

La responsabilidad civil médica derivada de las molestias por la donación de óvulos

Marc-Abraham Puig Hernández¹

Recibido: 19-07-2021 // Aprobado: 28-07-2023

Resumen. En este trabajo estudiamos la doctrina del daño desproporcionado como método alternativo de compensación por las molestias padecidas de las donantes de ovocitos. Para ello, debemos incidir en la responsabilidad civil derivada de una mala praxis médica. En el trabajo exponemos: las principales voces que desde la Antropología han denunciado que lo compensado no son el verdadero grueso de molestias relevantes; el estado vigente de la legislación y qué se permite compensar; y, finalmente, la compensación alternativa a través de esta doctrina recurriendo a dos precedentes judiciales emblemáticos, lo que nos llevará contextualizar las categorías doctrinales con las particularidades de la donación de óvulos.

Palabras clave: daño desproporcionado; molestias; donación de óvulos, responsabilidad civil del médico.

[en] Medical Liability Arising out of the Inconvenience of Egg Donation

Abstract. In this paper we show the doctrine of disproportionate damage as an alternative method to compensate egg donors' harm. For this purpose, we study the liability derived from medical malpractice. In the work we expose: the main voices of Anthropology which have denounced that the compensation is not the true bulk of relevant damages; the current state of the legislation and what is allowed to compensate; and, finally, the alternative compensation through this doctrine resorting to case-law, which will lead us to contextualize the doctrinal categories with the particularities of egg donation.

Keywords: disproportionate damage; egg donation; egg donors' harm; medical liability

Sumario. 1. Introducción. 2. Las molestias que afectan a las donantes de óvulos. 3. La legalidad en la compensación por las molestias. 4. La responsabilidad de causar un daño desproporcionado. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Agradecimientos. Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España a través del proyecto de investigación Repro-flujos en Europa, África del Norte y América Latina: la movilidad de personas y gametos en el contexto fragmentado de la regulación transnacional en adopción y reproducción asistida (PID2020-112692RB-C21 / AEI / 10.13039/501100011033).

Como citar: Puig Hernández, M.-A. (2023). La responsabilidad civil médica derivada de las molestias por la donación de óvulos. *Polít. Soc. (Madr.)* 60(3), 77401. <https://dx.doi.org/10.5209/poso.77401>

1. Introducción

Si algo ha puesto de relieve la literatura antropológica más reciente es que, acerca de la donación de óvulos, cuando una mujer se somete a este procedimiento acaban apareciendo riesgos, molestias, perjuicios, que no esperaba, que no estaban previstos. Lo que se planteaba como el acto de ceder un óvulo propio a otra mujer termina por convertirse en un proceso angustioso con delicados actos preparatorios, una intervención quirúrgica y un periodo, por lo general breve, de recuperación. Y dentro de ese periplo frecuentan las complicaciones médicas y los testimonios sobre repercusiones en la vida laboral, en la conciliación familiar o en las relaciones sexuales.

Si por un parte la legislación española vigente nos habla sobre la compensación de molestias físicas y de los gastos laborales y de desplazamiento, por otra parte, la casuística nos ofrece un panorama mucho más amplio de lo que es una molestia derivada de una intervención y la compaginación del horario de trabajo. Nuevas intervenciones, tener que disponer de días de vacaciones para someterse al tratamiento preparatorio, perjuicios de salud antes y después de la intervención... En definitiva, la tesis que sostenemos a lo largo de estas páginas

¹ Universidad Autónoma de Barcelona (España).
ORCID: 0000-0002-1960-9903
E-mail: Marcabraham.puig@uab.cat

consiste en que lo legalmente definido como molestias se ha delimitado con carácter previo a saber qué tipo de afectación efectivamente se va a producir en la donante; a menudo con imposibilidad de conocer si estas son más o menos graves, el grado de invasión sobre el cuerpo o la dimensión en que condiciona laboralmente. Es por ello por lo que establecer un precio con antelación a la donación de óvulos convierte la compensación de las molestias en un eufemismo, en algo que sin saber qué debe compensarse, hace posible asignarle una cantidad económica. De ahí que la compensación por las molestias en realidad sea un pago por óvulo, cuyo precio viene legalmente fijado con antelación.

Pero, interesándonos por las molestias, ¿qué puede hacerse cuando efectivamente se producen? Esto es, ¿cómo va a compensarse por lo que termina afectado con independencia del precio ya fijado para la obtención de óvulos? Más allá de lo que se prevé en la información facilitada a las donantes de óvulos, ¿cómo puede realmente compensarse en los casos en los cuales se produce una consecuencia sobre la salud, una molestia real, un percance para la salud que va más allá de este esquema?

El objetivo principal de este trabajo es mostrar la alternativa que procede de la práctica jurídica para compensar estas molestias, las que no quedan recogidas en esa institución social y jurídica que conocemos habitualmente por donación de óvulos. Y como es una compensación alternativa no podemos afirmar que sea la oficial, sino una excepción cuando acontece un perjuicio para salud, unas consecuencias patentizadas sobre el cuerpo y la salud de las donantes. Esta fórmula procede de la doctrina judicial del daño desproporcionado en las investigaciones biomédicas, en este caso, poniendo el foco sobre el caso particular de la ovodonación. En aras de dar con el objetivo consideraremos: a) que la legalidad fija una compensación por las molestias; b) que desde la Antropología se aporta argumentos que exponen por qué las molestias dan lugar a un tema complejo y controvertido que incluye múltiples consecuencias; c) que en casos en los que esas molestias han derivado en reclamaciones judiciales la compensación ha contemplado esas otras consecuencias, riesgos o molestias ulteriores; d) que el razonamiento judicial que lo contempla pasa por la conocida como “doctrina del daño desproporcionado”; y e) que, en definitiva, atendiendo lo anterior estaremos en condiciones de valorar cuestiones jurídicas esenciales para un debate colectivo.

Para exponer esta doctrina empleamos la siguiente metodología. Antes tenemos que dar alguna muestra acerca de que las molestias que padecen las donantes van más allá de un hecho especificado con antelación en las normas jurídicas. Encaramados a ese fin daremos paso a algunas contribuciones relevantes de la Antropología, puesto que la forma de aproximación a los fenómenos de esta disciplina incluye la observación de los participantes en una determinada práctica social y, a partir de ahí, eleva las categorías esenciales de la misma. Como sabemos, a esta característica de la Antropología, Radcliffe-Brown (1975: 28-30) la refería por metodología inductiva. Tras evidenciar que las molestias de las donantes sobrepasan la opción *a priori* universalizable en la generalidad de los casos sobre los que se proyecta toda norma jurídica, y por tanto ofreciendo apoyo a la tesis del eufemismo de las molestias con diversos estudios, observaremos cómo se pronuncia la ley a propósito de este fenómeno. En otras palabras, dibujaremos la tensión entre las premisas inducidas y las exigencias legales, cada una tirando hacia polos opuestos. Finalmente, debemos atender al método jurídico con el que se resuelven aquellos casos que escapan de los márgenes legalmente establecidos, que en este caso por la doctrina del daño desproporcionado. Para ello indagaremos cualitativamente en el modo de aplicarse esta doctrina. Es decir, dado un tamaño muestra pequeño de sentencias que han resuelto este tipo de controversias (solo dos casos encontrados en estas coordenadas), repararemos en el proceder de la *ratio decidendi* de los casos en que aparece esta doctrina en el razonamiento y en los que el proceso finaliza con una indemnización a la donante por las molestias padecidas que supera la compensación fijada legalmente.

Dadas las anteriores líneas metodológicas queda meridianamente definida la estructura de nuestro trabajo. En primer lugar, un primer epígrafe se centrará en recoger las voces que desde la Antropología denuncian la reducción práctica del término “molestias”. En segundo lugar, otro epígrafe ofrecerá una breve evolución histórica de la legislación que ha permitido la compensación por molestias, aunque con la nota fuera de tono de la melodía al fijar una cantidad antes de saber qué molestias deben compensarse. Y, en tercer lugar, con la exposición de la doctrina del daño desproporcionado ofreceremos los principales elementos que la componen a partir de dos precedentes judiciales.

2. Las molestias que afectan a las donantes de óvulos

Desde el ámbito de conocimiento de la Antropología viene señalándose la falta de precisión del término “molestias”. Como es sabido, las leyes sobre técnicas de reproducción humana asistida incorporan este concepto para habilitar el pago por contribuir, a través de aportar material biológico humano, a que pueda llevarse a cabo alguna de estas técnicas. Nuestro objeto de estudio, no obstante, se centra particularmente en la ovodonación, de ahí que a continuación reflejemos algunas de las principales voces que se detienen a cuestionar si realmente se compensa por esas molestias anunciadas en la ley o por otro motivo. Podríamos sintetizar la cuestión en: ¿qué molestias son las que realmente se compensan?

Filiaré los argumentos en dos clases: por un lado, los vinculados con algún tipo de molestia corporal, esto es, que repercute sobre el cuerpo o sobre el estado físico y psíquico de la donante y, por otro lado, los relativos a las dificultades sociales, laborales y personales resultantes de la donación.

2.1. Molestias corporales: físicas y psíquicas

En cuanto al primer tipo de argumentos, los que señalan que el concepto molestias no se extiende con suficiente amplitud a los casos en que se practica la ovodonación, se ha explicado que, en realidad, la lógica que debe regir la compensación debe circunscribirse al servicio de donar y no estrictamente al producto o biomaterial obtenido, esto es, a los óvulos en sentido estricto (Álvarez Plaza, 2008: 75).

La diferencia entre servicio y producto no es baladí, pues permite incidir en aspectos como el tipo de tratamiento al que deben someterse las donantes con el fin de obtener el mayor número de ovocitos en un ciclo de extracción. Al cambiar la perspectiva hacia la obtención del óvulo, la compensación se limita a un hecho particular, a saber, a que en efecto se entregue el óvulo. En lugar de un servicio, hablamos de finalizar la obra.

Ahora bien, Consuelo Álvarez Plaza recoge en su estudio de campo que no es un caso aislado el que las donantes deban abandonar los ciclos a consecuencia de las molestias derivadas del proceso de hormonación. Este tipo de molestias pueden ser más o menos graves (la autora en su estudio recoge un caso que requiso hospitalización, mientras que el resto abandonó el ciclo), pero sin entregar el material biológico, quedan sin remuneración. Aun probando haber molestias, junto con “dolor y miedo” según los testimonios, y que se genera un perjuicio observable, al no obtener el biomaterial el proceso queda cubierto por un tupido velo donde no se compensa a ningún participante.

A propósito del abandono del ciclo, la propia Álvarez Plaza (2015: 482) ha explicado que, a través del altruismo que rige en la donación de óvulos, se enmascara el pago por biomateriales humanos reproductivos en un proceso donde las donantes no tienen capacidad de elección. El procedimiento tiene por finalidad obtener el mayor número posible de óvulos teniendo la donante que asumir los riesgos físicos (esto es, las molestias), aun retirándose del proceso, y consiste en un itinerario cerrado, en una forma concretada por el propio centro en el cual se extraen los óvulos. Es decir, para la donante se traduce en tomarlo o dejarlo. Sin óvulos no hay compensación, de ahí que la autora esté en condiciones de afirmar que la compensación es por el biomaterial² y no por las molestias, pues estas tendrían que ser consideradas inexorablemente, en cualquier caso, con independencia de obtener mayor o menor número de óvulos³.

De acuerdo con Gabriele Werner-Felmayer (2018: 22-23) el proceso al que se somete la donante de óvulos es ciertamente invasivo. La autora denuncia el silencio acerca de un estudio sistemático sobre los riesgos que atañe este procedimiento, tanto más cuanto uno de los peligros potenciales para la salud a largo plazo es el cáncer, según defiende en su estudio. En general, la idea es que el procedimiento de la ovodonación por hormona inducida para la superovulación conlleva numerosos riesgos para las donantes que todavía no podemos siquiera imaginar por la ausencia de evidencias prácticas. Por así decir, nos hallamos en un momento en el cual la práctica permitida, el tratamiento de hormonación, va por delante de las consideraciones y los estudios sobre la materia, especialmente en lo relativo a las causas desconocidas del síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO) y sus consecuencias.

En cuanto al SHO, Consuelo Álvarez Plaza (2020: 501) se refiere al mismo como el caso por antonomasia de las complicaciones en los tratamientos de reproducción asistida. A ciencia cierta no se sabe cuáles son los mecanismos que lo desencadenan, pero es un ciclo que dura entre 10 y 14 días y que recoge desde un cuadro

² Ana M.^a Rivas, Fernando Lores y María Isabel Jociles (Rivas *et al.*, 2019: 638) explican que el intercambio de óvulo por dinero se cierra en cada ciclo de producción de gametos. Interesa destacar, además, de este estudio, que se produce una desconexión de la donante con los demás implicados en el proceso, lo que termina por esconder lo que las autoras denominan el trabajo reproductivo de la donante, que incluye el proceso de tratamiento, la intervención, el contacto con la empresa, el posoperatorio, etcétera, por el que debe pasar la donante de óvulos.

³ En otro lugar me he ocupado en señalar que lo que ahí sucede es un pago, no una compensación (Puig Hernández, 2021: 109-137). Y si cabe una explicación moral para llamar compensación a ponerle precio a un biomaterial es porque los gametos continúan sirviendo al fin de reproducir o conservar la vida humana. No obstante, en este caso, lo hacen de una forma mediata, de utilidad, en el sentido de servir de instrumento a otras personas para satisfacer ese fin valioso de reproducir la vida humana. Solo en ese sentido podemos admitir que llamemos compensación a lo que deliberadamente es un pago por un producto; de ahí que la compensación sea posible predicarla tan solo cuando los gametos directamente sirven a ese fin, y no en cualesquiera otras prácticas, como la “venta” o “cesión” a otras clínicas. Según Ricardo García Manrique (2021: 127 y ss.), el argumento más consistente contra la mercantilización, frente a otro tipo de razones como la desigualdad económica en el acceso y en la distribución que generaría poner un precio, sería la degradación de lo valioso que hay en el cuerpo humano, pues en lugar de valorar, en este caso, los gametos por su contribución a la vida humana, pasaríamos a medirlos por una escala económica que distorsiona el hecho de que la dimensión corporal de lo humano entraña algo que conecta con nuestra naturaleza y que nos impide concebir totalmente lo corporal como un tipo de mercancía. Y respecto a la compensación en sentido estricto, es interesante comparar nuestro caso con lo sucedido con otros biomateriales humanos, por ejemplo, con la sangre. En este caso, Pol Cuadros Aguilera (2017: 115-124) ha explicado la incoherencia de nuestra legislación al prohibir la remuneración en la donación de sangre, pero permitir la importación de sangre y derivados como el plasma que procede de donaciones remuneradas. En el caso de la ovodonación podríamos decir que nos encontramos con el camino en sentido inverso: la legislación permite su remuneración y la exportación de óvulos a países con dificultades de captación. Todo ello contribuye sobremanera a complicar jurídicamente la concepción que debemos tener sobre el cuerpo humano y sus partes: ¿son o no son bienes dentro del comercio?, ¿qué justifica que esté permitido el precio en unos casos, gametos, y no en otros, sangre, cuando partimos de similares razones médicas para realizar la donación?

de patologías leves (dolor abdominal, náuseas, diarrea, vómitos...) hasta complicaciones graves (derrame pericárdico, tromboembolismo o fallos hepatorenales).

Anna Molas y Laura Perler (2020: 6-13) se cuestionan, en cuanto a los procedimientos de hormonación, el que las participantes tengan que estar en un buen estado físico y psíquico para donar óvulos. Lo que aclaran las autoras es que se doma el cuerpo de la mujer para convertirlo en una mina de óvulos, intentando generar en ellas la mejor situación posible para obtener el mayor número de óvulos. Aquí juega un papel importante el estado psíquico de la participante. Para convertir el cuerpo de la mujer en un semillero de óvulos, de acuerdo con la terminológica de las autoras, en un “cuerpo objeto”, las clínicas seleccionan un sujeto biográfico que vaya a obedecer las instrucciones de los profesionales durante el proceso de extracción de óvulos. De este modo, las donantes convierten su cuerpo en un campo accesible para lograr tal fin.

Que los tratamientos de hormonación para donar óvulos producen complicaciones es un hecho que no pasa desapercibido por la doctrina antropológica. Ahora bien, lo interesante de las observaciones no es destacar solamente este hecho, sino evidenciar que, además, en determinados casos se suma la falta de información facilitada a estas participantes. El caso paradigmático que define la ausencia de información sobre molestias que deberán soportar las donantes de óvulos es el acontecido en Rumanía, donde a las donantes de óvulos se les omitía el consentimiento informado; se les facilitaba información incompleta sobre los riesgos del procedimiento de extracción de ovocitos y no recibieron el mínimo cuidado posoperatorio⁴.

Y no podemos olvidar que todo ello suele arrastrar molestias de otro tipo, de jaez psicológico. Acerca de la intervención de terceros participantes en el ciclo reproductivo, que por norma general podemos identificar en los sujetos vinculados con las clínicas de fertilidad, Consuelo Álvarez, Ana M.^a Rivas y Ariadna Ayala (2020: 358) señalan que la legislación española contempla la evaluación psicológica de las donantes. Sin embargo, la práctica llevada a cabo en las clínicas incluye a los psicólogos cuando el tratamiento de fertilidad termina provocando alguna crisis en ellas. De ahí que lo definido en la norma jurídica como una evaluación previa a la donación acabe convirtiéndose en un servicio añadido por las situaciones generadas. En este caso, las autoras explican que la participación de psicólogos va en aumento en la aplicación de las TRHA⁵ y señalan que el impacto en la vida de los participantes cubre un amplio abanico de tratamientos fallidos, abortos, embarazos ectópicos o la utilización de la donación reproductiva asociada al incremento de síntomas depresivos.

Finalmente, hay que apuntar que estudios internacionales como el de Lucía Ariza (2016: 372-376), en el caso argentino, revelan que el control de los riesgos corporales que asumen las donantes a menudo deriva de la forma en que se disponen esos mecanismos, como el caso de los registros. Los mecanismos de control de riesgos se insertan dentro de una lógica por la que se intenta maximizar la productividad de los óvulos obtenidos por delante del bienestar y la salud de las donantes. Así, aumenta la probabilidad de padecer riesgos⁶.

2.2. Las otras molestias

Hemos visto que por norma general las molestias físicas y psíquicas de las donantes proceden de forzar su fertilidad, generando con ello un tipo de riesgos impredecibles que oscilan desde lo leve hasta el ingreso hospitalario. Mas también hay que dejar constancia sobre otro tipo de molestias, perjuicios, riesgos, generados a las donantes. Este segundo tipo de molestias surge en ámbitos como el trabajo o las relaciones sociales. Al no poder desenvolverse en el día a día como regularmente viene haciéndolo, condicionada por el tratamiento, la donante soporta molestias. A continuación, daremos muestra de todas aquellas molestias que acontecen allende el cuerpo de la donante y, aunque sean de muy diversa naturaleza, el motivo para englobarlas bajo un mismo paraguas procede del actual estado de la legislación.

De acuerdo con el artículo 5.3 de la Ley 14/2006, solo se puede compensar por dos razones: por una parte, las físicas y, por otra, los desplazamientos y los gastos laborales. Todo aquello sito extramuros de estos márgenes predefinidos jurídicamente no puede recibir el calificativo de molestia, aunque sea, por definición, el grueso del asunto que debiera compensarse. Por así decir, el legislador, antes de saber qué tipo de situaciones iba a generar la donación de óvulos una vez permitido forzar la fertilidad, delimitó lo que iban a ser las molestias. Milagrosamente, el legislador tuvo el don de cercar lo imprevisible antes de acontecer. Y al realizar esta peripecia acabó restringiendo el significado de las molestias a lo que este entendía por ello. Así es como lo que

⁴ Remito al discurso del abogado George Magureanu (2005) ante el Parlamento Europeo. Al respecto, explican Golombok, Scott, Appleby, Richards y Wikinson (2016: 295) que este discurso ha provocado el pronunciamiento del Parlamento Europeo en más de una ocasión. Por lo demás, esta autora constata que en el Reino Unido la estimulación hormonal entra dentro del tipo de molestias que deben compensarse (Golombok *et al.*, 2016: 237), “reembolsarse” según la terminología anglosajona, y que el precio oscila alrededor de las 750 libras (Golombok *et al.*, 2016: 250). Por su parte, Guido Pennings y Zeynep B. Gürtin (2012: 141) comentan que el caso rumano se relaciona directamente con el incremento de la comercialización de gametos a nivel internacional y con el deseo de los participantes mediatos, esto es, las clínicas de fertilidad, de obtener elevadas cantidades económicas con las TRHA.

⁵ Tampoco puede obviarse un hecho característico que afecta especialmente a las mujeres que participan de alguna TRHA, y es que las deficiencias técnicas en el diagnóstico de patologías afectan principalmente a mujeres por la naturaleza de las patologías, muchas de las cuales la ciencia todavía desconoce los mecanismos biológicos que las desencadenan. Sirva de ejemplo para esta observación el trabajo de Tasia Aránguez Sánchez, 2018: 21-58, a propósito del diagnóstico en casos de endometriosis.

⁶ La lectura del trabajo de ARIZA debe completarse con una comparativa del caso argentino con el español. Para ello, *cf.* Lima *et al.*, 2019: 603-622.

legalmente sea las “molestias de las donantes” deja fuera una serie de perjuicios insoslayables para la mujer, de los cuales nos vamos a detener a observar unos cuantos ejemplos.

Consuelo Álvarez Plaza (2008: 74) es la principal voz que se ha detenido a denunciar la cosificación y la enajenación del cuerpo de la mujer para someterse al tratamiento de fertilidad en que consiste la ovodonación. A partir de su observación podemos señalar la incoherencia legal de denominar gasto laboral al hecho de que para las donantes de óvulos el ciclo implique absentismo laboral o tener que disponer de vacaciones y de días de descanso para poder llevar a cabo el tratamiento. Un tratamiento incompatible con otro tipo de medicación hormonal, como algunos métodos anticonceptivos. Álvarez Plaza (2015: 481) explica que la hiperestimulación ovárica provoca un tipo de molestias a medio camino entre lo corporal y lo laboral, como son las interferencias generadas en la vida social y familiar de la donante. No solo por la compaginación laboral, que se traduce habitualmente en tener que utilizar periodo vacacional para poder cumplir con el ciclo, sino por la abstinencia sexual que impera durante determina fase del ciclo de donación. Dicha exigencia repercute en la relación personal, íntima y sexual con la pareja al quedar los cuerpos disociados como un mero instrumento para que otros ejerzan la maternidad o la paternidad.

De ahí que la autora expusiera, junto a las anteriores molestias sobre el cuerpo de la mujer, que la obtención de óvulos es una práctica “claramente intervencionista y violenta”. Si a ello le sumamos la finalidad de obtener el mayor número de ovocitos, la conclusión a la que irremediamente tenía que llegar era que la venta de óvulos conlleva “la explotación del cuerpo de las mujeres” (Álvarez Plaza, 2008: 79).

En otro lugar, Ana M.^a Rivas, Consuelo Álvarez Plaza y María Isabel Jociles (Rivas et al., 2018: 222-224) advierten acerca de que los estudios antropológicos ponen el foco de atención sobre la motivación para donar óvulos, pero se olvidan de “los efectos de la donación en salud, vida sexual, social y laboral; así como sus posicionamientos frente a estas cuestiones” que condicionan a las donantes. Es por ello por lo que para las autoras la retórica del altruismo esconde el trabajo reproductivo.

Deteniéndonos en este punto, queda reflejado que a lo que la ley denomina “gastos de desplazamiento y laborales” como aquello otro además de las molestias corporales termina por ser un problema laboral, social y personal. Por un lado, porque la situación laboral que sucede durante el tratamiento de fertilidad excede un simple gasto vinculado al desplazamiento durante horas de trabajo. El desgaste físico exige ausentarse en el trabajo, principalmente recurriendo a las vacaciones. Por otro lado, porque el mismo tratamiento condiciona la vida sexual, en pareja, planteando una situación que debe gestionar la donante, especialmente si debe cambiar sus hábitos de medicación.

Recientemente, Consuelo Álvarez Plaza (2020: 499) ha explicado que la recuperación de óvulos entraña un elevado riesgo médico, especialmente por las molestias que aquí hemos denominado corporales, y ello la ha permitido reflexionar sobre tres aspectos de la reproducción asistida: el primero de ellos, reconocer efectivamente la donación de óvulos como trabajo reproductivo; el segundo, reclamar una protección jurídica específica para la donación reproductiva, lo que debería incluir las molestias que venimos mencionando; y, el tercero, clamar por un seguro que cubra los riesgos que deben asumir las clínicas (y no sistemáticamente la Seguridad Social a consecuencia de las molestias que requieren intervención o atención).

La reflexión de la autora procede de un estudio de campo en el que refleja el verdadero gasto del proceso de la donación de óvulos, un gasto doble: por un lado, el que no se reconoce con las molestias generadas en las donantes de óvulos, y que por tanto termina asumiendo la propia donante sin compensación; y, por otro lado, el generado con las consecuencias médicas derivadas del tratamiento que terminamos asumiendo entre todos a través de la sanidad pública, pues las clínicas privadas, al limitarse al tratamiento de fertilidad, no responden directamente del coste económico de aquellas consecuencias médicas ocasionadas con el tratamiento. De ahí que al referirnos al término molestias, en realidad lo debamos hacer como un término eufemístico⁷.

Mucho queda por compensar, como puede verse. Y como la reflexión de Consuelo Álvarez Plaza propone una solución al segundo tipo de gastos, con un seguro para las clínicas de fertilidad, conviene ahora centrarnos en buscar una alternativa que realmente compense el gasto que acaba repercutido sobre la propia donante. Lo haremos a través de la doctrina del daño desproporcionado, pero para ello debemos reflejar antes, muy someramente, el estado actual de la legislación.

3. La legalidad en la compensación por las molestias

Acabamos de ver cómo desde la Antropología se ha puesto el foco sobre las incoherencias legales de habilitar el pago por la donación de gametos a través de identificar las molestias soportadas por las donantes, pero dejando al margen las principales consecuencias de sus implicaciones. Si la laboriosa indagación antropológica ha sido posible es porque en un momento nuestro legislador cambió la norma y habilitó dicha compensación.

⁷ A esta reducción del concepto de molestias contribuye otro fenómeno. Aunque detenernos a analizarlo ahora excedería nuestro trabajo, merece ser mencionado. Ha sido recogido recientemente por Ana M.^a Rivas y María Isabel Jociles (2020: 124-130) el hábito adquirido por parte del personal sanitario de las clínicas de minimizar los riesgos y ofrecer poca información que detalle con algo más de detenimiento lo expuesto a las donantes a través del consentimiento informado.

Lo que vamos a observar a continuación es una pincelada del recorrido histórico de este cambio legislativo. De esta manera, obtendremos una imagen panorámica de un proceso que consiste en habilitar el pago por la obtención de óvulos.

Si no me equivoco, gracias a esta imagen debería ser posible identificar los siguientes tres momentos en la legislación, lo que nos permitirá preparar el terreno de la reflexión legal sobre la doctrina del daño desproporcionado: primero, que al inicio la legislación no decía nada acerca de compensar por la donación de óvulos, lo que presagiaba un giro en los acontecimientos legislativos más pronto que tardío; segundo, que la legislación por la cual es posible compensar queda en un impulso insuficiente si se enfoca desde el criterio de las molestias de las donantes (a esta cuestión hemos dedicado el primer epígrafe de la mano de la perspectiva antropológica); y, tercero, que la inexactitud de los criterios legales acaba resolviéndose mediante la pericia de los jueces, compensando a través de la doctrina del daño desproporcionado.

3.1. Regular las técnicas en reproducción humana asistida y el papel de los donantes

En reproducción asistida, el legislador español fue pionero, a nivel europeo, en ofrecer una regulación sistemática sobre la materia con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁸. La ley fue impugnada en su totalidad alegando inconstitucionalidad. Sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió mediante STC 116/1999, de 17 de junio, el recurso de inconstitucionalidad modificando únicamente el inciso inicial del artículo 20.1 de la ley y con solo un voto particular del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera⁹.

Tras más de una década de vigencia, en 2003 esta regulación se reformó a través de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, aunque únicamente en lo relativo a la capacidad para generar embriones y al destino de estos. Puede sintetizarse este impase en la modificación de los artículos 4 y 11 de la ley anterior.

Aunque es sabido que la compensación por molestias, riesgos, perjuicios a las donantes no llegaría hasta 2006, como ahora señalaremos, cabe dejar constancia de que la Ley 35/1988 contempló algunos aspectos relativos a los riesgos generados en los usuarios de las TRHA. Especialmente, en lo relativo a la información. Por ejemplo, en los artículos 2.2¹⁰, 6¹¹ y 13.3¹².

La consideración de las donantes de óvulos no llegaría a evidenciarse legalmente hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Con esta regulación se amplió la perspectiva y entró en escena la compensación por las molestias padecidas en el proceso de ovodonación. En mi opinión, no solo se consume esta amplitud de miras. El cambio de paradigma que supone esta regulación implica principalmente que la donante de óvulos juega un papel esencial dentro de la reproducción humana asistida. Creo que es posible sostener esta afirmación, al menos, por las siguientes razones.

En primer lugar, si prestamos atención al preámbulo de la ley, se habla de manera confusa acerca de la limitación de “producir un máximo de tres ovocitos” en cada ciclo reproductivo según la ley anterior, pues los motivos que se discuten en este párrafo giran en torno a los “preembriones”. En cualquier caso, esa limitación impedía disponer los medios para lograr el mayor éxito de las técnicas “con el menor riesgo” para la salud de la mujer. La confusión que genera el texto al señalar el límite en la producción de ovocitos mientras habla de los embriones que van a emplearse con las técnicas puede despejarse al observar qué es lo que definitivamente acaba por estar permitido. De acuerdo con la modificación que supuso el artículo 3.2 de la Ley 14/2006, el número 3 finalmente queda reservado para la implantación de preembriones, pero aquí ya nada se dice al respecto de la producción, esto es, del número de óvulos que pueden obtenerse de una misma donante. La ley anterior indicaba obtener un máximo de tres óvulos para producir un máximo de tres embriones, pero esto ya no afecta a la donante. De ahí que, en sentido estricto, no haya una norma que limite el número de ovocitos que pueden obtenerse en un ciclo reproductivo.

En segundo lugar, el artículo 3.1 de la Ley 14/2006 habla sobre las condiciones personales de aplicación de este tipo de técnicas, que se realizarán “cuando haya posibilidades razonables de éxito” y no supongan un “riesgo grave” para la salud, física o psíquica, de la mujer. La última dicción del artículo remite al deber de información sobre las posibilidades del riesgo al practicar la técnica, lo que, en términos generales, parece ser el mínimo de garantías que debe inspirar la puesta en práctica de estas técnicas. La sorpresa llega cuando

⁸ Esta afirmación puede sostenerse en que la ley no solamente regulaba el acceso a las técnicas y los usuarios de estas, sino que incluyó materias como la filiación a consecuencia de la aplicación de estas técnicas o la denominada “fecundación *post mortem*”. Los países del entorno no tardarían en seguir este modelo legislativo: Inglaterra, en 1990 a través de la *Human Fertilisation and Embryology Act*; Alemania, también en 1990, mediante la *Embryonenschutzgesetz*; y Francia, en 1994, con la *Loi 94-654*.

⁹ En cuanto a la lectura doctrinal de la sentencia, remito a Vicente Bellver Capella (1999: 119-125), Carlos Lema Añón (2000: 103-114) y Jaime Vidal Martínez (2000: 113-121).

¹⁰ El artículo 2.2 de la Ley 35/1988 establecía el principio general de informar acerca a “aspectos” e “implicaciones posibles”, “resultados” y riesgos previsibles.

¹¹ El artículo 6 de la Ley 35/1988 disponía, en lo relativo a las usuarias de las técnicas, recibir información sobre los posibles riesgos para la descendencia y para un embarazo en una edad inadecuada.

¹² El artículo 13.3. de la Ley 35/1988 hablaba de la información relativa a los “riesgos”, “diagnósticos” y “procedimientos” en cuanto a los preembriones *in vitro*. En este artículo se refuerza el principio genérico de información mediante el consentimiento de la usuaria, esto es, aceptando voluntariamente los riesgos.

advertimos que, para esta ley, la extracción de ovocitos, la sedación en el quirófano y los tratamientos relativos a la obtención de gametos no son propiamente considerados “técnicas” de reproducción asistida, pues las garantías para esas técnicas se reservan a aquellas “técnicas” enumeradas en el anexo de la ley (fecundación *in vitro*, inyección de espermatozoides, inseminación artificial, transferencia intratubárica de gametos). Así es como las donantes de óvulos no son legalmente usuarias de las TRHA.

Finalmente, si las donantes de óvulos no son usuarias de las TRHA, ¿qué son a efectos jurídicos?

Según el título del artículo 5, las donantes de óvulos pertenecen a la categoría de “participantes”. Una categoría que las excluye de los riesgos y de las molestias sobre los cuales viene haciendo referencia la Ley 14/2006, pues someterse a sedación para la extracción de folículos, a un tratamiento de hormonación o a que ensarten pinchazos en órganos reproductivos parece que no es someterse a una técnica reproductiva.

Según el derecho, todo eso no es más que un bonito acto de altruismo. De ahí que, ante tan elevado e inspirado fin que lleva a la mujer a donar sus óvulos, al legislador no le quedara más remedio que disculparse por las molestias. Y como dar las gracias era cosa poco espectacular, mejor fue decir otra cosa, como “compensar” por esas molestias. Para ello, no podía decirse que se pagaba por un óvulo, no. Así que no se escatimó en grandilocuencia y se recurrió a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (¿pero no dice esta ley que la obtención de óvulos no es una TRHA?). Ella sí que reforzaría la idea de que la compensación no era algo así como fijar un precio de antemano por las molestias que ni siquiera sabemos que se van a producir con la ovodonación. Si esta comisión establece que abonar entre 900-1200 euros es compensar por algo célebre, es que es así. Y, debe admitirse, entre comisiones, lenguaje moral y precio, suena todo realmente espectacular.

3.2. Apuntes para la modificación de la ley vigente

De acuerdo con Pedro J. Femenía López (2019: 15-16), son varios los hechos que han dejado obsoleta la Ley 14/2006. Entre ellos destaca: la aprobación legal de los matrimonios entre personas del mismo sexo, el avance acelerado de la ciencia y los problemas que plantea el turismo reproductivo. Factores que “han dejado a cargo de los jueces la responsabilidad de decidir sobre las numerables consecuencias derivadas de las TRA”.

Una de esas consecuencias particulares sobre las que han tenido que pronunciarse los jueces es la de que la donación de óvulos genere problemas, por ejemplo, derivados de la práctica médica en un quirófano. Pese a no ser una TRHA, según nuestro ordenamiento jurídico, es innegable que todo lo que envuelve a ese acto queda circunscrito dentro de lo que podemos denominar una actividad biomédica, pues sucede en un centro médico, intervienen médicos y la actividad es sanitaria. Y de ser esto así, no habría impedimento para que el puzle legal de categorías que excluye a las donantes de óvulos del elenco de usuarios de las TRHA pueda resolverse mediante la responsabilidad civil derivada de un acto médico.

La teoría jurídica que aborda este tipo de responsabilidad se conoce por doctrina del daño desproporcionado. En efecto, se desarrolla en sede judicial y uno de sus objetos es la actividad biomédica. A ello dedicamos nuestra atención en el siguiente epígrafe.

A continuación, el trabajo ahondará en cuestiones jurídicas de jaez técnico y tendremos que apoyarnos esencialmente en voces de juristas para aclarar las cuestiones que surjan a partir de este punto.

4. La responsabilidad de causar un daño desproporcionado

Hay una alternativa judicial para indemnizar a las donantes de óvulos por las molestias que hemos expuesto. Nos hemos detenido en las puertas de los tribunales para seguir la pesquisa de la responsabilidad en una actividad médica. Luego, ¿a qué responde el equipo médico cuando indemniza por estas molestias?

Principalmente, son dos los tipos de responsabilidad que dan lugar a indemnizar.

En primer lugar, la responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento de alguna de las cláusulas convenidas entre las partes, en este caso, entre la donante y el equipo médico. De ahí que en este caso juegue un papel vital el consentimiento informado.

Y, en segundo lugar, la denominada responsabilidad civil extracontractual, cuya idea gira en torno a responder de los daños causados que no estaban inicialmente previstos. La doctrina del daño desproporcionado se elabora generalmente a partir de este segundo tipo de responsabilidad, y cuenta con sus propias particularidades.

Lo interesante será ver que en la donación de óvulos ambos tipos de responsabilidad son relevantes. A diferencia de cualquier otra intervención justificable bajo razones médicas, la donante se somete voluntariamente a la misma. Y esto refuerza el deber de informarla adecuadamente. De ahí que cualquier molestia o daño debamos concebirla por un esquema configurado por dos ejes: el de la negligencia en la práctica médica y el de negligencia en la información.

4.1. Los elementos que componen la doctrina del daño desproporcionado

La responsabilidad médica es de naturaleza subjetiva, esto es, el daño debe ser su culpa, por acción o por omisión. De ahí que al buscar la responsabilidad médica que dará origen a la indemnización debamos estar ante

una negligencia profesional circunscrita a la práctica concreta, en el caso de la donación de óvulos, al daño producido durante el tratamiento de hormonación, la intervención o derivada de alguno de estos dos casos.

Esta responsabilidad se diferencia, por ejemplo, de la acontecida con un mal diagnóstico al delimitarse dentro de los márgenes de la práctica médica y no en el resultado. Entonces, la idea es que el médico debe disponer las medidas necesarias, lo que incluye la intervención quirúrgica en caso de urgencia, ante el conocimiento del perjuicio generado en la donante. Hay que ofrecer los medios para que no se produzca un resultado lesivo. Por el contrario, en un diagnóstico la responsabilidad está en resultado, en el error de conclusión.

Tras situarnos con estos apuntes genéricos en el daño desproporcionado, exponámoslo con algo más de detenimiento. De acuerdo con José Guerrero Zaplana (2004: 164-167), autoridad en este campo, al depurar la responsabilidad médica debemos tener presentes, al menos, los siguientes tres aspectos: en primer lugar, el daño causado de gran relevancia; en segundo lugar, una actuación médica, digamos, que no plantee serias dudas ni aparentes complicaciones, de lo contrario, sería un riesgo asumido de antemano por el paciente; y, finalmente, la ausencia de una explicación lógica, de un razonamiento que no demuestre que el daño no se sigue de la fase de prueba, esto es, justificar que el daño causado no era una de las causas previsibles al realizar esa práctica.

A continuación, indagaremos en estos tres requisitos y añadiremos un cuarto, a saber, que se genere un daño grave vinculado con la mala información facilitada a la donante.

4.1.1. El daño causado

Hace falta demostrar que ha habido un daño para poder depurar la responsabilidad. Si la molestia, el efecto nocivo, ya pasó o las secuelas no reflejan el verdadero daño, difícilmente cabe la indemnización, o compensación.

Es importante advertir que no necesariamente tiene por qué ser un daño exacerbado o de dimensiones descomunales, sino que lo importante es la relación del daño causado en la paciente con el comportamiento debido por el médico. La desproporción del daño tiene que ver con el resultado esperable, con aquello que normalmente debe ocurrir siguiendo las reglas de la praxis médica (Díez-Picazo, 2001: 109).

Para Marta María Sánchez García (2013: 241), la doctrina del daño desproporcionado tiene lugar cuando el resultado es insólito, anormal o inusualmente grave en comparación con los riesgos que normalmente comporta la terapia, el tratamiento o la intervención médica. La lesión, molestia, el riesgo... queda fuera del elenco de repercusiones sobre la salud que asume previamente el paciente.

4.1.2. La *lex artis* médica

Como el daño no puede desvincularse de la actividad médica, en la obtención de ovocitos, la *lex artis* nos sitúa en cualquier momento del periodo de tiempo que va desde el tratamiento hasta la desaparición de los síntomas que se generan con la intervención. Al ser una doctrina de calibre judicial, atengámonos a una definición de lo que la jurisprudencia entiende por la ley que rige la práctica médica.

En palabras del TS, la *lex artis ad hoc* es “el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médica— que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”¹³.

Podemos sintetizar la idea, de acuerdo con Luis Morell Ocaña (2000: 95), en que la *lex artis* es el patrón de conducta al que debe ajustarse el médico por razones éticas, científicas, jurídicas y profesionales, ese patrón que rige la práctica de la técnica en el caso particular¹⁴.

4.1.3. El nexo causal entre el daño y la práctica médica

El daño causado debe ser consecuencia de la mala praxis. En términos de causa-efecto, estamos ante la relación entre la acción médica, causa, y el daño observado, efecto.

Que la actividad médica no tiene que vincularse, en principio, con el resultado, no es una cuestión que deba extrañarnos. La lógica que inunda esta afirmación consiste en que el médico debe seguir las pautas exigidas por la ciencia biomédica, el hábito de actuar conforme a disponer los medios necesarios para la sanación. Si el paciente no termina sanando, esto es, que no se produzca finalmente el resultado deseable, es un hecho contingente. Puede pasar o no. La cuestión estriba en que no sea porque el médico se ha saltado ese camino, esa forma, esa pauta terapéutica.

De este modo, se exige el cumplimiento de los cánones médicos y desplegar los medios idóneos a tenor de la ciencia médica; no puede exigirse un resultado siempre positivo porque no puede garantizarse que la medi-

¹³ STS 467/2004, Sala de lo Civil, de 26 de marzo.

¹⁴ Para un estudio completo de la *lex artis*, puede consultarse las obras de Antonio Martín León (2010: 463-486) y de Luis MARTÍNEZ-CALCERRA-DA Y GÓMEZ (1998: 155-166).

cina siempre cure. De ahí que la relación de causalidad entre el daño y la praxis de la actividad médica consista en evidenciar que el daño, las molestias, proceden de la negligencia en la aplicación de la *lex artis*.

4.1.4. Responsabilidad derivada de la información facilitada y del estudio médico de la donante

En la donación de óvulos cobra importancia el consentimiento informado y la información facilitada. En presencia de un daño, de molestias, cabe perseguir la responsabilidad médica a través de la información facilitada a la donante y del estudio previo al que es sometida.

En primer lugar, la información facilitada a menudo oscila entre lo contractual y lo extracontractual, como el daño generado por una información no facilitada a la donante (sin formar parte de lo aceptado, ¿es extracontractual o más bien omisión de lo contractual?).

Esta responsabilidad es una exigencia genérica que procede del artículo 10.5 de la Ley 14/1985, de 25 de abril (Ley General de Sanidad), por el cual el paciente o sus familiares tienen derecho a que se les facilite una información completa y en términos accesibles.

En este tipo de responsabilidad interesa demostrar que el daño no figuraba entre la información facilitada a la paciente y, por tanto, entre los riesgos y las molestias que acepta voluntariamente. No estamos ante un supuesto de intervención necesaria de un paciente, en el cual su vida se pondera sobre su voluntad (Guerrero Zaplana, 2004: 170-184). Contrariamente, en el contexto de la donación de óvulos no rige esta necesidad vital de curación, de garantizar la salud, sino la voluntad del paciente de someterse por iniciativa propia a una intervención. De ahí la importancia de la información para decidir sin reservas, con garantías sobre la salud.

En segundo lugar, al atender a las donantes de óvulos se las practica una revisión. Con ello me estoy refiriendo al hecho de que la responsabilidad también puede derivarse, por ejemplo, de un diagnóstico erróneo, de predicción si se prefiere, lo que incluye la proyección del conocimiento científico y las técnicas biomédicas sobre el cuerpo de la donante¹⁵.

Si prestamos atención al artículo 5 de la ley 14/2006, se dispone un protocolo de obligatorio cumplimiento acerca del estudio de las donantes. Este estudio o chequeo informa sobre características fenotípicas, psicológicas, carencia de enfermedades genéticas o infecciosas que pueden afectar a la descendencia.

Me interesa dejar constancia de que este estudio médico da lugar, en realidad, a cuatro tipos de responsabilidad médica: una, derivada del deber de informar a la donante sobre los fines y las consecuencias de ese acto, esto es, debe aclararse que el estudio tiene una finalidad médica y que no es, por ejemplo, un plusvalor añadido a la compensación por la donación de óvulos; dos, la formalidad de incorporarlo en el consentimiento informado, pues el estudio es parte del contenido del contrato que debe aceptar la donante; tres, el anonimato, que a efectos legales se convierte en una exigencia, en un deber de confidencialidad¹⁶; y, cuatro, la que se desprende de omitir este estudio (González Morán, 1990: 176). En todos estos casos responderían tanto el equipo médico como el centro o servicio donde se desarrolle la función¹⁷.

4.2. Precedentes judiciales

Tras la incursión en aspectos teóricos de la teoría del daño desproporcionado toca dar muestra de algunos casos. Si bien es cierto que la donación de óvulos no supone un semillero de litigios judiciales, hay suficientes precedentes como para evidenciar cómo operan los elementos que hemos delimitado anteriormente.

Nos interesa ahora ver esos cuatro elementos en acción y que, en el caso de la donación de óvulos, la información que consiente la donante es trascendental para el devenir de esta doctrina.

4.2.1. Primer caso: SAP Barcelona, 335/2009, Sección 1ª, de 28 de julio

Este caso tiene la peculiaridad de haber acontecido antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2006, por lo que la ley vigente en ese momento era la de 1988. No obstante, en lo sustancial, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado no se hubiera visto alterada.

El origen de la controversia está en la tercera donación de óvulos de una mujer. Tras esa tercera intervención siente molestias durante la noche y el equipo médico le pauta un calmante. No obstante, termina ingresando en un hospital público bajo el diagnóstico de “hiperestimulación ovárica”. Al día siguiente se la interviene por laparoscopia exploratoria y se encuentra un “síndrome adherencial severo, procediéndose a liberar las adherencias, salpingectomía izquierda, apendicectomía y limpieza de cavidades”.

¹⁵ En este sentido, sirve de ejemplo la responsabilidad derivada del *screening* genético, que incluye el consejo, el asesoramiento o el dictamen experto del médico para las usuarias de las TRHA respecto al biomaterial obtenido de las donantes de óvulos. En esencia, este asesoramiento se traduce en aplicar alguna técnica médica para prever o confirmar la existencia, aun la predisposición genética, a padecer determinadas enfermedades. Podemos pensar en anomalías cromosómicas, morfológicas o genéticas del embrión. Al respecto, *vid.* Femenía López, 2017: 146 y ss.

¹⁶ Sobre estos tres primeros puntos, véase el trabajo de Cristóbal Pinto Andrade, 2009: 127 y ss.

¹⁷ De acuerdo con M. Dolores Cervilla Garzón (2021: 1489-1490), el centro médico queda eximido de responsabilidad en un caso, a saber, cuando la donante no informa debidamente en relación con el límite de hacer uso de su material genético en seis ocasiones. Es decir, de notificar que ya ha realizado donaciones anteriormente.

Antes de transcurrir un año, la donante es intervenida nuevamente de “quistectomía, adhesiolisis de múltiples adherencias abdominopélvicas y salpingectomía derecha”. A consecuencia de todo ello, la donante padeció esterilidad sobrevenida. Su reclamación en los tribunales pivotó sobre la cuestión de no haber sido suficientemente informada de los riesgos que entrañaba la punción ovárica practicada.

Durante el procedimiento judicial se realizó un peritaje médico que dictaminó haberse llevado a cabo una punción ovárica de acuerdo con las pautas exigidas por la *lex artis* médica y que la paciente padecía una enfermedad inflamatoria pélvica previa, de acuerdo con su historia clínica. Sin embargo, aunque la intervención cumplió con la conducta exigida por la práctica, el origen del problema evidentemente apareció en el momento de la punción ovárica. Y ello no puede desconectarse de los riesgos que debe asumir voluntariamente la paciente tras exponérselos y considerando con especial hincapié los más relevantes.

Finalmente, el tribunal da la razón a la donante de óvulos condenando a las costas de la reclamación al médico y a la clínica, que respondía solidariamente, ratificando de esta manera la cantidad indemnizatoria de 96.426,56 euros. De aquí lo interesante no es la cantidad, sino el razonamiento en el que el tribunal fundamenta su decisión:

En efecto, la intervención efectuada a la paciente ni tan siquiera puede ser equiparada a la medicina satisfactiva, propia de las actuaciones de la cirugía estética, y mucho menos por tanto, a la medicina curativa, por lo que la obligación del facultativo va incluso más allá de la que le es exigible en el campo de la medicina satisfactiva en la que se demanda al facultativo que garantice la obtención de un resultado, a salvo los riesgos propios de la intervención de que se trate, de la que deberá haber hecho efectiva y cumplida información a la paciente (...) vigente en el momento de los hechos, lo que determina que la obligación de informar de los riesgos que conlleva la donación de óvulos haya de ser extensa y detallada (Fundamento Jurídico Quinto).

La información facilitada a la donante se circunscribe en un supuesto de consentimiento reforzado, como venimos advirtiendo a lo largo de estas páginas. La ausencia de alguna información relevante y relativa a la intervención recibe la consideración de negligencia, falta producida a lo largo del procedimiento de donación de óvulos.

4.2.2. Segundo caso: SAP Barcelona 448/2019, Sección 13ª, de 6 de mayo

Si el supuesto anterior pudiese generar alguna duda al respecto de esta doctrina por haber sucedido antes de la reforma legislativa, podemos recurrir al siguiente precedente.

Una donante de óvulos interpone una acción de responsabilidad por negligencia médica contra el equipo médico, la clínica donde se practicó la donación y contra las compañías de seguros. El motivo fue una “infección por estafilococo aureus coagulasa negativo” sucedida con la punción ovárica transvaginal para la donación de óvulos. Se alegó en la reclamación “falta de diligencia del equipo; falta de diligencia en la detección de la infección; la falta de diligencia en la aplicación del tratamiento adecuado a la infección”.

En el primer juicio de este caso se practicó un peritaje que declaró haberse practicado la punción ovárica transvaginal siguiendo todos los protocolos necesarios y que en el posoperatorio no se cursaron incidencias (se siguió la *lex artis*). Ahora bien, destaca del peritaje que la donante fue hospitalizada por la infección mencionada, cuyo germen se encontraba en la mucosa de la vagina. De este modo, la infección aconteció por una inoculación accidental, pues al practicarse la punción se arrastró el germen que produjo el daño, pero que de ninguna manera hubo actuación negligente del médico.

De ahí que el evidente daño desproporcionado no sea directamente imputable al equipo médico por su mala praxis, pues en principio, este tipo de infección en uno de los riesgos que debe asumirse al someterse a una intervención quirúrgica. En síntesis, tras los peritajes, se entiende que es uno de los riesgos potenciales en los que puede incurrir una intervención de este tipo.

Ahora bien, lo interesante del caso es que el tribunal estima parcialmente la denuncia de la donante, no por vincular el daño desproporcionado a la actuación médica, sino porque se omitió la información relevante que debía proporcionarse a la donante. En este caso, la mujer firmó un consentimiento estándar que solamente la informaba acerca de los potenciales riesgos de la anestesia. Se había omitido información relativa a los riesgos de la punción ovárica y, en particular, a las posibles infecciones derivadas de la misma.

A través de la historia clínica se demostró que la paciente había sido informada de los potenciales riesgos genéricos de una intervención quirúrgica, pero que el consentimiento informado para la donación de óvulos no había estado en su poder en ningún momento. Por tanto, la potencial infección, que finalmente aconteció, era uno de los riesgos que la donante de óvulos expresamente tiene que ratificar y del cual debe ser informada fidedignamente.

En este caso, la indemnización ascendió a los 63.116,10 euros. De nuevo, lo interesante consiste en el razonamiento del tribunal:

Los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia

ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (Fundamento Jurídico Tercero).

Al someterse voluntariamente a una intervención quirúrgica, el deber de información es más exigente, pues no es la necesidad, la urgencia, lo que inspira el criterio médico para intervenir el cuerpo humano, sino la decisión de la donante de óvulos de acudir a realizar el acto. Y es su motivación voluntaria aquello que exige informarla debidamente, advertirla inexorablemente, sobre los riesgos que pueden derivarse de dicha decisión.

Fijémonos en cómo opera la doctrina del daño desproporcionado en el razonamiento. Pasamos a analizar los tres primeros elementos que componen esta doctrina. Como el tribunal, a través de un peritaje, evidencia el seguimiento de la *lex artis*, el daño padecido, entonces, es uno de los riesgos que voluntariamente debe asumir la donante. Por tanto, debe estar efectivamente informado sobre ello. Como no puede demostrarse que lo estuvo, en consecuencia, se la indemniza.

5. Conclusiones

En el daño desproporcionado con las molestias producidas por la donación de óvulos debemos considerar que la *lex artis* médica incluye un elemento particular, a saber, el deber reforzado de informar a la paciente sobre los potenciales riesgos. La doctrina del daño desproporcionado tiene tres elementos (daño causado relevante, actuación médica que no ofrece serias dudas ni complicaciones y ausencia de explicación lógica entre el daño y la práctica) que configuran el proceder del razonamiento judicial. Se evalúan los elementos y al cerciorarse de su cumplimiento pasa a evaluar un cuarto, que consiste en si el daño causado consta entre el elenco de riesgo que asume la donante. De no ser así, se le causa un daño desproporcionado. Podríamos pensar que esta obligación consiste en realidad en un deber genérico que inunda cualquier intervención médica a raíz de las exigencias del consentimiento informado y de los derechos de autonomía del paciente.

Por una parte, es cierto que el deber de informar al paciente está presente en todo momento en el ámbito de la medicina. Ahora bien, esta exigencia no es una cuestión de todo o nada, sino gradual. Así, cuando la vida de un paciente pende de un hilo, el médico puede llevárselo a quirófano, intervenirlo y solventar los trámites legales después. Algo similar sucede con pacientes que padecen algún trastorno psiquiátrico o quienes no tienen plena capacidad de obrar, pues en un conflicto de intereses entre paciente y médico, si la decisión del médico está justificada bajo el criterio de la salud, presumiblemente se ponderará con mayor relevancia.

Por otro parte, nada de esto sucede con la donación de óvulos, pues nos encontramos ante un caso particular en que el paciente, en este caso la donante, se somete a una intervención médica por propia voluntad. Esto es importante porque condiciona la exigencia de información que debe asumir voluntariamente, como caso de medicina satisfactiva, a diferencia de la medicina curativa, donde intervención para curar a un paciente tiene, por así decir, prioridad sobre toda la información facilitada. Lo que podemos traducir como someterse a una intervención por razón de necesidad médica o por voluntad propia. El primer caso relativiza el deber de informar (legal y moralmente, en este caso, a partir del principio de beneficencia), mientras que en el segundo caso, el voluntario, en el que innegablemente se insertan las donantes de óvulos, el deber de informar se vuelve más estricto, o fuerte, puesto que la intervención médica no está movida principalmente por la necesidad terapéutica. Y en esta tesitura, la cuestión pasa a ser ciertamente de todo o nada. Prima por encima de todo el consentimiento válido de la donante, y para que pueda darlo con plenas garantías, la información facilitada es primordial, pues precisamente lo que tiene que sopesar en conciencia al decidir son los riesgos para entrar al quirófano.

Esta consideración nos ha hecho delimitar los elementos que componen el daño desproporcionado en cuatro, añadiendo el deber de informar certeramente a la donante a los daños, a la *lex artis* y al nexo causal entre daños y negligencia médica. Podría considerarse el deber de información como un subtipo de negligencia derivada de no observar adecuadamente la *lex artis*, y dejar intacta la doctrina del daño desproporcionado en tres elementos en el caso de la donación de óvulos. Sin embargo, ello podría minimizar la relevancia que este elemento tiene para el caso de la ovodonación.

Hemos llegado a los pies de la doctrina del daño desproporcionado tras observar que las molestias que deben compensarse legalmente no incluyen el verdadero grueso de molestias que efectivamente soportan las donantes de óvulos. Por un lado, porque las molestias físicas y psíquicas exceden sobremanera lo que puede preverse y, por otro, porque compensar el desplazamiento y el gasto laboral no incluye molestias como tener que pedirse vacaciones para no generar otro problema laboral o condicionar las relaciones afectivas de la donante al no poder compatibilizar el tratamiento hormonal con los habituales métodos anticonceptivos orales, el DIU, la lactancia materna e incluso abstenerse de relaciones sexuales los días del ciclo en los cuales los folículos están aumentados de tamaño y son numerosos por la estimulación hormonal.

Tras ello, al prestar atención a los cambios legislativos en materia de donación de óvulos, vimos que la finalidad del legislador no es otra que la de la explotación deliberada de la fertilidad de la mujer. Para ello vimos: primero, que el preámbulo de la legislación considera abiertamente un avance obtener un mayor número de óvulos por ciclo, sin especificar explícitamente el límite de ovocitos que pueden obtenerse de una donante;

segundo, que la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida no considera a las donantes de óvulos como usuarias de las técnicas, y por tanto beneficiarias de la protección que se establece en esta norma para ellas, reservándoles la consideración de participantes, y, tercero, fijando un precio de antemano por unas molestias que a ciencia cierta no es posible saber que van a producirse.

Finalmente, cabe advertir que la responsabilidad derivada de atender a la doctrina del daño desproporcionado no es ninguna panacea. Tampoco solventa el corazón del meollo que nos ha traído hasta aquí, sino que da una motivación a la respuesta judicial para el caso concreto que se plantea unas molestias desproporcionadas ante el juez. Ante este hecho podemos concluir en un doble sentido.

Cabe preguntarse por qué hay tan pocos casos judiciales, cómo es que se han dado tan pocos litigios derivados de los daños producidos con la ovodonación. En este punto tengo que devolver la pelota al tejado de las ciencias sociales. Desde la Antropología o la Sociología están en mejores condiciones que la Filosofía jurídica para responderlos con exactitud. Digamos que se abre un nuevo horizonte para el trabajo de campo y las entrevistas.

Que la doctrina del daño desproporcionado opera en sede judicial y que constituya la motivación en ambos casos muestra una carencia legal sobre la que hemos insistido suficientemente a lo largo del trabajo. De una parte, carece de sentido fijar una compensación monolítica por las molestias porque estas no son siempre las mismas, varían en cada donante. De otra parte, tampoco el hecho de ampliar el listado de riesgos en un consentimiento informado cierra la cuestión porque la casuística igualmente excede la responsabilidad que puede depurarse, por ejemplo, cuando la donante queda embarazada¹⁸. Ello me lleva a abogar por una legislación en la que, si se acepta la compensación por ovodonación, en lugar de fijarse de antemano y efectuar el pago al obtener los ovocitos, se remita a las molestias que efectivamente se asumen en cada caso. La fórmula podría partir de una cantidad mínima, justificada en las molestias por toda entrada en el quirófano y en el tratamiento previo, que se sumaría a las molestias efectivamente soportadas una vez se ha evaluado el caso de esa donante y, por tanto, habiendo obtenido o no ovocitos, pero padeciendo molestias y asumiendo riesgo para la salud. Al menos este tipo de regulación mantendría la coherencia con la voluntad de compensar por las molestias que se padecen en esta práctica y con la variedad de riesgos que emergen en cada caso, como demuestran las voces y los dos casos traídos a colación.

6. Bibliografía

- Álvarez Plaza, C. (2008): “La materia humana en un alambique: nuevos modos de engendrar y la asimetría de la donación de semen y óvulos”, en A. Piella, L. Sanjuán y H. Valenzuela, coords., *Construyendo intersecciones: aproximaciones teóricas y aplicadas en las relaciones entre los ámbitos del parentesco y la atención a la salud en contexto intercultural*, San Sebastián, Ankulegi, pp. 65-81.
- Álvarez Plaza, C. (2015): “Sexo sin reproducción y reproducción sin sexo. Sexualidad y salud reproductiva de los donantes de semen y óvulos”, *Disparidades. Revista de Antropología*, 70 (2), pp. 469-484.
- Álvarez Plaza, C. (2020): “Nacer por reproducción asistida”, en P. Tomé, M. Valdés Gázquez y C. Álvarez Plaza, eds., *Símbolos en la ciudad, símbolos de la ciudad: Ensayos en Homenaje a María Cátedra*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 485-518.
- Álvarez Plaza, C., A. M.^a Rivas y A. Ayala (2020): “El fenómeno de los nuevos emprendedores en la industria reproductiva transfronteriza: entre la experiencia y la competencia”, en A. M. Rivas y C. Álvarez Plaza, eds., *Etnografía de los mercados reproductivos: autores, instituciones y legislaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 343-396.
- Aránguez Sánchez, T. (2018): *¿Por qué la endometriosis concierne al feminismo?*, Madrid, Dykinson.
- Ariza, L. (2016): “Cuerpos abstractos, riesgos concretos: dispositivos clínicos y salud de las donantes de óvulos en la medicina reproductiva argentina”, *Salud Colectiva*, 12 (3), pp. 361-382.
- Bellver Capella, V. (1999): “El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11, pp. 119-144.
- Cervilla Garzón, M. D. (2021): “La responsabilidad civil derivada de los daños en el uso de las técnicas de reproducción asistida”, en A. Díaz-Bautista, J. Ataz y J. A. Corbacho, coords., *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, vol. 1, Pamplona, Aranzadi – Thomson Reuters, pp. 1481-1512.
- Cuadros Aguilera, P. (2017): “*Salus populi*, principio de no lucro y deber cívico de donar sangre”, *Revista de Bioética y Derecho*, 40, pp. 115-124.
- Díez-Picazo, L. (2001): “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en M. Yzquierdo y R. Ángel, coords., *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid, Dykinson, pp. 101-120.
- Femenía López, P. J. (2017): “Nuevos perfiles jurídicos del acto médico: responsabilidad derivada del *screening* genético”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, 6, pp. 143-176.
- Femenía López, P. J. (2019): *La determinación de la filiación “en interés del menor”*. “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia, Madrid, Dykinson.
- García Manrique, R. (2021): *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*, Barcelona, Herder.
- Golombok, S., R. Scott, J. Appleby, M. Richards y S. Wikinson (2016): *Regulating Reproductive Donation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- González Morán, L. (1990): *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.

¹⁸ Agradezco a un revisor anónimo haberme hecho ver este ejemplo.

- Guerrero Zaplana, J. (2004): “La conexión entre el resultado y la información en la responsabilidad derivada del consentimiento informado: líneas jurisprudenciales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 10, pp. 155-198.
- Lema Añón, C. (2000): “Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 13, pp. 103-118.
- Lima, N. S., C. Álvarez Plaza y C. Cubillos Vega (2019): “Donantes de ovocitos: análisis comparativo de dos muestras de Argentina y España sobre perfil de donantes, motivaciones y anonimato”, *Política y Sociedad*, 56 (3), pp. 603-622.
- Magureanu, G. (2005): “Talk to the European Parliament” Presentado en CORE European Seminar “Human Egg Trading and the Exploitation of Women”, Bruselas, Parlamento Europeo, y recogido por S. Lundin (2012): “‘I want a baby; don’t stop me from being a mother’: An ethnographic study on fertility tourism and egg trade”, *Cultural Politics*, 8 (2), pp. 327-344.
- Martín León, A. (2010): “Lex artis y protocolos médicos”, en L. Morillas, dir. y J. M. Suárez, coord., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dyckinson, pp. 463-486.
- Martínez-Calcerrada y L. Gómez (1998): “Lex artis ad hoc y la responsabilidad médico profesional”, *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2 (1), pp. 155-166.
- Molas, A. y L. Perler (2020): “Selecting women taming bodies. Body ontologies in egg donation practices in Spain”, *Tapuya: Latin American Science, Technology and Society*, 3 (1), pp. 396-414.
- Morell Ocaña, L. (2000): “Deontología de los quehaceres sanitarios. Códigos de buenas prácticas y lex artis”, *Noticias de la Unión Europea*, 184, pp. 95-108.
- Pennings, G. y Z. Gürtin (2012): “The legal and ethical regulation of transnational donation”, en R. Martin, G. Pennings y J. B. Appleby, eds., *Reproductive Donation: Practice, Policy and Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 130-149.
- Pinto Andrade, C. (2009): “La responsabilidad civil médico sanitaria derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 23, pp. 127-155.
- Puig Hernández, M. A. (2021): “La relación entre compensación, precio y altruismo en la donación de gametos”, en M. Casado y M. J. López Baroni, coords., *El Convenio de Oviedo cumple veinte años: Propuestas para su modificación*, Barcelona, Universitat de Barcelona Edicions.
- Radcliffe-Brown, A. R. (1975): *El método de la Antropología Social*, Barcelona, Anagrama.
- Rivas, A. M.^a, C. Álvarez Plaza y M. I. Jociles (2018): “La intervención de ‘terceros’ en la producción de parentesco: perspectiva de los/as donantes, las familias y la descendencia. Un estado de la cuestión”, *Revista de Antropología Social*, 27 (2), pp. 221-245.
- Rivas, A. M.^a, F. Lores y M. I. Jociles (2019): “El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva”, *Política y Sociedad*, 56 (3), pp. 623-644.
- Rivas, A. M.^a y M. I. Jociles (2020): “¿Ayuda o trabajo?: La perspectiva de las donantes de óvulos sobre su participación en la reproducción biológica”, en A. M. Rivas y C. Álvarez Plaza, eds., *Etnografía de los mercados reproductivos: autores, instituciones y legislaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 95-156.
- Sánchez García, M. M. (2013): “El daño desproporcionado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, pp. 240-258.
- Vidal Martínez, J. (2000): “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, pp. 113-140.
- Werner-Felmayer, G. (2018): “Globalisation and Market Orientation: A Challenge Within Reproductive Medicine”, en S. Mitra, S. Schicktan y T. Patel, *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation*, Cham (Suiza), Palgrave Macmillan, pp. 13-34.

