

LAS FECUNDACIONES “PÓSTUMAS”: UNA REALIDAD A
VECES PERJUDICIAL

*POSTHUMOUS FERTILISATIONS: SOMETIMES A DAMAGING
REALITY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 526-549



Valeria
CAPUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: El trabajo se centra en el análisis del fenómeno de las fecundaciones “post mortem” y de las fecundaciones “post matrimonium”. El marco normativo en esta materia es diferente en cada País, variando en función de los intereses que el legislador considera prevalentes. Sin embargo, el intérprete, cuando se topa con vacíos legales, debe balancear según el principio de la razonabilidad que a menudo incita a tener más en cuenta al embrión-menor. El estudio de unos pleitos ofrece la oportunidad de reflexionar sobre los cambios de paradigmas que han ocurrido tanto en el ámbito europeo como dentro del perímetro nacional. Estos pleitos permiten, además, de aclarar la postura restrictiva de los Tribunales a la hora de indemnizar los daños morales.

PALABRAS CLAVE: Fecundación asistida “post mortem”; menor; consentimiento; responsabilidad civil; daño moral.

ABSTRACT: *This paper focuses on the analysis of the phenomenon of “post mortem” and “post matrimonium” fertilisations. The legal framework in this area is different in each country, changing in relation to the interests that the legislator considers prevailing. However, when the interpreter runs into legal loopholes, he has to balance according to the principle of reasonableness, that often encourages to take more into account the child. The study of some cases offers the opportunity to reflect on the paradigm shifts that have occurred at the European level and within the national perimeter. These lawsuits also enable to clarify the restrictive position of the Courts in relation to the compensation of moral damages.*

KEY WORDS: *Assisted fertilisation “post mortem”; minor; consensus; civil liability; moral damage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MARCO NORMATIVO.- III. FECUNDACIÓN “POST MORTEM” Y DAÑOS INDEMNIZABLES A LA VIUDA.- IV. FECUNDACIÓN “POST MATRIMONIUM”: HAY UN DAÑO INDEMNIZABLE AL EX MARIDO?.- V. FECUNDACIONES “PÓSTUMAS” Y DAÑOS AL MENOR.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Tras los avances tecnológicos y científicos vividos en los últimos años, la concepción de la vida ha evolucionado. Hace poco tiempo, la reproducción humana suponía un componente binario¹; el nacimiento de un ser humano podía solo seguir a la unión física de una mujer con un hombre. El momento de la unión sexual se consideraba inseparable a la procreación².

Las técnicas de reproducción asistida, definidas como “el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”³, han alterado tanto ese proceso que se habla de “revolución procreativa”⁴. Han permitido manipular, por parte de las personas involucradas, el desarrollo de la paternidad y maternidad, creando de esta forma a otro ser humano.

Por un lado, esos métodos han permitido solucionar el problema de la infertilidad, tanto fisiológica – propia de las parejas homosexuales y de las personas más mayores – como patológica. De hecho, ahora es posible conservar el semen congelado durante un largo tiempo y hacer la fecundación in vitro con transferencia de preembriones y embriones.

Por otro lado, las herramientas empleadas han generado conflictos tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito ético.

Existe una distinción entre ética, ciencia y derecho, cada rama tiene sus peculiaridades. Sin embargo, no hay una rígida separación, la ciencia y la ética, con

1 PEREZ GALLARDO, L. B.: “Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2007, núm. 4, p. 605.

2 MARCHESI, A.: “La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?”, *Rivista di diritti comparati*, 2018, núm. 2, p. 212.

3 SANTAMARÍA SOLÍS, L.: “Técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV.: *Manual de Bioética* (coord. por G. M. TOMÁS GARRIDO), Ariel, Barcelona, 2001, p. 377.

4 Sobre el concepto de revolución procreativa, *vid.* BERLINGUER, G.: “Bioética cotidiana e bioética di frontiera”, en AA.VV.: *Bioética* (coord. por A. DI MEO e C. MANCINA), Lampi di stampa, Milán, 1999, pp. 1-352.

• Valeria Caputo

Doctoranda en Derecho de Consumo de la Universidad de Perugia y Universidad de Salamanca. Correo electrónico: valeriacaputo9@gmail.com

modalidades e intensidades diferentes, guían la construcción teórica del derecho, determinando los contenidos e influyendo sobre la misma aplicación práctica.

El derecho, por su parte, organiza y disciplina la realidad, actuando con postulados éticos y científicos. Esto es evidente en un sector como el de la inseminación artificial, donde entran en juego cuestiones de variada naturaleza, que no se pueden entender sin la mediación de la ética y de la ciencia.

Desde esta perspectiva es necesario moverse para comprender el fenómeno de las fecundaciones "póstumas", término que hace referencia a la aplicación de los métodos de reproducción asistida en el caso de premoriencia del hombre. Esto puede llevarse a cabo a través de un abanico de modalidades: - la toma del semen del cadáver; - la implantación del embrión formado *in vitro*⁵, cuando los miembros de la pareja estaban vivos - la inseminación artificial de la mujer con el gameto del varón antes de su muerte, - la fecundación "post mortem" *in vitro* por el uso del material reproductor del varón, preservado anteriormente.

A efectos de este trabajo de investigación, se entenderán "póstumas" también las fecundaciones que tienen lugar después de un período de tiempo bastante largo desde el consentimiento del varón. Es decir, por ejemplo, cuando después del comienzo del tratamiento, consentido por parte de los dos miembros de la pareja, hay crisis matrimoniales.

La "posterioridad" de todas esas inseminaciones ha conllevado situaciones paradójicas, en claro contraste con la pauta originaria de la familia. Lo que más preocupa al intérprete no es la admisión de una familia monoparental, sino que la posibilidad de ir más allá de la voluntad de los individuos en un sector tan delicado.

La normativa actual de la mayoría de los estados europeos no es bastante clara y plantea una gran variedad de problemas ante posibles vacíos legales, el primero de todos es el de los daños indemnizables.

El derecho de daños ha sido un campo ajeno al derecho de familia⁶. Hay razones de diversa naturaleza⁷ que han podido favorecer dicha exclusión y, por

5 Técnica de reproducción asistida mediante la que se fecundan los ovocitos por los espermatozoides, pero fuera del cuerpo de la mujer a la que se le realiza el tratamiento.

6 Para indagar en esta materia, *vid.* PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 32; ROCA TRIAS, E.: "La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en AA. VV.: *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-566; DOGLIOTTI, M.: "La famiglia e l'«altro» diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale", *Famiglia e Diritto*, 2001, núm 2, pp. 164-170; FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2001, núm. 4, p. 10; LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: "El resarcimiento de daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 4, p. 40.

7 Hay razones de carácter ético-social que serían predicables cuando regía la influencia del modelo patriarcal aún en los Códigos del siglo XIX, a pesar de que en los mismos están presentes de igual modo rasgos de

lo tanto, una inmunidad implícita de la responsabilidad civil al ámbito del derecho de familia. Se sostenía, sobre todo, que el derecho de familia fuera un derecho especial con sus propias reglas, que excluían cualquier pretensión de naturaleza aquiliana.

La aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar; además de que no ha de ser automática en todo caso de existencia de un daño a un familiar; ha de revestir de una serie de peculiaridades en el sentido de que en su proyección la normativa de la responsabilidad civil ha de sufrir ciertas modificaciones, sobre todo respecto a la exigencia del dolo y o culpa grave como criterio de imputación subjetivo⁸.

Aunque el debate no se puede definir cerrado, hoy en día el derecho de daños se pone más cerca del derecho de familia. Se admite, sin duda, la indemnización del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales.

Sin embargo, en la materia de las fecundaciones “póstumas”, los intereses a balancear son muchos y opuestos, muchas veces van más allá de los hogares familiares. De todas formas, parece que el principio “in dubio pro vita” tiene que considerarse prevalente.

Hechos recientes permiten reflexionar sobre el actual estado del arte y destacar la difícil tarea del juez que se encuentra “en un campo de minas”.

II. EL MARCO NORMATIVO.

El derecho comparado ofrece un panorama diferente en el tratamiento de la reproducción asistida “post mortem”.

Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia y justificación de admitir y regular la fecundación “post mortem” existiendo tanto razones⁹ a favor como en

la familia burguesa impregnados de individualismo. En cualquier caso, la jerarquía de la estructura familiar de la época conllevaba que el cabeza de familia impusiera a los otros familiares un deber de obediencia, así como la universal limitación de la capacidad de la mujer. En este primer motivo también tiene predicamento la “regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí”. Vid. BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J.: “(Comentario a la) Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales. El diez a quo para ejercer la acción es el momento en que se concluye el derecho del padre a relaciones con su hijo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, núm. 83, p. 902. Hay, también, razones de orden práctico menos relevantes como el peligro de la proliferación de demandas triviales. Además, los particulares están siempre en mejor disposición que los jueces para valorar las consecuencias de litigar en la vida familiar. Asimismo, a dichas razones prácticas se le uniría otra no tan eximia como es la amenaza o el riesgo de la conflictividad en el seno de la familia vulnerando la armonía y la paz familiar.

8 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009, p. 74.

9 Hay quienes defienden la aplicación “post mortem” de las técnicas, sustentándolo en el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, preeminente frente a un supuesto de derecho del “concepturus” a tener dos

contra, centradas, en principio, en tres argumentos: el derecho a la reproducción, el interés del hijo y la finalidad terapéutica de las propias técnicas de reproducción asistida.

El argumento principal gira en torno al derecho a procrear que se traduce en el derecho de la persona a tener hijos, la perspectiva contraria a ese derecho se encuentra en la inexistencia de un derecho fundamental a la reproducción¹⁰.

España, Reino Unido¹¹ y Dinamarca¹² permiten de forma más flexible la fecundación "post mortem".

España, desde la Ley 35/1988, ha admitido la aplicación ""post mortem"" de las técnicas de reproducción humana asistida.

Actualmente la reproducción asistida post mortem está regulada en el art. 9 de la Ley 14/2006¹³. Su apartado primero establece que: "No podrá determinarse la filiación ni reconocerse efectos o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el

padres, de naturaleza bastante incierta. Según BUSTOS PUECHE, J. E.: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 171, la reproducción "post mortem": "hace vivo al que murió a fin de seguir manteniendo la existencia de matrimonio – cuando en verdad la muerte disuelve el matrimonio- y toda esa ficción para poder calificar de matrimonial a un hijo y atribuirle las consecuencias jurídicas de tal estado".

Se ha dicho, también, que con ella se pretende un imposible, es decir hacer revivir la muerte por medio del mecanismo del niño, a través del cual se pretende prolongar la vida del padre. Vid. CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995. Según STANZIONE, P.: "Procreazione assistita e categorie civilistiche", en AA.VV.: *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato. I, Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Giuffrè, Milano, 1998, vol. 2, p. 865: "In realtà si tratta di evitare l'ipotesi di una famiglia programmata fin dall'inizio senza la figura paterna. Sullo sfondo si muove l'inquietante prospettiva di una società senza padre".

Se ha intentado encontrar en un marcado interés patrimonial de la viuda, como es el de poder compartir la herencia de su esposo o relegar a los, hasta ese momento, llamados a la sucesión. Una vía de traer al mundo a un hijo, condenado irremediablemente a una orfandad premeditada

10 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Pérdida irreparable de preembriones crio conservados y daño moral de la viuda", *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, 2017, núm. 762, pp. 1943-1963.

11 Este País, por el "Human Fertilisation and Embryology Act" de 1990, permite realizar y someterse a la técnica de reproducción asistida "post mortem", siempre y cuando se tenga constancia de la existencia del documento en el que se refleje el consentimiento expreso del donante fallecido. También permite la donación de embriones y su congelación con fines de investigación. El número de las inseminaciones a la usuaria de la técnica viene determinado por el Informe Warnock y no por su propia legislación. El número exacto de tal extracción e inseminación es de 10 inseminaciones por donante.

Cuenta con una temporalidad muy breve el plazo de su extracción, puesto que debe realizarse en las veinticuatro horas siguientes a la defunción, siempre y cuando se conserve el cuerpo en condiciones óptimas para poder realizarlo.

12 En Dinamarca, la Ley 460/1997 sobre la concepción de la vida humana y el Reglamento de 17 de septiembre de 1997, no contemplan de forma expresa la reproducción asistida "post mortem", pero reconocen al Consejo Nacional Ético danés la competencia de fijar las bases que posteriormente pueden ser aprobadas por el Parlamento.

Por lo tanto, el Consejo emite una serie de recomendaciones médicas, éticas y jurídicas que abordan la problemática creada ante un vacío legal. También se acepta el acceso de la mujer sola a las técnicas. VEGA, M. VEGA, J. MARTÍNEZ BAZA, P.: "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho Comparado", *www.bioeticaweb.com*, 31 de mayo del 2007.

13 Modificado por la ley 19/ 2015.

material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en fecha de la muerte del varón”.

En consecuencia, se niega cualquier consecuencia jurídica al tratamiento reproductor en caso de que se realizara una vez fallecido el varón.

Sin embargo, el segundo apartado señala que: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.”

El consentimiento para la aplicación de estas técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

El art. 9¹⁴ regula la técnica consistente en la introducción del semen del varón fallecido dentro de los órganos genitales de la mujer sin haberse producido contacto sexual entre ellos. Pero también cobija en su ámbito la hipótesis en que, tras el fallecimiento del varón, los preembriones previamente se hubieran constituido en el organismo de la mujer, por lo que, en rigor, no existiría estrictamente la fecundación “post mortem”. No hay diferencia en el régimen jurídico de estas situaciones, ya que son reguladas conjuntamente¹⁵.

Por lo tanto, si bien se niega la posibilidad de practicar estas técnicas una vez que haya fallecido el varón, se guarda una salvedad.

En ella se hace referencia a la propia fecundación “post mortem”, para la que el varón fallecido debe otorgar consentimiento expreso en los documentos legales previstos. Se trata de uno de los requisitos exigibles en la ley, es decir, expresar el consentimiento sobre el uso del material genético en caso de fallecimiento. Una vez se cumpla este requisito junto con el temporal, en los 12 meses siguientes la muerte, podrá realizarse el tratamiento. En ese caso, se derivarán del mismo los efectos jurídicos pertinentes en cuanto a las materias de filiación y sucesión.

Decursado el plazo de un año de aplicarse las técnicas, no cabría efectos filiatorios, ni sucesorios, respecto del concebido, aunque el resultado de las pruebas genéticas denuncie la verdadera relación filiatoria entre el nacido y su finado padre.

14 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 134.

15 INIESTA DELGADO, J. J.: “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (coord. por M. Y. TOLSADA, M. CUENA CASAS), Aranzadi, Madrid, 2011, vol. 5, p. 835.

Algunos autores consideran discriminatorio en el orden constitucional, por afectar derechos filiatorios y sucesorios del hijo procreado extemporáneamente¹⁶.

El derecho de disponer del semen congelado a los fines procreacionales puede ejercerse "ad nutum". Según el artículo 9, el autor de la declaración de voluntad puede ir sobre sus pasos y retractarse mientras tenga vida. Él puede destruir voluntariamente la eficacia del acto en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas.

Tal carácter forma parte de la naturaleza jurídica del acto dispositivo, tratándose de una disposición con efectos "post mortem", mientras no sobrevenga la muerte, puede ser enteramente revocable.

La ley presume otorgado el consentimiento cuando un proceso de reproducción asistida ya se había iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

Esa presunción, que parece de naturaleza iuris et de iure¹⁷, se explica de manera sencilla en que quien se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, lo hace de la misma manera que quien practica el acto sexual con la intención de procrear vía natural.

Países como Italia, Alemania¹⁸ o Suecia¹⁹ tienen una legislación restrictiva, en cuanto no admiten legalmente la reproducción "post mortem".

La Ley italiana 40/2004, en su artículo 5, establece que los miembros que se sometan a estas técnicas deben estar vivos, prescindiendo por consiguiente de la fecundación asistida "post mortem". Las beneficiarias de este método deben ser mujeres casadas o en situación de convivencia more uxorio, exigiéndose que marido y mujer o los dos miembros de la pareja otorguen su consentimiento y se encuentren en vida en el momento de realizar la intervención.

16 CARCABA FERNÁNDEZ, M.: *Los problemas jurídicos*, cit., pp. 90-93. Con extrema vehemencia BUSTOS PUECHE, J. E.: *El Derecho Civil*, cit., p. 176-177, quien considera inconstitucional el artículo 9.1 de la Ley dado que pretende impedir a un hijo la determinación de su filiación matrimonial, cuando se sabe a ciencia cierta quién fue su padre, por la razón ridícula –según apunta el autor- de inobservancia de requisitos de tiempo y forma. De esta manera lo tilda de inconstitucional, dado que el hijo procreado en estas circunstancias, se le niega el derecho de llevar los apellidos del padre que todos reputan como progenitor y, en consecuencia, de participar en su herencia. Pues no cabe dudas que la declaración judicial de fallecimiento, tendría los mismos efectos para una posible aplicación *post mortem* de la inseminación artificial.

17 Así, PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Inseminación artificial", cit., p. 610.

18 La legislación alemana del 1990 prohíbe la inseminación post mortem de forma expresa.

19 El artículo 2 de la Ley sueca sobre la inseminación artificial, n. 1140 del 1984 dice: "La inseminación artificial sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero". Además, en el informe previo a la ley, elaborado por el correspondiente Comité gubernamental, se rechaza la inseminación artificial "post mortem" de forma expresa, basándose en la necesidad del niño concebido por esta técnica de tener acceso a ambos.

La razón subyacente a esta norma es la necesidad de garantizar al hijo un padre y una madre²⁰, reduciendo así la libertad de autodeterminación sobre la transmisión de la vida humana.

En efecto, la ley se basa en un modelo de familia de dos miembros, ya que no existe un derecho absoluto a la paternidad²¹. La especificidad de las modalidades de acceso a la inseminación artificial implica que el deseo de tener hijos, por el uso de los avances de la medicina, no puede ser indistintamente satisfecho²², hay que tener en cuenta otros intereses.

Sin embargo, el artículo 5 de la ley, aunque no haya admitido la fecundación "post mortem", genera muchas dudas interpretativas que, en un cierto sentido, legitiman la inseminación póstuma.

Si la común existencia de los beneficiarios es, por cierto, necesaria para la fase informativa y la del consentimiento, no se puede decir lo mismo para la tercera. Es decir, la etapa en que las técnicas se aplican en concreto²³, susceptible de ser divididas en varios segmentos.

Además, la ley prevé un término mínimo de siete días entre la presentación de la demanda y el comienzo del tratamiento médico.

Estos marcos de tiempos resultan compatibles con la verificación de eventos, cual el fallecimiento del varón después de su consentimiento.

El evento muerte puede ocurrir antes del comienzo del tratamiento médico o bien después, generando consecuencias diferentes. En la primera hipótesis, el embrión todavía no se ha formado, por lo tanto no será admitida la prosecución de

20 MARTINI, A.: *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Esi, Nápoles, 2006, p. 143, considera que: "L'interesse individuale della donna, il suo diritto ad avere figli, non può prevalere sull'interesse del figlio ad avere entrambi i genitori. Stabilendo la necessaria e contemporanea esistenza in vita dei soggetti componenti la coppia richiedente (art. 5 legge cit.), il legislatore ha inteso impedire che le tecniche di procreazione medicalmente assistita possano essere utilizzate programmando sin dall'inizio la nascita di un figlio senza padre, ossia nella consapevolezza che questi venga concepito e nasca in una famiglia priva dell'essenziale figura genitoriale maschile e ciò perché la carenza del fondamentale apporto paterno può pregiudicare, senz'altro, l'armonioso sviluppo della personalità del minore. In sostanza, l'interesse individuale della donna desiderosa di prole, il suo preteso «diritto al figlio», non può prevalere sull'interesse del nascituro ad essere allevato da due genitori viventi, sul suo «diritto alla doppia figura genitoriale»". NATALE, A.: "I diritti del soggetto procreato post mortem", *Famiglia, persone e successioni*, 2009, núm 6, p. 526, destaca que la Constitución no reconoce un derecho a la doble paternidad: "É sicuramente indicazione sociologica (...) che il minore stia generalmente meglio in una famiglia in cui sono presenti l'apporto materno e paterno. Ma il riferimento sociologico è sempre rischioso: perché su questa strada si potrebbe dire che, in alcuni casi, un unico genitore idoneo e affettuoso gestirebbe il rapporto con il figlio in modo assai più accettabile rispetto a due genitori, magari in conflitto".

21 Corte Constitucional italiana, sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, *giustiziavivile.com*, 6 noviembre 2019.

22 QUADRI, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, núm. 4, p. 566, observa que cualquier derecho de los adultos a tener hijos, tanto en el contexto de la filiación biológica como en lo de la adopción, no debe mirar a la autorrealización, sino que al interés del menor.

23 VILLANI, R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Giappichelli, Torino, 2004, p. 180.

la práctica. Tendrán que considerarse ilícitas las conductas de toma del semen del cadáver, la fecundación en vivo "post mortem" y la inseminación "post mortem" en vitreo.

Mientras que es diferente la situación que se produce cuando el embrión ya se haya formado, ya que los artículos 1 y 4 de la ley 40/2004 prohíben la supresión de los embriones²⁴ ya formados.

Concurren, entonces, inevitablemente el principio de la común existencia de los miembros de la pareja y la salvaguardia de la vida del embrión.

La jurisprudencia italiana, llamada a menudo a balancear estos principios, suele acordar preferencia al segundo, orientándose según el dicho "in dubio pro vita".

III. FECUNDACIÓN "POST MORTEM" Y DAÑOS INDEMNIZABLES A LA VIUDA.

El número elevado de tratamientos de reproducción asistida ofrecidos en clínicas y hospitales españoles, siendo España uno de los países que encabeza²⁵ el ranking europeo, da lugar al incremento de daños no deseados por los interesados²⁶.

Los sujetos potenciales que pueden ser damnificados son los donantes del material genético y el menor de edad, identificado con el recién nacido.

Con respecto a las parejas que deciden utilizar estas técnicas, cabe analizar el daño moral reconocido a la viuda por la pérdida de preembriones crio conservados del marido fallecido.

El estudio del tema surge tras el análisis de una reciente sentencia del Tribunal Superior de Madrid, cuyo origen se encuentra en un fallo técnico de mantenimiento del laboratorio y del funcionamiento anormal de los servicios públicos de la Comunidad de Madrid.

24 Los embriones son sujetos de derecho y su derecho a la vida es objeto de tutela. *Vid.* Corte cost. italiana, 18 febrero 1975, n. 27, *Foro it.*, 1975, c. 515 ss.; Cass. civ. italiana, 2 octubre 2012, n. 16754, *Giur. it.*, 2013, núm. 5, p. 1052. MARTINI, A.: "Riflessioni sulla soggettività e capacità del concepito dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", *Vita Notarile*, 2005, núm. 2, p. 1153; MAZZONI, C. M.: "La tutela dell'embrione e del feto nel diritto italiano", *Notizie di Politeia*, 2002, núm. 65, p. 171.

25 Se publicó en la prensa del mes de octubre 2019, en el año 2019, un total de 140.941 tratamientos de fecundación in vitro y 40.177 inseminaciones artificiales.

26 CERVILLA GARZÓN, M. D.: "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 684.

El examen de dicha sentencia plantea varios problemas a estudiar, pero hay que centrarse sobre los diferentes errores que pueden generar un daño moral en relación con el derecho de la persona, siempre teniendo en cuenta que, de la jurisprudencia existente relativa a la crío preservación de embriones, no se había analizado un supuesto referido a su pérdida y a la existencia de daño moral.

El Tribunal superior, en el 6 de febrero de 2017, estimó parcialmente el recurso interpuesto por una mujer, condenando solidariamente a la Comunidad de Madrid y a la compañía de seguros²⁷ a abonarle 2.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial. Se le indemnizó el daño moral derivado de la pérdida de los embriones crío conservados que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido, aunque la reclamante había solicitado la cantidad de 160.000 euros.

La mujer había argumentado que concurría causa de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se extiende al fallo técnico de mantenimiento del laboratorio y a la actuación del equipo médico, dado que no fue informada del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido.

El juzgado determina que solo concurre responsabilidad en el mantenimiento del laboratorio ya que, no realizando las comprobaciones necesarias, provocó la pérdida de los embriones crío conservados.

El Tribunal estuvo muy riguroso a la hora de imputar la responsabilidad por pérdida de embriones al centro médico donde se encuentran depositados y que asumió la obligación de custodia y conservación, interpretando de manera estricta el término “fuerza mayor”, aludido como causa de exoneración de la responsabilidad por el centro demandado.

Del informe del jefe de mantenimiento resultaba que el recipiente no se revisaba pese a que existía el riesgo de producción de poros por encontrarse sometido a temperaturas extremas. Por tanto, las temperaturas extremadamente bajas a que trabajaba el equipo hacían previsible la formación de un poro por el desgaste del material o de las soldaduras y, en consecuencia, evitable la pérdida del vacío por el paso del nitrógeno al interior de la cámara.

27 El artículo 11.8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dispone: “Los centros de fecundación in vitro que procedan a la críoconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su críoconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crío conservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente”.

La fuerza mayor no se puede apreciar si "el acontecimiento lesivo se produjo en el contexto de la prestación sanitaria y sin intervención de acontecimientos extraños o exteriores al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar por la viabilidad de los embriones"²⁸.

Según el Tribunal, por lo tanto, no existía la causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, a la hora de estimar la existencia del daño indemnizable, el Tribunal estuvo más cauteloso al determinar los parámetros en los que sustentar el contenido y la extensión del daño moral reparable.

En primer lugar, el Tribunal destaca que no resulta indemnizable el daño moral consistente en la imposibilidad de la recurrente de continuar el ciclo de fecundación para ser madre de un hijo biológico de su esposo fallecido, al haber transcurrido el plazo de doce meses desde el fallecimiento de su esposo.

Lo que sí es indemnizable es el daño moral²⁹ consistente en la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infringidos a los sentimientos de la mujer por la pérdida injustificada de los embriones crio preservados.

Ahora bien, es sabido que la cuantificación del daño moral es una de las cuestiones que hoy en día genera mayor controversia en el derecho, dada la tendencia de los Tribunales en la última década a reconocer ampliamente su existencia.

La dificultad de valorar el daño moral no es un problema exclusivo de las víctimas que lo sufren y que reclaman una compensación por ello, sino también de los jueces que tienen que determinar la compensación debida a la víctima; tratándose de un problema cuantitativo y no cualitativo, al que se enfrenten los jueces y tribunales de todos los sistemas legales.

Dada la subjetividad que acompaña siempre la reparación de cualquier daño moral, el juzgado fija su importe de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias de este caso.

Considera, por lo tanto, prudencialmente que una indemnización adecuada del daño moral causado a la viuda es la de 2.000 euros.

28 El texto procede de la citada sentencia STS 6 febrero 2017 (RAJ 2017, 3530). En el mismo sentido, STS 21 junio 2017 (RAJ 2017, 2628), STS 28 junio 2017 (RAJ 2017, 567).

29 Según LLAMAS POMBO, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020, p. 201, hay que abandonar la confusa categoría del "daño moral". Sería mejor distinguir entre daño al patrimonio y daño a la persona, "aquel que atenta contra los bienes esenciales de la personalidad". Vid. LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988; SALVI, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.

Otro perjuicio indemnizable a la viuda podría ser, sin duda, el daño producido por la vulneración del derecho de información, recogido en el artículo 3.3. de la Ley 14 de 2006.

Específicamente, la disposición establece que: “La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica”.

Aunque los Tribunales españoles no se muestran proclives³⁰ a conceder indemnizaciones por incumplimiento de la obligación de información en el ámbito de la reproducción asistida³¹, cabe destacar la importancia de este deber en la inseminación “post mortem”.

Los centros médicos, de hecho, deben informar a la mujer del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido, así que ella puede determinarse para estar en el plazo y, finalmente, alcanzar su objetivo.

IV. FECUNDACIÓN “POST MATRIMONIUM”: HAY UN DAÑO INDEMNIZABLE AL EX MARIDO?

El artículo 9.2 de la Ley española sobre la fecundación asistida dispone que: “El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”.

Una disposición análoga está regulada también en la ley italiana del 2004. Ambas normas favorecen el amparo de la voluntad³² del varón que tiene derecho a ser padre si y solo si él lo elige. La decisión de procrear del individuo está vinculada a su libertad e intimidad³³, lo que supone la prohibición de cualquier injerencia externa en esta determinación.

30 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “El menor como sujeto”, cit., p. 694.

31 La SAP Murcia 13 marzo 2018 entiende que no ha tenido lugar una infracción de la obligación de información por parte de la clínica de fertilidad que publicita sus servicios garantizando el 100% del éxito de sus procedimientos (con devolución del importe pagado si así no fuera), pues en el consentimiento informado suscrito no se expresaba de igual forma

32 ZUBERO QUINTANILLA, S.: “Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial”, *Revista de Derecho civil*, 2021, núm. 2, p. 149.

33 Siguiendo a FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 64-67: “La intimidad y la libertad, fundamentos esenciales de las decisiones procreativas, son derechos negativos, que impiden que los terceros, incluido el Estado, interfieran en su ejercicio por parte de los individuos”. Añade que de la jurisprudencia se desprende que

En relación a la libertad e intimidad de su titular adquiere mayor significado el rigor de las exigencias y requisitos que la ley demanda para la exteriorización de la voluntad procreacional del sujeto.

A tal fin, la doctrina se interroga si es posible presumir o deducir la revocación de una declaración de voluntad cuando se producen circunstancias excepcionales, como las crisis matrimoniales, o si siempre es necesaria una aclaración expresa.

De hecho, en la práctica, se han planteado litigios entre excónyuges y exparejas a fin de decidir el futuro de los preembriones que fueron generados y crio conservados durante el matrimonio o la unión para su futura utilización.

Ahora bien, el derecho de procrear, que implica al mismo tiempo la libertad de no tener hijos, puede entrar en conflicto con la tutela del embrión ya formado.

La jurisprudencia no siempre ha tenido una postura constante.

Recientemente un Tribunal italiano se ha puesto en contra a una sentencia muy llamativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2007.

En el caso Evans contra Reino Unido, la demandante alegaba que la legislación nacional había permitido a su expareja retirar el consentimiento para que ella almacenara y utilizara los embriones creados de forma conjunta. Los hechos que acontecieron y que dieron lugar a las sucesivas demandas fueron los siguientes. En el año 2000 la demandante y su pareja comenzaron un tratamiento en una clínica de reproducción asistida y en 2001 se informó a la pareja que la mujer tenía tumores precancerosos en los ovarios que debían ser extirpados. En consecuencia, la demandante se planteó la posibilidad de extraer sus óvulos y conservarlos para su utilización futura.

Sin embargo, la clínica no practicaba el citado procedimiento debido a su escasa tasa de éxito, únicamente podían llevar a cabo la conservación de preembriones. Tras recibir la información necesaria y prestar ambos el consentimiento debido, procedieron a poner en práctica dicha técnica, de modo que el esperma del varón fuera utilizado para fecundar in vitro los óvulos de la demandante y utilizar los preembriones resultantes en el tratamiento conjunto.

Estos se conservarían durante un plazo de 10 años. Finalmente se consiguieron 6 preembriones que fueron almacenados. En 2002 se produjo la ruptura de la pareja y el hombre escribió a la clínica para informarle sobre la separación e

las decisiones procreativas tienen una vertiente positiva, consistente en la decisión del individuo de tener hijos, y una vertiente negativa que incluye la decisión de no tenerlos. Por ello, en su opinión, la localización de las decisiones procreativas en el ámbito de la intimidad y la libertad comporta un derecho negativo a su respeto y evita las injerencias que puedan perturbar su goce.

indicar que los embriones debían ser destruidos, posibilidad que constaba en los documentos firmados.

En consecuencia, la demandante interpuso un recurso ante el tribunal superior, en el que solicitaba una orden judicial en la que se exigiera a su expareja que restableciera su consentimiento.

El juez encargado del caso señaló que no estaba a disposición del hombre dar un consentimiento inequívoco a la utilización de los embriones, independientemente de cambios en las circunstancias, y que solo había consentido el tratamiento, no su continuación por cuenta de la mujer en caso de que su relación terminara.

Además, señaló que un embrión no es una persona con derechos protegidos, y que el derecho de la demandante al respeto de la vida familiar tampoco se había visto comprometido.

De igual modo, el recurso de apelación de la demandante, ante la corte de apelación, fue desestimado en una sentencia de junio de 2004. Por su parte, la Corte sostuvo, en línea con la resolución precedente, que la ley aplicable tenía por fin último asegurar el consentimiento continuo de ambas partes desde el comienzo del tratamiento hasta la implantación del embrión.

A todos los efectos, en el proceso se expusieron los conflictos de intereses que pueden surgir entre las partes, frente al derecho del marido de no estar obligado a tener un hijo con su material reproductor se encuentra el de la mujer, dado que es el único medio del que dispone para poder tener un hijo biológico.

La sentencia europea consideró que el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales era aplicable, ya que el concepto de “vida privada” incorpora tanto el respeto al derecho a decidir convertirse en padre, como el de decidir no serlo.

La problemática planteada no es de fácil solución. No solo no existe una regulación clara que otorgue respuestas a estos supuestos de hecho³⁴, sino que en ellos concurren diversos intereses dignos de protección. En último término, la medida que se adopte beneficiará a una de las partes y perjudicará o dañará los derechos e intereses de la otra.

34 Como advierte FARNÓS AMORÓS, E.: “¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7.3.2006, «Evans v. The U.K.»”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, p. 14, se deja al arbitrio de cada Estado el momento en que debe llevarse a cabo la revocación, con lo que el Tribunal de Estrasburgo actúa como catalizador de la armonización del derecho de familia, manteniendo unos estándares mínimos que, por la propia naturaleza del derecho, deben fijarse por cada Estado.

Una parte de la doctrina ha analizado, hace unos años, los pleitos en vida de excónyuges o exparejas que buscan el reconocimiento de la facultad de decisión sobre el destino de los preembriones generados durante la vigencia de su unión, llegando a la conclusión de que los tribunales, en la mayoría de sus resoluciones, se decantan por anteponer el derecho de aquel que desea la destrucción o utilización de los preembriones con un fin distinto al reproductivo³⁵.

En Italia, el Tribunal de Santa Maria Capua Vetere por una ordenanza del 27 de enero de 2021, en una situación parecida a la de Evans contra Reino Unido, llegó a una conclusión opuesta.

De hecho, el Juzgado antepuso el derecho del embrión a la vida al derecho del ex marido de no convertirse en padre.

Las razones subyacentes a esta resolución son varias. En primer lugar, el juez analiza los trabajos preparatorios³⁶ de la ley sobre la fecundación asistida italiana, donde se reconoce expresamente el derecho a la vida al embrión.

Según la sentencia n. 151 de 2009 de la Corte Constitucional, el artículo 2 de la Constitución atribuye la tutela al embrión, susceptible de debilitarse solo en caso de conflictos con otros intereses que tienen igual importancia como el derecho a la salud de la mujer.

Además, el Tribunal de justicia de la Unión Europea considera los embriones portadores de valores³⁷ e intereses a balancear con los derechos de terceros.

En segundo lugar, el Tribunal se enfoca sobre el consentimiento del ex pareja. El artículo 6 dispone que no se puede revocar el consentimiento después de la fecundación. Esa declaración de voluntad es determinante para la paternidad, excluyendo la relevancia de posturas y eventos posteriores a la fecundación. La libertad de procrear acaba con la fecundación, con lo cual desde ese momento hay

35 Cfr. FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción*, cit., pp. 227-228. La autora advierte, a la luz de los casos resueltos por los diferentes tribunales, que, en la casi generalidad de los supuestos, los conflictos sobre la disposición de los preembriones con motivo de crisis de pareja han finalizado estimado la pretensión de la parte que se oponía a la implantación. Conclusión a la que han llegado los tribunales a partir de argumentos y metodologías muy diferentes, en función de la mayor o menor regulación de las técnicas de reproducción asistida en cada ordenamiento. FEMENIA LÓPEZ, P. J.: *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 23, pone de relieve como la Gran Sala, en su resolución de fecha 10 de abril de 2007, si bien entiende que el consentimiento de ambas partes es un elemento esencial de este tipo de reproducción, y que cada uno de los consentimientos por separado, sea el del futuro padre o el de la futura madre, tiene el mismo peso que el del otro, sin embargo, observa que la revocación del consentimiento por parte de cualquiera de los miembros de la pareja imposibilitaría la utilización de los embriones por más que esta decisión sea especialmente dura para la otra parte.

36 A propósito del artículo 13: "Le disposizioni in questione danno quindi fondamento al diritto del concepito a nascere previsto dall'articolo 1". El derecho a la vida está consagrado por las disposiciones 6 y 14 también.

37 Sobre la noción de embrión vid. ZECCHINO, I.: "La nozione di «embrione umano» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 2, p. 503.

que considerar prevalente el derecho a la vida del embrión. Las crisis matrimoniales no pueden constituir un obstáculo al libre desarrollo del embrión ya formado.

Dicha ordenanza, en total contraste con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2007, ofrece la ocasión para reflexionar sobre posibles daños indemnizables al ex marido.

En particular, la doctrina se pregunta si puede ser reparado el daño moral del ex marido por convertirse en padre sin seguir teniendo un proyecto de vida común con aquella mujer.

Ahora bien, frente al derecho del marido de no estar obligado a tener un hijo se encuentra el de la mujer de procrear,³⁸ así como el derecho a la vida del embrión.

Si es verdad que el reconocimiento de amparo completo del embrión es un concepto muy reciente, sin embargo el consentimiento de los miembros de la pareja a la reproducción asistida tiene que ser siempre actual.

Las diferentes circunstancias en las cuales ellos se encuentran no pueden ser excluidas. La intención de tener hijos debe ser común tanto en principio como a lo largo del tratamiento médico, de lo contrario se puede perjudicar al nacido, deseado, como en este caso, solo por la madre.

Aunque la jurisprudencia en ese ámbito es inexistente, no parece tan remota la posibilidad de reparar ese daño moral, si bien aprobado por el hombre.

Es decir, el varón tiene que probar la subsistencia de los presupuestos de la responsabilidad civil³⁹: una acción u omisión antijurídica, un criterio de imputación subjetivo, como pauta que justifique la imputación del daño al causante, el daño y una relación de causalidad, basada en una imputación objetiva, entre dicha acción u omisión y el daño.

Entorno al daño hay que distinguir, por un lado, la agresión, elemento esencial sin el cual no existe la responsabilidad civil: la lesión a intereses o derechos dignos de protección que causa la acción u omisión antijurídica. Por otro, el daño patrimonial y/o moral a resarcir⁴⁰.

38 Es preciso destacar que la mujer haya confiado en la voluntad del marido que había expresado su consentimiento.

39 Vid. el artículo 1902 del código civil español y el artículo 2043 del código italiano.

40 CASAS PLANES, M. D.: "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", en AA.VV.: *Anuario de derecho civil*, 2021, vol. 74, núm. 2, p. 470.

En este ámbito resultará muy difícil demostrar la vulneración de su derecho, digno de protección, pero evaluado inferior al derecho a la vida del embrión.

Asimismo, más problemática podría ser la dirección de la acción, es decir no resulta fácil identificar el sujeto pasivo de la demanda. En la duda, la ex pareja podría dirigirse hacia la mujer que ha antepuesto su interés al proyecto común, ya finalizado, o bien hacia el centro médico que no ha evaluado la actualidad de su consentimiento.

Otro perjuicio que se podría suponer está conectado con el artículo 32 de la Constitución italiana que prevé que nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento sanitario obligatorio.

El protagonista de la ordenanza italiana del 2021 afirma haber sufrido también ese daño. En realidad, compartiendo la postura del juez sobre este punto, se puede destacar que la imposibilidad de revocar el consentimiento produzca exclusivamente efectos acerca de la asunción de paternidad.

V. FECUNDACIONES "PÓSTUMAS" Y DAÑOS AL MENOR.

La "orfandad" premeditada a la que se somete el nacido por la fecundación "post mortem" ha generado dudas sobre el respeto del principio del interés superior del menor, que propugnan tanto la ley orgánica española 1/1996 como la Convención de los Derechos del Niño del 1989.

La doctrina se interroga si la ausencia del rol paterno y la construcción de un hogar monoparental sean compatibles con el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser educado por parte de ellos⁴¹.

Los estados que admiten la inseminación "post mortem" han antepuesto el interés de procrear y de tener herederos al derecho del menor a tener dos padres.

Según algunos autores⁴², privar voluntariamente a un hijo de progenitor para el resto de sus días, por mucho deseo de perpetuarse o de dejar un heredero de sangre, incluso bien arropado patrimonialmente, se puede definir como una jugada con las cartas en manos de un solo jugador y se presta un flaco servicio al futuro ser humano.

41 *Vid. Art. 7 Convención de los Derechos del Niño*

42 *Vid. MARTINI, A.: Profili giuridici della procreazione, cit., p. 143.*

Ahora bien, el libre acceso a las técnicas de reproducción asistida extranjeras hace que la prohibición de la fecundación “post mortem”, propia de algunos países, sea, en cierto sentido, más suave.

Ese hecho plantea la cuestión sobre una potencial indemnización de daños al nacido sin padre.

Por un lado, hoy en día, la paternidad tiene varios matices. No existe solo la familia tradicional que consta de padre y madre, sino también la familia que consta de dos madres así como la de dos padres. Existe, además, la familia monoparental⁴³ en aquellos países que regulan la inseminación “post mortem” o bien permiten a la mujer sola el acceso a las técnicas de fecundación asistida.

La Corte Constitucional italiana llegó recientemente a la conclusión que no es posible descartar la capacidad de la mujer sola para desarrollar funciones parentales⁴⁴. Por lo tanto no se puede excluir, “tout court”, la capacidad parental.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos que prohíben la fecundación “post mortem” parecen admitir una pauta fisiológica de doble paternidad, con lo cual se podría reparar el daño por haber nacido con un solo padre.

Para que prospere cualquier petición indemnizatoria, el presupuesto esencial e ineludible es la existencia de un daño cierto que la sustente. Dado que el reclamante es el nacido, el daño indemnizable lo constituye la propia vida con un solo padre, entendida esta como un perjuicio frente a la no-vida, como estado ideal para el sujeto actor.

Por varios motivos⁴⁵, tanto en los Estados Unidos, como en Europa, estas demandas no prosperan.

Se puede, por ejemplo, hacer referencia a las conclusiones a las que el Tribunal Supremo Italiano llegó a propósito del derecho de no nacer si no sano.

La vida es un derecho inalienable de cada persona ex artículo 2 de la Constitución italiana; sería una paradoja indemnizar el daño por haber nacido.

43 Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Pérdida irreparable”, cit., p. 1945: “En una sociedad como la nuestra no es necesaria la existencia de ambos progenitores, ni la norma constitucional lo exige (casos de desconocimiento del niño a su padre: el hijo póstumo fruto de una procreación natural, o el hijo de madre soltera o la adopción unilateral de persona soltera, o la concepción por dos madres con material genético anónimo...)”.

44 Corte Constitucional italiana, sentencia 20 octubre – 4 noviembre 2020, núm. 230, *Dejure online*.

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

En el caso de discapacidad del hijo, según el Tribunal de legitimidad italiano⁴⁶, la madre puede demandar la indemnización de los daños por lesión de su derecho de autodeterminación. Es decir, no habiendo recibido una información adecuada por el médico, no pudo ejercitar su derecho de interrupción de embarazo.

Pueden repararse, también, los daños de los otros hijos que no pueden beneficiar de manera total de una relación con los padres, ocupados con el hijo discapacitado.

No parece, por lo tanto, indemnizable el daño de haber nacido "huérfano" de un padre, ya que la alternativa era no nacer.

A la misma conclusión se puede llegar con referencia a las fecundaciones "post matrimonium". De hecho, el nacido puede beneficiar de las dos figuras de manera separada, ningún daño se identifica si el nacimiento por fecundación asistida ocurre cuando los miembros de la pareja deciden separarse o bien divorciarse.

El equilibrio entre derechos e intereses es una realidad con la cual el juez y el legislador se topan a cada paso.

No se puede balancear de una vez para todas, "sub specie aeternitatis", cabe dejar el mito de la certidumbre y el abstracto.⁴⁷ Si hay balance no hay daños, en cuanto se prefiere un derecho a otro.

VI. CONCLUSIONES.

El ámbito de las fecundaciones "póstumas" resulta delicado y al mismo tiempo complejo. Su reglamentación representa claramente el desafío cotidiano al que tiene que enfrentarse el derecho. Es decir, traducir en normas la realidad dinámica y fluctuante. Esta tarea se hace más difícil cuando hay implicaciones éticas. En este contexto hay que atender a los nuevos modelos familiares como el de la familia monoparental. Si la aspiración de todo ser humano a tener hijos es justa y legítima, sin embargo hay que tener en cuenta el interés superior del embrión/menor para satisfacerla.

El legislador de cada País no tiene siempre la última palabra sobre el argumento. De hecho, la elección de una legislación restrictiva no impide a las parejas moverse a otros estados que admitan la fecundación asistida "post mortem". Por esta razón los jueces, topándose con vacíos legales, tienen que "mezclar los naipes en el juego", resolviendo los pleitos de manera conforme a los principios generales.

⁴⁶ Vid. Corte di Cassazione italiana, Sez. Un., sentencia 22 diciembre 2015, núm. 25767, *Dejure online*.

⁴⁷ PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm 10, p. 40.

Los Tribunales europeos brindan una importante contribución, pero es preciso considerar las peculiaridades y las evoluciones culturales y sociales. Sobre todo en las materias que implican cuestiones delicadas en el orden ético y moral, los estados conservan un amplio margen de apreciación.

La materia de las fecundaciones “póstumas” plantea muchas cuestiones que analizar. La regulación de los códigos civiles de la mayoría de los ordenamientos europeos respecto a la filiación y sus efectos, no menciona las técnicas de reproducción humana asistida, ni la fecundación “post mortem”, y ello sería deseable para evitar conflictos sobre ella. Además, sería necesario indicar la misma en sede de sucesiones, tanto testamentaria como abintestato.

El problema que más llama la atención es la indemnización del daño moral provocado por las fecundaciones “póstumas”. Este daño se puede definir como un estado o sentimiento de zozobra, pesadumbre o sufrimiento de la persona ante un determinado hecho. La peculiaridad deriva de su propia naturaleza, por su dificultad a la hora de cuantificarlo. De hecho, presenta tanto problemas de prueba en el momento de determinar su existencia como en el momento de cuantificarlo. Además, al tratarse de algo subjetivo y personal puede aparecer de forma muy distinta en cada persona, siendo esta otra dificultad añadida para su determinación. En la materia de las fecundaciones póstumas los sujetos que pueden ser afectados son varios. Sin embargo, hasta hora, en un solo caso el Tribunal Superior de Madrid reconoció la reparación del daño moral a la viuda por la pérdida del material reproductor del marido fallecido. Sin llegar a la indemnización de los daños “de bagatela”, se desea que el panorama reparatorio aumente, siempre que el perjudicado pruebe todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

En materia de fecundación asistida “post mortem” se suscita un claro conflicto de intereses. Por una parte, el interés de la mujer a procrear, así como el del varón a tener descendencia póstuma y, por otra, el interés del menor que nacerá a ser asistido por sus progenitores. En materia de fecundación “post matrimonium”, también, el interés de la mujer de tener hijos choca con el interés de la ex pareja de determinar el destino de su material reproductor después de la crisis matrimonial y el amparo del embrión ya formado. En este momento histórico, el conflicto de estos intereses debe resolverse otorgando preferencia al interés del embrión. Esa perspectiva histórico-relativa aparece como la única para ofrecer soluciones razonables, ya que el balance de los valores no es inmutable.

BIBLIOGRAFÍA

BERLINGUER, G.: "Bioética cotidiana e bioética di frontiera", en AA.VV.: *Bioética* (coord. por A. DI MEO e C. MANCINA), Lampi di stampa, Milán, 1999, pp. 1-352.

BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J.: "(Comentario a la) Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales. El diez a quo para ejercer la acción es el momento en que se concluye el derecho del padre a relaciones con su hijo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, núm. 83, p. 902.

BUSTOS PUECHE, J. E.: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 171.

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

CASAS PLANES, M. D.: "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *Anuario de derecho civil*, 2021, vol. 74, núm. 2, p. 470.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "El menor como sujeto damnificado en la reproducción asistida humana", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 684.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Pérdida irreparable de preembriones crio conservados y daño moral de la viuda", *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, 2017, núm. 762, pp. 1943-1963.

DOGLIOTTI, M.: "La famiglia e l'«altro» diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale", *Famiglia e Diritto*, 2001, núm 2, pp. 164-170.

FARNÓS AMORÓS, E.: "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. Comentario a la STEDH, Sec. 4ª, de 7.3.2006, «Evans v. The U.K.»", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, p. 14.

FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 64-67.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J.: *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 23.

FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2001, núm. 4, p. 10.

INIESTA DELGADO, J. J.: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en AA. VV., *Tratado de Derecho de la Familia* (coord. por M. Y. TOLSADA, M. CUENA CASAS), Aranzadi, Madrid, 2011, vol. 5, p. 835.

LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

LLAMAS POMBO, E.: *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020, p. 201.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: "El resarcimiento de daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 4, p. 40.

MARCHESE, A.: "La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?", *Rivista di diritti comparati*, 2018, núm 2, p. 212.

MARTINI, A.: "Riflessioni sulla soggettività e capacità del concepito dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", *Vita Notarile*, 2005, núm. 2, p. 1153.

MARTINI, A.: *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Esi, Nápoles, 2006, p. 143.

MAZZONI, C. M.: "La tutela dell'embrione e del feto nel diritto italiano", *Notizie di Politeia*, 2002, núm. 65, p. 171.

NATALE, A.: "I diritti del soggetto procreato post mortem", *Famiglia, persone e successioni*, 2009, núm 6, p. 526.

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffré, Milán, 1984, p. 32.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2007, núm. 4, p. 605.

PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm 10, p. 40.

QUADRI, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, núm. 4, p. 566.

ROCA TRÍAS, E.: "La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en AA. VV.: *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (coord. por J. A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-566.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 134.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009, p. 74.

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

SALVI, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.

SANTAMARÍA SOLÍS, L.: "Técnicas de reproducción asistida", en AA.VV.: *Manual de Bioética* (coord. por G. M. TOMÁS GARRIDO), Ariel, Barcelona, 2001, p. 377.

STANZIONE, P.: "Procreazione assistita e categorie civilistiche", en AA.VV.: *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto Privato. I, Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Giuffré, Milano, 1998, vol. 2, p. 86.

VEGA, M. VEGA, J. MARTÍNEZ BAZA, P.: "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho Comparado", www.bioeticaweb.com, 31 de mayo del 2007.

VILLANI, R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 180.

ZECCHINO, I.: "La nozione di «embrione humano» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 2, p. 503.

ZUBERO QUINTANILLA, S.: "Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial", *Revista de Derecho civil*, 2021, núm. 2, p. 149.