

I ARTÍCULO**EL HIPOTÉTICO DERECHO A LA REPRODUCCIÓN**

Noelia Igareda González
Departamento de Ciencia Política y Derecho Público
Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

Esta comunicación analiza porqué no existe en nuestro ordenamiento ningún derecho a la maternidad o derecho a la paternidad, y cómo cuesta llegar a un consenso sobre si nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos sexuales y reproductivos, y si lo hace, cuál es el contenido de estos derechos. Este análisis se contrasta con el debate doctrinal que si se ha producido sobre la existencia de un hipotético derecho a la reproducción, una autonomía procreativa en positivo, y la correspondiente discusión sobre su respaldo en nuestro actual ordenamiento jurídico. Debate que no se aplica en los mismos términos cuando se trata de la autonomía reproductiva en negativo, por ejemplo, en el caso del aborto

PALABRAS CLAVE.

Derecho a la reproducción, autonomía procreativa en positivo, autonomía procreativa en negativo

ABSTRACT.

This paper examines why there is not any right to maternity or paternity in our legal system and how difficult is to reach a consensus on whether our legal system protects sexual and reproductive rights, and if so, which is the content of these rights. This analysis is contrasted with the debate which has taken place about the existence of a hypothetical right to a positive procreative autonomy, and the corresponding debate on its legitimacy and justification in our current legal system. However this debate does not apply in the same terms when it comes to negative reproductive autonomy, for example, in the case of the abortion

KEY WORDS.

Right of reproduction, positive reproductive authonomy, negative reproductive authonomy

SUMARIO 1. Derecho a la maternidad y a la paternidad. 2. El derecho a la reproducción. 3. Autonomía procreativa en positivo. 4. Conclusión

1. Derecho a la maternidad y a la paternidad

En los ordenamientos jurídicos no aparece generalmente una formulación jurídica que reconozca el derecho a ser padre o madre. Lo que normalmente entendemos como derechos maternales o el derecho a la maternidad, no reúne las características como tal, dentro del sistema legal de protección de derechos. Lo que existen generalmente son disposiciones jurídicas que protegen ciertos aspectos de la maternidad o de la paternidad, en la medida en que se considera de interés general su regulación: las disposiciones que protegen la baja maternal de la mujer

trabajadora, las regulaciones sobre reproducción asistida, etc.

Sólo en estas ocasiones, la maternidad y la paternidad (esta en menor medida) pasa al ámbito público, se legitima la intervención del Estado y su aparato jurídico. Más allá de la excepción de estos contextos, la maternidad permanece en la esfera privada de las personas, en el ámbito de lo privado, y queda bajo la protección de la intimidad y de la vida familiar. Este sí, constituido como un derecho en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Por lo tanto, es imprescindible tener en cuenta que cuando se está abordando la maternidad o la paternidad en nuestro sistema legal de protección social, no es desde una categoría jurídica de derechos, sino que se está haciendo desde el derecho a la igualdad, que constituye un derecho fundamental en la Constitución española, o desde otros derechos

sociales (como el derecho a la protección de la salud o el derecho al trabajo) que en nuestra Constitución no tienen carácter fundamental, sino que constituyen principios rectores de la vida política y económica¹.

En este sentido Marrades Puig² apunta que casi todos los textos constitucionales recogen la protección a la maternidad (por ejemplo la Constitución española de 1978 o la Constitución italiana de 1947) pero ninguno un derecho a la maternidad o un derecho de las madres.

¹ A pesar de que hay autores que han defendido el carácter “fundamental” de estos derechos sociales, sobre todo el derecho a la sanidad (ver por ejemplo Martínez de Pisón, J.; “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 2006, nº 14, pp. 129-150; Añón, M.J.; “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6-2002; Pisarello, G.; *Los Derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007)

² Marrades Puig, A.I.; *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia, Valencia, 2002, pp.27.

Es también subrayable que el debate sobre si existe o no un derecho a la maternidad apenas haya recibido atención por parte de juristas, filósofos y ni siquiera feministas. Y en cambio si que ha llegado a ser un asunto de discusión iusfilosófico la existencia o no de un derecho a la reproducción, como se analizará más adelante.

Quizás una de las razones que expliquen este escaso interés es porque si se hablara de un derecho o no a la maternidad, implícitamente se estaría discutiendo la existencia de un derecho cuyos titulares sólo pueden ser mujeres. La construcción de cualquier derecho jurídicamente protegido cuya titularidad podría llegar a ser interpretado de un sexo atentaría al principio de igualdad y al concepto de ciudadanía presuntamente neutral de nuestro Estado de Derecho.

Por otro lado, tampoco las cuestiones relativas a la reproducción humana tienen una solución legal pacífica desde los derechos sexuales y reproductivos o desde un hipotético derecho a la reproducción. Hay todo un debate sobre si existen los derechos sexuales y reproductivos o el derecho a la reproducción y aunque la Constitución española no recoge estas dos formulaciones de manera explícita, en el caso de los derechos sexuales y reproductivos en cambio, sí que existen formulaciones en el ámbito internacional que incluyen los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos, como por ejemplo de la Conferencia del Cairo, ICPD Programme For Action, 1994, Ch. 7.2³ y de Beijing Declaration, para. 14, 1995.

³ ICPD Programme For Action, 1994, Ch. 7.2

“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, cuando y con que frecuencia. Esta última condición lleva implícito

En el caso del derecho a la reproducción también ha habido una discusión doctrinal para fundamentar su existencia derivada de otros derechos fundamentales⁴.

En el caso de los derechos sexuales y reproductivos, las reticencias que anteriormente se han expuesto en el caso del derecho a la maternidad no aparecen, porque los derechos reproductivos, cuando existen, tienen una titularidad

el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.”

⁴ Discusión doctrinal que tiene su origen en la aparición de las primeras leyes sobre técnicas de reproducción asistida.

compartida, o el sujeto titular de estos derechos es más difuso.

Igualmente, si el debate versa sobre la hipotética existencia de un derecho a la reproducción, y su cabida o no en el sistema de protección de derechos de nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad de este derecho ya no sería exclusiva de un solo sexo. Sería un derecho a la reproducción de hombres y mujeres por igual, equiparados “de iure” el papel que hombres y mujeres desempeñan en la reproducción, papel que la realidad muestra que está lejos de ser equivalente.

Pero el tratamiento legal de la reproducción humana desde el punto de vista de los derechos sexuales y reproductivos es complejo. Los derechos reproductivos no son fáciles de definir porque no están incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y tampoco hay consenso a nivel

europeo, sólo hay acuerdo sobre la importancia de la salud reproductiva⁵. También es discutible si los derechos reproductivos son parte de los derechos humanos de las mujeres. Aunque obviamente resulta difícil hablar de derechos políticos o sociales de las mujeres si antes no se acepta la existencia de derechos reproductivos, pero también es cierto que en muchas sociedades las mujeres no son quienes deciden sobre su reproducción y cuando en nuestras sociedades se debate sobre algunas de las cuestiones relativas a la reproducción (el estatuto del embrión por ejemplo en la legislación sobre técnicas de reproducción asistida o de investigación biomédica) las mujeres no

⁵ Las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo del Cairo, 1993 y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Pekín, 1995, que como se ha visto definen los derechos sexuales y reproductivos, son importantes, “*pero no generan normas de derecho internacional, sino que constituyen directrices comunes para la mejor interpretación y aplicación de derechos humanos previamente reconocidos en instrumentos vinculantes*” (Alkorta, I.; “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, Enero-Diciembre 2006, pp. 16)

aparecen como titulares de derechos específicos⁶.

La mayoría de las veces la legislación que regula los derechos reproductivos parece estar más preocupada en limitar y acotar el ejercicio de los derechos, que en dar contenido a los derechos en sí y proteger su ejercicio⁷.

2. El derecho a la reproducción

No es tampoco desdeñable situar el origen y contexto del debate doctrinal sobre el derecho a la reproducción para entender porqué este derecho si que ha recibido atención por parte de la

⁶ Widdows, H.; Alkorta Idiakez, I. and Emaldi Cirión, A.; *Women's reproductive rights*, London, Palgrave Macmillan, 2006, pp.2-4.

⁷ La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sólo menciona los derechos sexuales y reproductivos en la Exposición de Motivos y derivados de otros derechos fundamentales pero no los regula directamente en su articulado.

doctrina, aunque no nos encontramos en cambio ninguna formulación similar en textos legales internacionales o europeos. Dicho debate se inicia cuando los nuevos avances científicos permiten las técnicas de reproducción humana asistida. Es por tanto un derecho de reciente formulación, y que difícilmente los ordenamientos jurídicos lo mencionan de manera explícita.

La legitimidad de las técnicas de reproducción asistida se ha intentado justificar argumentando la existencia de un derecho a la reproducción. Son varios los argumentos que se utilizan en este sentido:

a) Se defiende su existencia derivado de la existencia de un derecho a la protección de la salud, como derecho frente a la esterilidad. El artículo 43.1 de la CE dice explícitamente que “*se reconoce el derecho a la protección de la salud*”.

Pero la fundamentación de un derecho a la reproducción derivado del derecho a la protección de la salud, implica aceptar que la esterilidad es una enfermedad, y no siempre es así⁸. También supone aceptar que las técnicas de reproducción asistida son la única respuesta médica para tratar esta esterilidad⁹. No siempre es una enfermedad¹⁰, y las técnicas de

⁸ A pesar de que la Organización Mundial de la Salud considera la esterilidad una enfermedad. Incluso se ha llegado a plantear que la imposibilidad de tener hijos/as biológicos supone una importante merma del derecho fundamental a la integridad física y moral, por el sufrimiento psicológico que causa el no poder tener descendencia propia. Obviamente estos razonamientos consideran que la función maternal es inherente a la condición femenina, y que el instinto maternal tiene un fuerte componente natural. Se asume así, que la imposibilidad de tener hijos/as biológicos causa siempre padecimientos psicológicos en la persona.

⁹ En una sociedad que subraya siempre la dimensión biológica y de nexo genético de la maternidad y la paternidad, relegando la dimensión social de la maternidad y paternidad, tal y como está demostrado a través de la adopción, donde los padres y madres adoptivos sienten los mismos vínculos afectivos con sus hijos/as, sin necesidad de contar con un nexo biológico con ellos/as para sentirse plenamente padres y madres.

¹⁰ Según la European Society of Human Reproduction and Embryology, se estima que una de cada seis parejas en el mundo sufre algún tipo de problema de fertilidad al menos una vez durante su vida fértil. La tasa de infertilidad en el mundo se calcula que afecta al 9% de

reproducción asistida a veces se aplican sobre el cuerpo de la mujer, cuando quien es estéril es el hombre¹¹.

b) Otro de los argumentos utilizados es que hay un derecho a la reproducción porque hay un deseo o necesidades. Es el único argumento para defender la existencia de un derecho a la reproducción que no se basa en un derecho previo y anterior. Pero obviamente no todo deseo tiene por que ser igual a derecho. También en ocasiones se justifica que este deseo es una necesidad básica¹².

las mujeres entre 20 y 44 años. Entre el 10-20% de los casos de infertilidad se desconocen las causas que la producen.

¹¹ Lozano subraya el hecho de que las técnicas de reproducción asistida tienen como sujeto “la pareja” a quienes diagnostican un problema médico, aunque las destinatarias últimas sean las mujeres. Y la utilización de la pareja como sujeto refuerza una vez más la reproducción limitada al espacio de una relación estable heterosexual y diluye la subjetividad femenina a la experiencia de la reproducción. (Lozano Estivaliz, M.; *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Málaga, Universidad de Málaga, 2004, pp.36).

¹² Para un análisis sobre la teoría de las necesidades radicales ver Heller, A.; *Una revisión de la teoría de las*

Equiparar el deseo de tener hijos/as a una necesidad básica de todas las mujeres ha sido uno de los argumentos clásicos de subordinación femenina y de determinismo biológico a lo largo de la historia fundamentado en razones biológicas, instintivas y de tipo evolutivo. El deseo de tener hijos es un fenómeno cultural y no biológico, como lo demuestra la variabilidad en el número de hijos en las diferentes sociedades, circunstancias históricas o clases sociales¹³. También es un producto cultural el deseo de tener hijos/as propios (porque si sólo fuera el deseo de tener hijos/as, está la adopción, y no se

necesidades, Barcelona, Paidós, 1996 y Añón, M.J.; “De las necesidades radicales a las necesidades humanas”, *Daimon: Revista de Filosofía*, nº 17, 1998, pp. 53-69.

¹³ Toda la obra de Badinter trata de desmontar la creencia en un instinto maternal de tipo animal, demostrando el carácter histórico y por lo tanto cultural, del deseo maternal (Badinter, E.; *L’amour en plus. Histoire de l’amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*, Paris, Flammarion, 1980).

necesitarían las técnicas de reproducción asistida).

c) Otro de los argumentos es la existencia de un derecho al libre desarrollo de la personalidad. Según este punto de vista el derecho a la reproducción se desprende del artículo 17.1 de la CE¹⁴, derecho a la libertad personal, derecho entendido como derecho a decidir libremente sobre su propia reproducción. Esta consideración de la reproducción como uno de los elementos inherentes de la libertad personal, otorga entonces 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, en un sentido kantiano de la libertad, en el que las personas son verdaderamente libres cuando obran y pueden decidir sin

¹⁴ Artículo 17. Constitución española:

“1. 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 en la Ley.”

obstáculos sobre lo que ellos creen que es lo moralmente adecuado y mejor¹⁵.

d) También se alude a la existencia de un derecho a la intimidad (artículo 18 CE¹⁶). En Estados Unidos, las decisiones reproductivas (por ejemplo el aborto) se consideran amparadas bajo el derecho a

¹⁵ Aunque utilizar el pensamiento de Kant para entender la reproducción como un posible ejercicio de la libertad personal nos lleva también a todas las objeciones que precisamente se esgrimen en ocasión de las técnicas de reproducción asistida, en el que los seres humanos (o lo que algunos creen que son proyectos de vida humana, como los preembriones o los gametos masculinos o femenino) pueden ser utilizados como medios y no como fin en sí mismos (por ejemplo entre los argumentos en contra de la maternidad por sustitución).

¹⁶ Artículo 18. Constitución española

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

la intimidad, pero en nuestro ordenamiento jurídico no.

e) En ocasiones se justifica la existencia de un derecho a la reproducción por la existencia de un derecho a fundar una familia. Este derecho si que se encuentra en nuestra Constitución derivado del artículo 10.2. de la CE que incorpora el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)¹⁷. Pero asociar el reproducirse a fundar una familia, reduciría el concepto de familia a un núcleo de convivencia de personas unidas por lazos biológicos, y en nuestro ordenamiento jurídico pueden admitirse familias sin nexo genético entre ellas (dos cónyuges que conviven con un hijo/a adoptado es una familia estrictamente legal, y podríamos enumerar más

¹⁷ Artículo 12. Declaración Universal de los Derechos Humanos

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

combinaciones de familias en las que se adolezca de relación biológica entre sus miembros).

Una de las principales autoras que han defendido la existencia de un derecho a la reproducción derivado de nuestro actual ordenamiento jurídico es Yolanda Gómez Sánchez¹⁸, y para ello precisamente utiliza algunos de los argumentos analizados anteriormente. Para esta autora existe derivado de diversos derechos fundamentales explícitamente contenidos en la Constitución española.

Para Gómez Sánchez, el estatuto jurídico de la vida, el tratamiento legal del origen y el fin de la vida de nuestro ordenamiento jurídico, está necesariamente ligado a los siguientes

¹⁸ Gómez Sánchez, Y.; *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp.34.

derechos constitucionales definidos y respaldados:

- A los valores constitucionales de libertad, la igualdad, la justicia (artículo 1.1. CE¹⁹)
- A los fundamentos del orden político y la paz social: la dignidad personal, los derechos inherentes y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)
- Al principio de igualdad (artículo 9.2²⁰ y 14 CE)
- Al derecho a la libertad (artículo 17.1 CE)
- Al derecho a la intimidad personal, familiar y al honor (artículo 18)

¹⁹ Artículo 1. Constitución española:

“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

²⁰ Artículo 9.2. Constitución española:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

- Al derecho a formar una familia (artículo 32 CE²¹)
- A la protección de la familia (artículo 39.1 CE)
- A la protección de la madre (artículo 39.2 CE)
- A la igualdad y protección de los hijos (artículo 39.2 y 39.3 CE)
- A la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE)
- A la protección de la infancia (artículo 39.4 CE²²)

²¹ Artículo 32. Constitución española

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

²² Artículo 39. Constitución española

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Gómez Sánchez²³ fundamenta en primer lugar la existencia de un derecho a la reproducción en nuestro ordenamiento jurídico derivado del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad entendido como *“derecho – autonomía que, en un principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal”*.

Para esta autora, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *“la libertad constitucionalizada en el artículo 17.1 CE no alcanza a cualquier decisión o actividad humana, aunque sí creo que protege las que derivan de la autodeterminación física del sujeto, de tal modo que al excluirlas del contenido esencial de este derecho lo varían de contenido y lo desnaturalizarían”*²⁴. De esta manera el derecho a la reproducción

²³ Gómez Sánchez, Y., 1994, op. cit., pp. 45

²⁴ Gómez Sánchez, 1994, op.cit., pp. 48.

es un derecho a la autodeterminación física como parte de este derecho a la libertad.

También Gómez Sánchez justifica que el derecho a la reproducción venga derivado del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE.

“No forma parte del contenido esencial de este derecho la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que esta es un acto de libertad), sino que impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y, por ello, alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, ya se produzca ésta por medios naturales, ya se haga por medios artificiales legalmente autorizados.”²⁵

²⁵ Gómez Sánchez, Y., 1994, op.cit., pp. 56.

Además de defender la existencia de este derecho a la reproducción también argumenta quién o quienes son los titulares de este derecho a la reproducción. Como consecuencia de fundamentar el derecho a la reproducción en el derecho a la libertad (artículos 1.1 y 17.1 CE), en la dignidad de la persona, en sus derechos inviolables e inherentes, en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y en el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), sólo las personas físicas individuales pueden ser titulares de este derecho a la reproducción.

Gómez Sánchez afirma que el derecho a la reproducción es individual, y puede ser ejercido por una sola persona mediante donación de gametos o por una persona más la voluntad concurrente del otro. Debido a la prohibición en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la maternidad subrogada, es posible el ejercicio individual de este derecho a la

procreación por parte de mujeres solas y no de hombres.

También existen otros autores que defienden la existencia de un derecho a la reproducción, como Pablo De Lora que cree se fundamenta en la autonomía individual (en el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE).

“Durante siglos tener hijos se ha considerado como una obligación; concretamente, como el cumplimiento del mandato de “creced y multiplicaos” dado a los hombres en el Génesis. En la filosofía moral contemporánea, este deber se ha defendido también como una manifestación del “prescriptivismo universal”²⁶.

²⁶ De Lora, P.; “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 45.

Este autor afirma que hoy en día existe una verdadera libertad procreativa: *“El formidable avance de la tecnología biosanitaria en el ámbito de la reproducción asistida, así como del conocimiento genético, permite hoy afirmar sin temor a exagerar que, en el mundo desarrollado, nacemos como y cuando queremos.”²⁷.*

De Lora sostiene que la paternidad y la maternidad se consideran siempre acontecimientos positivos y dichosos en la vida de las personas, sobre las que no cabe enjuiciamiento moral alguno, a excepción por ejemplo de algunas religiones, como la católica, que censuran moralmente la utilización de técnicas de reproducción asistida porque supone una disociación entre el acto sexual y la reproducción, como indica la Instrucción *Donum Vitae*²⁸ *“que no hay derecho a*

²⁷ De Lora, P., op.cit., pp.45.

²⁸ Congregación para la Doctrina de la Fé, 22 de febrero 1987

*tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación”.*²⁹

Hay otros autores como Fernando Abellán³⁰ que han también reflexionado sobre la fundamentación de este derecho a la reproducción como ejercicio de la libertad reproductiva, utilizando en este caso las posibilidades que plantea el diagnóstico preimplantacional.

Para ello, Abellán utiliza el concepto de libertad reproductiva entendida *“como una libertad de carácter individual o de*

²⁹ Esta visión de que la paternidad y la maternidad son siempre positivos también es la postura respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en la sentencia de 5 de junio de 1998, *“la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”* (en este caso se trataba de una mujer a la que se había practicado una ligadura de trompas y que posteriormente había dado a luz a gemelas).

³⁰ Abellán, F.; “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 25, 2006, pp.23.

*pareja, mediante la cual los ciudadanos pueden elegir entre distintas opciones procreativas que se les presentan. El punto de partida de esta libertad peculiar sería el ejercicio legítimo de una paternidad responsable que desea evitar problemas graves de salud a sus hijos.”*³¹

Libertad entendida aquí como Stuart Mill³², para quien uno es libre si carece de imposiciones e intervenciones externas (una libertad negativa) admitiendo como único límite la posibilidad de causar daño a los demás, lo que legitimaría la intervención del Estado.

En resumen, las opiniones sobre el carácter jurídico de esta libertad procreativa son muy divergentes:

³¹ Abellán, F., op.cit., pp. 23.

³² Mill, J.S.; *Sobre la libertad*, Madrid, Technos, 2008.

- Hay algunos autores Robertson³³, Dworkin³⁴, Gómez Sánchez³⁵; Alkorta³⁶, De Lora³⁷ que justifican que la libertad reproductiva constituye un verdadero derecho derivado de otros derechos constitucionales como la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el de la intimidad o el derecho a fundar una familia.
- Hay otros autores que plantean si existe un derecho a tener un hijo/a sano gracias al uso de la tecnología o un incluso, un derecho de los futuros hijos/as a quedar a salvo

³³ Robertson, J.A.; *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New Jersey, Princeton University Press, 1994.

³⁴ Dworkin, R.; *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

³⁵ Gómez Sánchez, Y.; op. cit.

³⁶ Alkorta, I.; op.cit.

³⁷ De Lora; op.cit.

de un cuerpo enfermo (Graunmann³⁸)

- Pero también existen pensadores (ver por ejemplo Roca Trías³⁹, Pantaleón⁴⁰, Jonas⁴¹) que rechazan la idea de que estemos frente a ningún derecho, y para llegar a esta afirmación recuerdan que este derecho al hijo/a como consagración de una libertad reproductiva no ha sido reconocido en ningún texto jurídico internacional de derechos humanos. Al contrario, son muchos los tratados internacionales que

³⁸ Graunmann, S.; "Preimplantation genetic diagnosis-the bridge between human genetics and reproductive medicine", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 13/2000, 2000, pp. 211-230.

³⁹ Roca Trias, E.; "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y salud*, Vol. 7, N° 1, 1999 , pp. 1-11.

⁴⁰ Pantaleón, A.F.; "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, N° 5, 1988 , pp. 19-36; Pantaleón, A.F.; "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 15, 1993, pp. 129-160.

⁴¹ Jonas, H.; *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995.

reconocen el derecho de los niños/as a unos padres y a una familia⁴², que protegen esa realidad una vez que se ha producido, pero no el derecho a llegar a serlo.

3. Autonomía procreativa en positivo

Las reticencias o desacuerdos sobre la autonomía procreativa o el ejercicio del supuesto derecho a la reproducción no existen, o apenas aparecen cuando se habla de técnicas de reproducción asistida o de investigación biomédica. Parece que todo aquello que sirva para poder ejercer esta autonomía procreativa en positivo no merece ningún tipo de debate social público, ni suscita demasiadas controversias más allá de círculos de expertos.

Por ejemplo, la utilización de las técnicas de reproducción asistida, o la investigación biomédica con preembriones, embriones y fetos ha sido contundentemente criticado y desautorizado por la Iglesia Católica, que considera primero que las técnicas de reproducción asistida disocian el acto sexual con la reproducción, y por lo tanto son condenables. Y además que entienden que desde el momento de la concepción existe vida humana titular del derecho a la vida y del derecho a la dignidad, y por lo tanto, en ningún modo debe manipularse o intervenir, porque si así se hace se está atentando a la dignidad humana en sí misma⁴³.

A pesar de estas posturas en contra, en nuestro país están vigentes leyes como la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre

⁴² Como por ejemplo en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989)

⁴³ En 1951, el papa Pío XIII condenó toda práctica de inseminación artificial: por el pecado de la masturbación del donante; porque se desvincula sexo y reproducción para la mujer receptora; Y también porque el uso del semen del donante va en contra del sacramento del matrimonio. Esta postura continua vigente con la declaración doctrinal del Vaticano en 1987.

técnicas de reproducción humana asistida y la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

Dichas leyes además cuentan con una amplia aceptación social, y no fueron objeto de gran debate social y político más allá de los círculos de expertos.

Es incuestionable el hecho de que las técnicas de reproducción asistida son un avance científico que da respuesta a las demandas de un hijo/a biológico de muchas parejas que no consiguen tener descendencia biológica propia en nuestro país, y que además la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, lo que hace es tutelar esa autonomía procreativa de hombres y mujeres, para que puedan hacer efectivo su derecho a la reproducción gracias a los avances médico científicos.

Tampoco cuestionamos los beneficios que la investigación biomédica aporta a la ciencia y a la medicina en general, y que como la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, establece se está cumpliendo *“con el mandato recogido en el artículo 44.2 de la Constitución Española⁴⁴, que encomienda a los poderes públicos la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”* (Exposición de Motivos de la ley) y que *“la Ley garantiza la libertad de investigación y de producción científica en los términos del artículo 20⁴⁵ de*

⁴⁴ Artículo 44. 2. Constitución española:

“Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

⁴⁵ Artículo 20. Constitución española

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a.A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b.A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c.A la libertad de cátedra.

d.A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.”

nuestra Constitución” (Exposición de Motivos de la ley).

Lo que nos parece subrayable, son las contradicciones que el tratamiento legal de la reproducción ofrece dependiendo desde qué punto de vista (si desde el derecho a la maternidad o paternidad, desde los derechos sexuales y reproductivos o desde el derecho a la reproducción) se utilice. Las dificultades y los argumentos en contra del tratamiento legal de la reproducción humana desde el derecho a la maternidad y paternidad o desde los derechos sexuales y reproductivos, contrasta con la aceptación mayoritaria del derecho a la reproducción. Y que este derecho se haya justificado vinculándose en otros derechos fundamentales si recogidos explícitamente en nuestro ordenamiento (a pesar de que los derechos sexuales y reproductivos cuentan con formulaciones

y están recogidos en textos jurídicos internacionales).

Igualmente sorprende que el origen de formular ese derecho a la reproducción sea la generalización de las técnicas de reproducción humana asistida, aunque las leyes principales que abordan estos nuevos avances científicos, no tienen rango normativo de ley orgánica, porque en ningún momento se considera que están regulando cuestiones que tienen que ver con derechos fundamentales constitucionalmente protegido, materia reservada a ley orgánica según el artículo 81.1 de la Constitución española⁴⁶.

También resulta en cierta manera contradictorio, que el argumento más fuerte y que mayor consenso alcanza para legitimar la existencia de ese hipotético derecho a la reproducción es

⁴⁶ Ver por ejemplo, la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999 sobre el Recurso de inconstitucionalidad contra la primera ley de técnicas de reproducción asistida en España, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida.

el derecho fundamental a la libertad y el libre desarrollo de las personas. Pero en la interpretación de este derecho fundamental en nuestro sistema legal, precisamente algunas cuestiones vinculadas a las posibilidades que ofrece las técnicas de reproducción humana asistida (como por ejemplo la maternidad subrogada o la categoría jurídica concedida a los preembriones y a los gametos masculinos y femeninos) entran en conflicto con esta interpretación de la libertad kantiana en la que el hombre es un fin en sí mismo y nunca un medio.

4. Conclusión

Todos los esfuerzos doctrinales por fundamentar la existencia de un derecho a la reproducción amparado en nuestro ordenamiento jurídico, contrastan con el poco interés que despierta el debate acerca de la existencia de un derecho a la maternidad o un derecho a la paternidad. El derecho a la reproducción es un

planteamiento que nace para legitimar las posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida, y además ahonda en la fundamentación de una autonomía procreativa en positivo, la posibilidad de tener hijos/as como un valor digno de tutela legal en nuestra sociedad. Es además un hipotético derecho de titularidad individual, pero tanto aplicable a los hombres como a las mujeres.

En cambio, hablar de un derecho a la maternidad y a la paternidad no ha sido objeto de debate porque se consideraba que eran cuestiones que pertenecían a la esfera privada de las personas, al ámbito de su derecho a la intimidad, por tanto libre de injerencia estatal.

El tratamiento dado en las posibilidades de la reproducción humana, como un interés general digno de tutela estatal y la legislación para regular sus aplicaciones, contrasta en cambio con lo

que sucede con el debate en torno a la autonomía procreativa en negativo.

Cuando en nuestro ordenamiento jurídico, y en nuestro contexto social, político y moral se debaten o discuten cuestiones referentes al aborto, el debate se realiza bajo parámetros radicalmente diferentes.

En el caso de la autonomía procreativa en positivo, se defiende la existencia de esta autonomía como un derecho de las personas, derivado de ciertos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, y legitimados como derechos humanos. Su posible colisión con potencialidades de titulares de derechos a la vida no es objeto de demasiada atención jurídica ni moral.

En cambio, en las discusiones acerca de la autonomía procreativa en negativo, ya

no se considera que estemos hablando de un derecho (el supuesto derecho a la reproducción) derivado de derechos fundamentales. Y aquí sí que es importante la defensa jurídica y la atención moral dispensada a los potenciales titulares de derechos a la vida. Quizás es que este derecho a la reproducción es un derecho del que no se admite renuncia, es decir, que se debe siempre desear, y el Estado y sus leyes tutelar, que hombres y mujeres se reproduzcan, al igual que tampoco es renunciable el derecho a la vida. Pero en el caso del derecho a la vida, su renuncia es inadmisibles porque implica el fin de la existencia de ese derecho fundamental, mientras que en el caso del derecho a la reproducción, la libertad de reproducirse o no constituye un elemento esencial del propio derecho, libertad sin la cual no se puede hablar de que exista derecho alguno.

