

EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
EN ESPAÑA: NATURALEZA Y USUARIAS CON
DISCAPACIDAD

*THE ASSISTED REPRODUCTION CONTRACT IN SPAIN:
NATURE AND USERS WITH DISABILITIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 40, julio 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 696-719

Francisco Javier
REQUERAY
BACA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 2 de junio de 2025

RESUMEN: El uso de las técnicas de reproducción humana asistida se basa en el consentimiento previo, informado y por escrito de la usuaria receptora. Cuando la práctica tiene lugar en el ámbito de la sanidad privada, este consentimiento se encuentra enmarcado en un contrato en el ámbito médico, concretamente dentro de la llamada medicina satisfactiva, lo que genera dudas en cuanto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de este contrato, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha oscilado entre su categorización como obligación de medios o de resultado, con las consecuencias que ello conlleva en orden a apreciar un posible incumplimiento. A ello se le ha de sumar que el mantenimiento en la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción asistida de la terminología anterior a la reforma de la Ley 8/2021, señalándose entre los requisitos de las usuarias la “plena capacidad de obrar” que puede generar dudas acerca de si se trata de un olvido del legislador o si puede implicar limitaciones para el acceso a estas técnicas por parte de las usuarias con discapacidad, contraviniendo los principios de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; obligación de medios; incumplimiento contractual; consentimiento informado; persona con discapacidad.

ABSTRACT: *The use of assisted human reproduction techniques is based on the prior, informed and written consent of the recipient. When the practice takes place in the field of private healthcare, this consent is framed in a contract in the medical field, specifically within the so-called ‘medicine of satisfaction’, which generates doubts as to the nature of the obligations derived from this contract, taking into account that the jurisprudence of the Supreme Court has oscillated between its categorization as an obligation of means or of result, with the consequences that this entails in order to assess a possible breach of contract. To this must be added the fact that Law 14/2006 on assisted reproduction techniques maintains the terminology prior to the reform of Law 8/2021, stating among the requirements for users the ‘full capacity to act’, which may raise doubts as to whether this is an oversight by the legislator or whether it may imply limitations for access by users with disabilities, in contravention of the principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

KEY WORDS: *Assisted reproduction; obligation of means; breach of contract; informed consent; person with a disability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- I. Aspectos generales.- 2. La naturaleza de las obligaciones que surgen del contrato de reproducción asistida y su incidencia en orden al cumplimiento.- III. LAS USUARIAS CON DISCAPACIDAD EN LAS TRHA.- I. El acceso a las TRHA por parte de las usuarias con discapacidad.- 2. El consentimiento prestado por las usuarias con discapacidad en las TRHA.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las técnicas de reproducción humana asistida surgen en España como una forma de remediar la infertilidad de las parejas estériles, así como los deseos de las personas de ser padres. Estas prácticas son cada vez más una tendencia no únicamente a nivel nacional, sino también a nivel global, pues estamos en una sociedad en la que cada vez se dota de mayor importancia a la voluntad como medio para la determinación de la filiación por sobre el componente biológico, lo que sumado al avance de los derechos LGTBI+ y nuevas reformas legislativas como la Ley 4/2023, de 28 de febrero, hacen que filiaciones como la derivada de las técnicas de reproducción asistida sean una cuestión cada vez más relevante en nuestros modelos de familia y sistemas de filiación.

Estas técnicas en un inicio se encontraban reguladas por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que fue sustituida por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, que incluye los requisitos de las usuarias para poder someterse a este tipo de técnicas, las cuales habrán de prestar previamente su consentimiento por escrito de manera libre, consciente y expresa. Dejando a un lado los supuestos en los que la práctica tenga lugar dentro de la sanidad pública, generalmente esta práctica se materializará en un contrato entre la clínica o centro sanitario privado que realiza las técnicas de reproducción humana asistida y la usuaria, contrato que, por lo tanto, se encuadra en el ámbito médico o sanitario. La medicina posee un inherente factor de aleatoriedad, en el que cada paciente puede responder de forma distinta a un mismo tratamiento o intervención, sin embargo, de alguna manera se ha proteger los intereses de los usuarios de las prácticas médicas. A ello ha de sumársele la distinción que ha de realizarse entre medicina curativa y medicina satisfactoria, Esto ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a oscilar a la hora de calificar las prácticas médicas como obligaciones de resultado u obligaciones de medios, con la consiguiente incidencia en orden a la apreciación de un posible cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Esta cuestión relativa a la naturaleza de las obligaciones médicas, pero concernida al

• **Francisco Javier Requerey Baca**

Doctorando del Programa en Derecho de la Universidad de Cádiz. Abogado. Correo electrónico: javi.requerey baca@alum.uca.es.

contrato de reproducción asistida, será analizada en este trabajo con la finalidad de concluir si la no obtención de un resultado exitoso cabe entenderse como incumplimiento. En atención a la frecuencia con la que cada vez más se recurre a estas prácticas con la intención de tener descendencia, nos parece conveniente detenernos en esta cuestión.

Por otro lado, retomando los requisitos que han de reunir las usuarias que quieran someterse a estas prácticas, si bien las técnicas de reproducción asistida parecían vetadas para las usuarias con discapacidad que tuvieran limitada su capacidad de obrar de acuerdo con el art. 6 de la Ley 14/2006 que exige plena capacidad de obrar, tras la reforma legal de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), que adapta a nuestro ordenamiento jurídico el contenido de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), esto podría haber cambiado. De acuerdo con este nuevo sistema las personas con discapacidad deberían poder contratar y emitir consentimiento en igualdad de condiciones y con primacía de su voluntad y preferencias, pero el mantenimiento de la terminología anterior a la reforma por parte del legislador (igual ocurre en la Ley de Autonomía del Paciente) podría suscitar dudas que sugieran que, pese a la reforma legal, las usuarias con discapacidad podrían seguir estando vetadas de las técnicas de reproducción asistida. Es por ello por lo que hemos de plantearnos, ¿estamos ante un olvido del legislador o un intento de limitar el acceso a estas prácticas a las usuarias con cierto tipo de discapacidad? ¿Hemos de obviar la terminología anterior a la reforma y permitir el acceso a las técnicas a las usuarias con discapacidad? ¿Ha de ser válido un consentimiento a las técnicas de reproducción asistida prestado por quien ha precisado un apoyo para ello? Para ello, se tendrán que valorar diversas cuestiones, como pueden ser la emisión del consentimiento por parte de estas usuarias, el cual de acuerdo con la Ley 14/2006, habrá de ser de carácter personalísimo. Se habrá de atender a la validez del consentimiento prestado por las usuarias, las medidas de apoyo de las que precisan y los actos para los que se encuentran provistas. Hemos de poner de relieve que esta no es una práctica médica cualquiera, ya que de esta surge la concepción de un hijo y una correlativa maternidad, que tendrá que ser ejercida por la usuaria.

II. EL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

I. Aspectos generales.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) ofrece el marco legal sobre el que se sustentan este tipo de técnicas en España. El art. 3 recoge las condiciones que deben concurrir para la

aplicación de estas técnicas que se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan un riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. El art. 6 de la LTRHA establece que las usuarias de estas prácticas deberán tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar, además de haber prestado previamente su consentimiento por escrito de forma libre, consciente y expresa, todo ello con independencia de su estado civil u orientación sexual. También será necesario el del cónyuge no separado legalmente o de hecho en caso de haberlo. De igual modo, se informará previamente a la usuaria acerca de los posibles riesgos durante el embarazo que puedan derivarse para ella o su descendencia debido a la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. Esta información, así como el consentimiento prestado se realizarán en formatos que sean accesibles a personas con discapacidad. Cabe destacar que la usuaria no podrá elegir al donante, sino que será la clínica quien lo haga en atención a la similitud fenotípica e inmunológica.

En virtud de los arts. 3 y 6 de la LTRHA, estas prácticas basadas en un consentimiento informado se materializarán en un contrato entre la clínica o centro sanitario privado que realiza las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y la usuaria o usuarios de las mismas. Este contrato, pese a que no se establece expresamente, se entiende como un contrato en el que los especialistas llevan a cabo las prácticas necesarias para obtener la concepción asistida de una persona¹. Este, sin embargo, en contraposición a lo que indica el art. 1255 CC, no es un acuerdo en el que ambas partes puedan incluir los pactos y cláusulas que estimen oportunos, sino que se trata de contratos con condiciones generales, en los que las clínicas prestan un servicio genérico que los usuarios deciden si contratar o no, sin que quepa que estos últimos intervengan en la negociación del contenido de ese clausulado². Ello supone que en España los usuarios de las TRHA no pueden, por ejemplo, escoger al o a la donante, ni siquiera saber su fenotipo o características, pues esto lo realiza la clínica (art. 6.5 LTRHA), lo que hace que parte de la doctrina³ se plantee si podría ser beneficioso ampliar la autonomía de la voluntad de las partes y permitir que la usuaria pueda seleccionar o conocer al donante, lo que parece hoy en día inviable, debido a la garantía del anonimato de este, el cual se encuentra recogido en el art. 5.5 de la LTRHA.

1 FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones criopreservados", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 267.

2 *Ibidem*, p. 265.

3 *Ibidem*, p. 276.

Por otro lado, en un contrato de técnicas de reproducción humana asistida, como en cualquier otro contrato sinalagmático, ambas partes se comprometen a cumplir una obligación: de un lado, el centro o clínica se compromete a escoger las técnicas encaminadas a la obtención de la concepción asistida de una persona, informando de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos tanto para la mujer como para su descendencia (arts. 3.1 y 6.2 de la LTRHA); de otro lado, los usuarios se comprometen al pago de una cantidad de dinero determinada o determinable en caso de tratarse de una clínica privada.

En vista de lo anterior se plantea los siguientes interrogantes: ¿está obligada la clínica a la obtención de un resultado favorable?, ¿ha de informar detalladamente de todos los riesgos que pueden conllevar estas técnicas? La respuesta a estas cuestiones pasa por analizar la naturaleza de las obligaciones que derivan del contrato de reproducción asistida, en particular las que surgen para la clínica, ya que dependiendo de que sean calificadas como obligación de medios o de resultado, las consecuencias en orden al cumplimiento serán distintas.

2. La naturaleza de las obligaciones que surgen del contrato de reproducción asistida y su incidencia en orden al cumplimiento.

De acuerdo con el art. 1088 del Código Civil, las obligaciones pueden consistir en dar, hacer o no hacer. A su vez, las obligaciones de hacer han sido calificadas por la doctrina y la jurisprudencia como de medios o de resultado. Las obligaciones de resultado serán aquellas que se rigen por un sistema de responsabilidad objetiva, en el que la diligencia empleada o la culpa no adquieren valor, puesto que lo único relevante a la hora de exigir responsabilidades es la obtención del resultado querido, salvo que opere caso fortuito o fuerza mayor. Por su lado, las obligaciones de medios serán aquellas en las que se exija una actuación diligente por parte del deudor, sin que quepa responsabilidad alguna por la ausencia de un resultado concreto⁴, salvo que se pruebe que ha existido culpa o negligencia, rigiendo, por tanto, un sistema de responsabilidad subjetiva⁵.

Lo expuesto se ha de extrapolar al ámbito médico, ámbito en el que, como indica la doctrina mayoritaria, estamos ante obligaciones principalmente de hacer.

En el ámbito contractual español la regla general es la de la responsabilidad subjetiva⁶, en contraposición a la responsabilidad objetiva, por lo que no opera ni la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba y así lo indica

4 DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018, p. 316.

5 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil por vulneración del consentimiento informado (El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales)*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 379.

6 *Ibidem*, p. 369

reiteradamente el Tribunal Supremo en resoluciones como la STS de 10 de febrero 1996 o la STS núm. 272/2001, de 23 de marzo, siendo el demandante quien tendrá que demostrar dicha falta de diligencia por parte del obligado demandado.

En el ámbito sanitario esto también es así, siendo que para que se considere que existe una obligación de indemnizar, se ha de demostrar que el obligado no ha actuado diligentemente de acuerdo con la *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc* es definida por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS núm. 192/1991, de 11 de marzo⁷ como el criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, así como de la influencia de otros factores endógenos como pueden ser el estado e intervención del paciente, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).

Por otro lado, la solución acerca de la naturaleza de las obligaciones que derivan de un contrato celebrado en el ámbito sanitario o médico, se ha hecho depender de su inclusión en uno de los tres tipos de medicina que existen: la medicina curativa o preventiva; la medicina voluntaria o satisfactiva; y la medicina mixta⁸. Esta distinción puede no resultar del todo trascendental hoy en día en cuanto a la naturaleza de la obligación, pero sí que lo es en cuanto al consentimiento informado y el deber de informar al paciente⁹.

En cuanto a la naturaleza de la obligación, en la medicina curativa (y preventiva), es decir, aquella que tiene una finalidad terapéutica y curacional¹⁰, nunca se ha dudado de que nos encontramos ante una obligación de medios, en la que el profesional o centro se comprometen a actuar de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, pero no a obtener un resultado, debido al inherente componente de aleatoriedad que se desprende de la práctica médica¹¹.

Respecto de la medicina voluntaria, esta es aquella que “no tiene una finalidad curativa, sino que pretende mejorar el aspecto físico, anular la capacidad reproductora o lograr cualquier otra transformación satisfactoria del propio

7 Vid. también, STS 11 marzo 1991 (ECLI: ES:TS:1991:13345).

8 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 374.

9 *Ídem*.

10 SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2018, p. 6.

11 STS 13 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639).

cuerpo¹². Si bien es cierto que hasta tiempos recientes se ha venido calificando como una obligación de resultado¹³, la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto nunca ha sido clara, pues ha ido cambiando de posición a lo largo de los años. Si bien hasta hace no mucho tiempo se ha considerado que la medicina voluntaria era una obligación de resultado, donde los pacientes son más bien clientes, la sentencia más relevante en tiempos recientes, la STS núm. 828/2021, de 30 de noviembre, viene a confirmar lo dispuesto en la STS núm. 250/2016, de 13 de abril, al indicar que en las obligaciones de carácter médico, debido al inevitable componente de aleatoriedad inherente a las mismas, no cabe diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado, siendo estas siempre de medios, independientemente de si se trata de medicina curativa o satisfactiva debido al inexorable alea que también existe en este tipo de medicina. En este sentido se muestra también gran parte de la doctrina, como LLAMAS POMBO, quien considera que “toda actividad médica *per se* conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios. [...] En caso de fracaso en el tratamiento, todo lo que puede exigirse al médico es que demuestre la adecuación de los medios empleados en el tratamiento, pero nunca su total diligencia, lo cual viene además avalado por las dificultades de orden probatorio que tal exigencia supondría¹⁴”.

De igual modo, tal como indica FAYOS GARDÓ en consonancia con lo anterior, la responsabilidad del profesional sanitario y médico ha de estar basada en la culpa, tratándose esta de una obligación de medios y no de resultado, pues el médico no se obliga a obtener en todo caso la curación del paciente, sino que se compromete a poner en su actuación toda la diligencia posible que se derive de su atención científica y práctica. Esto es así igualmente en la medicina voluntaria, cuestión que nos atañe en este apartado, en la que el autor añade: “Ni siquiera en la llamada medicina satisfactiva o voluntaria (cirugía estética, análisis clínicos, radiología, algunos actos de odontología, esterilización...) puede reclamarse por la no consecución del resultado, como se hacía antes, ya que la tendencia actual de la jurisprudencia es evitar la aplicación de la distinción entre la obligación de medios y de resultado, porque los riesgos y complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía¹⁵”.

12 SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La responsabilidad médica”, cit., p. 6.

13 Vid. STS 3 octubre 2000 (ECLI: ES:TS:2000:7033). Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 6 (2), 2014, p. 62.

14 LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p. 73.

15 FAYOS GARDÓ, A.: *El sistema sanitario español y el valenciano (Curso de introducción al derecho sanitario)*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 128.

Cabe traer a colación un importante matiz, y es que en aquellos casos en los que el profesional o centro se comprometa expresamente a obtener un resultado concreto, sí que existirá una obligación de resultado, pero únicamente si se demuestra que este fue garantizado y no se obtuvo¹⁶. Sin embargo, existe doctrina que opina en aquellos casos en los que se garantice un resultado, debido al inherente componente de aleatoriedad al que hemos hecho referencia *ut supra*, se estará prestando una información incorrecta, y, por ende, un consentimiento viciado, dando lugar directamente a la inexistencia del contrato¹⁷.

En cuanto a la denominada medicina mixta, se entiende por tal aquella que no es de carácter curativo, pero tampoco es voluntaria, y que se lleva a cabo por padecer ciertos traumas probado, como puede ser, por ejemplo, la depresión¹⁸. Estamos, debido a todo lo argumentado en los dos párrafos anteriores, ante una obligación de medios¹⁹. Eso sí, existe parte de la doctrina que echa en falta la existencia de un contrato de obra en determinadas prácticas médicas, debido al gran avance de la medicina y la tecnología en los últimos tiempos²⁰.

Es por todo lo anterior por lo que la distinción entre medicina curativa y satisfactiva podría parecer que carece de sentido, dado que en ambos supuestos (incluyendo también la medicina mixta) estamos ante obligaciones de medios. No obstante, aún resulta de interés mantener esta dicotomía, ya que la verdadera importancia de esta distinción se encuentra en el deber de informar²¹, siendo que es un pilar fundamental de la práctica médica el consentimiento informado.

Como se detallará con mayor énfasis más adelante, el consentimiento informado es pieza clave en la obligación y práctica médica, tal como lo recogen los arts. 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente (en adelante LAP), al ser un derecho de todo paciente el ser informado de los riesgos a los que puede estar expuesto fruto de las acciones del profesional o centro sanitario y médico.

Dicho lo cual, hemos de retrotraernos a la afirmación antes realizada, al poner de relieve que la distinción entre medicina voluntaria/satisfactiva y curativa/preventiva cobra relevancia a la hora de informar al paciente de los posibles riesgos y tasas de éxito, y no tanto en el énfasis de distinguir entre obligaciones

16 SANTOS MORÓN, M^o. J.: "La responsabilidad médica", cit., p. 9.

17 DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica", cit., p. 378.

18 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 377.

19 DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica", cit., p. 318. Vid. también ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 376-377.

20 ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 376.

21 *Ibidem*. p. 377.

de medios y de resultado²². Ello se debe a que este deber de informar es mucho más detallado y estricto en aquellas prácticas de carácter voluntario, teniendo que informar el profesional sanitario acerca de posibilidades residuales o muy poco probables en las prácticas consideradas como voluntarias o satisfactivas²³. De este modo, los facultativos médicos así como el personal sanitario estarán obligados a informar de todos los posibles riesgos y pormenores que se deriven de la actividad médica, por residuales o mínimos que sean, así como de las tasas de éxito y fracaso, y ello debido a la innecesaridad -en el sentido más estricto de la palabra- de la intervención a la que se somete el paciente o cliente, lo cual puede hacer que, con toda la información a su disposición, este valore si someterse o no a la intervención deseada al tener un mayor margen de poder rechazar la práctica médica. A ello se le ha de añadir el deber de informar de "las posibilidades de que la intervención no comporte el resultado buscado", así como de los posibles resultados adversos o complicaciones derivadas de la intervención, con independencia de la frecuencia con la que estas se puedan dar²⁴. Todo ello se debe, a nuestro parecer, debido a una posible inclinación de los profesionales sanitarios -ni mucho menos generalizada- de evitar informar acerca de riesgos o tasas ínfimas que más que un riesgo real para el paciente, lo que puede suponer es una retracción del mismo de someterse a determinadas intervenciones, postura que también sugiere nuestro Alto Tribunal²⁵.

Todo lo expuesto hasta el momento ha de extrapolarse al ámbito contractual de las técnicas de reproducción humana asistida, a fin de determinar su naturaleza y el posible incumplimiento contractual por las partes contratantes.

En un contrato de técnicas de reproducción humana asistida, el centro o clínica se compromete a actuar de forma diligente y escoger las técnicas encaminadas a la obtención de la concepción asistida de una persona, escogiendo al donante apropiado cuando se trate de técnicas de reproducción asistida heterólogas (art. 6.5 LTRHA) y asegurando el estado de salud de la madre y del concebido (art. 3.1 LTRHA), evitando enfermedades de origen genético (art. 1. b) LTRHA), congénito y hereditario (art. 18.2 LTRHA) e informando de sus posibilidades de éxito (art. 3.1 LTRHA), de los posibles riesgos para la mujer y su descendencia en caso de embarazo a una edad clínicamente inadecuada (art. 6.2 LTRHA) y demás información requerida conforme al art. 3.3 de la LTRHA; de otro lado, los usuarios

22 LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico*, cit., p. 84.

23 STS 13 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639).

24 En este sentido, diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de Tribunales Superiores de Justicia como las SSTS 21 octubre 2005 (RJA 2005/8547); 22 noviembre 2007 (RJ 2997/8651); o la STSJ País Vasco 15 abril 2008 (ECLI: ES:TSJPV:2008:1413).

25 En este último extremo se muestra la STS 4 octubre 2006 (RJA 2006/6428).

se comprometen al pago de una cantidad de dinero determinada o determinable en caso de tratarse de una clínica privada²⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, hemos de extraer la premisa de que las prestaciones que se derivan del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se materializan en una relación contractual onerosa, son de medios, por lo que no se puede exigir ante un Tribunal el nacimiento o concepción que se busca con estas prácticas²⁷, y ello debido a que estamos indudablemente ante una práctica y una obligación de carácter médico. Por otro lado, y en consonancia con parte de la doctrina, hemos de considerar las técnicas de reproducción asistida como medicina voluntaria, pues carecen de una intención curativa o terapéutica²⁸. Es por ello por lo que el deber de informar en este tipo de técnicas será exhaustivo y minucioso, abarcando todas las tasas y porcentajes de éxito, así como los posibles riesgos no solo para el gestado, sino para la madre, que de estas técnicas se pueda derivar²⁹.

Por todo lo expuesto, concluimos este apartado afirmando que el incumplimiento por parte de la prestadora se daría en los siguientes supuestos:

1. En caso de no actuar con la máxima diligencia de acuerdo con la *lex artis ah hoc*³⁰, ya que la relación contractual que vincula al centro con la usuaria es la de un arrendamiento de servicios, donde se presta una obligación de hacer, de medios, no de resultado y en donde la diligencia exigida a la clínica constituye el objeto de la obligación. La clínica está obligada a desplegar todos los medios a su alcance (personales, científicos y materiales) para conseguir la gestación asistida, sin que la falta de dicho resultado implique el incumplimiento de la obligación, ya que la actuación diligente de la clínica no puede asegurar el nacimiento querido, al existir siempre determinados aspectos de aleatoriedad que pueden impedir el resultado pese a una actuación escrupulosa³¹.

2. En caso de no darse una información sumamente detallada que incluya los posibles riesgos y pormenores, por mínimos o admisibles que sean, así como la

26 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas (Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 85.

27 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad y técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 353.

28 DÍAZ PARDO, G.: "Consentimiento informado en la toma de decisiones para actos médicos. Respeto a la voluntad de la persona vulnerable", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018, p. 276.

29 FAYOS GARDÓ, A.: *El sistema sanitario español*, cit., p. 134.

30 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado*, cit., p. 75.

31 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad", cit., p. 356.

tasa de éxitos y fracasos al tratarse de una práctica de medicina voluntaria y recabar un consentimiento informado en tales extremos de acuerdo con la LAP³².

3. Y en aquellos supuestos en los que la clínica o centro garantice a la usuaria un resultado concreto y este no se dé³³.

Respecto de la parte prestataria, el incumplimiento devendría en un impago de la cantidad pactada cuando se trate de clínicas privadas.

III. LAS USUARIAS CON DISCAPACIDAD EN LAS TRHA.

I. El acceso a las TRHA por parte de las usuarias con discapacidad.

Como se ha visto, para la práctica de estas técnicas se requiere la previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de las posibilidades de éxito, riesgos y condiciones de dicha aplicación (art. 3 LTRHA). Por su parte, el art. 6 LTRHA establece que las usuarias de estas prácticas deberán tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar, además de haber prestado previamente su consentimiento por escrito de forma libre, consciente y expresa.

Cuando la práctica de la reproducción asistida tenga lugar en el ámbito de la sanidad privada, esta se materializará en un contrato entre la clínica o centro que lleve a cabo las prácticas y la usuaria. Hay que tener presente que el consentimiento es un elemento esencial en todo contrato, también en los que versan sobre TRHA. Además, el consentimiento informado es también esencial en toda práctica médica, tal y como señala el art. 2.2 de la LAP. Así, de acuerdo tanto a la LAP como a la LTRHA, el consentimiento informado por parte de los usuarios de estas técnicas habrá de ser prestado de forma libre, voluntaria, expresa y consciente. En concreto, por parte de la usuaria/receptora mayor de dieciocho años habrá de prestarse “en pleno uso de sus facultades” (art. 3 LAP) y “con plena capacidad de obrar” (art. 6 LTRHA).

En lo que respecta tanto a la LAP como a la LTRHA, sorprendentemente ninguna de las dos ha visto modificada su terminología en consonancia con la Ley 8/2021, pues el legislador no ha adecuado las expresiones “en pleno uso de sus facultades” (art. 3 LAP)³⁴ y “con plena capacidad de obrar” (art. 6 LTRHA) a la nueva terminología y sistema legal de la mencionada ley. Esta terminología, pese a que se encuentra superada tras la reforma de 2021, no deja de ser llamativa, ya

32 SANTOS MORÓN, M^o. J.: “La responsabilidad médica”, cit., p. 29.

33 DE LAS HERAS VIVES, L.: “Responsabilidad civil médica”, cit., p. 318.

34 Vid. también art. 9.3 b) que sigue expresando que se otorgará el consentimiento por representación “Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”.

que, pese a que con casi total seguridad se trata de un mero olvido involuntario del legislador, no deja de ser una forma de limitar el acceso a las TRHA por parte de las personas con discapacidad.

De lo que no cabe duda es de que con anterioridad a la reforma que opera la Ley 8/2021, el acceso a este tipo de técnicas se encontraba vetado para las usuarias con una discapacidad psíquica, y así lo sostiene parte de la doctrina, como DÍAZ PARDO para quien el art. 6 de la LTRHA exige que la usuaria tenga plena capacidad de obrar, para poder emitir conforme a la LAP un consentimiento libre, consciente y expreso. De acuerdo con la legislación previa a la reforma, todas las mujeres incapacitadas legalmente quedaban excluidas del acceso a las TRHA, independientemente del contenido de la resolución, por no tener “plena capacidad de obrar”. Respecto a aquellas mujeres que no se encontrasen inmersas en un procedimiento judicial, pero pudieran tener alguna discapacidad intelectual, entiende la autora que también quedaban excluidas, dada la necesidad de que el consentimiento fuera consciente³⁵.

Sin embargo, la reforma legal que introdujo la Ley 8/2021 supone el abandono de la dicotomía existente hasta el momento que distinguía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo estas sustituidas por una capacidad jurídica que engloba tanto la potestad de ser titular de derechos y de obligaciones como la de ejercerlos plenamente. Esta reforma obedece a la necesidad de adaptar a nuestro derecho el contenido de la CDPD, firmada en Nueva York en 2006 y ratificada por España en 2008. Este nuevo sistema opta por dotar de una mayor autonomía a las personas con discapacidad, eliminando figuras como la de la incapacitación judicial, así como la terminología peyorativa hacia estas personas reinante en nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento. De esta forma, se sustituye un modelo previo de un mayor carácter “médico” por uno de carácter social³⁶, en el que lo que prevalece es la autonomía de las personas con discapacidad, sus preferencias, deseos y desarrollo de la personalidad. Esta idea se ve respaldada por la modificación de los sistemas de apoyo y representación anteriores a la reforma, de tal manera que la tutela queda únicamente reservada para los menores de edad, siendo la curatela la figura encargada de asistir a las personas con discapacidad y, únicamente en casos excepcionales, representarlas (art. 269 CC). El curador asistencial, por tanto, pasa a ser una figura central de la nueva reforma, encargándose este de promover la autonomía, voluntad y autoestima de la persona con discapacidad hasta donde le sea posible, sin olvidar que las personas con discapacidad ahora ostentan los mismos derechos (y accesibilidad a los mismos) que el resto de las personas.

35 DÍAZ PARDO, G.: “Consentimiento informado”, cit., p. 275.

36 SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, p. 299.

De igual modo, conviene recordar que la propia CDPD en su art. 23.1 b) reconoce el derecho de las personas con discapacidad a que “Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”. El apartado c) del mismo precepto, por su lado, indica que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, (tienen derecho o a que) mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

A lo dispuesto en la CDPD se le ha de sumar la existencia de las propias TRHA, las cuales no tienen otro fundamento que la de facilitar o permitir tener descendencia a los usuarios³⁷. En las TRHA lo que se persigue es posibilitar a los usuarios ser padres, permitiendo su acceso incluso a través del sistema de la seguridad social. Esto se ve respaldado por el hecho de que el art. 7.3 de la LTRHA permita la doble maternidad de mujeres casadas y la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero la de las parejas de mujeres no casadas³⁸. De igual modo, cabe destacar que en virtud del art. 56 CC, las personas con discapacidad pueden contraer matrimonio, por lo que, aunque no sea ello sinónimo de tener hijos, sí que indica la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar y en la sociedad actual en el plano legal. Por su lado, destacar la importancia de la reciente modificación del art. 9.5 de la LAP, el cual ahora reza: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

Debido a todo lo expuesto, debemos de optar por considerar que la conservación de la antigua terminología se trata de una omisión involuntaria del legislador. Y ello se debe a que la realidad es que dicha terminología y todo lo que ella conlleva se encuentra superada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en consonancia con la CDPD, que garantiza la igualdad efectiva de las personas con discapacidad, así como su capacidad para obligarse y contratar. Antes de dicha reforma no cabe duda de que, efectivamente, las personas con cierta discapacidad se encontraban vetadas del uso de las técnicas de reproducción asistida, pero actualmente, limitar el acceso de las personas con discapacidad a este tipo de

37 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: “Mujer con discapacidad”, cit., p. 353.

38 Art. 16.2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: “Sin perjuicio del proceso de actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando las prestaciones de la misma sean las técnicas de reproducción humana asistida, se garantizará el acceso a estas técnicas a mujeres lesbianas, mujeres bisexuales y mujeres sin pareja en condiciones de igualdad con el resto de mujeres, y asimismo a las personas trans con capacidad de gestar, sin discriminación por motivos de identidad sexual.”

prácticas por el uso de una terminología ya superada supondría una discriminación hacia estas, contraviniendo la actual legislación y el espíritu de la reforma.

Por lo tanto, esta terminología ha de entenderse superada con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la cual elimina la incapacitación y da paso a considerar que las personas con discapacidad tienen el pleno ejercicio de su capacidad jurídica y que, únicamente cuando sea necesario, pueden verse asistidas por medidas de apoyo. Por ello, reiteramos que ha de entenderse la no modificación de los términos antes indicados como un olvido u omisión involuntaria del legislador, sin que se trate de realizar una diferenciación o exclusión de las personas con discapacidad a la hora de acudir a las TRHA. Y ello se debe a que, en el marco legal establecido por la Ley 8/2021, toda persona con discapacidad debería poder contratar y obligarse en igualdad de condiciones al resto de personas sin que quepa distinción y siendo asistida únicamente en los casos en los que sea necesario. Es por ello por lo que podemos afirmar que cualquier mujer mayor de dieciocho años puede ser usuaria de las TRHA³⁹, pues hemos de obviar el término “plena capacidad de obrar”. Sin embargo, cabe prestar especial atención al consentimiento emitido por la persona con discapacidad, en particular cuando este tiene lugar en el ámbito médico y sanitario. Ello plantea la necesidad de evaluar el consentimiento emitido por parte de las personas con discapacidad en las TRHA.

Bajo el prisma de este entramado jurídico y en lo que a nosotros nos atañe, se ha de estudiar la igualdad efectiva de las personas con discapacidad en lo que respecta al consentimiento informado en el ámbito sanitario, cuestión que se abordará a continuación.

El consentimiento prestado por las usuarias con discapacidad en las TRHA.

En lo que a nosotros corresponde, el ámbito del presente apartado se ha de centrar en el consentimiento emitido por las personas con una discapacidad, al exigir tanto la LAP como la LTRHA un consentimiento “consciente”.

En primer lugar, tal como indica la LAP en su art. 9.7, en consonancia con la reforma de la Ley 8/2021 y la CDPD, se ha de respetar el principio de accesibilidad para todas las personas, favoreciendo que sea la usuaria quien preste consentimiento por sí misma. Esta será la principal intención, por lo que, en cada caso concreto, los médicos tendrán una labor extra de informar conforme a las necesidades concretas de cada persona con discapacidad⁴⁰. En caso de que la persona se encuentre provista de medidas de apoyo, ya sean voluntarias o

39 SERNA MEROÑO, E.: “El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad: posibilidad de ser usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida”, en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 599.

40 DÍAZ PARDO, G.: “Consentimiento informado”, cit., p. 254.

judiciales, se habrá de atender a estas, así como a la resolución judicial que las determine. Aunque en principio esto no debería ser impedimento al prever la LAP el consentimiento emitido por la persona con discapacidad provista de las medidas de apoyo necesarias, sí que consideramos que puede haber excepciones.

Tal como hemos hecho referencia en el párrafo anterior, se ha de traer a colación en esta materia lo dispuesto en el art. 9.7 de la LAP, el cual establece, respecto de los pacientes con discapacidad, que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, respetando su dignidad personal y siempre en su favor. Además, el paciente participará en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, y si este fuese una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, además de proporcionarle la información en formatos adecuados, de tal manera que le resulte accesible y comprensible, en pro de que sea la persona con discapacidad quien preste por sí misma consentimiento⁴¹. Todo ello deja claro que en la LAP se prevé el consentimiento de las personas con discapacidad en el ámbito médico y sanitario por medio de la representación, así como en los casos en los cuales se encuentren provistas de medidas de apoyo asistenciales.

Por otro lado, la usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo con el art. 6 de la LTRHA, deberá ser una mujer mayor de dieciocho años y que haya emitido un consentimiento informado por escrito y de forma libre, consciente y expresa.

Pese a la generalización con la que se les suele tratar, las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo, por lo que se habrá de atender a las necesidades y particularidades de la persona con discapacidad en cada caso concreto. Se ha de distinguir entre aquellas personas con una discapacidad psíquica y cognitiva, que afecta a su capacidad intelectual y capacidad de entendimiento. Por otro lado, están las personas que presentan una discapacidad de carácter físico. Y, por último, personas con una discapacidad sensorial, como puede ser auditiva o visual.

La discapacidad sensorial únicamente plantea la necesidad de que los centros proporcionen la información, así como todos los riesgos derivados de las prácticas, en medios a los que las personas dependiendo de su discapacidad sensorial puedan tener acceso y emitir un consentimiento informado válido, por lo que no hay ningún problema a la hora de que las personas con discapacidad sensorial

41 CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: "La autodeterminación de la mujer con discapacidad intelectual sobre su salud y libertad sexual", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 339.

presten su consentimiento para ser usuarias de estas técnicas⁴². Respecto de la discapacidad física, se habrá de atender a que dicha alteración de carácter físico pueda ser un riesgo para la madre o para el nacido, puesto que es deber de los centros garantizar la seguridad de ambos, inclusive cuando aun conociendo los riesgos la usuaria acepte⁴³. El facultativo en cada caso concreto deberá valorar si la discapacidad física supone un riesgo proporcional a asumir en caso de llevar a cabo estas técnicas, pero, *a priori*, no plantea problemas en cuanto a la emisión de un consentimiento informado⁴⁴. Por su lado, la discapacidad psíquica *per se* no es un impedimento como tal para el acceso a las TRHA, no obstante, esta discapacidad psíquica ha de ser necesariamente compatible con que la usuaria pueda comprender la información que el centro médico le proporciona, ya que es requisito indispensable que la usuaria preste un consentimiento libre y consciente. Ello, por tanto, obliga a los facultativos a proporcionar toda la información relativa a las técnicas en formatos y condiciones accesibles a las necesidades de la persona con discapacidad en cada caso particular⁴⁵.

Ahora bien, como parte de la doctrina afirma, la exigencia de que sea la usuaria quien preste su consentimiento de forma personalísima, excluye cualquier consentimiento prestado por representación, quedando fuera de este ámbito material las usuarias con discapacidad provistas de una curatela representativa⁴⁶, pese a que la LAP sí que prevé el consentimiento por esta vía para la generalidad de las prácticas médicas. Ello se ve respaldado por la interpretación que ex art. 287 CC ha de realizarse, entendiendo que actos como el cambio de nombre y apellidos, de sexo, celebración de matrimonio o el sometimiento a las técnicas de reproducción asistida son actos que por su carácter personalísimo no admiten asistencia o representación⁴⁷. En esta línea se mueve gran parte de la doctrina, que sostiene que al carácter personalísimo que reviste esta materia hace imposible otorgar validez al consentimiento prestado a través de una curatela con funciones representativas.

Otros autores van más allá, considerando y extendiendo esta imposibilidad de acceder a las TRHA a las usuarias con discapacidad provistas de medidas de apoyo asistenciales, como CAZORLA GONZÁLEZ, para quien la reproducción asistida parece estar vetada para las personas con discapacidad, debido a que el art. 6 de la LTRHA exige “plena capacidad de obrar” de la persona receptora de las

42 SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida”, cit., p. 301.

43 SERNA MEROÑO, E.: “El derecho a la maternidad”, cit., p. 600.

44 SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida”, cit., p. 301.

45 *Ibidem*, p. 302.

46 *Ibidem*, p. 300. Vid. también DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: “Mujer con discapacidad”, cit., p. 349.

47 JORQUI AZOFRA, M. y LUQUIN BERGARECHE, R.: “La curatela de la persona con discapacidad”, en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 703.

técnicas, excluyendo la validez del consentimiento prestado por representación y, por extensión, el que incluye cualquier apoyo voluntario desprovisto de control judicial⁴⁸. En esta misma línea se sitúa GONZÁLEZ CARRASCO, para quien la terminología del art. 6 de la LTRHA es determinante, al exigir que el consentimiento sea emitido por la usuaria mayor de edad con “plena capacidad de obrar”, dejando fuera, por tanto, el consentimiento emitido por representación, así como también el consentimiento emitido por la persona con discapacidad provista de medidas de apoyo asistenciales o no representativos que incluyan la toma de decisiones en el ámbito sanitario. Ello se debe no tanto a la expresión “plena capacidad” sino a la ausencia de controles judiciales, médicos e institucionales que vengán a verificar la aptitud de la usuaria para prestar un consentimiento acorde a la importancia y los riesgos de estas prácticas, así como de las implicaciones jurídicas que suponen la emisión de un consentimiento informado en materia de reproducción asistida⁴⁹.

Pese a la opinión de esta parte de la doctrina y a que con la terminología en la mano podríamos considerar que la accesibilidad a las TRHA por las personas con discapacidad se encuentra limitada, no podemos obviar que del espíritu de la CDPD y de la reforma de 2021 hemos de extraer que las personas con discapacidad tienen capacidad para prestar su consentimiento ya sea tanto en el ámbito contractual como en el sanitario por sí solas y, por tanto, acceder a las TRHA en igualdad de condiciones al resto de usuarias. El supuesto ideal y buscado, por tanto, es que sea la usuaria la que preste el consentimiento por sí misma, tras haber sido informada de todos los extremos, riesgos y tasas de éxito (no olvidemos que estamos ante medicina no curativa)⁵⁰ en los medios que sean oportunos para garantizar su comprensión y entendimiento. Para el caso de que la persona/usuaria con discapacidad se encuentre provista de medidas de apoyo, se habrá de atender al carácter de estas. De igual forma, se habrá de atender al contenido de la resolución judicial que determina el contenido y alcance de estas medidas de apoyo, que lo más normal es que se constituya en una curatela asistencial. Esta curatela asistencial puede no ser provista para el apoyo en la toma de decisiones de ámbito sanitario, por lo que la persona con discapacidad, en principio, comprende y puede emitir consentimiento⁵¹. En el caso de que la curatela asista a la persona en la toma de decisiones médicas, tal como acabamos de ver, parte de la doctrina considera que ha de excluirse la validez de este consentimiento⁵². Sin embargo, del espíritu de la reforma, así como de lo indicado en el art. 9.7 de la LAP, hemos de extraer lo contrario, puesto que dicha curatela

48 CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: “La autodeterminación”, cit., p. 339.

49 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 39, p. 241.

50 STS 30 noviembre 2021 (ECLI: ES:TS:2021:4355).

51 CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: “La autodeterminación”, cit., p. 339.

52 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 241. *Vid.* también CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: “La autodeterminación”, cit., p. 339.

no sustituiría en ningún momento la voluntad de la persona con discapacidad, ni siquiera a la misma persona, ya que sería ella quien a fin de cuentas prestaría consentimiento. El curador se encargaría de promover la autoestima y voluntad de la usuaria para garantizar que comprende la práctica a la que se va a someter, pero es esta quien tiene que emitir el consentimiento final. La cuestión, en todo caso, estaría en determinar si, dada la particularidad de esta práctica médica de generar una serie de efectos jurídicos como son la maternidad y todo lo que conlleva, la labor del curador de asistir a la usuaria con discapacidad es suficiente para que la persona pueda acceder a las TRHA, ya que, una vez se ha producido el alumbramiento, la maternidad será ejercida (exclusivamente o junto a su pareja/cónyuge) por la usuaria⁵³.

Menos dudas nos deja, por su lado, el posible consentimiento emitido por medio de una curatela con funciones representativas. Respecto del consentimiento prestado por la usuaria provista de una curatela representativa, tal como hemos indicamos en párrafos anteriores, del art. 287 CC ha de extraerse que actos como el cambio de nombre y apellidos, de sexo, celebración de matrimonio o el sometimiento a las técnicas de reproducción asistida son actos que por su carácter personalísimo no admiten asistencia o representación, sobre todo, partiendo de la base de que la curatela representativa tiene un carácter excepcionalísimo, por lo que estaríamos hablando de una usuaria con un grado relevante de discapacidad. Tampoco se encuentra previsto en el texto de la LTRHA que se pueda prestar consentimiento por la vía de la representación, al contrario, pues el art. 6 exige que sea la usuaria quien lo emita. Y, es que una cuestión es el derecho que las personas con discapacidad tienen para emitir un consentimiento en el ámbito médico de carácter curativo incluso a través de la representación, pues de otro modo no podrían acceder a las prácticas que curen o palien su padecimientos, y otra muy distinta es dotar de validez al consentimiento por medio de la representación en unas técnicas exclusivamente orientadas a la gestación de un hijo, de carácter totalmente voluntario y que son el inicio de un largo recorrido como es la maternidad, con todas las consecuencias y responsabilidades que ello conlleva.

Es por todo lo expuesto que, en sintonía con la doctrina mencionada, consideramos que la terminología anterior a la reforma empleada tanto en la LAP como en la LTRHA y que no ha sido modificada es contraria al derecho a la accesibilidad universal que reconoce la CDPD⁵⁴, en la medida que alude a una limitación en el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las usuarias con discapacidad en igualdad de condiciones al resto de personas. Ello se debe a que del espíritu de la reforma, así como de lo que dispone la Convención,

53 DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad", cit., p. 367.

54 *Ibidem*, p. 365.

las usuarias con discapacidad deberían poder acceder a este tipo prácticas, ya sea emitiendo consentimiento por sí mismas o asistidas cuando se encuentre provistas de medidas de apoyo de carácter asistencial. Diferente es el supuesto de las usuarias provistas de una curatela con facultades representativas, pues en este supuesto no podrían acceder a este tipo de técnicas debido al inherente carácter personalísimo de las mismas, lo que sería incompatible con un consentimiento prestado por quien sustituye a la pretendida usuaria. Otra cuestión sería la de una curatela representativa sin incidencia en la toma de decisiones médicas, por lo que, se habrá de atender en cada caso concreto al contenido de la resolución que provee dichas medidas.

Es por tanto necesaria una reforma por parte del legislador de los artículos ya mencionados de la LTRHA y de la LAP, de tal manera que se elimine cualquier tipo de terminología que aluda a una limitación a las usuarias con discapacidad que puedan prestar consentimiento por sí mismas o asistidas por medidas de apoyo de carácter asistencial. Esta modificación no solo ha de eliminar cualquier atisbo de duda, sino que habrá de incluir los supuestos y formas en los que la persona con discapacidad podrá emitir consentimiento al uso de estas técnicas, dependiendo de si se encuentran provistas de medidas de apoyo y el carácter de estas.

IV. CONCLUSIONES.

Podemos afirmar que las técnicas de reproducción humana asistida son una práctica médica, y como toda práctica de carácter sanitario, calificable como una obligación de medios. Ello se debe a que, como bien afirma el Tribunal Supremo, en toda práctica médica existe un inevitable componente de aleatoriedad que hace que no pueda garantizarse un resultado a un paciente con total seguridad. La obligación del facultativo, por tanto, reside en actuar de la forma más diligente posible de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, así como en informar a los pacientes de todo aquello relativo a la intervención a la que van a someterse, pero no en la obtención de un resultado determinado, salvo que este se garantice. Aquí es donde cobra relevancia la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva: en el deber de informar. En los supuestos de medicina satisfactiva, aunque también estaremos una obligación de medios -por ser una obligación médica- el deber de informar ha de ser sumamente minucioso, conteniendo todos los posibles riesgos por residuales que sean, así como las tasas de éxito del procedimiento. Por tanto, podemos afirmar que el incumplimiento de los responsables sanitarios se daría en los supuestos de no actuar diligentemente de acuerdo a la *lex artis ad hoc*; en caso de no recabarse un consentimiento informado, cuestión que en los supuestos de medicina no curativa -como lo es la reproducción asistida- habrá de ser extremadamente detallado y exhaustivo; y en aquellos supuestos en los que el obligado garantice un resultado determinado y este no se dé. Sin

embargo, pese a que estas cuestiones podrían considerarse zanjadas, la regulación de esta obligación y, por ende, del contrato del que deriva ha de responder a una cuestión de cada vez más relevancia en nuestra sociedad, en la que se establezca fehacientemente las causas de incumplimiento y el carácter y naturaleza de esta obligación, con la intención de que estas cuestiones no dependan enteramente de los posibles cambios de criterio de nuestro Alto Tribunal.

Por otro lado, en lo que respecta a los requisitos de las usuarias de las TRHA, tras la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico del contenido de la CDPD a través de la Ley 8/2021, la terminología empleada en los arts. 6 y 3 de la LTRHA y de la LAP, respectivamente, ha de ser modificada. Ello se debe a que no son acordes al espíritu de la reforma, al vulnerar el principio de accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta terminología hoy en día supone una limitación al acceso a las técnicas de reproducción asistida a las usuarias con discapacidad, puesto que cerca dicho acceso a las usuarias con “plena capacidad de obrar”, excluyendo a las personas que presenten una discapacidad. Dicha reforma de los artículos referidos no solo debe eliminar cualquier atisbo de duda en cuanto al acceso a este tipo de prácticas por las usuarias con discapacidad, sino que además ha de establecer las distintas medidas de apoyo a través de las cuales las usuarias que las necesiten podrán prestar consentimiento. Pese a la terminología desfasada, no podemos considerar tajantemente que estas personas no tengan derecho a este tipo de técnicas, y ello se debe a que, de acuerdo con la CDPD, la cual no solo garantiza el derecho de accesibilidad universal de las personas con discapacidad, sino que también establece el derecho de estas de elegir libremente el número de hijos que quieren tener y el tiempo que ha de pasar entre un nacimiento y otro. De igual modo, las propias técnicas de reproducción asistida respaldan este derecho, pues no protegen otro interés más allá que el de las personas de ser padres, garantizándose incluso por la vía de la sanidad pública. Todos estos argumentos nos llevan a considerar que las personas con discapacidad han de poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo necesaria una reforma de la terminología actual, que a nuestro parecer limita este acceso, o cuando menos deja lugar a dudas en cuanto a este.

El consentimiento prestado por las personas con discapacidad en este tipo de prácticas es otra cuestión de especial importancia. Partiendo de la base de que estas tengan derecho a acceder a estas prácticas, el consentimiento habrá de ser prestado por la propia usuaria tras haber sido informada en formatos adecuados a sus circunstancias de todo lo relativo a las técnicas, de acuerdo con el espíritu de la reforma y de la CDPD. Cuando esta se encuentre provista de medidas de apoyo se habrá de atender al contenido y carácter de estas, siendo que no debería existir impedimento en un consentimiento emitido tras la asistencia del curador. El consentimiento prestado a través de una curatela representativa ha

de ser completamente descartado, pues el propio art. 6 exige que sea la usuaria quien lo preste, además de por el carácter personalísimo de este tipo de técnicas. En cualquier caso, se ha de garantizar que la usuaria pueda entender la información que se le da, siendo que, dado el carácter excepcional de la curatela representativa, si la usuaria precisa de ella, difícilmente podremos afirmar que efectivamente se esté prestando un consentimiento válido e informado. Se ha de tener en cuenta que esto no es una práctica curativa, sino voluntaria, de la que se derivará una maternidad que habrá de ser ejercida en exclusiva por la usuaria. Todo esto ha de ser regulado en la propia LTRHA, que debe de establecer los supuestos y medios en los que las usuarias con discapacidad deberán prestar consentimiento, de una forma que se adapte al espíritu y principios de la reforma introducida por la Ley 8/2021.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: "Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 6 (2), 2014.

CAZORLA GONZÁLEZ, M^a. J.: "La autodeterminación de la mujer con discapacidad intelectual sobre su salud y libertad sexual", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: "Mujer con discapacidad y técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *Mujer, discapacidad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DE LAS HERAS VIVES, L.: "Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, 2018.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas (Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados)*, Dykinson, Madrid, 2006.

DÍAZ PARDO, G.: "Consentimiento informado en la toma de decisiones para actos médicos. Respeto a la voluntad de la persona vulnerable", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018.

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

FAYOS GARDÓ, A.: *El sistema sanitario español y el valenciano (Curso de introducción al derecho sanitario)*, Dykinson, Madrid, 2019.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.

GONZÁLEZ CARRASCO, C.: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, 2021.

JORQUI AZOFRA, M. y LUQUIN BERGARECHE, R.: "La curatela de la persona con discapacidad", en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con*

discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor, Dykinson, Madrid, 2022.

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

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad civil por vulneración del consentimiento informado* (El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales), Dykinson, Madrid, 2021.

SANTOS MORÓN, M^a. J.: "La responsabilidad médica (en particular en la medicina "voluntaria"): Una relectura desde el punto de vista contractual", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2018.

SERNA MEROÑO, E.:

- "El derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad: posibilidad de ser usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida", en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012.

SERRANO GIL, A.: "La obligación de medios y resultados en el ámbito sanitario: aspectos jurisprudenciales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 805, 2024.