

MUJER CON DISCAPACIDAD Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Para poder determinar la problemática que presenta el título que da nombre a esta comunicación es necesario llevar a cabo una delimitación de conceptos.

En primer lugar, cuando me refiero a mujer usuaria de técnicas de reproducción humana asistida, ha de ser una mujer considerada biológicamente como tal, es decir, con órganos genitales femeninos que le permita llevar a cabo y culminar un proceso de gestación si bien presenta un problema para concebir o para el desarrollo de un embarazo natural. No podría extenderse a la mujer que ha sido inscrita como tal en el Registro Civil por padecer disforia de género con independencia de que se haya sometido o no a un proceso de transición.

Esta mujer con discapacidad es una mujer que a tenor del artículo 1, párrafo 2º de la Convención de Nueva York puede presentar deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. No obstante, me parece conveniente y realista circunscribir la discapacidad de la mujer a la que me refiero a aquellas deficiencias que, por su naturaleza, pueden dificultarle la emisión del consentimiento al que se refiere el artículo 6 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana asistida cuando establece que “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”.

Son varias las cuestiones que a raíz de la transcripción de este precepto merecen ser expuestas.

En primer lugar, la redacción del artículo 6 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, precepto que no ha sido objeto de reforma por Ley 8/2021, de 2 junio. Tras la ratificación por España de la Convención de Nueva York en 2008 no tiene sentido la clásica dicotomía entre capacidad jurídica y de obrar así como aquella otra que distingue entre personas adultas plenamente capaces e incapaces.

Este consentimiento que ha de prestar la mujer usuaria de una técnica de reproducción humana asistida, independientemente de su estado civil o de su orientación sexual tiene un doble contenido: de un lado, se compone de la información sobre el propio tratamiento y, de otro lado, del acto personal de prestación del consentimiento contractual en un contrato de prestación de servicios. Se trata de un consentimiento que ha de estar libremente formado dirigido a autorizar la técnica de reproducción asistida empleada, circunstancia que se alcanza cuando el facultativo u otro personal sanitario que atiende a la usuaria informa correctamente sobre los distintos aspectos médicos, jurídicos, psicológicos e incluso éticos que especifica el artículo 3 de la LTRHA.

El doble contenido que caracteriza el consentimiento emitido por la mujer usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida obliga a remitirnos al consentimiento informado que regula la Ley 41/2022, de 14 de noviembre, básica reguladora de la

autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) que, sorprendentemente tampoco ha sido reformada por Ley 8/2021. Por consentimiento informado ha de entenderse, a tenor de lo dispuesto en el art. 3 de la LAP, “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”, es decir, el consentimiento preceptivo que legitima cualquier intromisión en la integridad física de un sujeto.

En segundo lugar, la terminología utilizada por ambos textos normativos vigentes que no han sido objeto de modificación por la Ley 8/2021 al emplear expresiones tales como “mujer ... con plena capacidad de obrar” (art. 6 LTRHA) o “en pleno uso de sus facultades” (art. 3 LAP) vulnera el derecho a la accesibilidad universal que reconoce la Convención de Nueva York, derecho que se traduce en el ejercicio accesible y efectivo de todos los derechos para tener una vida plena e independiente del sujeto con discapacidad, incluido el derecho a elegir su recorrido vital así como el derecho a equivocarse. El empleo de tales expresiones continúa manteniendo la dicotomía entre capacidad jurídica y de obrar, conceptos superados por la Convención que únicamente emplea la expresión capacidad jurídica, expresión que abarca tanto la titularidad como el ejercicio de los derechos de los que la persona es titular y, que al hacerlo, perpetúa la distinción de las personas afectadas con algún tipo de discapacidad de aquellas que no la sufren. Esta actuación vulnera la dignidad de la persona humana, ya que, si los derechos son reconocibles a todas las personas sin excepción, tal distinción imposibilita el disfrute pleno y efectivo.

En tercer lugar, es necesario cuestionarse la existencia o no del derecho a la procreación. Si el reconocimiento del mismo es inherente a toda persona, incluidas aquellas con sufren algún tipo de discapacidad ¿qué ocurre con este derecho y los distintos tipos de discapacidades?

La existencia o no del derecho a la procreación es una cuestión que no ha estado exenta de polémica y que tiene su origen en la actividad legislativa de los países pioneros en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. No obstante, no encontramos formulaciones en el ámbito internacional ni instrumentos normativos vigentes de naturaleza interna de donde se pueda inferir directamente la existencia de este derecho. Sin embargo, esta afirmación no debe abocar a la negativa categórica de su existencia.

Es verdad que el derecho a procrear no se encuentra incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que tampoco existe un consenso europeo sobre su existencia. Sin embargo, si existen formulaciones en el ámbito internacional que incluyen los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos; sirva como ejemplo en este sentido la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del Cairo (1993), el ICPD Programme For Action (1994) o la Conferencia Mundial sobre la Mujer hecha en Pekín en 1995. En este sentido “la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no

hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. Esta afirmación no genera normas de derecho internacional: No obstante, constituye directrices comunes para la mejor interpretación y aplicación de los derechos humanos previamente reconocidos en instrumentos vinculantes.

Si nos centramos en el ordenamiento jurídico español el fundamento positivo del derecho a la procreación se puede encontrar en el reconocimiento legal de otras instituciones jurídicas.

- a) Superado el axioma de que el fin del matrimonio es la procreación e interpretando la igualdad entre los contrayentes, dentro del matrimonio puede realizarse la generación si así lo desean sus integrantes independientemente de la condición sexual de los sujetos que lo integran. Ello no sería posible sin el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida por lo que éstas no están destinadas a paliar únicamente la infertilidad de algunos de los integrantes del matrimonio heterosexual, si no también a facilitar esta generación en los matrimonios igualitarios cuando están integrado por dos mujeres. Así lo ha consagrado el art. 7.3 de la LTRHA por medio de la llamada doble maternidad legal permitiendo la generación biológica de la mujer gestante y la legal de la cónyuge de la misma por la simple manifestación de la voluntad ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal.
- b) Si bien nuestra LTRHA prohíbe la gestación subrogada declarando nulo el contrato celebrado a tal efecto, nuestro Tribunal Supremo en dos sentencias de Pleno, la última de ellas de marzo de 2022, indirectamente permite que la gestación subrogada y, por tanto, el derecho a procrear de dos varones casados entre sí, entre por la puerta de atrás. En este sentido, para evitar situaciones de riesgo o desamparo para los menores una vez se encuentren en España, país de los padres comitentes, el TS aconseja para determinar la filiación a su favor, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por el varón que aportó el material genético que fecundó el óvulo donado e implantado en la madre gestante y la adopción por su compañero.
- c) El tercero de los argumentos en el que se sustenta la existencia del derecho a la procreación es su ubicación dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad. El derecho a la reproducción se desprende del art. 17.1 de la CE –“toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley”-, derecho a la libertad personal, derecho entendido a decidir libremente sobre su propia reproducción. Esta consideración de la reproducción, como uno de los elementos inherentes a la libertad personal, otorga a la reproducción el mismo valor en el caso de hombres y mujeres e igualmente sitúa las decisiones sobre la reproducción en la esfera de la libertad de cada individuo. Las personas son realmente libres cuando obran y pueden decidir sin obstáculos sobre lo que ellos creen que es lo moralmente adecuado y mejor.

Las técnicas de reproducción humana asistida han de tener como fin en sí mismas la contribución a colmar los deseos de paternidad de los sujetos independientemente de la condición sexual de los mismos y de la forma que

deseen ejercer este derecho. No obstante, en ningún caso se puede afirmar que el derecho a procrear conlleve obligatoriamente el de obtener la consecuencia esperada, es decir, que se conciba un hijo y que nazca. De ser así, de este derecho subjetivo nacería una obligación de resultado, afirmación que no es posible sostener ya que las prestaciones que derivan del empleo de esta técnica, constituyen obligaciones de medios por lo que en ningún caso es posible exigir ante los tribunales el nacimiento o la concepción que se busca con el tratamiento.

Finalmente en cuarto lugar, si el derecho a la procreación puede calificarse como derecho subjetivo que tiene todo individuo ya sea hombre o mujer, sano o estéril, heterosexual u homosexual, este derecho no puede contradecir el derecho a la accesibilidad universal que reconoce la Convención de Nueva York a las personas con discapacidad, entendiéndose por tal el ejercicio accesible y efectivo de todos los derechos para tener una vida plena e independiente.

Circunscribiendo la discapacidad de la mujer que acude a las técnicas de reproducción humana asistida a las de carácter intelectual o volitivo, habrá de ser una curatela asistencial determinada judicialmente el sistema de apoyo que precisa la persona. Es imprescindible que la decisión judicial determine los actos para los que la persona con discapacidad requiere la intervención del curador atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo, actos que deben ser fijados de manera precisa. Por lo tanto, el curador tiene la obligación de promover hasta donde sea posible, la autonomía, la autoestima y el disfrute de los derechos de la persona.

La cuestión, por tanto a dilucidar, es si cuando el art. 6 de la LTRHA o el art. 3 de LAP utilizan la expresión “mujer con plena capacidad de obrar” o “en el pleno uso de sus facultades” podrían ser usuarias de estas técnicas como ejercicio del derecho a la procreación que le reconoce el derecho de accesibilidad universal como persona con discapacidad. Habría de ser el curador asistencial, el que en el ejercicio de sus funciones, le preste el apoyo que precisa, si bien tal actuación habría de ser reconocida específicamente por el juez que determina las funciones del curador asistencial.

El uso de la técnica de reproducción humana asistida para lograr una generación requiere el consentimiento de la mujer usuaria en cualquiera de estas situaciones posibles:

- Mujer casada con varón que es inseminada con semen del marido - inseminación artificial homóloga-
- Mujer casada con varón que es inseminada con semen de un tercero - inseminación heteróloga-
- Mujer casada con otra mujer inseminada con donante -doble maternidad legal-
- Mujer no casada inseminada con semen del compañero
- Mujer no casada inseminada con semen de un tercero
- Mujer sola no conviviente.

En cualquiera de estos escenarios si la mujer tiene una discapacidad intelectual o volitiva que requiere intervención del curador asistencial ¿será realmente

factible que el consentimiento que preste la mujer al uso de la técnica en su doble vertiente, contractual e informado, sea adoptado tras la labor asistencial del curador?

La labor asistencial del curador abarcará no solo la comprensión de los aspectos médicos, jurídicos, psicológicos o éticos que especifica el artículo 3 de la LTRHA, sino también el ejercicio de la maternidad por la mujer con la discapacidad descrita una vez se produzca el alumbramiento.

En relación con el primero de los aspectos indicados el art. 9.7 de LAP establece que “si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que puedan prestar por sí su reconocimiento”. Con carácter general estas medidas de apoyo hacen hincapié en la accesibilidad física y cognitiva, pero en lo referente a la cognitiva ¿puede alcanzar a la asistencia que debería prestar un curador asistencial para la emisión por parte de la mujer con discapacidad del consentimiento al uso de las técnicas de reproducción humana asistida?

Una cuestión es el derecho a la generación que, como se ha visto, encuentra su fundamento en otro más amplio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo; otra cuestión diferente es el ejercicio de los derechos y deberes que conlleva la titularidad de la patria potestad que será de esta mujer que ha consentido al uso de la técnica de reproducción humana asistida, una vez se produzca la generación; derechos y deberes que compartirá con el otro progenitor siempre que se cumplan las condiciones para la determinación de la filiación que establece la propia normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Por ello, quizás no sea un olvido del legislador la reforma de los artículos 6 de la LTRHA y 3 de LAP, sino que habrá que estar al caso concreto, si bien interpretando estos preceptos bajo el prisma de la Convención de Nueva York integrante de nuestro acervo legislativo tras su ratificación por España en 2008.