹⁰

Partiendo de estos mimbres, podemos afirmar que, generado un daño, el perjudicado (donante, usuarios o menor) puede entablar acciones de responsabilidad extracontractual, en el marco de los arts. 1902 y 1903 del CC (si el acto médico tuvo lugar en un hospital privado), o según los arts. 32, 1 y 2 de la Ley 40/2015 LRJSP (si lo fuera en un centro público), debiendo probar, en ambos casos, el daño, la falta de diligencia de los facultativos y el nexo causal. Asimismo, y como contrato de prestación de servicios, se encuentra también legitimado de acuerdo con los arts. 1544, 1101 y 1104 del CC, asumiendo la carga de la prueba de la existencia del contrato, el daño y la falta de diligencia del facultativo, como consecuencia de la obligación de medios que deriva de dicha relación contractual. En ambos supuestos, y dada la cualidad de consumidor del sujeto afectado, podría acudir a su normativa protectora, en particular a los arts. 135 y ss. del TRLCU, que establecen la responsabilidad patrimonial por producto defectuoso, o a los arts. 147 y ss. de la citada norma, en relación a los servicios defectuosos. No obstante, ya adelanto que el material genético carece de la consideración de producto defectuoso a los efectos de la ley, por lo que no se tendrán en cuenta las reglas de la citada ley a los efectos de establecer la responsabilidad por daños. En orden a los servicios defectuosos, los sanitarios sí encuentran cobijo en la normativa protectora de los consumidores¹¹, aunque, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada, estos se circunscriben “a los aspectos funcionales de dicho servicio, es decir, a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos”¹². Todo ello sin olvidar la regla especial del art. 25 LTRA sobre responsabilidad solidaria cuando la actividad se encuentra asignada por la ley a varios sujetos.

10 Por ejemplo, la SAP Álava 18 de febrero 2008 (VLEX 38598855), califica la relación jurídica como un arrendamiento de servicios (“Y ello en razón a que la relación de arrendamiento de servicios que unía a las partes se enmarca en una intervención compleja de fertilidad, consistente en la práctica de una punción, en la que se extraen óvulos que después son implantados previa su fertilización in vitro”), en orden a fijar la obligación de información sobre el precio cierto, aplicando para ello, la normativa sobre consumidores que así lo exige. La SAP Asturias 10 noviembre 2017 (VLEX 699887013) articula sus argumentos sobre la base de las particularidades de la medicina satisfactiva para establecer la responsabilidad de los facultativos que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida. Se incluye en dicho pronunciamiento afirmaciones clásicas sobre la aproximación a la obligación de resultado o un mayor rigor en el contenido de la obligación de información debida. No obstante, es el fallo es desestimatorio de la pretensión resarcitoria, por no acreditarse la conexión entre el daño sufrido por la paciente y las técnicas aplicadas.

11 ASUA GONZÁLEZ, C.: “Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. DÍAZ MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid 2006, pp. 103 y ss. concretamente pp. 111-112 argumenta sobre la consideración de los servicios sanitarios como servicios defectuosos en el marco de la normativa protectora de los consumidores.

12 STS 23 octubre 2008 (VLEX 50693580), y sentencias citadas en el FD Quinto.

II. POSIBLES DAMNIFICADOS Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.

Una vez definidos los parámetros que sostienen el régimen general, llegado a este punto, se hace preciso identificar todos los posibles sujetos damnificados, en la medida que estos marcarán el tipo de responsabilidad y el cauce indemnizatorio. Asimismo, esta forma de proceder nos permite alejarnos de cuestiones morales o éticas, pues dado que el preembrión no es persona y, por tanto, carece de la condición de sujeto de Derecho, defender su cualidad de potencial damnificado solo podría hacerse desde el campo de la filosofía. En cualquier caso, las posibles reclamaciones se articularían sobre la legitimación activa de los titulares de dicho material genético, la mujer o la pareja progenitora, pues, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, es su consentimiento el que debe existir para establecer su destino (fines reproductivos o de investigación)¹³.

Excluido pues el preembrión, y antes de entrar a analizar la situación jurídica del menor; como sujeto perjudicado, vamos a dedicarnos, brevemente, a analizar la situación de otros sujetos, eventualmente lesionados en el proceso de reproducción asistida en cualquiera de sus fases: los donantes del material genético y los usuarios, entendiendo por estos últimos no sólo a la mujer receptora y gestante sino también a su pareja.

I. Los donantes de material genético.

Este grupo de posibles damnificados lo integran los donantes de material genético, tan indispensables para la implementación de las técnicas a efectos procreativos cuando se practican en mujer sola, en pareja de mujeres o en parejas heterosexuales que no quieren o no pueden valerse de su material reproductor.

Su intervención, si bien es esencial para poder llevar a cabo las técnicas con fines reproductivos en los supuestos indicados, es muy puntual y pocos daños pudiera acarrearles su participación en el proceso. Pues, si bien la extracción del material conlleva un riesgo, como cualquier intervención médica, si de la misma se generan daños a la persona, la acción indemnizatoria carecería de especificidad derivada de su finalidad y se sustentaría acudiendo a las reglas generales de responsabilidad médica (teniendo presente que este acto médico pertenece a los llamados de medicina voluntaria o satisfactiva).

Sin embargo, en el ámbito de la LTRA se imponen tres obligaciones concretas al centro hospitalario donde se practica la donación, de cuyo incumplimiento responde este frente al donante de manera objetiva por daño moral. A saber, la

13 A esta conclusión llegamos desde la interpretación de los arts. 11 y ss. LTRA.

obligación de información previa a la formalización del contrato (art. 5.4 LTRA)¹⁴, la obligación de confidencialidad que garantiza el anonimato (art. 5.5 LTRA)¹⁵ y la obligación de no hacer uso de su material genético en más de seis ocasiones (art. 5.7 LTRA)¹⁶. En este último supuesto, no obstante, el centro hospitalario quedaría exento de indemnizar si el donante ha incumplido su obligación previa de informar en los términos expresados en la Ley.

2. Los usuarios de las técnicas.

Los usuarios de las técnicas de reproducción asistida, entendidos en un sentido amplio, que incluya a la pareja de la gestante, (si interviene en el proceso consintiendo de cualquiera de las formas previstas en la norma), pueden ser damnificados en distintas fases o momentos del tratamiento. Dada su complejidad, las etapas que integran y los sujetos intervinientes, el abanico de daños potenciales es muy amplio y complejo. A fin de ordenar el discurso, y facilitar al lector su recorrido por los supuestos posibles y probables de daños patrimoniales y morales que puedan acaecer, hemos decidido agruparlos en tres categorías de acuerdo con los criterios que, a continuación, se relacionan

Con carácter general, debemos partir de la premisa de que para que exista obligación resarcitoria es necesario que se constate un incumplimiento de las prescripciones legales y/o que la acción u omisión que genera el daño sea imputable a los sujetos causantes o intervinientes. No obstante, según el tipo de daño, la causa que los genera o el momento del proceso en que se produzca, la responsabilidad del sujeto o sujetos causantes será diferente o, simplemente, es posible que no exista.

A) Daños derivados de una mala praxis en el tratamiento previo a la implantación del ovocito o en dicho proceso.

Cualquier daño físico o moral que sufra la gestante en el proceso de implantación del ovocito y, en su caso, en la extracción del material genético, o el de su pareja

14 “4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”

15 “5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”

16 “7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones. Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.”

si para la fecundación se cuenta con su material genético, no ofrece ninguna especialidad que lo aparte de las medidas resarcitorias que el ordenamiento jurídico otorga para reparar los daños que tengan lugar en la ejecución de actos médicos voluntarios. En este sentido, y como hemos adelantado en párrafos precedentes, estas reclamaciones son resueltas por nuestros tribunales sobre la base de exigir una mayor diligencia que la que se precisa en la medicina curativa, por lo que el campo de la responsabilidad del facultativo o facultativos es mayor. Ello no exime al perjudicado, sin embargo, de la carga de la prueba del daño, de la culpa del agente y del nexo de responsabilidad, como es sabido. Un ejemplo de mala *praxis* típica, que tuvo lugar en un proceso de reproducción asistida, y que fue tratado por los tribunales de manera habitual, sin que fuera necesario acudir a regla alguna especial, es el que dio lugar a la SAP Barcelona 21 diciembre 2018¹⁷. En la citada resolución, el Tribunal condena a indemnizar a la perjudicada por haberse omitido una prueba médica, lo que generó daños importantes, que se hubieran evitado si se hubiese actuado de acuerdo con la *lex artis ad hoc*. Quedó acreditada en el pleito la necesidad de haber realizado la prueba diagnóstica, pues forma parte del protocolo normal de actuación antes de iniciarse el tratamiento, así como el nexo causal entre dicha actuación negligente y el resultado dañoso, que no es otro que el padecimiento de una grave enfermedad con importantes consecuencias para la salud del paciente¹⁸.

La anterior afirmación, no obstante, no puede ser excusa para no referirnos a supuestos concretos de daños típicos de la reproducción asistida que se generan por las particularidades de la técnica, así como de las actividades complejas que deben sucederse para alcanzar el fin perseguido.

Si el daño ocasionado tiene lugar por la transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados por ovocitos de distintas mujeres o sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles, por estar ambas acciones tipificadas en los arts. 6, 8 y 26 c, LTRA, su conculcación provocaría la responsabilidad objetiva de los intervinientes. Igualmente, si el nacido presenta características fenotípicas completamente diferentes de sus progenitores ello supondría la vulneración del art. 6.5 LTRA¹⁹, que conllevaría la responsabilidad objetiva del causante. En todos estos casos, la obligación que pesa sobre los sujetos es de resultado, de tal manera que, constatado el hecho aludido, nace la obligación de reparación del daño, sin

17 SAP Barcelona 21 diciembre 2018 (JUR 11844, 2019)

18 STS 23 octubre 2008 (VLEX 50693580), con idéntica técnica, desconecta del acto médico de la inseminación artificial, los posibles daños que pudieran generarse durante el posterior embarazo y parto. En el supuesto de Autos, se pretendía aplicar los parámetros de la cirugía satisfactiva, más rigurosos en orden a fijar la responsabilidad de los facultativos, para establecer la responsabilidad por el fallecimiento en el parto de una mujer cuyo embarazo tuvo lugar por inseminación in vitro. Que solo pudiera tener lugar si los daños tuvieran como causa dicha técnica, no porque el embarazo así se hubiera producido.

19 "En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora"

que pueda alegarse diligencia por parte de los profesionales, habida cuenta el resultado de su actividad. De estos supuestos concretos, en la medida que el menor también se ve afectado, nos ocuparemos con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente de este trabajo.

Finalmente, quisiera abordar un caso muy concreto tal cual es la posible responsabilidad civil por falso *screening* positivo realizado en el preembrión y que tiene como consecuencia desecharlo y no proceder a su implantación²⁰. El daño se extiende, principalmente, a los usuarios, al cercenar su autonomía reproductiva por verse despojados, en ese momento, de la posibilidad de concebir. También, y si existiera un tercero beneficiario por tratarse de un caso de los llamados “bebés medicamentos”, el perjuicio se concreta en privarle, momentáneamente, del beneficio que su concepción le reportaría²¹. El supuesto aludido debe encuadrarse dentro de la responsabilidad por diagnósticos erróneos²² que, incluso, ha dado lugar a algún pronunciamiento jurisprudencial²³. Estamos frente a un supuesto de responsabilidad subjetiva, debiendo acreditarse la falta de diligencia que convierta en imputable el error. Tal y como concluye, tras un interesante, novedoso y pionero estudio, Macía Morillo, haciendo nuestras sus palabras y reflexiones: “los únicos sujetos que podrán reclamar una indemnización por ello, superados los obstáculos de prueba ya referidos desde el principio, serán la usuaria o usuarios de las técnicas de reproducción asistida en cuyo transcurso se haya producido el error...podrán exigir una compensación por la lesión de su libertad de procreación y, en su caso, por el daño moral como la angustia y repercusión anímica..”

B) Daños derivados del incumplimiento de la obligación de información.

Conforme al régimen jurídico pergeñado en la vigente LTRA que se acomoda al marco general de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información documentación clínica, el derecho a ser informado de los usuarios puede observarse desde una doble perspectiva. De un lado, el derecho a la información sanitaria que se extiende durante todo el proceso médico y del que es titular cualquier paciente. En esta vertiente, el derecho de información no se agota en un momento puntual concreto, y se caracteriza porque su contenido viene marcado por las vicisitudes del acto médico, las exigencias de la buena fe y los parámetros de la *lex artis*. La LAP establece un contenido mínimo a la información

20 Se lo cuestiona y resuelve MACÍA MORILLO, A.: “El problema de la responsabilidad por falsos positivos en el diagnóstico genético preimplantacional”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 2018, núm. 49, pp. 101 y ss.

21 Cifra. nota anterior p. 107.

22 SEUBA TORREBLANCA, J., RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, A.: en, quizás, el primero de los trabajos sobre la materia, “Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades”, *InDret*, 2002, núm. 3, pp. 1 y ss.

23 STSJ Andalucía 30 junio 2003 (JUR 242028, 2003)

debida, al disponer que ésta debe extenderse “a la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias” (art. 4.1 LAP). La LTRA precisa y añade algunos aspectos a este derecho de información general, pues en el art. 3.3, se indican los siguientes contenidos obligatorios de la información debida: jurídicos²⁴, éticos, biológicos y económicos²⁵.

De otro, la información debida debe ser la necesaria para la emisión del consentimiento informado, requisito previo al inicio del acto médico y que en esta materia presenta una especial trascendencia jurídica, en la medida que actúa como causa de atribución de la filiación del hijo para la pareja de la usuaria. Cuando la información es necesaria y previa a la emisión del consentimiento escrito del enfermo, se detiene el art. 10.1 LAP en limitar el contenido mínimo a los riesgos que la ley se refiere: de una parte, a los riesgos normales, y de otra, a los riesgos personales. Estos últimos comprenden aquellos riesgos que la intervención puede causar a ese sujeto como sujeto individual, que tiene unas circunstancias personales y profesionales propias que, a veces, pueden generar riesgos que en otra persona no se producirían²⁶. A estas pautas generales se deben añadir las precisiones de la LTRA, que establece en su art. 6.2 que la información debe incluir “los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada”. Finalmente, no podemos obviar la naturaleza de las técnicas de reproducción asistida como acto médico no curativo, pues dicha circunstancia es relevante en orden a precisar el contenido de la obligación de información. Es doctrina consolidada²⁷ la distinción entre riesgos típicos (aquellos que es posible acaezcan como consecuencia del acto médico por ser inherentes al mismo, incluyendo a lo que puedan calificarse como graves, sea éste un tratamiento o una intervención) y riesgos atípicos (entendido como los que se suceden muy ocasionalmente y que no son inherentes pero pudieran suceder, así como las posibilidades de alcanzar el

- 24 Como bien apunta, IGLESIAS MONJE, I.: “Pérdida irreparable de preembriones criopreservados y daño moral de la viuda”, *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1943 y ss. concretamente en la p. 1955 la información jurídica debida en el ámbito de la fecundación *post mortem*, obliga a los facultativos a incluir el plazo de caducidad de doce meses del art. 9 LTRA para hacer uso del material genético del esposo fallecido por la viuda.
- 25 “3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica”
- 26 “1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones.”
- 27 Por todos, SANTOS MORÓN, M.J.: “La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, *InDret*, 2018, núm. 1, pp. 1 y ss. concretamente la cita es a las pp. 30 y 31; y TRIGO GARCÍA, B.: “La obligación de información de los profesionales médico-sanitarios y la responsabilidad por eventos adversos”, *Derecho y salud*, 2013, vol. 23, núm. Extra 1, pp. 169 y ss. concretamente la cita es a la p. p. 173

resultado pretendido), para afirmar que la información debe versar sobre ambos si la finalidad del acto es meramente satisfactiva o estética. En consecuencia, la responsabilidad de los obligados es mayor en este último caso, por ser más amplio el contenido de lo debido.

La diferenciación entre ambas manifestaciones de la obligación de información, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se justifica por gozar de naturaleza y efectos distintos. Así, cuando la obligación de información se extiende antes y durante todo el tratamiento e intervención, su infracción supone una vulneración de los deberes que asume el facultativo, dimanante de la diligencia asumida de acuerdo con el parámetro de la *lex artis* y originando la consabida obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. En cambio, cuando la obligación de información es requisito previo para la emisión de un consentimiento informado, el incumplimiento conlleva la invalidez del consentimiento emitido²⁸.

Nuestros Tribunales se han pronunciado en alguna ocasión sobre la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información²⁹. Pero en todos esos conflictos, al mismo tiempo, existían daños al menor, por lo que el tratamiento de dichas resoluciones judiciales tendrá lugar más adelante en el espacio reservado en este discurso al menor como sujeto damnificado. No siempre se muestran proclives nuestros Tribunales a conceder indemnizaciones por incumplimiento de la obligación de información en el ámbito de la reproducción asistida. Desde otra posición, la SAP Murcia 13 marzo 2018³⁰, en cambio, entiende que no ha tenido lugar una infracción de la obligación de información por parte de la clínica de fertilidad que publicita sus servicios garantizando el 100% del éxito de sus procedimientos (con devolución del importe pagado si así no fuera), pues en el consentimiento informado suscrito no se expresaba de igual forma³¹.

C) Daños por la imposibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida.

Para finalizar este recorrido sobre la responsabilidad por los daños que pudieran sufrir los usuarios de las técnicas, aludiremos aquellos que se originan como consecuencia de no poder acceder a ellas por cualquier motivo.

Aunque el TEDH que se ha manifestado en alguna ocasión para resolver conflictos generados como consecuencia de la negativa a acceder a las técnicas de reproducción asistida producida en distintos países de Europa, el análisis de

28 Así, FEMENIA LÓPEZ, P.: "Nuevos perfiles jurídico del acto médico: responsabilidad derivada del *screening* genético", cit. 172.

29 Me estoy refiriendo a STSJ Galicia 7 junio 2008 (JUR 334532, 2008) y SAP Valencia 30 marzo 2016 (VLEX 648153029)

30 SAP Murcia 13 marzo 2018 (VLEX 727841133)

31 SAP Madrid 12 junio 2015 (VLEX 579146918) también desestima la pretensión indemnizatoria sobre la base de la infracción del deber de información.

este epígrafe, al igual que los precedentes, se va a residenciar, únicamente, en el Derecho español. Sin orillar el hecho de que este tema goza de implicaciones internacionales, también lo es que nuestra normativa es ciertamente más avanzada que la de los países demandados por sus nacionales, por lo que algunos de los pleitos suscitados ante el TEDH no se hubieran nunca planteado en España por estar resueltos expresamente en nuestras normas³².

Nuestros Tribunales se han pronunciado en múltiples ocasiones sobre la viabilidad del reembolso solicitado por los padres de intención que, ante la negativa de la sanidad pública de atender su petición de gestación por medio de la reproducción asistida, recurren a la sanidad privada, con el consiguiente daño patrimonial que pretenden les sea resarcido.

En este caso, el régimen de responsabilidad se articula sobre el art. 1902 del CC, pues no existe, como en otros supuestos analizados, ninguna relación contractual sobre la que sustanciar una acción indemnizatoria. Efectivamente, la obligación tiene su causa en la omisión de un *facere*, tal cual es la prestación de un servicio sanitario. Ahora bien, para que surja la obligación resarcitoria es necesario que exista antijudicialidad del daño, pues si la omisión se encuentra normativamente justificada, no procede la reclamación. Este es el eje sobre el que se sustancian los fallos habidos, en su mayoría desestimatorios, dilucidando conflictos que versan sobre la reclamación de los gastos generados como consecuencia del acceso a técnicas de reproducción asistida en centros privados ante la negativa de los centros públicos.

32 Relacionamos, a continuación, los pronunciamientos más significativos del TEDHA. En el caso *Evans c. Reino Unido*, 10 abril 2007 (asunto 6339/05, Sec. 4ª 7.3.2006, conf Gran Sala 10.4.2007), el TEDH confirma que no pueden implantarse los preembriones si no existe el consentimiento de ambos progenitores, poniendo fin a un litigio en el que la mujer solicitaba su implantación, a lo que se negaba el varón, revocando un consentimiento previo debido a la ruptura conyugal. En el caso *Dickson c. Reino Unido*, 4 diciembre 2007 (asunto 44362/04, Sec. 4ª 18.4.2006, rev. Gran Sala 4.12.2007) se condena a Reino Unido por impedir el acceso a las técnicas a una mujer casada con un recluso, siendo esta la única posibilidad de ser padres estimando que la negativa vulnera el art. 8 del Convenio. En el caso *S.H. y otros c. Austria* (asunto 57813/00, Sec. 1ª 1.4.2010, rev. Gran Sala 3.11.2011) se discutía si la Ley 275/1992, que regula las TRA en Austria e impide el acceso a espermia y a óvulos donados para la práctica de FIV, era conforme al Convenio, a lo que el Tribunal falla condenando al Estado austriaco pues "el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso de las TRA para conseguirlo forma parte del art. 8 del Convenio, puesto que se trata de una elección que es claramente una expresión de la vida privada y familiar". Siguiendo con el *iter*, el 28 agosto 2012, caso *Costa y Pavan contra Italia*, (TEDH 2012, 72), el TEDH condena a Italia a indemnizar a unos padres de intención por no haber podido acceder a las técnicas porque la legislación italiana solo lo permite para concebir hijos sanos a parejas estériles o a aquellos en las que el varón es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual. Los demandantes eran portadores de enfermedad genética cuya una posibilidad de ser padres de hijos sanos es fecundarlos por medio de reproducción asistida y acudir al diagnóstico genético preimplantacional para implantar solo preembriones sanos. El Estado italiano, conforme al contenido de la LTRA, le impedía acceder al diagnóstico del preembrión por no encontrarse dentro de los parámetros de la Ley. Estima el TEDH que ha existido violación del art. 8 del Convenio, pues dicha denegación al acceso a las técnicas de reproducción asistida afecta a la vida privada y familiar de los demandantes. Finalmente, la sentencia en el caso *Nedescu contra Rumanía*, 16 enero 2018 (JUR 67267, 2018), en la que se condena al Estado rumano a indemnizar a los demandantes a los que se le había impedido acceder a los embriones, previamente confiscados, depositados en una clínica para concebir un nuevo hijo. *Vid. FARNOS AMORÓS, E.: "La reproducción asistida ante el TEDH: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 93 y ss., concretamente la cita es a las pp. 97-101; y LAMM, E.: "La custodia de embriones en la jurisprudencia del TEDH. A propósito del caso Evans contra Reino Unido", pp. 195 y ss.

El concepto de “urgencia vital” consolidado normativamente y objeto de doctrina jurisprudencial³³ se convierte en la clave para desestimar el reintegro de las cantidades abonadas a centros privados cuando sea ha negado el acceso a las técnicas aplicando los centros públicos la normativa que prioriza a unos sujetos frente a otros³⁴, o bien, se ha previsto una demora por haber sido incluidos en una larga lista de espera. La STSJ Madrid 25 enero 2012³⁵ entra a valorar los criterios sobre los que se le deniega a una pareja el acceso a las técnicas de reproducción asistida por ser ya padres de un hijo sano, estimando que no procede el reembolso solicitado por no poder ser calificado como “antijurídico” dicho daño patrimonial.³⁶

- 33 Para su definición nos remitimos a la STS 16 noviembre 2009 (VLEX 211687595) que dice al respecto: “Aplicando la doctrina anteriormente consignada el recurso ha de ser rechazado, ya que en el supuesto examinado no concurre la ‘urgencia vital’, entendida en el amplio sentido interpretado por la Sala en consonancia con el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud, art. 43.1 de la Constitución, que no se refiere únicamente al peligro de muerte inminente, sino también a los supuestos de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. En efecto, la cuestión controvertida, el derecho al reintegro de los gastos ocasionados por la realización de un diagnóstico genético en la sanidad privada, a fin de que, a la vista del mismo, la Sanidad Pública realizara a la beneficiaria el tratamiento de reproducción asistida, no reviste carácter de urgencia vital pues, ni supone peligro de muerte inminente, ni de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona por lo que la sentencia recurrida no vulnera las previsiones contenidas en el art. 5 del Real Decreto 63/1995 (aplicable por razones cronológicas). Articulado el recurso sobre la infracción de los arts. 15, 39 y 43 de la Constitución Española, 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero y 4.3 del Real Decreto 1030/06, de 15 de septiembre, siendo los dos últimos preceptos los que desarrollan el mandato Constitucional de protección de la salud, ha de concluirse que la sentencia recurrida no ha infringido ninguno de los preceptos denunciados. Hay que señalar, en primer lugar, que el Real Decreto 1030/06, de 15 de septiembre no resulta de aplicación al caso, atendiendo a la fecha en la que la hoy recurrente se sometió a las técnicas de reproducción asistida, con realización previa del diagnóstico genético preimplantatorio. En cuanto a la denunciada vulneración del art. 5.3 del Real Decreto 63/1995 de 20 de enero, ha de correr igual suerte desestimatoria. En efecto, dicho precepto prevé el reembolso de los gastos sanitarios originados fuera del Sistema Nacional de Salud, en los casos de asistencia sanitaria, urgente, inmediata y de carácter vital, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del citado Sistema Nacional de Salud y que la utilización de servicios ajenos no constituye una utilización desviada o abusiva, y como anteriormente quedó razonado, en el supuesto examinado no concurre la citada ‘urgencia vital’, por lo que no procede el reembolso de gastos reclamado. Hay que poner de relieve que en el Anexo I del mencionado Decreto, en el que se contiene la relación de prestaciones sanitarias, no sólo no aparece el diagnóstico genético preimplantatorio, entre las prestadas por el Servicio Nacional de Salud, sino que tampoco está contemplada, a diferencia de las prestaciones contenidas en la cartera de servicios comunes de la Sanidad Pública, regulada en el Anexo I del Real Decreto 1030/06, de 15 de septiembre la reproducción asistida. Procede por todo lo razonado la desestimación del recurso formulado.”
- 34 Sobre el concepto de “urgencia vital”, aplicado a las técnicas de reproducción asistida como causa para denegar el reembolso, *vid.* entre otras STSJ Castilla y León 11 julio 2013 (VLEX 45271896), STSJ Castilla y León 17 diciembre 2014 (VLEX 557295150), STSJ Madrid 30 junio 2015 (VLEX 583531866) y STSJ País Vasco 26 enero 2016 (VLEX 633015361).
- 35 STSJ Madrid 25 enero 2012 (JUR 199402, 2012).
- 36 “Recordemos que, según la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada - por todas, las SSTS 12 julio 2007, 10 diciembre 2009, 23 febrero 2010, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado ‘toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo’-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado *lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión*, de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración de indemnizar... la existencia de listas de espera viene determinada por la limitación de los recursos del Sistema Sanitario, y que la inclusión de un paciente en las mismas no da lugar a responsabilidad patrimonial si ha sido correctamente incluido en ella, si la misma está bien gestionada, y si la espera es

Finalizamos este recorrido aludiendo a la STSJ 12 septiembre 2006 País Vasco³⁷, uno de los escasos pronunciamientos en los que los Tribunales acceden al reintegro, por apreciar que el tratamiento médico (diagnóstico preimplantacional) denegado en el servicio público de salud era indispensable para evitar riesgos innecesarios hereditarios del feto.

D) Indemnización a los progenitores por pérdida de embriones.

De acuerdo con el art. 11.8 LTRA³⁸ también sería objeto de imputación objetiva al centro de fecundación *in vitro* donde se encuentran depositados y custodiados, los daños morales que pueda generar a los usuarios la pérdida o lesiones a los embriones que los conviertan en inviábiles, debiendo concertar dicho establecimiento un seguro obligatorio de responsabilidad civil para ello. Los Tribunales son muy rigurosos a la hora de imputar la responsabilidad por pérdida de embriones a los centros médicos donde se encuentran depositados y que han asumido la obligación de custodia y conservación, interpretando de manera estricta el término “fuerza mayor”, aludido como causa de exoneración de la responsabilidad por los centros demandados. La unanimidad es manifiesta en no estimar como tal los accidentes causados por fallos mecánicos o del uso de los contenedores donde se ubican los embriones para su crioconservación, pues la fuerza mayor no se puede apreciar si “el acontecimiento lesivo se produjo en el contexto de la prestación sanitaria y sin intervención de acontecimientos extraños o exteriores al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar por la viabilidad de los embriones...”³⁹.

Ahora bien, a la hora de estimar la existencia del daño indemnizable, los Tribunales son más cautelosos al determinar los parámetros en los que sustentar el contenido y la extensión del daño moral indemnizable, sin que pueda afirmarse que mantienen posturas unánimes y contundentes (como sí sucede en orden a

razonable por ajustarse a los medios disponible, y adecuada a las circunstancias del caso, tal y como aquí acontece pues no se ha justificado que en el supuesto que nos ocupa existiera mala gestión ni tampoco razones para que en la Unidad se hubiera hecho una excepción al orden cronológico de prioridad para la primera visita que, como regla general, resultaba prudente seguir, dada la enorme demanda y la diversidad de situaciones de los pacientes, por lo que el retraso para esa primera cita de los recurrentes no puede reputarse antijurídico y, en consecuencia, no resulta procedente acoger la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados del mismo...”

37 STSJ País Vasco 12 septiembre 2006 (AS 718, 2017).

38 “Los centros de fecundación *in vitro* que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente”.

39 El texto procede de la STSJ Madrid 6 febrero 2017 (VLEX 676688153). En el mismo sentido, SSTSJ Madrid 21 junio 2017 (VLEX 700263249) y 28 junio 2017 (VLEX 700273449).

la imputación objetiva de la responsabilidad)⁴⁰. En puridad, dicho daño moral se podría construir sobre dos variables: la frustración de la paternidad, por no poder recurrir a la implantación de los embriones destruidos, y el sufrimiento psicológico que comporta dicha pérdida. En orden al primero de los parámetros se requiere que, efectivamente, exista un nexo causal entre ambos hechos, pues si es posible la paternidad recurriendo de nuevo a las técnicas, esta no puede apreciarse⁴¹. Dicha situación solo puede tener lugar si los embriones destruidos son los únicos existentes con idéntica carga genética (como sería en el caso de destrucción de embriones de un sujeto fallecido o que alguno de los progenitores deviene estéril tras la extracción del material genético), de manera que puede iniciarse de nuevo el proceso de extracción, fertilización e implantación. Ello dificulta, pues, su apreciación, a diferencia de la segunda versión del daño moral, entendido como “aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infligido a sus sentimientos por la pérdida injustificada de los embriones crioconservados”⁴², que, así conceptualizado es más fácilmente constatable.

III. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS DAÑOS OCASIONADOS AL MENOR.

El tratamiento de este epígrafe debe abordarse teniendo presente el reconocimiento de la libertad de procreación humana contenido en el art. 10.1 de la Constitución al ser considerado parte integrante del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En su virtud, cualquier sujeto se encuentra legitimado para decidir tener descendencia (o no tenerla), valiéndose para ello de los medios e instrumentos que el legislador le facilita. En este sentido, como hemos visto, en nuestro país la legislación es muy generosa al admitir, sino todas (pues la gestación subrogada se encuentra expresamente prohibida), muchas posibilidades para ser progenitores.

El respeto de dicha libertad no puede ni debe cercenarse como consecuencia de reclamaciones indemnizatorias cuando el sujeto nacido presenta taras o deficiencias que le hacen la vida más desagradable o incómoda. Así, se impide que prosperen acciones de hijos frente a sus progenitores con la finalidad de ser reparados por los daños físicos y psíquicos con los que nacieron; simplemente, porque su nacimiento no es producto de su voluntad sino de la voluntad de sus

40 En las tres sentencias citadas en la nota anterior existen votos articulares que discrepan sobre el contenido y extensión del daño indemnizable, lo que acredita la fractura del Tribunal, con significativas discrepancias en este punto.

41 O bien, se hubiera excluido previamente, como sucede en STSJ Madrid 21 junio 2017 (VLEX 700263249), en el que el progenitor se había realizado una vasectomía con posterioridad a la fecundación y habían manifestado ambos su consentimiento a que los embriones sobrantes fueran donados. De forma semejante se argumenta en la STSJ Madrid, 6 febrero 2017 (VLEX 676688153), caso de pérdida de embriones de marido fallecido que impedía la fecundación post mortem, cuando dicha pérdida tuvo lugar después del plazo legalmente permitido para que ello en la LTRA.

42 El texto procede de la STSJ Madrid 6 febrero 2017 (VLEX 676688153), y se reproduce en los votos particulares de las SSTSJ Madrid 21 junio 2017 (VLEX 700263249) y 28 junio 2017 (VLEX 700273449).

progenitores. Incluso, en los casos extremos, en que el hijo hubiese preferido no nacer⁴³.

Entre todos los posibles perjudicados a los que hemos aludido, es sin duda el menor el que debe ser considerado la verdadera víctima de los errores o decisiones que, en el marco de la LAR, tomaron sus progenitores (biológicos o de intención) por él. No podemos soslayar que, en la reproducción asistida, tanto donantes como usuarios han consentido libre y voluntariamente, previa información, a asumir los riesgos derivados de la misma. En cualquier caso, se ubican en un escenario donde cabe la posibilidad de sufrir algún menoscabo, por concurrir un interés legítimamente protegido por las normas y motor de su decisión.

Desde esta perspectiva, la inocencia del menor, su nula participación en la toma de las decisiones, lo convierten, a mi juicio, en el sujeto al que primordialmente se debe de proteger. A fin de dotar de un esquema pedagógico a la exposición que facilite al lector el recorrido sobre los mismos, los daños se aglutinan en los siguientes grupos:

I. Daños generados por una mala praxis.

En esta línea constitucionalmente marcada en nuestra Carta Magna, acotamos el supuesto sólo y exclusivamente cuando la lesión tiene su causa en la mala *praxis*, por apreciarse alguna deficiencia o error imputable a cualquiera de los sujetos que intervienen en el proceso de su concepción. Queda excluido, en consecuencia, como daño indemnizable cualquier tara o enfermedad que pueda sufrir el nacido, pues entiendo que el hecho de que su concepción sea artificial no lo legitima para accionar contra sus progenitores o contra los sujetos intervinientes en su concepción⁴⁴. Esta afirmación tiene sentido siempre que, como así hacemos,

43 ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista española de drogodependencia*, 2008, núm. 31, pp. 94 y ss., lleva a cabo un minucioso tratamiento de los distintos supuestos en los que pudiera fundamentarse pretensiones indemnizatorias, excluyendo cualquier reclamación que no se refiera a un daño grave y siempre que no afecte al ejercicio de la libertad de procreación. Así dice en la p. 109 "Por último, en relación con el daño, hay que matizar que, en los casos en que puede admitirse la responsabilidad de los progenitores, no debe tratarse de defectos insignificantes o de afecciones que no alteren el desarrollo normal de la vida de la persona. De lo contrario, como ha puesto de manifiesto algún autor, se colapsarían los tribunales con demandas de este tipo en las que los hijos podrían reclamar a sus progenitores incluso por no estar satisfechos con su aspecto físico".

44 Como bien dice, PANTALEÓN PRIETO, Á.L.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del S.XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245 y ss., concretamente en la p. 276, "es posible que el niño nacido tarado no pueda reprochar a sus padres el haberle hecho participar sin su consentimiento en esa "lotería de Babilonia" que es venir al mundo como la Naturaleza ha programado; pero solo si es la Naturaleza, no la técnica, la que ha organizado el sorteo. Es posible que deba ser aceptada pura y simplemente la herencia naturalmente deferida; la deferida artificialmente puede, en mi opinión, ser aceptada a beneficio de inventario".

partamos de la premisa de que la concepción no natural correctamente realizada no implica un riesgo mayor para la salud del nacido⁴⁵.

Ciertamente, la reproducción asistida es un factor que aumenta las posibilidades de partos múltiples, circunstancia que comporta un riesgo para la salud de los nacidos. La responsabilidad por los daños que sufrieron unas mellizas, concebidas por inseminación artificial y nacidas prematuras fue y resuelto en la STSJ Galicia 7 junio 2008⁴⁶. El conflicto se planteó por el Tribunal desde la falta de información previa a la emisión del consentimiento alegada por los progenitores de dos mellizas concebidas por medio de técnicas de reproducción asistida nacidas con graves deficiencias, obviando los daños morales realmente padecidos por las menores. Los magistrados se muestran en la resolución particularmente puntillosos, y consideran probado el hecho de que el pacto múltiple es un factor que incide en las posibilidades de niños prematuros y que las secuelas de las mellizas tienen su causa en haber nacido antes del término. Habida cuenta que las probabilidades de partos múltiples y, consiguientemente, prematuridad de los nacidos, son estadísticamente mayor en los embarazos gestados por reproducción asistida, dicha información debería haberse facilitado a los progenitores⁴⁷. Por lo que concluye que se ha producido una infracción en la obligación de informar, lo que genera la responsabilidad de la Administración sanitaria, debiendo indemnizar a los progenitores por el daño moral que supone “la violación del derecho de autodeterminación del paciente e interesados, que al no estar debidamente informados no pueden elegir adecuadamente”, y no por el daño moral de las secuelas padecidas por sus hijas. Ello imposibilita acudir al sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que se contiene en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados para cuantificar el importe del daño moral, como pretendían los recurrentes y que justificaba un alto importe en la cuantía. Como se argumenta en el texto de la sentencia, la información debida no había sido lo extensiva y detallada que la *lex artis ad hoc* demanda en este tipo de actos médicos, pero ello no justifica la elevada petición indemnizatoria incluida en el recurso pues, en

45 Existen, no obstante, algunos estudios médicos que opinan lo contrario, aunque compensan su afirmación reconociendo que la concepción por medio de técnicas de reproducción asistida minimiza otros riesgos que sí se aprecian en los nacidos por concepción natural. En este sentido, LÓPEZ MORATALLA, N., HUERTA ZEPEDA, A. y BUENO LÓPEZ, D.: “Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación artificial. La punta del iceberg”, *Cuadernos de Bioética*, 2012, núm. 2, pp. 477 y ss. También se ha apuntado los posibles daños de una crioconservación prologada de los preembriones en orden a posibles alteraciones cromosómicas. Así lo expresa, OLAYA GODOY, M.: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 214 y bibliografía citada en la nota al pie núm. 668 en apoyo de la afirmación.

46 STSJ Galicia 7 junio 2008 (JUR 334532, 2008)

47 “Si aquellas prematuridad y parto múltiple son riesgos frecuentes en estos procesos de reproducción asistida resultaba especialmente necesario que la información se extendiese a aquellos, del mismo modo que cuando se trata de la implantación de tres o más embriones resulta lógico que previamente se informe de las derivaciones que de ello puede resultar, así como de la posibilidad de reducción embrionaria posterior a fin de aminorar aquellos riesgos.”

verdad, no existió *mala praxis* que fundamente las secuelas de los menores. El daño indemnizable se ubica en el hecho de haber cercenado la capacidad de elección de los usuarios para optar por la reproducción asistida como vía de concepción, que ha sido menor al no disponer de todos los datos que debería haberseles facilitado. Y sobre dicha previsión se fija la indemnización debida.

Por consiguiente, los daños generados a los menores que fundamentan la pretensión indemnizatoria deben tener su causa en la negligencia de los sujetos intervinientes, de manera que, de no haberse producido, el niño hubiera nacido sano⁴⁸.

Las lesiones a los nacidos pueden estar ocasionados en el proceso de manipulación del embrión, lo que dirige el juicio de imputación al seno de los arts. 12 y 13 LTRA, en los que se establecen los requisitos y las formas que autorizan el diagnóstico preimplantacional y la realización de técnicas terapéuticas. En este sentido, se calificarán como técnicas adecuadas las llevadas a cabo conforme a su dictado; es decir, en las que se observen el cumplimiento de los requisitos o pautas que la LTRA prescribe. Así pues, dentro de este ámbito, no es posible justificar peticiones indemnizatorias ya que la acción que causara el hipotético daño es una acción lícita por ser conforme a la normativa; no generadora, en consecuencia, de responsabilidad civil alguna. Fuera de estos supuestos, cualquier otra manipulación del preembrión que ocasione daños al nacido, tendrá la calificación de acto ilícito y, por tanto, hábil para sustentar reparaciones indemnizatorias.

Constada la existencia del daño y su conexión con el acto que los produce (manipulación del preembrión fuera de los supuestos permitidos en la LTRA o mala *praxis* en el proceso de implantación), surge la obligación de responder del facultativo o sujetos a los que la ley le asigna la actividad que causa el daño de forma solidaria (art. 25 LTRA), y del centro médico, privado o público, conforme a las reglas generales.

Si la tara o deficiencia del niño tuviera su génesis en el uso de un material genético de donante no adecuado, por no haberse observado por el centro médico lo preceptuado en el art. 5.6 LTRA⁴⁹, estaremos frente a un claro supuesto

48 FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *Procreación humana y acciones de responsabilidad*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 111-133, sintetiza las diferentes acciones indemnizatorias que pudiera ejercitar un niño que nace insano. En este sentido, se refiere a la acción de *wrongful life* (p. 121) y la que tiene su causa en lesiones o taras por inadecuada atención médica-sanitaria previa al nacimiento (p. 130), pues se descartan por razones obvias de legitimación las acciones de *wrogful conception*, *wrongful brith* y *wrongful death*. De ambas, entendemos que la pretensión indemnizatoria debe incardinarse en las acciones que tienen su causa en lesiones o taras por inadecuada atención médica-sanitaria previa al nacimiento.

49 “Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades

de responsabilidad objetiva del centro médico⁵⁰. Ahora bien, es preciso matizar que la citada responsabilidad solo es pertinente si no se observó el protocolo legalmente establecido pues, fuera de estos casos, no existe responsabilidad alguna por enfermedad con causa en material genético del donante, siempre que dicha enfermedad pueda calificarse como de un riesgo asumido por cualquier progenitor que decide concebir un descendiente. La anterior afirmación tiene sentido desde la siguiente premisa: la fecundación por medio de técnicas de reproducción asistida no garantiza a los usuarios el nacimiento de un hijo sano, ni está obligado el banco de material genético a unos controles extraordinarios en este sentido⁵¹. Los Tribunales son estrictos a la hora de fijar el contenido de la obligación de establecer controles del material genético en los centros de reproducción asistida, no extendiéndolo más allá de lo especificado en las normas.

En este sentido son muy significativas las sentencias del STSJ Galicia 21 junio⁵² y de la SAP Valencia 30 marzo 2016⁵³. En la primera de ellas, el TSJ de Galicia aborda la responsabilidad por el nacimiento de una niña con fibrosis quística, enfermedad genética, que fue concebida con semen de donante, declarando la improcedencia de la acción indemnizatoria pues no la considera antijurídica en la medida que dicho examen del material genético no era exigible.

En la segunda, se cuestiona la responsabilidad del centro médico por el nacimiento de un niño hemofílico, enfermedad transmitida por el material genético de un donante del que se valieron para fecundar el óvulo de la gestante y madre del niño enfermo. Tampoco prosperó por esta causa la petición resarcitoria, pues “negó que la clínica hubiera sido negligente en la selección del óvulo, porque no había antecedentes de hemofilia, ni en la donante, ni en su familia, razón por la cual no le era exigible realizar un test genético específico para descartar la existencia de una enfermedad infrecuente”⁵⁴. La SAP Valencia 30 marzo 2016,

genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas”

- 50 El incumplimiento de los estudios previos se califica como falta muy grave en la ley (art. 26. 2, b, 2ª LTRA) generando la responsabilidad civil o penal pertinente (18.2 LTRA). Así lo expresa, DIEZ SOTO, M.: “Comentario al art. 5 LTRA”, en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción asistida humana* (dir. F. LLEDO YAGÜE y C. OCHOA MARIETA), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 89 y ss., concretamente la cita es a la p. 96.
- 51 ASUA GONZÁLEZ, C.: “Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida”, cit. p. III mantiene idéntica tesis a la expresada en el texto principal.
- 52 STSJ Galicia 21 junio (JUR 260953, 2001)
- 53 SAP Valencia 30 marzo 2016 (VLEX 648153029)
- 54 Hago más las palabras de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. vertidas en el comentario a esta sentencia en la Editorial de la *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm. 25. Nos remitimos, también, al análisis del citado pronunciamiento en “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, cit. pp. 303 y 304.

aunque no estima la responsabilidad por infracción de la *lex artis*, sí condena al centro médico a indemnizar a los usuarios por incumplimiento de la obligación de información. Y ello a pesar de que el formulario que habían firmado los usuarios se había construido conforme a los modelos editados por la Sociedad Española de fertilidad, circunstancia que no le exime de la obligación indemnizatoria, ya que tal hecho no garantiza su cumplimiento⁵⁵.

Aplicando las reglas generales de imputación, si el daño fuera debido a la actividad culposa o dolosa del donante ocultando datos o tergiversando la información sobre su salud y sus condiciones físicas, el donante deberá responder subjetivamente, debiendo acreditar en este caso la culpa al sujeto reclamante⁵⁶.

También es posible que los daños tengan su origen en el proceso de implantación en la madre gestante. En este caso el aludido tratamiento médico, a los efectos de establecer el régimen de responsabilidad, es idéntico al de cualquier otro acto médico de cirugía satisfactiva o voluntaria, debiendo acudir al parámetro de la diligencia media exigible, con la particularidad de la mayor exigencia que los caracteriza.

2. Daños ocasionados por errores en el proceso de fecundación e implantación de embriones.

La jurisprudencia española sobre errores en la fecundación de embriones o en la implantación en gestantes distintas es, prácticamente, inexistente. Solo una

55 “Del texto transcrito como consentimiento informado, concluimos que no se comunica a los receptores, que no se trasmite a las personas que van a someterse a dicha técnica de reproducción -que no son expertas en medicina ni en su terminología- la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido a los ovocitos. En nuestra opinión, la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable. Del texto firmado no se desprende que el cribado de las donantes y de los ovocitos se hace basándose en las meras manifestaciones de la donante, sin las pertinentes comprobaciones técnicas, y no podemos ignorar que el desconocimiento de una enfermedad familiar genética, hereditaria o infecciosa no supone ninguna garantía sobre su inexistencia, no porque se oculte intencionadamente, sino porque, entre otros muchos supuestos, la donante puede ignorar que su familia sufre una grave enfermedad o padecimiento por el simple hecho de que la relación que mantiene con una rama familiar es escasa o nula, por ser adoptada, o por ignorar quien es su padre o madre biológico, etc.. Además, en la documentación que se entrega a los padres receptores, a los futuros padres, en el consentimiento informado, no se les advierte de la existen muchísimas enfermedades detectables sobre las que no se hacen pruebas técnicas y de la existencia de otras muchas que no pueden detectarse, cuestión de especial importancia en supuestos como el presente, sin que esta deficiencia u omisión del consentimiento informado pueda quedar paliada por la posterior posibilidad de acudir al aborto. Ante estas circunstancias, estimamos que carece de toda relevancia que el consentimiento firmado por los actores se haya redactado basado en los editados por la Sociedad Española de Fertilidad, pues ello no excluye su insuficiencia en los términos que se ha expuesto. Por todo lo indicado, debemos concluir, que el riesgo de la transmisión de enfermedades ha constar con claridad y precisión en el consentimiento informado que suscriben los padres, desde el primer momento, sin que, dada su trascendencia, tal información pueda estimarse cumplida por meras manifestaciones relativas a que se les informó verbalmente, y al no hacerlo así la parte demandada ha vulnerado el derecho a la información de los receptores, incurriendo en la correspondiente responsabilidad civil.”

56 A estas técnicas previas realizadas al donante con el interés de obtener un material óptimo se le llama *screening* genético, *vid.* FEMENÍA LÓPEZ, P.: “Nuevos perfiles jurídico del acto médico: responsabilidad derivada del *screening* genético”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 2017, núm. 46, pp. 143 y ss., concretamente la cita es a la p. 151, en orden a la responsabilidad civil derivada de la omisión de estas pruebas a los donantes.

sentencia de la SAP Las Palmas 16 mayo 2016 resuelve un supuesto semejante a los descritos⁵⁷. Y lo hace estimando que el hecho de haber fecundado el óvulo de la mujer con semen de un donante, cuando el consentimiento expresado se refería a una fecundación homóloga, evidencia una actuación negligente del centro médico que genera obligación resarcitoria. La dificultad del pleito no estriba en la determinación de la diligencia que, en mi opinión, tampoco era preciso analizar pues la obligación asumida, en cuanto a la procedencia del material genético de la pareja y no de extraños, es clara y nítida, no siendo excusable un resultado distinto del querido por las partes, sino en la especificación y cuantificación del daño y de los sujetos damnificados. Ciertamente, la AP establece cantidades importantes no solo para la gestante, que es la reclamante, sino para sus hijos gemelos que son indemnizados en concepto de daño patrimonial al no existir derecho alguno a ser alimentados por el que creía era su progenitor⁵⁸, y por el daño moral ocasionado a los menores consistente en la privación de un padre y del entorno moral y afectivo que ello implica, y que estima supone una vulneración de la dignidad como persona que garantiza el art. 10 CE⁵⁹. La esposa, en cambio, es indemnizada por el daño moral que le genera la situación de ser madre en solitario de dos hijos y haber sido privada de la figura de una pareja con la que compartir su crianza y educación. Transcribo, a continuación, en la nota al pie el texto de la sentencia que justifica la imposición de la elevada suma al centro médico por este concepto⁶⁰.

57 SAP Las Palmas 16 mayo (JUR 159212, 2016)

58 “cantidad a indemnizar a cada uno de los menores en concepto de daño material, daño procedente de la pérdida de la pensión alimenticia respecto de quien debía haber sido su padre biológico en un correcto desarrollo del contrato y que no lo es en razón a culpa imputable a la demandada en la custodia, conservación, traslado y manejo del material reproductivo.”

59 “En el caso presente ha existido una privación del vínculo afectivo ya iniciado no sólo con el padre, sino con toda la familia paterna, incluidos los medio-hermanos de los menores... La relación paterno-filial no se contrae al afecto, también existe un componente importante de enseñanza, de educación, de transmisión del conocimiento tanto consciente como inconsciente, al aparecer el progenitor como un ejemplo de actuación en todos los aspectos de la vida. La reacción ante la adversidad, la gestión de la frustración y del conflicto, la disciplina. En el presente caso pese a la separación de los padres los menores tenían fijado un régimen de visitas y contactos con el padre, que se habría ampliado a medida que los menores hubieran tenido más edad. Considera la Sala que en el presente caso el daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (art. 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas...La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable.”

60 “Entiende esta Sala de una enorme relevancia la afectación personal y el impacto en la vida de Doña Tania, del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad, y, además, de gemelos, es decir, de dos menores de la misma edad, que reclaman a un mismo tiempo y con igual intensidad una dedicación y atención en todos los aspectos de su vida...Doña Tania se ha visto obligada en solitario a asumir todos los deberes derivados de la patria potestad, en contra de su voluntad expresa y de forma completamente inopinada... No es parangonable la inversión de tiempo y dedicación de una sola persona, al hecho de ser dos quienes comparten la dedicación y la responsabilidad. ...También considera el Tribunal atendible el padecimiento y la angustia para Doña Tania derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos, puesto que ella sí había escogido a quién quería que fuera su padre, y con quien deseaba tener descendencia común, pues es un elemento determinante de ese consentimiento y voluntad de ser madre las cualidades y la personalidad de su pareja. Y asimismo también es apreciable para la Sala y se ha constatado la reacción de rechazo social a la situación

Fuera de nuestras fronteras han tenido lugar algunos casos semejantes al descrito y juzgado por la SAP Las Palmas, con condenas similares en orden a fijar la responsabilidad del centro médico donde tuvo lugar la fertilización y/o la transferencia embrionaria errónea. Por ejemplo, en el Reino Unido el caso *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. A and B*, *Hight Court* 4 noviembre 2002⁶¹, en el que se condenó al hospital a indemnizar a dos parejas como consecuencia del error al fecundar los embriones de las gestantes. El error se detecta al dar a luz la mujer embarazada de mellizos y comprobar que son fenotípicamente diferentes (uno es de piel negra y otro de piel blanca). Realizadas las pruebas preceptivas se acredita que ha existido un error en la fecundación, y cada mellizo procede, biológicamente, de un padre diferente, aunque de idéntica madre. El error se genera en la fecundación del óvulo de la gestante.

La sentencia de la Corte Suprema de Nueva York, caso *Perry Rogers et al. v. Fasano et al.* 26 octubre 2000⁶², versa sobre un supuesto semejante de gemelos de padres diferentes por error en el proceso de implantación, detectado por ser cada uno de raza diferente. En este caso, cada uno de los niños presentaba una dotación biológica distinta, pues sus progenitores así lo eran. Igualmente, la sentencia de la Corte de Apelación de California 13 junio 2003⁶³ en relación a un error también en la implantación, pues los embriones sobrantes de una pareja son implantados sin el consentimiento de ninguno de sus componentes en el útero de una mujer que había acudido al Hospital para ser madre soltera con material genético de donantes

En Europa se hizo famosa la Ordenanza del Tribunal de Roma 20 de agosto de 2014, que dilucida sobre la paternidad de unos gemelos que, por error, fueron implantados en una gestante; ello produjo que los hijos nacidos no eran biológicamente de la pareja que los inscribió en el Registro⁶⁴. En este caso no se solicita ninguna suma resarcitoria a la que, lógicamente, tendrían derecho; ni tampoco el posible daño moral a los mellizos nacidos al impedirsele conocer sus orígenes. El pleito se circunscribe a la paternidad, fallando el Tribunal a favor de la gestante y su esposo que prevalecen a los padres biológicos.

creada, es decir, el averiguar que quien se suponía que debía ser el padre de los menores no lo sea, con la atribución a Doña Tania de una conducta desleal, y por ello moralmente reprochable, que ella refiere que proviene de su entorno, de la familia de su ex-pareja y amigos comunes, y que incluso ha sido el argumento utilizado por la parte demandada para negar el nexa causal en los presentes autos."

61 (2003) FLR 412.

62 El texto íntegro de la sentencia puede consultarse: <https://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html>

63 135.Cal. Rptr. 2d 785, 109 Cal. App. 4th 1109. El texto íntegro puede consultarse: <https://www.courtlistener.com/opinion/2268734/robert-b-v-susan-b/>

64 CONTE, G. y LANDINI, S.: *Principi, Regole, Interpretazione. Contrati e obbligazioni, famiglie e successioni*, t. I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, p. 601.

3. Daños producidos en el screening genético preimplantacional.

Las técnicas de reproducción asistida, aunque su finalidad esencial es satisfacer el deseo de ser padres cuando la naturaleza o las circunstancias no permiten a los sujetos que a ellas acceden engendrar de manera natural, no sirven únicamente a ese objetivo. La propia LTRA contempla otras posibilidades, como es el *screening* genético preimplantacional al que alude y regula en el art. 12 LTRA. Como quiera que el mismo tiene lugar sobre el preembrión, es posible que el mismo sea causa de lesiones o taras del niño nacido una vez finalizado el tiempo de gestación. Para que la manipulación que el proceso supone es necesario que concurren los presupuestos exigidos en la norma. En este sentido, es preciso, en primer lugar, un diagnóstico de la enfermedad o defecto que presente el preembrión, a fin de proceder a su tratamiento, si ello fuera posible; en otro caso, los padres de intención podrán decidir la reducción embrionaria o la destrucción del preembrión defectuoso. En este escenario el debido y estricto cumplimiento de la obligación de información es clave, y, de no atenderse al contenido, detalle y accesibilidad requeridas, generará la pertinente obligación indemnizatoria, que se articula sobre la responsabilidad objetiva del centro médico y los facultativos intervinientes.

El supuesto concreto al que estamos aludiendo pudiera ejemplificarse del siguiente modo: realizado el diagnóstico preimplantacional, la información facilitada es parcial o incorrecta, de manera que los padres de intención no llevan a cabo la pertinente reducción o destrucción embrionaria, naciendo un niño con malformaciones. Dada la naturaleza de obligación de resultado de la obligación de información, y una vez constatado el incumplimiento de la misma en los términos establecidos en la LTRA y exigidos por la *lex artis*, nace la obligación resarcitoria. El daño indemnizable, desde la perspectiva de los progenitores, no es otro que el moral y el patrimonial de ser padres de un hijo enfermo, máxime cuando no era su interés (protegido por la norma) el traerlo al mundo en tales condiciones, motivo por el cual se sometieron al proceso de diagnóstico preimplantacional. También goza de dicha consideración la pérdida de oportunidad de llevar a cabo una interrupción del embarazo (si ya se había producida la implantación) o, simplemente, proceder a la eliminación de ese preembrión y, en su caso, no implantarlo en la gestante. En este punto, es de observar la doctrina jurisprudencial que puede sintetizarse en el siguiente fragmento de la STS 14 marzo 2013⁶⁵: “El daño que fundamenta la responsabilidad existe. Estamos ante de una indebida gestión médica del embarazo que impidió detectar a tiempo las malformaciones y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial. El daño, dice la STS 31 mayo 2011, “es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su

65 STS 14 marzo 2013 (VLEX 430195354)

situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad”.

Si la información facilitada sobre el diagnóstico preimplantacional es incorrecta por haber tenido lugar un error de diagnóstico, de manera que, confiado en esa versión, los progenitores deciden implantar el embrión, los usuarios se encuentran legitimados para exigir responsabilidad, aunque deben acreditar la *mala praxis* del profesional, como se lleva a cabo en la órbita de la medicina satisfactiva o voluntaria en la que se encuadran estos actos médicos⁶⁶.

Pero, ¿está legitimado el menor para accionar frente al centro médico donde tuvo lugar el diagnóstico erróneo por haber nacido con enfermedades o lesiones? Así descrito, podemos constatar que nos encontramos frente a un claro supuesto de lo que se ha llamado en la doctrina anglosajona *wrongful life*⁶⁷, entendiéndose por tal “aquella demanda judicial que interpone el propio hijo discapacitado o sus representantes legales, contra el médico y/o centro médico por haber nacido con una malformación o anomalía, como consecuencia de un diagnóstico que conlleva a su vez una falta de información que de no haber sido errónea, él no hubiera nacido”. Para que prospere cualquier petición indemnizatoria es presupuesto esencial y ineludible la existencia de un daño cierto que la sustente. Los casos

66 STS 6 marzo 2018, (VLEX 706336017) es un ejemplo de cómo proceden los Tribunales en estos casos, aplicando las reglas generales y exigiendo la prueba de la culpa del profesional para que proceda la indemnización: “En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad (sentencias 679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo; 33/2015, de 18 de febrero). Y si la exploración fue correcta, en los términos que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda. En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (sentencias 508/2008, 10 de junio; 778/2009, de 20 de noviembre 2009; 475/2013, de 3 de julio, entre otras)”.

67 En palabras de SORIA PÉREZ, E.M.: “La acción *wrongful birth* dentro de la responsabilidad civil”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2016, núm. 59, pp. 27 y ss., concretamente la cita es a la p. 28.

que pudieran subsumirse en el concepto enunciado, y dado que el reclamante es el nacido, el daño indemnizable lo constituye la propia vida, entendida esta como un perjuicio frente a la no-vida, como estado ideal para el sujeto actor. Por varios motivos⁶⁸, tanto en los Estados Unidos (lugar donde se ha cristalizado la terminología), como en Europa y, por supuesto, en España, estas demandas no prosperan.

Finalmente, el hecho de que la LTRA haya contemplado, expresamente⁶⁹, la posibilidad de seleccionar preembriones e implantarlos con fines terapéuticos para terceros⁷⁰, con independencia de su valoración⁷¹, excluye la consideración de daño indemnizable el que pudiera sufrir el niño nacido como consecuencia del fin por el que fue engendrado (caso conocido como “bebé medicamento”). Siempre y cuando se adecúe el proceso a los requisitos y controles legalmente fijados en la norma⁷²; pues, de no ser así, la responsabilidad de los sujetos intervinientes y del centro es evidente y de carácter objetivo (y solidario siempre que concurren los presupuestos del art. 25 LTRA).

IV. REFLEXIÓN FINAL: LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE LOS HIJOS CONCEBIDOS POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SUS ORÍGENES: EL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA DE 15 DE ENERO 2020.

El reciente Informe del Comité de Bioética nos invita a plantearnos si ha llegado el momento de levantar el velo, y permitir a los menores (y mayores) concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida con material genético de donante, conocer quién o quiénes son los portadores de su carga genética. Y

68 Vid. el trabajo de ROMERO COLOMA, A.: Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica), *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722, pp. 2559 y ss., en orden a los motivos que justifican la improcedencia de las acciones indemnizatorias, así como las referencias a la jurisprudencia española y extranjera que lo confirman.

69 Dice la Exposición de Motivos: “El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo”

70 Art. 12. 2 “La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso”

71 El llamado “bebé medicamento” ha provocado abundantes discursos éticos y jurídicos sobre su oportunidad y su moralidad. Por ejemplo, GARCÍA MOYANO, L., PELLICER GARCÍA, B., BUIL TRICAS, B., JUAREZ VELA, R., GUERRERO PORTILLO, S. y ANTÓN SOLANAS, I.: “Análisis bioético de la generación de bebés medicamento”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 55 y ss. o el análisis constitucional que lleva a cabo PINTO PALACIOS, F.: “Nacidos para salvar: Un análisis constitucional del bebé medicamento”, *Revista de Derecho Político, UNED*, 2016, septiembre-diciembre, pp. 243 y ss.

72 “requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso”

con estas reflexiones poner el punto final a un discurso que ha pretendido ilustrar al lector sobre la débil posición del sujeto concebido por medio de estas técnicas, que demanda una especial protección que, en algunos casos no encuentra. Pues, el derecho a ser padres se impone al derecho a ser hijos, este último siempre supeditado al de sus progenitores. Quizás ha llegado el momento de debatir la reproducción asistida humana desde el otro polo de la relación; y, es posible, que, entonces seamos capaces de cuestionarnos algunas decisiones del legislador (como la inseminación de la mujer sola o el hijo super póstumo), cuya justificación solo reside en la voluntad de la mujer.

Ya hemos visto que la reproducción asistida humana acudiendo a material reproductor de tercero se sustenta, por razones obvias, en el anonimato del donante. En este sentido, el párrafo 5 del art. 5 LR⁷³ es claro y meridiano, admitiendo alguna excepción en circunstancias muy concretas y graves, de interpretación estricta. Esta opción del legislador convierte en no indemnizable el daño que pudiera sufrir el niño por habersele privado del derecho a conocer a sus progenitores.

Sin embargo, se observa una tendencia a cuestionar esta elección⁷⁴, por estimar que el derecho a conocer los orígenes es un derecho fundamental del que nadie debe verse privado en ningún contexto. La STC de Portugal 7 de mayo 2018⁷⁵ en cuya virtud se declara inconstitucional alguno de los preceptos que conformaban el régimen jurídico de la gestación subrogada, aborda como uno de las causas, el derecho del nacido a conocer sus orígenes impedido en la norma recurrida al consagrar el anonimato del donante. En este sentido, el Tribunal estima que es este un derecho que incide en la identidad personal y que, calibrado los factores que justifican su restricción (la paz familiar o el descenso del número de donantes) no son suficientes para limitarlo, por lo que declara inconstitucional los preceptos que lo establecen⁷⁶.

73 "5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes."

74 El anonimato del donante es una opción de nuestro legislador, no unánime en Derecho comparado, ni exenta de críticas en la doctrina cuestionando su constitucionalidad. Vid. sobre el particular, OLAYA GODOY, M.: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, cit. pp. 285-292.

75 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, Disponible en: <https://dre.pt/application/file/a/115227161>

76 Vid. LAZCOZ MORATINOS, G.: "Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués," *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2018, núm. 28, pp. 137 y ss. concretamente la cita es a la p. 149

Aunque en su día nuestro Tribunal Constitucional estimó que el anonimato del donante establecido en la LTRA 1988, en idénticos términos que la actual, no infringía derechos del menor constitucionalmente reconocidos en nuestra Carta Magna⁷⁷, es verdad que el escenario actual no es el mismo que el de hace veinte años, por lo que sus argumentos pueden ser puestos en entredicho⁷⁸, tal y como hace el Comité de Bioética en el Informe emitido sobre el particular en enero 2020. El Tribunal Constitucional de Portugal es un claro ejemplo de cambio en la tesis mantenida en orden al anonimato del donante al declarar inconstitucional el precepto de la Ley de gestación subrogada que así lo establecía, cambiando la doctrina que años antes había sostenido en un sentido contrario al fallar sobre la LTRA de dicho país.

En verdad, el derecho del ciudadano a conocer sus orígenes es un derecho que se va imponiendo al amparo del art. 10 de la Constitución integrado en el derecho a la identidad de la persona y su derecho al libre desarrollo de su

77 STC 17 de junio 1999, BOE núm. 162 de 8 de julio 1999.

78 “El último de los argumentos que integra este bloque impugnatorio es el referido a la pretendida incompatibilidad del art. 5.5 de la Ley: ‘La donación será anónima’, con lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución, a saber: ‘La ley posibilitará la investigación de la paternidad’. Sostienen los actores que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante la Ley oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo de este modo el mandato contenido en el citado art. 39.2 C.E. En efecto, la Constitución ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el art. 39.2 C.E., en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad. No es éste el caso de la previsión contenida en el art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución. Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5, de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, ‘en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto’. Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos. Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohesión la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orientadas —debe nuevamente recordarse— a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas, hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo.”

personalidad. Como un derecho propio del menor se encuentra reconocido en textos internacionales a los que España se ha adherido. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su art. 7.1 dice: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos." Y el 8: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad". Preceptos que reconocen el derecho a conocer los orígenes del menor, derecho que se impide en la reproducción asistida en España, de acuerdo con el dictado del art. 5.5. LTRA al que ya nos hemos referido.

Esta pujanza del derecho a conocer los orígenes, encuentra su plasmación más significativa en la importante reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio y la LO 8/2015, de 22 de julio ambas con idéntica denominación: de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En las citadas normas se consagra el derecho de los hijos adoptados a conocer sus orígenes biológicos, rompiendo, así, un tema tabú hace unos años. Efectivamente, al igual que el anonimato del donante se erigía como pilar sobre el que sustentar la reproducción asistida humana, de igual manera se entendía en orden a la adopción. Que existe un nuevo concepto de las relaciones familiares, es más que evidente. Y que, dentro de ellas, no se considera un obstáculo el hecho de que los padres adoptivos deban silenciar su identidad como fórmula para facilitar las adopciones. Incluso, se ha trasplantado a nuestro país la llamada "adopción abierta", en la que no se rompen los vínculos entre el menor y su familia biológica, un modelo importado de los Estados Unidos donde goza de gran predicamento.

En paralelo a esta nueva manera de entender las relaciones familiares, el niño, como sujeto de derechos, cobra protagonismo, ya como individuo libre y dotado de autonomía, en franco abandono de posturas paternalistas ya superadas. El menor no debe engañado, como modo de protección, sino que es una persona activa, titular de derechos, entre ellos el de conocer sus orígenes.

Este caldo de cultivo es propicio para replantearnos, como hace el Comité de Bioética, la constitucionalidad del art. 5.5 LTRA. Pues ya no existen excusas para privar a un sujeto, el menor, de un derecho fundamental, haciendo prevalecer la intimidad del donante frente al derecho a conocer sus orígenes. Y tras este debate, que parece resuelto (al menos, desde el punto de vista teórico), habrá otros. Vaticino cambios en la actual regulación, porque, como indiqué al inicio de estas reflexiones, a la hora de legislar sobre esta delicada materia es preciso ponderar con mesura el derecho a ser padres con el derecho a ser hijos.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003.

ALKORTA IDIAKEZ, I.: "La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, núm. 2179, pp. 65 y ss.

ASUA GONZÁLEZ, C.: "Responsabilidad civil derivada del uso de técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. DÍAZ MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid 2006, pp. 103 y ss.

ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista española de drogodependencia*, 2008, núm. 31, pp. 94 y ss.

AA.VV.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (coord. por A. DÍAZ MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid 2006.

AA.VV.: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (coord. por J.J. INIESTA DELGADO y J.A. COBACHO GÓMEZ) Cizur Menor -Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

BUSTOS PUECHE J.E.: *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995.

CONTE, G. y LANDINI, S.: *Principi, Regole, Interpretazione. Contrati e obbligazioni, famiglie e successioni*, t. I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: Editorial publicada en la *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, núm. 25.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. IV, núm. 1, pp. 301 y ss.

DIEZ SOTO, M.: "Comentario al art. 5 LTRA", en AA.VV.: *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción asistida humana* (coord. por F. LLEDO YAGÜE y C. OCHOA MARIETA), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 89 y ss.

FARNÓS AMORÓS E.: *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

FARNÓS AMORÓS E.: "La reproducción asistida ante el TEDH: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 93 y ss.

FEMENÍA LÓPEZ, P.: "Nuevos perfiles jurídico del acto médico: responsabilidad derivada del screening genético", *Revista Derecho y Genoma Humano*, 2017, núm. 46, pp. 143 y ss.

FUGARDO ESTIVILL, J.M^a: *Procreación humana y acciones de responsabilidad*, Bosch, Barcelona, 2018.

GARCÍA MOYANO, L., PELLICER GARCÍA, B., BUIL TRICAS, B., y JUAREZ VELA, R./ GUERRERO PORTILLO, S. y ANTÓN SOLANAS, I.: "Análisis bioético de la generación de bebés medicamento", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 36, pp. 55 y ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.

LAZCOZ MORATINOS, G.: "Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués," *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2018, núm. 28, pp. 137 y ss.

LAMM, E.: "La custodia de embriones en la jurisprudencia del TEDH. A propósito del caso Evans contra Reino Unido", pp. 195 y ss.

LÓPEZ MORATALLA, N., HUERTA ZEPEDA, A. y BUENO LÓPEZ, D.: "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación artificial. La punta del iceberg", *Cuadernos de Bioética*, 2012, núm. 2, pp. 477 y ss.

MACÍA MORILLO, A.: "El problema de la responsabilidad por falsos positivos en el diagnóstico genético preimplantacional", *Revista Derecho y Genoma Humano*, 2018, núm. 49, pp. 101 y ss.

MORO ALMARAZ, M.J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"*, Bosch, Barcelona, 1988.

OLAYA GODOY, M.: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Dykinson, Madrid, 2014.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, 1988, núm. 5, pp. 19 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del S.XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida" en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, 1989, pp. 641 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, A.: "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, pp. 129 y ss.

PINTO PALACIOS, F.: "Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del bebé medicamento", *Revista de Derecho Político, UNED*, 2016, septiembre-diciembre, pp. 243 y ss.

ROMERO COLOMA, A.: "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 722, pp. 2559 y ss.

SANTOS MORÓN, M.J.: "La responsabilidad médica (en particular en la medicina "voluntaria"): Una relectura desde el punto de vista contractual", *InDret*, 2018, núm. 1, pp. 1 y ss.

SEUBA TORREBLANCA, J., RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, Á.: "Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades", *InDret*, 2002, núm. 3, pp. 1 y ss.

SORIA PÉREZ, E.M.: "La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil", *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2016, núm. 59, pp. 27 y ss.

TRIGO GARCÍA, B.: "La obligación de información de los profesionales médico-sanitarios y la responsabilidad por eventos adversos", *Derecho y salud*, 2013, vol. 23, núm. Extra 1, pp. 169 y ss.

VIDAL MARTÍNEZ J.: *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Cívitas, Valencia, 1988.

