

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor*

Genetic identity, responsibility and moral damage and the best interest of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: En un tratamiento de fertilidad se comete el error médico de la fecundación de la paciente con espermatozoides no provenientes de su pareja sentimental con claro incumplimiento contractual de la clínica por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo al tratarse de una obligación de resultado. Otorgamiento de una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales en el caso de los hijos y de los daños morales irrogados a la madre.

ABSTRACT: *In a fertility treatment the medical error is made of the fertilization of the patient with sperm not coming from her sentimental partner with clear contractual breach of the clinic due to her negligent act in the control of identification and traceability of the reproductive material as it is an obligation of result. Granting compensation for material and moral damages in the case of children and moral damages inflicted on the mother.*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (DER 2016-75567-R), dirigido por María Encarnación AGUILERA MORALES y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Inseminación artificial. Incumplimiento contractual. Negligencia. Daños y perjuicios materiales. Daños morales. Interés superior del menor.

KEY WORDS: Artificial insemination. Contractual breach. Negligence. Material damages. Moral damages. Best interest of the child

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DAÑOS.—II. TRATAMIENTO DE FERTILIDAD, ERROR EN LA IMPLANTACIÓN DEL MATERIAL GENÉTICO Y DAÑOS CAUSADOS.—III. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES PRODUCIDOS EN LOS MENORES: 1. FALTA DE LAZOS PATERNOFAMILIALES. AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE LA VERACIDAD BIOLÓGICA. IMPOSIBILIDAD DE CONOCER SU IDENTIDAD GENÉTICA. 2. DERECHOS DE LOS MENORES AFECTADOS: EL PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA.—IV. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN LA MADRE: 1. EL DAÑO MORAL EN LA MADRE AFECTADA: DERECHO A SER INSEMINADA POR SU PAREJA Y NO POR UN TERCERO. 2. DERECHO A SU INTEGRIDAD Y A SU HONOR. 3. EL DESCONOCIMIENTO DEL VERDADERO PADRE DE SUS HIJOS. 4. MATERNIDAD EN SOLITARIO NO DESEADA. E. EL CARÁCTER DE LA AFECTADA: EL ARGUMENTO DE INEXISTENCIA DE DAÑO MORAL POR AUSENCIA DE DEPRESIÓN.—V. EFECTOS DEL ERROR CONTRACTUAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TJUE, TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DAÑOS

Bajo este título genérico queremos poner de relieve la multiplicidad de problemas que las nuevas realidades médico-tecnológicas están introduciendo en nuestra sociedad y consiguientemente los posibles daños que se derivan para la persona.

Últimamente ha sido una sentencia de la Audiencia Provincial la que recoge lo que se califica por la doctrina como de «casuismo relevante». Nos referimos al análisis contenido en la SAP de Las Palmas de 16 de mayo de 2017¹.

Nos encontramos ante un supuesto que fue calificado por el juzgador como de *incumplimiento contractual de la clínica por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo*. Con base en dicho incumplimiento contractual se otorga una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales en el caso de los hijos², otorgándose también una indemnización a la madre aunque únicamente relativa a los daños morales³.

Las novedades médica sanitarias y la cada vez más utilizada fecundación artificial, en todas sus técnicas, han originado la multiplicación de las clínicas de este tipo y de los resultados positivos obtenidos. Por otro lado al ser mayor la utilización de las técnicas se amplía el número de problemas que pueden originarse, máxime teniendo en cuenta que en la *esfera personal* los problemas se acrecientan e intensifican.

Las cuestiones sobre las que nos vamos a centrar son:

- determinar los bienes jurídicos dañados,
- valorar su gravedad,

- valorar sus consecuencias,
- y todo a fin de conocer si se obtiene la *reparación íntegra del daño*.

En todo caso consideramos que el tema es de gran interés y relevancia por cuanto no existen precedentes jurisprudenciales en donde se trate esta cuestión y que supone una alerta ante un nuevo tipo de problemas en el campo de los errores médicos, a los problemas de incumplimiento contractual de la clínica, a los problemas en la concreción de los daños morales y, por último, a los problemas de cuantificación de todos los daños producidos en el ámbito de la filiación donde debe tenerse en cuenta el interés superior del menor.

II. TRATAMIENTO DE FERTILIDAD, ERROR EN LA IMPLANTACIÓN DEL MATERIAL GENÉTICO Y DAÑOS CAUSADOS

El error originado en la clínica produce una alteración muy grave en todos los sujetos implicados. En la *madre* que conoce que el padre de sus hijos no es el que ella deseaba y que no lo descubre hasta que los niños no han nacido; en los *hijos* nacidos por inseminación artificial que carecen de padre (y no se encuentran ante un supuesto de filiación *post mortem*), desconocedores además de su padre verdadero; el de la pareja de la madre que además evade expresamente realizar funciones de padre y descubrir que no es realmente el progenitor. La alteración de la clínica produce unos efectos jurídicos en las relaciones familiares de sus «clientes» totalmente diferentes a los esperados cuando acudieron a la misma⁴. Efectos jurídicos que producen sentimientos encontrados y daños de todo tipo en la esfera familiar.

Al tratarse de un supuesto muy específico los perjudicados consideran que los daños (materiales y morales) no han sido valorados de forma razonable por el juzgador. Se incide expresamente en que no se han apreciado en su *justa medida ni los bienes jurídicos dañados ni la gravedad de los hechos, ni las circunstancias personales de los perjudicados*. Por eso se considera por los perjudicados que las indemnizaciones fijadas para la *reparación íntegra del daño* no cumplen realmente dicha función.

La cuestión principal tras la consideración de la existencia de los daños morales, se centra en la cuantificación de los mismos. Cuestión siempre interesante en este tipo de responsabilidades y ello por la dificultad en cuantificar los daños morales tanto de los menores como de la madre y si se produce algún daño en el supuesto del compañero sentimental.

Además para fijar el *quantum indemnizatorio* deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad del daño, los bienes jurídicos afectados, la gravedad de la culpa concurrente y las circunstancias personales de los perjudicados.

Resulta sabido que la reparación de los daños y perjuicios está presidida por el principio de *«restitutio in integrum»*, pero en el caso del daño moral se trata de compensar los *perjuicios ocasionados en los derechos de la personalidad afectados*. Por ello no cabe hablar de reparación sino de *indemnización compensatoria* destinada a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, el cual siempre es difícil de precisar.

El no tener padre conocido a los menores les afecta en diferentes ámbitos pues se produce una lesión a derechos inherentes a la personalidad, pues la filiación es

una institución rica y compleja, donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros. Tal vez el más importante resulte ser el derecho a conocer el propio origen biológico y consecuentemente su patrimonio genético. Derecho fundamental que se encuadra dentro del derecho a la dignidad de las personas y que afecta a la propia identidad de las mismas. Y el juzgador (*a quo*) concede básicamente un daño moral por la falta de lazos paternofiliales, justificando su cuantía en la aceptación social de las familias mono-parentales que no constituye un estigma o un descrédito para los niños (pero que como veremos la madre no ha buscado esta situación).

Por otro lado y de manera realista la *madre* descubre que tiene *unos hijos de padre desconocido que no era los que deseaba* y además, de este hecho tan lamentable y extraordinario se derivan otros efectos y consecuencias más complejas e importantes que veremos en otro apartado. Y el juzgador de instancia no objetiva un daño moral especialmente grave por haber sido sometida sin su consentimiento y con su desconocimiento a un procedimiento de fertilización con esperma de una persona cuya identidad es imposible de determinar. Simplemente se le concede una *indemnización y no una reparación proporcional de los derechos de la personalidad que le han sido lesionados, sino que parece más bien dirigida a reintegrar en su patrimonio el dinero abonado por la prestación del servicio al no haber quedado satisfecha con su resultado.*

III. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES PRODUCIDOS EN LOS MENORES

1. FALTA DE LAZOS PATERNOFILIALES. AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE LA VERACIDAD BIOLÓGICA. IMPOSIBILIDAD DE CONOCER SU IDENTIDAD GENÉTICA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado en numerosas sentencias la *dificultad probatoria* del daño moral, con cita de las STS de 19 de octubre de 1996⁵, 15 de junio de 2011 y 9 de mayo de 1984⁶, se hace mención a la operatividad de la doctrina de la *«re ipsa loquitur»*, así como de la valoración y fijación de la cuantía de la indemnización, que se debe asentar en la *equidad, el prudente arbitrio, y la razonabilidad*, así como por aproximación y la necesidad de *dar solución al conflicto, evitar la injusticia y cumplir el principio de «alterum non laedere» evitando la impunidad de tales conductas*.

El juez *a quo* valoró el daño moral de los menores en un importe que corresponde a la mitad de la indemnización por daño material, en tanto que el daño moral ocasionado a la madre que se valora en un 25% de la suma señalada para los menores, y la parte recurrente considera que dicha decisión carece de motivación y que las indemnizaciones reconocidas no son proporcionales a los efectos producidos por el actuar gravemente negligente de la demandada.

En el caso de los menores el juez *a quo* reconoce una indemnización como daño moral, concedida básicamente por la *falta de lazos paterno filiales*, justificando su cuantía en la aceptación de las familias mono-parentales que no constituye un estigma o un descrédito para los niños, más la retirada del afecto que los menores han sufrido por parte del que se suponía era el padre. A juicio de la parte recurrente la cifra acordada no repara íntegramente el daño moral que se ha ocasionado a los menores, pues a pesar de la normalidad social de las familias monoparentales, la situación sufrida por los menores y por la madre es absolutamente anormal, y los hechos van a ser tenidos por extraordinarios tanto

por los implicados como por las personas que se relacionen de forma personal con los menores.

La falta de relación paterno-filial implica un componente de enseñanzas, de exemplificación en todos los aspectos de la vida. No solo afecta a la carencia de los vínculos afectivos con el padre si no también con toda la familia de este. Elementos todos importantes en el desarrollo integral de los menores. Se rompe, a su vez, la red de soporte familiar importante. Ya no hay por ejemplo abuelos, tíos, primos que tengan derecho de relaciones personales con los menores. Todo ello integra el daño moral. En este aspecto nos encontramos en una situación muy parecida a la del reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial y su posterior impugnación⁷.

A ello hay que añadir una dimensión más grave y amplia que afecta a los derechos fundamentales, como es el principio de *veracidad biológica*.

La *imposibilidad de llegar a conocer su identidad genética* imposibilita la realización del principio de veracidad biológica y de ahí que se considere que la indemnización por daño moral a favor de los menores debe ascender hasta la suma de 72.000 euros para cada uno, dado que opera el límite de los 150.000 euros solicitados para cada menor en la demanda, habiéndose reconocido en la sentencia la suma de 78.000 euros a cada uno en concepto de daño material.

Realmente la cuantificación del daño tanto en primera como en la segunda instancia por el juzgador ha sido pequeña pues la Audiencia otorga a cada hijo 50.000 euros por los daños morales, cuando la Ley 35/2015 de 22 de septiembre en el nuevo sistema de valoración de daños acaecidos como consecuencia de accidente de circulación otorga a los menores de 14 por la muerte de un parente la suma de 90.000 euros.

2. DERECHOS DE LOS MENORES AFECTADOS: EL PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

El principio de veracidad biológica del que es un presupuesto el conocer el propio origen biológico es un derecho fundamental que se encuadra dentro del derecho a la dignidad de las personas. En este punto los tribunales han concretado diferentes cuestiones al respecto: así la STS de 5 de noviembre de 1987⁸ resalta el rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, la STC 138 de 26 de mayo de 2005⁹ conecta dicho derecho con el artículo 10.1 CE (dignidad humana y derecho que le son inherentes), y, por último, la STS de 21 de septiembre de 1999¹⁰, trata del derecho de las personas a conocer su herencia genética, que puede ser vital para preservar la salud.

En la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, concretamente en su artículo 7 se establece que el niño tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a *conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*. Y en conexión con aquél, en el artículo 8 se recogen las obligaciones de los Estados Parte para prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer la *identidad del niño* que se vea ilegalmente privado de alguno de estos elementos.

También en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ley 14/2006 de 26 de mayo, en su artículo 5.5 se declara que la donación de esperma o de gametos es anónima, manteniéndose en secreto la identidad del donante, pero reconoce tanto a las receptoras de gametos como a los hijos el derecho a obtener

información general sobre el donante (identidad genética) e incluso les reconoce el derecho de llegar a conocer su identidad en supuestos de peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes penales procesales.

En este caso estas circunstancias nunca van a ser posibles precisamente por el error de la clínica que no sabe que material genético ha implantado en la madre. La lesión que se ha producido a los menores a consecuencia del *cumplimiento defectuoso* de la clínica de fertilidad tiene una *dimensión mucho más amplia que la pérdida de afecto paterno-filial que ha valorado el juez a quo para fijar el quantum indemnizatorio, afectando a la propia identidad y dignidad de los menores, a la imposibilidad de los mismos de ejercer su derecho constitucional a investigar la paternidad, al conocimiento de la verdad biológica y consecuentemente al conocimiento de la herencia genética.*

IV. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN LA MADRE

1. EL DAÑO MORAL EN LA MADRE AFECTADA: DERECHO A SER INSEMINADA POR SU PAREJA Y NO POR UN TERCERO

El daño moral de la madre se circumscribe, fundamentalmente, al hecho de que *ha tenido unos hijos de persona no conocida, cuando su voluntad era conseguirlos de quien en ese momento era su pareja*, hecho que a su juicio aparece como grave y escandaloso.

El juez *a quo* justifica la escasa indemnización en el hecho de que «consta en autos que la pareja había decidido poner fin a su relación antes de que se practicaran las pruebas de paternidad y que se conocieran estas circunstancias, así como que en el informe pericial psicológico no se objetiva un daño psicológico especialmente grave».

Evidentemente el daño producido puede considerarse de extrema relevancia y desde luego excede con creces las *meras molestias o frustraciones de un mero cumplimiento defectuoso o incumplimiento contractual*.

La usuaria de la técnica de reproducción asistida tenía una finalidad concreta que era la de quedarse embarazada del compañero con el que compartía su vida en ese momento, y no simplemente quedarse embarazada sin más. Por lo que el resultado que finalmente se produjo no era ni remotamente predecible, ni mucho menos deseado, y en el consentimiento informado ni siquiera se contempla la posibilidad de que sus óvulos fueran fertilizados con esperma de otra persona que no fuera el de su pareja.

2. DERECHO A SU INTEGRIDAD Y A SU HONOR

El presunto padre se sometió a la prueba de paternidad cuando la ruptura de la pareja ya era una realidad. Pues ya sospechaba de su propia paternidad desde el momento de la concepción¹¹ lo que influyó en la ruptura de la relación de pareja. Por ello una vez inmerso en el procedimiento de guarda y custodia, con Auto de medidas provisionales que le obligaba a abonar una pensión de 230 euros mensuales para cada uno de los hijos y la mitad de los gastos extraordinarios, decidió confirmar sus sospechas mediante la prueba biológica, dirigida a liberarse de sus obligaciones paterno-filiales.

Aunque las causas de la separación fueran otras, lo cierto es que una vez que su compañero tuvo la certeza de que los hijos no eran suyos, le atribuyó abiertamente una *conducta deshonesta y adultera acusándola de haberle sido infiel*. Manifestaciones que le dirigió a ella y a todas aquellas personas que se encontraban en el entorno de la pareja. Esta conducta afectó a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida en su integridad y en su honor, causando un sufrimiento y daño moral obvio, al margen de que no haya necesitado tratamiento psicológico o psiquiátrico.

A ello hay que añadir el sufrimiento moral soportado por la madre durante la sustanciación del procedimiento, por barajar el compañero que ella tuvo relaciones sexuales con un tercero durante la técnica de la reproducción asistida al extremo que tuvo que aportarse prueba pericial en la que se afirmó que el embarazo se produjo necesariamente en el ciclo de la implantación de los embriones...¹².

Consideramos que en este caso se ha producido una vulneración contra el honor porque el ataque de la antigua pareja produce una lesión del honor —entendido en sentido amplio— pues tiene lugar tanto en el *marco íntimo o familiar* como en el *marco externo de su entorno social*. Hay una vulneración al honor por las manifestaciones objetivamente difamatorias. Se ataca a los dos aspectos del honor, tanto a la estimación que cada persona hace de sí misma como al reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Se ataca el *honor* y también la *fama*, esto es, la reputación o consideración ajena, con lo que los demás piensen de la afectada. (*Vid.*, las STS de 30 de julio de 2001¹³, 31 de octubre de 2002¹⁴ y 28 de marzo de 2005¹⁵, que aluden a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, a los derechos inmateriales de la persona, pues afectan a intereses espirituales del ser humano).

3. EL DESCONOCIMIENTO DEL VERDADERO PADRE DE SUS HIJOS

Al no conocer la identidad del padre biológico de sus hijos se conculca además su derecho a obtener *información general del donante* como se establece en la LTRHA en el caso de la opción de fecundación por donante anónimo para decidir libremente. En este caso la apelante no decidió ni consintió en ser inseminada con esperma de un donante anónimo, y no tuvo ni tiene posibilidad alguna de ser informada de ninguna forma sobre la identidad genética de este donante, y no puede prever de ninguna forma qué características biológicas han heredado sus hijos, ni qué enfermedades o padecimientos. Cita en su apoyo la STC de 27 de octubre de 2005¹⁶ que establece que la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo alcanzando también a los progenitores el conocimiento de la verdad biológica, y la conexión de este derecho con la dignidad de la persona.

Daño que tiene una dimensión mucho más amplia que la que el juez recoge en la sentencia pues afecta a derechos inviolables como es la *libertad personal, la autonomía de la voluntad, la dignidad, el honor, la integridad moral, la maternidad, el derecho a la identidad biológica, e incluso el derecho a la propia vida, a la autonomía de la paciente, y el derecho a la autodisposición sobre el propio cuerpo* (STS de 12 de enero de 2001¹⁷ y 11 de mayo de 2001¹⁸).

4. MATERNIDAD EN SOLITARIO NO DESEADA

Y como consecuencia de todo lo anterior, la madre se encuentra sola al afrontar la maternidad. Situación que en ningún momento ha deseado. Hecho

que supone asumir todos los deberes y derechos de la relación paternofilial por partida doble con dos bebés totalmente en contra de su voluntad.

Consecuencia de lo cual se produce un cambio muy relevante en la vida de la madre: hablamos de aplazamiento considerable en la promoción profesional, desarrollo de su carrera, independientemente del impacto que supone afrontar en solitario la vida diaria de los menores¹⁹.

5. EL CARÁCTER DE LA AFECTADA: EL ARGUMENTO DE INEXISTENCIA DE DAÑO MORAL POR AUSENCIA DE DEPRESIÓN

Y sentado todo lo anterior, la sentencia de instancia argumenta que no se objetiva el daño moral por la existencia de estabilidad emocional y psíquica en la perjudicada.

Aunque indica su situación de angustia por la situación en la que se ha visto envuelta por el error de la clínica se le perjudica indicando la inexistencia de daño moral por su carácter que le perjudica, la hace mantener su estabilidad emocional. Alegándose acertadamente por ella que de no haberse mantenido inalterada psicológicamente hubiera tenido que acudir a un tratamiento médico o psicológico, y consecuentemente las indemnizaciones solicitadas habrían sido mayores, y no solo en el plano del daño moral, sino también en el daño material, ya que se habría objetivado un daño patrimonialmente resarcible en el coste de gastos médicos, farmacéuticos, etc, y tal circunstancia no desmerece el daño moral que efectivamente se le ha causado.

V. EFECTOS DEL ERROR CONTRACTUAL

Tras la separación de su compañero sentimental la madre ha tenido que asumir una maternidad en solitario y además, al desconocerse el padre, y verse los menores desprovistos de padre *no se traduce exclusivamente en la pérdida de una pensión de alimentos hasta que los mismos sean independientes económicamente*.

Cuando una usuaria de las técnicas de fecundación acude a una clínica lo hace con distintas motivaciones, criar en solitario a un hijo o hacerlo con su marido, mujer, o compañero/a, esto es con su pareja. La finalidad es asumir una *paternidad compartida*, no solo como cuestión económica, sino que comprende educar en todos los sentidos, compartir los hábitos familiares, las actividades cotidianas, el tiempo libre, etc. Es importante además de compartir las cargas económicas con el otro progenitor, compartir responsabilidades y los tiempos. Y aunque la sociedad no desprestigia y reconoce la existencia de las familias monoparentales, en el caso que nos ocupa la situación de la madre ha sido impuesta por un error de la clínica dejando a su exclusivo cargo dos niños de corta edad.

De hecho, la pareja acude al centro para obtener un hijo común teniendo ya descendencia previa ambos. La madre no tenía ningún impedimento físico para serlo de forma natural, sin embargo, al estar vasectomizado el varón era imprescindible acudir a una técnica de reproducción asistida para poder ser padre biológico de nuevo. La técnica propuesta, en razón de la concreta situación y deseos de la pareja, fue la de «fertilización in vitro», realizando una biopsia testicular para la obtención de esperma con el cual fecundar un ovocito a la perjudicada a través de «microinyección espermática», y posterior transferencia de uno o varios embriones obtenidos al interior de esta. Si su deseo hubiera

sido una paternidad conjunta no necesariamente biológica podían haber acudido a la adopción, o a la fecundación con esperma de donante. Sin embargo la técnica elegida era la única óptima para obtener el fin esencial perseguido por la pareja, y, particularmente, la perjudicada deseaba tener descendencia común con su expareja y que este fuera el padre biológico del hijo buscado. Se descarta la posibilidad de una relación ajena.

En consecuencia, el Tribunal ante la dificultad de la prueba directa acerca de si la perjudicada había mantenido una relación con un tercero acude a la prueba de presunciones extraída de la prueba practicada en el proceso, bajo el sustento de las máximas de experiencia y el resultado racional y lógico del proceso deductivo de la prueba practicada. Se incide para ello en que el embarazo de la perjudicada se produce en el ciclo temporal en el cual se realiza la extracción de ovocitos y la transferencia de embriones.

VI. CONCLUSIONES

I. En el supuesto analizado se quiebra el principio del interés superior del menor (*en este caso menores*), referido al derecho a la identidad genética frente al prevalente derecho a la intimidad del donante. Pues se confirma con esta sentencia que el derecho a la intimidad de los donantes de gametos y preembriones es prevalente al derecho a la identidad genética, es decir, al derecho del hijo a conocer quién es su progenitor, según ya se estableció en la LRHA. Principio que es prioritario en temas relacionados con el Derecho de Familia.

II. El incumplimiento contractual de la clínica por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo produce unos daños impensables en diferentes sujetos afectados.

III. Se producen daños morales en la madre que es fertilizada por material genético de un tercero en vez del de su pareja, que termina afrontando una maternidad en solitario en contra de su voluntad expresa, que ve conculado su derecho al honor y fama por su expareja, por el desconocimiento de saber quién es el padre de sus hijos, por el impacto que tiene en su vida habitual.

IV. Los menores resultan perjudicados por el daño moral que supone el desconocimiento y la imposibilidad de conocer su identidad genética, por la falta de lazos paternofiliales y de la familia paterna en general. Además de los daños materiales que se producen ante la ausencia de padre, en la pensión alimenticia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- IGLESIA MONJE, M.^a I., Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma. En *RCDI, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 758, noviembre-diciembre, 3341 a 3362.
- MAGRO SERVET, V., La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 132, Tercer trimestre de 2017 (*La Ley* 2017, 10109).
- ROMERO COLOMA, A. M.^a., Identidad genética frente a intimidad, *Diario La Ley*, núm. 7199, Sección Tribuna, 18 de junio de 2009, Año XXX, Ref. D-221, Editorial La Ley (*La Ley* 2009, 12347).

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TJUE, TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Pleno, Sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. (*La Ley* 2005, 1328).
- STC, Pleno, Sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. (*La Ley* 2005, 1947).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 779/2001 de 30 de julio de 2001, Rec. 1734/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA (*La Ley* 2001, 8262).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 447/2001 de 11 de mayo de 2001, Rec. 1044/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (*La Ley* 2001, 3457).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 3/2001 de 12 de enero de 2001, Rec. 3688/1995. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (*La Ley* 2001, 1255).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1031/2002 de 31 de octubre de 2002, Rec. 1308/1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (*La Ley* 2002, 7963).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, Rec. 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (*La Ley* 1996, 10182).
- STS Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 1987. Ponente: Antonio CARRETERO PÉREZ (*La Ley* R/1988, 9953).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 287/1984 de 9 de mayo de 1984. Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS (*La Ley* 1984, 931).
- SAP de Las Palmas, Sección 5.^a, Sentencia 226/2016 de 16 de mayo de 2016, Rec. 461/2013. Ponente: Mónica GARCÍA DE YZAGUIRRE (*La Ley* 2016, 83410).

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006 de 26 de mayo.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

NOTAS

¹ SAP de Las Palmas, Sección 5.^a, Sentencia 226/2016 de 16 de mayo de 2016, Rec. 461/2013. Ponente: Mónica GARCÍA DE YZAGUIRRE (*La Ley* 2016, 83410).

² Concesión a cada uno de los hijos nacidos de una indemnización de 70.000 euros por daños materiales por la pérdida de la pensión alimenticia de quien debía haber sido su padre biológico y 50.000 euros por daños morales al haberse visto privados de la relación paternofiliar que mantenían con el que en principio se creía su padre y toda la familia paterna.

³ Concesión a la madre de una indemnización de 75.000 euros por daños morales por la afectación personal y el impacto en su vida derivada 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. Padecimiento y angustia derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos y la constatada reacción de rechazo social a la situación creada.

⁴ Como textualmente dice MAGRO SERVET, Vicente (*La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero, Práctica de Derecho de Daños*, núm. 132, Tercer trimestre de 2017. [La Ley 2017, 10109]).

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, Rec. 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (*La Ley* 1996, 10182). Sentencia que establece que «la acción reparadora del artículo 1902 comprende el *daño moral, referido hoy día no solo al ataque a los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales*, pero ello no ha de producirse en todo caso y cuando, como aquí ocurre, no se dan por probados tales daños...».

⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 287/1984 de 9 de mayo de 1984. Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS (*La Ley* 1984, 931). Refiriéndose a los daños morales ya indicó dicha sentencia que «la petición se refiere al resarcimiento de daños morales repercutibles o morales indirectos, precisa tener en cuenta que *la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del debe ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del «alterum non laedere»* y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual...».

⁷ *Vid.*, mi trabajo sobre Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma, en *RCDI. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil*, núm. 758, noviembre-diciembre, 3341 a 3362.

⁸ STS Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 1987. Ponente: Antonio CARRERETO PÉREZ (*La Ley* R/1988, 9953), en la que se establece que «pues no cabe duda del rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, en cuanto se estima más protegible, en interés del menor, la realidad, a la ficción formal (art. 39.2 de la Constitución Española), principio además acogido expresamente en el artículo 131.1.^o y 134.1.^o del Código Civil, por lo cual este motivo es inviable».

⁹ STC, Pleno, sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (*La Ley* 2005, 1328). Referida a la inconstitucionalidad del artículo 136.1 del Código Civil.

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de septiembre de 1999, Rec. 2854/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE (*La Ley* 1999, 11665).

¹¹ Consta en el historial médico aportado por la propia demandada, que cuando se le practicó la biopsia testicular se le informó que era improbable que sus espermatozoides pudieran fecundar óvulo alguno, y con ese esperma al que se le había augurado un mal pronóstico se fertilizan con éxito cuatro de cinco óvulos de la señora Adela (80% de éxito), dando lugar a cuatro embriones de los que se transfieren de forma efectiva dos el 22 de marzo de 2007.

¹² La pareja de la perjudicada, una vez que tuvo la certeza de que los hijos no eran suyos, le atribuyó abiertamente una conducta deshonesta y adultera acusándola de haberle sido infiel, manifestaciones que le dirigió a ella y a todas aquellas personas que se encontraban en el entorno de la pareja, y ello afectó a la integridad y al honor de la perjudicada, causando un sufrimiento y daño moral obvio, al margen de que no haya necesitado tratamiento psicológico o psiquiátrico. El centro clínico insistió en que la perjudicada tuvo relaciones sexuales con un tercero durante la técnica de la reproducción asistida.

¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 779/2001 de 30 de julio de 2001, Rec. 1734/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA (*La Ley* 2001, 8262). Contrato de prestación de servicios profesionales. La situación derivada de falta de comunicación alegada no encaja en el concepto de *daños morales, que son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la*

dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, según las posiciones establecidas en la doctrina jurisprudencial, y, para resarcirle de las tareas inútiles por omisión del aviso del contrato de compraventa entre las codemandadas basta la retribución al letrado recurrente de los honorarios profesionales correspondientes a sus servicios de asistencia jurídica en el juicio de desahucio para el que fue contratado.

¹⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 1031/2002 de 31 de octubre de 2002, Rec. 1308/1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (*La Ley* 2002, 7963). En la ruina funcional de un edificio por humedades derivadas de su incorrecta impermeabilización es improcedente la indemnización fijada por daño moral. *Lesión de un derecho subjetivo que incide exclusivamente en la esfera patrimonial. Inexistencia de atentado alguno contra bienes inmateriales de la persona.* En el FJ 5.^º se afirma que «No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de este es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *premium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

¹⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 222/2005 de 28 de marzo de 2005, Rec. 4185/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (*La Ley* 2005, 914). Contrato de cambio por el que se adquirieron en un banco dólares que resultaron ser falsos (Incumplimiento contractual). Intento de apertura de una cuenta corriente en un país extranjero con esos dólares. Detención del demandante que fue interrogado públicamente, llevado a dependencias policiales y fichado. Negligencia del banco demandado. Cuantía de la indemnización. Resarcimiento del daño moral: 360.000 euros.

«La cuestión del daño moral es el extremo esencial del presente recurso de casación. Afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos. Este es el daño objeto de la acción ejercitada».

¹⁶ STC, Pleno, sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. (*La Ley* 2005, 1947). Inconstitucionalidad del artículo 133.1 del Código Civil. El enunciado de la norma, al restringir al hijo la legitimación para reclamar en tal caso la filiación, y al excluir, en consecuencia, al progenitor, resulta incompatible con el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad y, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Anulación completa por el legislador del eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. Imposible interpretación del precepto «*secundum constitutionem*», en cuanto que supondría la interpretación extensiva de una regla restrictiva.

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 3/2001 de 12 de enero de 2001, Rec. 3688/1995. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (*La Ley* 2001, 1255). Sentencia relativa al derecho del paciente a prestar su consentimiento a ser informado de los actos médicos que se le practiquen. Vinculación con el elenco de libertades fundamentales tradicionales.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 447/2001 de 11 de mayo de 2001, Rec. 1044/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (*La Ley* 2001, 3457). Referida a la naturaleza de los actos médicos: Obligación de medios y obligación de resultado. Engendramiento de un hijo tras la vasectomía practicada.

¹⁹ MAGRO SERVET, Vicente: La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 132, Tercer trimestre de 2017 (*La Ley* 2017, 10109).