

DOS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Catedrático de Direito Civil da Universidade de Valencia

1. Consideraciones preliminares

En el elenco de los numerosos casos relativos a la responsabilidad civil médica existentes en la jurisprudencia española, son pocos los que tienen lugar en el ámbito de la reproducción asistida, la cual se lleva a cabo en España, con arreglo a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que deroga la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que había sido parcialmente modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

Existen, sin embargo, dos casos realmente curiosos¹, cuyo detenido estudio merece la pena, por abordar cuestiones de gran interés, tanto en el ámbito de la protección de los derechos de la personalidad, en general, como en el de la responsabilidad civil, en particular.

Se trata, de un lado, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 16 de mayo de 2016², que suscita reflexiones sobre el cada vez más reclamado “derecho a la identidad”³, en su concreta vertiente del derecho al conocimiento de los propios orígenes biológicos; y de otro, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de marzo de 2016⁴, que plantea el siempre delicado problema de la indemnización de los daños derivados del nacimiento del ser humano.

55

¹ Los fallos son examinados con detenimiento por L. DE LAS HERAS VIVES, “Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, pp. 310-329.

² SAP Las Palmas 16 mayo 2016, *JUR*, 2016, núm. 159212.

³ V. a este respecto L. SALES PALLARÉS, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, febrero 2018, pp. 108-123.

⁴ SAP Valencia 30 marzo 2016, *JUR*, 2016, núm. 159110.

2. Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la identidad de los hijos

El primero de los casos, el resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 16 de mayo de 2016, entraña una paradoja, porque condena a la clínica demandada por vulneración de un derecho, el de la persona a conocer sus propios orígenes biológicos, que, no obstante, el legislador español no reconoce, al menos, en el ámbito de la filiación derivada de la reproducción asistida, donde se establece el principio del anonimato del donante de gametos.

2.1. El principio del anonimato del donante

En la legislación española la posibilidad de que el hijo concebido *in vitro* desconozca sus orígenes biológicos viene motivada por dos factores.

Por un lado, por la amplitud con la que regula la posibilidad de acceso de la mujer a las técnicas de la reproducción asistida, desde la consideración de que las mismas no son, exclusivamente, una solución a los problemas de infertilidad de una pareja, sino también un modo de procreación alternativo al natural, que se encuentra a disposición de la mujer, por lo que la usuaria no tiene por qué estar casada, ni unida de hecho a un varón⁵.

Por otro lado, porque, estando la mujer casada o unida de hecho, se permite la fecundación heteróloga con gametos de tercero, en cuyo caso, determinada legalmente la filiación respecto del otro cónyuge o conviviente de hecho, aunque el hijo tendrá dos progenitores legales, sin embargo, no podrá conocer sus propios orígenes biológicos.

Son, así, posibles cuatro situaciones en las que el hijo no conocerá sus orígenes biológicos.

a) Si la mujer está casada con un varón, cuando éste (tal y como exige el art. 6.3 de la Ley 14/2016) haya prestado “su consentimiento formal, previo y expreso” a que aquella sea fecundada con gametos propios o de tercero anónimo, ni él, ni su mujer, “podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”

⁵ A tenor del art. 6.1 de la Ley 14/2006, “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”. No obstante, por aplicación del art. 3.1 de la Ley, podrá negarse el uso de estas técnicas, cuando dadas las circunstancias, p. ej., la avanzada edad de la solicitante o su precario estado de salud, “no haya posibilidades razonables de éxito” o exista “un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia”.

(art. 8.1)⁶. Por lo tanto, en el caso de fecundación heteróloga, no se podrá discutir la paternidad del marido, a pesar de existir una disociación entre la verdad legal y la biológica, ni conocer esta última.

b) Si la usuaria está casada con otra mujer, no se exige que ésta consienta previamente que aquélla acuda a las técnicas de reproducción asistida, lo que se explica porque en este supuesto no juega el art. 116 CC, por lo que el hijo que nazca, en ningún caso, se presumirá matrimonial. No obstante, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 (introducido por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 5 de marzo) prevé que, si no está separada (legalmente o de hecho) pueda, “manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”⁷. La razón de ser de la norma es clara: posibilitar que el hijo

⁶ Este precepto no crea un nuevo título constitutivo de la filiación matrimonial distinto de la generación, y tampoco establece un nuevo título de determinación de la misma, que sigue siendo la presunción de paternidad del art. 116 CC: se limita a establecer una causa de exclusión de impugnación, basada en la voluntad de ambos cónyuges de atribuir al hijo que nazca la filiación del marido, con independencia de quien sea su padre biológico. Por ello, la falta de este consentimiento previo no impide la inscripción de la filiación paterna en favor del marido, conforme al art. 44, 4, III, a) de la Ley del Registro Civil de 2011 (acreditado el matrimonio de los progenitores y la procedencia de la presunción de paternidad del marido), sino que lo que sucede es que se excluye la aplicación del art. 8.1 de la Ley 14/2006, por lo que la filiación podrá ser impugnada, por no corresponderse con la verdad biológica.

⁷ Existe una controversia, consistente en determinar si, además de manifestar dicho consentimiento, deberá acreditarse que el hijo que se desea inscribir ha sido concebido mediante las técnicas de reproducción asistida.

No lo ha considerado necesario una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de febrero de 2017, con el argumento de que del actual tenor del art. 7.3 de la Ley 14/2006 (coincidente con el del art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, redactado también por la Ley 19/2015), “cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida”

Esta posición no me convence: no existiendo una presunción de maternidad de la mujer de la usuaria semejante a la que el art. 166 CC establece respecto del marido, parece mucho más razonable exigir la prueba de que la gestación del niño ha tenido lugar mediante dichas técnicas.

Podría argumentarse que el art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 permite que, aun faltando la presunción de paternidad del marido, se haga constar la filiación paterna con el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, este precepto debe ponerse en relación con el art. 118 CC, de modo que su concreta finalidad es permitir inscribir la filiación matrimonial de los hijos nacidos, constante el matrimonio, cuando falte la presunción de paternidad, “por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Estamos, pues, ante una declaración de voluntad semejante al reconocimiento de una filiación matrimonial, que, dado el carácter heterosexual del matrimonio, es plausible y que, además, si resulta no ser cierta, podrá ser impugnada conforme a los arts. 136 y 137 CC (el título constitutivo es la generación). Por el contrario, en el caso de dos mujeres casadas, desde un punto de vista biológico, la filiación que se pretende inscribir es claramente, inverosímil, por lo que la única manera cabal de explicarla es acreditar la práctica de la reproducción asistida. En realidad, no parece aventurado afirmar que el consentimiento de la cónyuge de la usuaria es un título constitutivo de una filiación distinto de la generación, que no se basa en la verdad

tenga legalmente dos progenitores, uno de los cuales, por definición, no lo será biológicamente.

c) Si la usuaria no está casada, sino unida de hecho con un varón, no necesita el consentimiento de éste para ser fecundada con los gametos de un tercero o para que se implante un embrión no creado a partir de su material reproductor, sin perjuicio de que, no obstante, pueda darlo con carácter voluntario. Sin embargo, el art. 8.2 de la Ley 14/2006 considera que el documento en el que se recoja dicho consentimiento, si es prestado con anterioridad a la utilización de las técnicas de reproducción asistida ante el centro en las que se realicen, será considerado como un escrito indubitado a los efectos de iniciar el expediente gubernativo del art. 44. 7º, II de la Ley del Registro Civil de 2011, para la inscripción de la filiación no matrimonial respecto del conviviente⁸

biológica, sino en la voluntad de aquélla de querer asumir la maternidad del hijo concebido por su cónyuge a través de las técnicas de reproducción asistida; y, de ahí, que no sea susceptible de impugnación una vez establecida (ello, sin perjuicio de que pudiera impugnarse el consentimiento para la inscripción, si éste no hubiera sido prestado libremente, de la misma manera que cabe impugnar el reconocimiento ex art. 141 CC).

Además, hay que tener en cuenta que la solución que propugna la Dirección General de los Registros y del Notariado fomentará, sin duda, el uso de técnicas de reproducción asistida distintas de las previstas por la Ley; y, más concretamente, las auto-inseminaciones artificiales con gametos de varones anónimos comprados a distancia a bajo precio en países extranjeros.

De hecho, la SAP Valencia (Sección 10ª) 27 noviembre 2017, rec. núm. 815/2017, ha contemplado ya un supuesto de una inseminación artificial doméstica, precedida de un documento en el que el varón donante de semen renunciaba a todo “derecho de paternidad que pudiese tener sobre la menor que naciera de dicha inseminación”. Nació una niña, que fue inscrita como hija matrimonial de dos mujeres, casadas entre sí. Sin embargo, posteriormente, el donante se “arrepintió” de lo que había firmado y ejercitó una demanda de reclamación de paternidad, que fue estimada en primera instancia, sin que prosperara el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, quienes pretendían que se aplicara analógicamente el art. 7.3 de la Ley 14/2006, con el fin de que no pudiera impugnarse la maternidad del cónyuge de la usuaria.

La Audiencia, con buen criterio, rechazó la aplicación analógica del precepto, afirmando que, más que “ante un supuesto análogo al previsto por la ley, ante lo que nos encontramos es una infracción o soslayamiento de la propia norma”, que debe llevar a la declaración de la paternidad extramatrimonial del actor, “con respeto a la verdad biológica, conforme al artículo 39-2 de la Constitución Española”. También, muy certeramente, negó valor contractual al documento firmado por el donante, al no ser conforme al art. 1255 CC, considerándolo contrario “al interés y al orden público, pues la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de ese interés, así como la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos legales”. Consideró, en fin, que la decisión judicial que reconocía la paternidad del demandante no era contraria al interés de la menor, porque no implicaba ningún perjuicio para ella, “más allá de la reorganización del grupo familiar como consecuencia de la declaración relativa a la filiación, que en sí mismo no aparece como negativa para los intereses de la hija, máxime cuando se trata de una niña de muy corta edad, abierta por lo tanto a la fijación y consolidación de nuevos vínculos familiares”.

⁸ En mi opinión, el consentimiento del varón conviviente no es un título de determinación de la filiación no matrimonial (no parece que formalmente pueda ser calificado como un reconocimiento de un hijo que ni siquiera ha sido todavía concebido), como tampoco lo es el del marido respecto de la filiación matrimonial, por lo que la inscripción de la filiación paterna del conviviente sólo será posible en virtud de expediente

d) Por último, la Ley 14/2006 no contempla el supuesto de que la mujer que conviva de hecho con la usuaria hubiera consentido previamente que ésta se sometiera a las técnicas de reproducción asistida: no contiene una previsión semejante a la recogida en el art. 8.2 respecto del conviviente varón, lo que parece ser una opción consciente del legislador. No obstante, la jurisprudencia ha admitido que dicho consentimiento pueda ser considerado como un indicio de posesión de estado, en orden a la reclamación de la maternidad, *ex art.* 131 CC. También en el caso de que la conviviente de hecho sea considerada madre legalmente, es evidente que habrá disociación entre la verdad legal y la biológica⁹.

gubernativo o de reconocimiento, así como en virtud del nuevo modo de determinación previsto por el art. 120.1º CC, que tras la reforma llevada a cabo por la disposición final 2ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, se refiere a la “declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil”.

A mi parecer, el consentimiento para la fecundación homóloga o heteróloga de la usuaria (o para que le sea implantado un embrión de un tercero) dado en las condiciones previstas en el art. 8.2 de la Ley 14/2006, impedirá la impugnación de la filiación determinada, que no podrá ser atacada con el argumento de que no se corresponde con la verdad biológica. Es cierto que en este caso no existe una previsión semejante a la establecida el art. 8.1 de la Ley respecto de la filiación matrimonial, pero entiendo que se puede pensar en una aplicación analógica del precepto, basándose en la buena fe y en la doctrina de los actos propios.

No creo que esta tesis sea incoherente con la posición actual de la jurisprudencia, que, como es sabido, admite la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimientos de complacencia, cuando la filiación reconocida no se corresponda con la verdad biológica, pues, como ya he dicho, el consentimiento para la fecundación no es un reconocimiento, el cual tiene lugar (en la forma establecida en el art. 120.2º CC) respecto de un hijo ya nacido (o al menos concebido), sino una manifestación de voluntad del varón no casado (plasmado en un documento privado firmado en la clínica), que implícitamente comporta un acto de responsabilidad, consistente en asumir como propio el posible hijo que se conciba (aunque biológicamente no lo sea) en el marco de una decisión compartida respecto a la consecución de un proyecto familiar común. En este caso, la usuaria no quiere acudir, sin más, a las técnicas de reproducción asistida, sino que quiere hacerlo para concebir un hijo que legalmente sea considerado como de su conviviente: de ahí que, ni uno, ni otro, puedan impugnar la filiación paterna, una vez establecida.

⁹ La STS 5 diciembre 2013, RAJ, 2013, núm. 7566 (también en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, pp. 400-419, con nota de J. ALVENTOSA DEL RÍO, “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de Estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad”), ha confirmado una sentencia que había admitido la reclamación de filiación por posesión de estado presentada por la excónyuge de la madre (contra la oposición de ésta), entendiéndolo que el consentimiento prestado a la inseminación artificial por las entonces convivientes (antes de casarse) era “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”. En cualquier caso, la sentencia recurrida había afirmado que la posesión de estado se deducía también de las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la demandante para mantener contacto con las menores (había pedido el establecimiento de un régimen de vistas a su favor y había iniciado un procedimiento de adopción). Había valorado también declaraciones testimoniales en las que se afirmaba que durante un año la demandante había compartido su vida con las menores “en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas”.

Según la legislación española, “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes” (art. 5.5.I), si bien los hijos nacidos mediante el uso de estas técnicas, así como también las usuarias de las mismas, tendrán derecho “a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”, lo que se explica por motivos terapéuticos (art. 5.5.II).

“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” (art. 5.5.III); como tampoco, aunque no se diga expresamente, la creación de una relación paterno-filial entre el hijo y el donante¹⁰.

Posteriormente, la STS (Pleno) 15 enero 2014, RAJ, 2014, núm. 1265, ha confirmado la posibilidad de que pueda prosperar la acción de reclamación de la maternidad del hijo concebido con el consentimiento de la conviviente de la usuaria, basada en la posesión de estado. Dice, así, que “los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”. Más adelante, añade: “En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada”.

No comparto esta posición jurisprudencial que, a mi parecer, desnaturaliza la figura de la posesión de estado, que es una situación de hecho, dada la cual es posible presumir que quien es tratado como hijo realmente lo es; y, de ahí que el art. 113 CC le atribuya el carácter de título de determinación subsidiario de una filiación que se considera probable. Por ello, por definición, no existe posesión de estado (en el sentido del art. 113 CC), cuando, como sucede en el caso de uniones del mismo sexo, la filiación que se reclama es claramente contradicha por la verdad biológica, la cual permite establecer, con absoluta certeza, que quien pretende ser progenitor, claramente, no lo es.

Cabe hacer una reflexión la Ley 14/2006, al menos, en su redacción originaria, parte de la idea de que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es una especie *sui generis* de filiación por naturaleza, pero lo cierto es que esta premisa (ya rota por el art. 7.3 de la misma) nos lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a ella para dar solución a problemas que sólo se plantean cuando la generación tiene lugar de modo artificial. Me pregunto si no sería más práctico reconocer un nuevo tipo de filiación, distinta de la natural, cuyo título constitutivo fuese la mera voluntad de procrear, expresada en la forma legalmente prevista.

¹⁰ Sí que lo dice expresamente el art. 223-1 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante PCC, utilizándose siempre la tercera versión de borrador de mayo de 2017), que, en su núm. 4, dispone que “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda legalmente no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”. No obstante, prevé

2.2. Revisión crítica del principio

La jurisprudencia constitucional, en un conocido fallo, ha considerado que el carácter anónimo de la donación no es contrario al principio de libre investigación de la paternidad, que consagra el art. 39 CE¹¹.

Dice, así, que “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”.

Añade 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, integrantes de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la relevación 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 donación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concepto y limitado, alcance en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución”.

Por último, el Tribunal Constitucional se refiere a la necesidad de asegurar el derecho a la intimidad del donante, a fin de “favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial” y a que, en caso de no existir el anonimato, “puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético para llevarlas a cabo”.

En mi opinión, el alcance que el Tribunal Constitucional atribuye a la acción de investigación de la paternidad es excesivamente restringido, al considerarla, exclusivamente, como un medio para determinar la relación paterno-filial, ignorando la extraordinaria importancia que el conocimiento de los orígenes biológicos de una persona puede tener en orden a la determinación de su identidad como ser humano individual; y

la novedad de que la filiación pueda “quedar determinada con consentimiento del hijo o de su representante legal, y del donante”.

¹¹ STC 116/1999, de 17 de junio, *Tol* núm. 13003. Véase sobre ella el análisis crítico que lleva a cabo J. VIDAL MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999, resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12/2000, pp. 113-137.

parece conciliarse mal con el tenor del artículo 7 del Convenio internacional relativo a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, conforme al cual aquél, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres.

Consagra, además, una solución que parece discordante con el vigente art. 180.6 CC (su redacción actual se debe a la Ley 19/2015, de 13 de julio), según el cual “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”¹².

Me parece, en definitiva, que los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de

¹² El derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado fue reconocido por la Disposición Final Primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional, que lo introdujo, añadiendo un nuevo número, el 5º, en el art. 180 CC, que, tras la reforma de 2015, trata de otra cuestión. Observa A. LÓPEZ AZCONA, *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2185, 2016, p. 71, que en su nueva redacción el art. 180.6 CC habla de *representantes legales*, expresión ésta más amplia que la de *padres* usada por el precepto con anterioridad, la cual comprende, no sólo a los adoptantes, sino también al defensor judicial (de haber sido nombrado) y al tutor, en el caso de que los padres adoptivos hubieran fallecido o hubiesen sido privados de la patria potestad.

Con anterioridad a la reforma de 2007, aun faltando un reconocimiento legal expreso en el Código civil, un sector de la doctrina científica defendió la existencia en el ordenamiento jurídico español de un derecho de la personalidad del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, con fundamento en diversos preceptos constitucionales (fundamentalmente, el art. 10.1 CE, que consagra el libre desarrollo de la personalidad) y en el art. 7.1. del Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que reconoce el derecho aquél, *en la medida de lo posible*, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Véase, así, en este sentido, con profusión de argumentos, L. GARCÍA VILLALUENGA y M^a LINACERO DE LA FUENTE, *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Madrid, 2006, pp. 69 y ss.

Téngase en cuenta, no obstante, que el derecho del adoptado a conocer los propios orígenes biológicos ya era sancionado en el ámbito del Derecho autonómico por el art. 28 de la Ley 37/1991 de Cataluña y posteriormente por el art. 129.1 de la también derogada Ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, que se lo reconocía a partir de la mayoría de edad o emancipación, sin que su ejercicio comportara modificación alguna de la filiación adoptiva; y, así mismo, en su número 2, contemplaba el derecho del adoptado a solicitar “en interés de su salud”, los datos biogenéticos de sus progenitores biológicos, solicitud ésta, que durante su minoría de edad, podían hacer los adoptantes. En el mismo sentido se pronuncia actualmente, el vigente art. 235-49 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que, además, en su número 4, dispone que, si el adoptado pidiera a las Administraciones Públicas los datos que tuviesen sobre su filiación biológica, deberán suministrárselos, para lo que habrá de iniciarse un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en cuyo marco tanto el adoptado como sus padres biológicos deberán ser informados “de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro”.

edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que, ciertamente, acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría, tan sólo, de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia identidad, como son sus orígenes biológicos¹³.

2.3. La paradoja del resarcimiento

A la vista de la posición adoptada por la legislación española, hay que reiterar la paradoja del resultado al que llega la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 16 de mayo de 2016, admitiendo una reparación de daños, por vulneración de un derecho que la ley no reconoce: el de conocer los propios orígenes biológicos del hijo concebido *in vitro*.

El supuesto de hecho es el siguiente: una pareja de hecho había acudido a la reproducción asistida homóloga, naciendo dos gemelos, que, sin embargo, no resultaron ser hijos biológicos del conviviente, sino de un tercero anónimo.

La sentencia condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).

El fallo tiene gran importancia, porque reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos.

Habla, así, de un “daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante

¹³ F. BLASCO DE PAULA, “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, fasc. 2º p. 709, al examinar la constitucionalidad del anonimato del donante adopta una postura equilibrada que me convence. Observa el autor que no hay reparos constitucionales a establecer el principio de anonimato del donante, pero siempre que dicho anonimato ceda en favor del hijo que desee conocer, no sólo su origen genético, sino también la identidad de su progenitor biológico. Más radical es la posición mantenida por F. PANTALEÓN PRIETO, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 31-33, que se inclina de manera tajante por la inconstitucionalidad del principio del anonimato del donante, con apoyo, no sólo en el art. 39.2 de la Constitución, sino también en otros preceptos del texto constitucional: art. 10 (dignidad), art. 14 (igualdad) y art. 15 (integridad física y moral).

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. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. 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”¹⁴.

3. Responsabilidad por nacimiento con enfermedades con origen en el patrimonio genético del donante

El otro caso que suscita interés es el resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de marzo de 2016, que, según he dicho, se pone en relación con el problema general de la reparación de los daños derivados del nacimiento, en cuyo ámbito hay que encuadrarla.

¹⁴ El art. 223-2 PCC, contempla en su núm. 3, el “caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga”, previendo que, en este caso, “queda determinada la maternidad de la madre gestante”, solución ésta, que se corresponde con la legislación vigente (determinación legal de la maternidad por el parto), introduciendo, sin embargo, la siguiente novedad: si la madre gestante “pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento”.

El caso de intercambio de embriones se ha planteado en la jurisprudencia de instancia italiana y ha sido decidido por la Ordenanza del Tribunal de Roma 20 agosto 2014, *dir. fam. per.*, 2015, pp. 184 y ss., con una interesante y sugerente nota de M. BIANCA, “Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni”, que se refiere al mismo como un supuesto de maternidad subrogada “por error”, que evoca el conflicto que se produce entre la madre genética y la gestante.

En el caso juzgado sólo nacieron los hijos procedentes de los embriones implantados en una de las parejas que habían acudido a la reproducción asistida (los otros embriones no llegaron a buen término). Discutida la filiación de los gemelos, el Tribunal consideró progenitores legales a la madre gestante y al marido de ésta (no a los padres biológicos), argumentando que la vida se forma y se desarrolla en el útero materno con la creación de un vínculo simbiótico entre la madre y el concebido. Resalta que en el caso litigioso los gemelos, con toda probabilidad, habían instaurado, desde sus primeros días de vida, una significativa relación afectiva con ambos progenitores, encontrándose ya insertos en “su” familia. Observa, por último, que los padres biológicos pueden encontrar tutela, exclusivamente, en vía resarcitoria (que no se plantea en el litigio).

3.1. Los daños derivados del nacimiento del ser humano en la procreación natural

Actualmente, uno de los supuestos más controvertidos en el ámbito de la protección del concebido es el que tiene lugar, cuando el médico omite o cumple incorrectamente el deber de informar a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves, que, de haber sido conocidas por aquélla, le habrían facultado para interrumpir su embarazo, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto en el art. 15.b de la LO n. 2 de 3 de marzo del 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (antiguo art. 417 bis del Código Penal de 1973)¹⁵.

Al contemplar el supuesto descrito, se plantean dos cuestiones distintas:

A) de un lado, la posibilidad de que el niño nacido con deficiencias, que el médico que atendió a su madre no detectó, pueda ejercitar contra él una acción de resarcimiento, por negligencia en el ejercicio de su profesión, reclamando la reparación del “daño” consistente en haber nacido.

B) de otro lado, la posibilidad de que la madre pueda dirigirse contra el médico, que, al no haber cumplido correctamente su deber de información, le privó, en su momento, de la facultad legal de abortar, dando lugar al nacimiento de un niño con hándicaps.

65

3.1.1. Responsabilidad civil médica respecto del niño nacido con deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal.

La primera de las cuestiones no se planteado en la jurisprudencia española, pero existe una práctica unanimidad de que no es posible en la reparación del daño, tesis ésta aceptada por alguna sentencia en declaraciones *obiter dicta*¹⁶ y a la que me adhiero; y ello, por tres razones.

En primer lugar, porque falta la relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los profesionales de la medicina y la deficiencia con la que nace el niño

¹⁵ Por cuanto respecta a esta materia véase en la doctrina científica española J.R. DE VERDA Y BEAMONTE y P. CHAPARRO MATAMOROS, “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en AA.VV., *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 23-50; como también A. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de ‘wrongful birth y wrongful life’)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; y J. VIDAL MARTÍNEZ, “Consejo Genético en diagnóstico antenatal”, en AA.VV., *Hacia una nueva Medicina: consejo genético* (coord. C. M^º ROMEO CASABONA), Comares, Granada, 2014, pp. 119-125.

¹⁶ Cfr. STS 4 febrero 1999, RAJ, 1999, núm. 748; STS 19 junio 2007, RAJ, 2007, núm. 5572; y STS 15 septiembre 2015, Tol núm. 5439307.

(por ejemplo, síndrome de Down), la cual no se debe a la falta de detección (y, en consecuencia, de la falta de información) de la misma, sino que encuentra su causa en el propio patrimonio genético de la persona¹⁷.

En segundo lugar, en mi opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia; desde el punto de vista jurídico, merece siempre una valoración positiva y ha de ser tutelada por el Estado, lo que es predicable de todos los seres humanos, cuya dignidad es idéntica, cualquiera que sea su calidad de vida y por muy graves que sean las deficiencias que sufra: desde la óptica constitucional, no hay vidas que no merezcan ser vividas, por ello, ninguna persona puede invocar un interés, digno de protección, a no haber nacido; de hecho, la causa por la que se permite abortar a la madre, en el caso de que el feto nazca con graves deficiencias, no reside en una valoración jurídica negativa de la vida del deficiente, sino en la consideración de que no es exigible a la madre soportar las cargas que para ella se derivan de tal supuesto¹⁸.

En tercer lugar, existe otro argumento que desaconseja la consideración del nacimiento de una persona con deficiencias no imputables a negligencia médica, cual es el riesgo de que se produjera una proliferación de demandas de responsabilidad civil en dos direcciones: de un lado, contra los profesionales de la medicina, habiéndose apuntado el riesgo de que aquéllos pudieran acabar obligados, no ya a desarrollar su actividad profesional con la diligencia propia de la *lex artis*, sino a conseguir que nazcan seres humanos sin deficiencias, asumiendo, así, una especie de obligación de resultado (nacimiento de personas con una calidad de vida óptima); por otro lado, si se considera que una persona con deficiencias tiene interés legítimo a no nacer y, en consecuencia, se le permite dirigirse contra el médico, que, al no cumplir correctamente su deber de información, no permitió a la madre interrumpir su embarazo, ¿quién dice que no pudiera acabar dirigiéndose también contra su propia madre, que, sabiendo que el hijo nacería con enfermedades, sin embargo, optó por no abortar?

¹⁷ Cfr. D. MAZEAUD, “Ad Cass. civ. 17 noviembre 2002, Ass. Plé.”, *Dalloz*, 2001, 4, pp. 333.

¹⁸ Cfr. L. NEYRET, “Handicaps congénitaux: tout risque d’action en responsabilité civile d’un enfant contre sa mère n’est pas écarté”, *Dalloz*, 2003, 26, p. 111.

3.1.2. Responsabilidad civil médica respecto de la madre por privación de la facultad de interrumpir el embarazo.

La segunda de las cuestiones sí ha sido abordada por la jurisprudencia española y respecto de ella han existido tres posiciones: la primera, la de no admitir el resarcimiento, por entender que faltaba la prueba del nexo de causalidad entre la falta de información y el daño, entendido éste como el nacimiento con *hándicaps*¹⁹; la segunda consiste en admitir la indemnización reclamada, entendiendo que el nacimiento de un niño con síndrome Down es un daño resarcible que sufren los padres, tanto patrimonial, como moral, centrado en el “impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas²⁰; la tercera es la de admitir el resarcimiento, pero centrando el daño en la privación de la facultad de la madre de optar por el aborto²¹.

Una vez constatada la falta de una doctrina jurisprudencial uniforme respecto de la segunda de las cuestiones examinadas, pasaremos a exponer algunas ideas, que, a mi juicio, debieran presidir la solución del problema analizado.

1º) Admitido que la negligencia del personal sanitario en el cumplimiento de su deber de información puede causar un daño susceptible de reparación, procede, ante todo, determinar en qué consiste éste. A mi parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la madre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo (*perte de chance*), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral. Pero, en cualquier caso, no es admisible que, con el pretexto de reparar dicho daño moral, de hecho, se acabe resarciendo a la madre, no ya por la

¹⁹ STS 4 febrero 1999, RAJ, 1999, núm. 748; en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 853-859, con nota de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO; y en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 10, 1999, pp. 117-155, con nota de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”; y STS 7 junio 2002, RAJ, 2002, núm. 5216; en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 857-865, con nota de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO; y pp. 1097-1121, con nota de M. MARTÍN CASALS y J. SOLÉ FELIU; también en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 17, 2002, pp. 179-202, con nota de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de ‘*wrongful birth*’. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”.

²⁰ STS 6 junio 1997, RAJ, 1997, núm. 4610; en *La Ley*, 1997, pp. 1699-1701, con nota de J. E. BUSTOS PECHÉ, “Un caso de voluntarismo legal: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”; y en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, 1997, pp. 1105-1116, con nota de M. UREÑA MARTÍNEZ; y STS 21 diciembre 2005, RAJ, 2005, núm. 10149.

²¹ STS 19 junio 2007, RAJ, 2007, núm. 5572; STS 23 noviembre 2007, RAJ, 2008, núm. 24; y STS 15 septiembre 2015, *Tol* núm. 5439307.

privación de la facultad de optar por el aborto, sino por el nacimiento del niño: el nacimiento de un ser humano, por muy graves que sean sus deficiencias, nunca puede constituir un daño resarcible; a ello se opone el principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona. Por ello, contra lo que admite alguna sentencia reciente²² no son susceptibles de indemnización los perjuicios, psíquicos (hipotético impacto emocional) o económicos, que pueda experimentar la mujer que da a luz un hijo enfermo, como son las mayores cargas que, en este caso, conlleva la maternidad.

2º) Para que los profesionales sanitarios respondan frente a la madre, es necesario que la pérdida de su facultad de abortar haya sido causada por no haberle informado aquéllos de las enfermedades con las que nacería el feto. Ahora bien, lógicamente, no se les puede sujetar a una especie de responsabilidad objetiva por la existencia en el recién nacido de cualquier tipo de enfermedad no detectada durante el embarazo, sino que, tan sólo, responden por aquéllas que hubieran podido ser diagnosticadas dentro de las 22 primeras semanas de gestación con los medios científicos y técnicos ordinarios, o, en su caso, con los medios extraordinarios previstos para embarazos de riesgo, si el de la madre era de este tipo (por ejemplo, prueba de amniocentesis, para detectar si el feto está afectado por el síndrome de “Down”, en el caso de mujeres mayores de 35 años). En definitiva, la responsabilidad civil surge, exclusivamente, cuando los profesionales sanitarios no han empleado la diligencia exigible (según la *lex artis* en el estado actual de la ciencia médica) en la detección y consiguiente comunicación de las enfermedades con las que pudiera nacer el niño.

3º) Para entender probada la existencia del nexo de causalidad, no hay por qué entrar en el examen de la delicada cuestión de si la madre hubiera, o no, interrumpido su embarazo de haber sabido las deficiencias con las que nacería el hijo. Dicho examen sólo sería necesario si se considerara que el daño resarcible es el nacimiento del niño, pero no, si como aquí se propone, se entiende que el único perjuicio susceptible de reparación es el de la privación de la facultad de abortar. Este daño moral de la madre se le produce siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, pues, de cuál hubiera sido su decisión (abortar, o no), de haberlas conocido. De lo contrario se llegaría al sinsentido de que sólo las madres que hubieran estado dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada, en definitiva, a atender las

²² Como la STS 15 septiembre 2015, *Tol* núm. 5439307, que habla del “dolor que sufren [como propio] como propio por el estado de su hijo”).

necesidades económicas del hijo deficiente, mientras que, en cambio, quedarían privadas de ella las que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, no obstante saber que darían a luz un niño enfermo. En realidad, cabe cuestionar si es función de la responsabilidad civil cubrir las especiales necesidades de atención que provocan las personas deficientes. Cree que la responsabilidad civil no es un medio de cobertura social universal frente a todos los riesgos de la vida.

En conclusión, la tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial que no le es propia. No cabe duda de que las personas desvalidas (todas ellas) deben ser atendidas. Pero, para ello, no debe recurrirse a una institución de Derecho privado, como es la responsabilidad civil, sino a la actuación de los poderes públicos, que han de desarrollar políticas sociales, basadas en la solidaridad, financiadas por todos los ciudadanos mediante sus impuestos²³.

3.2. Los daños derivados por la negligencia en la selección de gametos

Hay que plantearse hasta qué punto las consideraciones realizadas, pensadas para la reproducción asistida, son trasladables a la reproducción asistida, cuando nazca un niño con una enfermedad por negligencia de la Clínica en la selección de gametos.

El art. 5.6 de la Ley 14/2006 prevé que el estado psicofísico de los donantes ha de cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, “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,

²³ Esta es –recuérdese– la dirección marcada en Francia por el art. 1.I de la Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, el cual coloca a cargo de la solidaridad nacional las especiales necesidades de atención económica de las personas deficientes, excluyendo, expresamente, que los padres puedan dirigir demandas de responsabilidad civil por este concepto contra los profesionales sanitarios, que no hubieran diagnosticado dichas deficiencias durante el embarazo. Se trata de una consecuencia lógica derivada del principio, plasmado en el art. 1.II de la misma Ley, según la cual toda persona deficiente, cualquiera que sea la causa de su deficiencia, tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional. En España, realiza un papel similar la Ley n. 39 de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo objeto es, de conformidad con su artículo primero, “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”.

A mi parecer, las consideraciones hechas en torno a la posible responsabilidad civil médica respecto de la madre por privación de la facultad de interrumpir el embarazo son perfectamente trasladables al ámbito de la procreación asistida. La duda es si será extrapolable lo dicho en torno a la responsabilidad civil médica respecto del niño nacido con deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal.

En el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de marzo de 2016, un niño, fruto de una fecundación *in vitro* con óvulo de donante anónima y esperma del marido de la usuaria, nació con la enfermedad de la hemofilia, razón por la cual los padres interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios contra la clínica en la que se había practicado la reproducción asistida, reprochándole negligencia en la selección del óvulo de la donante.

La sentencia 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.

Sin embargo, estimó la demanda, al considerar que la información suministrada a los demandantes (en la cual se reproducía literalmente el tenor del art. 5.6 de la Ley, respecto al contenido que debe tener el protocolo obligatorio para asegurarse del correcto estado psicofísico del donante) era deficiente, entendiendo que, al no ser “expertas en medicina ni en su terminología”, no se les había transmitido “la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido” al óvulo seleccionado.

Dice, así que, “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”. Concretamente, condenó a la demandada a pagar en concepto de daños morales a cada progenitor 100.000 euros y 200.000 euros al niño nacido hemofílico.

La solución podría parecer extraña desde el momento en que se concede indemnización por daño moral (el patrimonial por el tratamiento de la hemofilia está cubierto por el sistema público de salud), no sólo a los padres, sino también al niño, lo

que contrasta con la posición que, a mi entender, debe mantenerse respecto de los supuestos en los que los niños nacidos naturalmente padecen enfermedades (por ejemplo, la hemofilia) no detectadas durante el período de embarazo de la madre (y, por lo tanto, no comunicadas a ella en orden a decidir la posible interrupción del mismo), pero que no tienen su origen en una negligencia médica, sino en el patrimonio genético de la madre portadora: en estos supuestos, el niño no puede nacer de otro modo, siendo su no nacimiento la única posibilidad de evitar el padecimiento de la enfermedad, por lo que no puede pretender ningún resarcimiento, si la madre decide no abortar.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el nacimiento del hijo enfermo sí es causado por una mala praxis médica, consistente en no haber informado adecuadamente a los cónyuges del riesgo que asumen al acudir a la reproducción asistida de que nazca un niño con una enfermedad no detectada en los análisis practicados a la donante, induciéndoles a pensar que el hijo artificialmente creado será sano, asumiendo implícitamente frente a ellos una especie de obligación de resultado.

No debe, además, olvidarse que, según consolidada jurisprudencia, en el ámbito de la medicina satisfactiva, debe extremarse el cumplimiento de los deberes de información al paciente, con mayor rigor que en la medicina curativa²⁴.

²⁴ Véase a este respecto J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato nella chirurgia estetica. La prospettiva del diritto spagnolo, Le Corti Umbre*, núm. 3, 2015, pp. 331 y ss. (en particular, pp. 348-350).