

El Derecho a la reproducción y el papel del Estado

En el presente capítulo se aborda el debate sobre la existencia de un derecho a la reproducción en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y el tratamiento legal que estas técnicas han recibido.

1. La reproducción humana y el Derecho

La reproducción humana ha sido objeto del Derecho desde que los romanos crearon las bases de nuestros sistemas jurídicos, aun cuando el hombre apenas sabía cómo funcionaba exactamente la reproducción de los seres humanos. Las reglas de filiación del Derecho romano han perdurado hasta nuestros días estableciendo cuáles son las relaciones de parentesco merecedoras de un reconocimiento legal. De esta manera la maternidad queda determinada por el parto¹ y la paternidad es una presunción legal, ya que se convierte en padre el esposo de la madre que ha dado a luz²). Hay tradicionalmente en el derecho una prevalencia de los vínculos de sangre por encima de otros tipos de lazos familiares, aunque se hayan reconocido en la mayoría de los sistemas legales relaciones de parentesco donde prima la voluntad procreacional como la adopción.

A pesar de esa intervención jurídica en la reproducción humana, los aspectos relativos a la reproducción humana se presentan generalmente como cuestiones que pertenecen a la esfera privada de las personas, donde ni el Estado, ni en consecuencia el Derecho, deberían intervenir. Esta visión en cambio se contradice con las numerosas normas que han regulado desde siempre las filiaciones, la patria potestad y la guardia y custodia de los hijos/as, y más recientemente, la prolija regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo, o las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Igualmente, la intervención del derecho en cuestiones relativas a la reproducción humana se realiza desde la presunción de neutralidad, objetividad, universalidad y abstracción que se predica de toda norma jurídica. Pero como la jurisprudencia feminista ha demostrado³, el derecho tiene un claro impacto de género, y más especialmente en cuestiones relativas a la reproducción humana.

2. La autonomía reproductiva

La autonomía reproductiva no tiene una definición legal expresa. Podría considerarse la capacidad de una persona de tomar libremente decisiones sobre su reproducción, y su respaldo legal podría inferirse del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad humana recogido en el artículo 10 Constitución española (CE) y de derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE).

La autonomía reproductiva puede entenderse en un sentido positivo y en un sentido negativo. Su significado positivo implica todas las decisiones de la persona en reproducirse, desde el número de hijos/as, hasta el momento de tenerlos, o incluso, el acceso a técnicas de reproducción asistida para concebir un hijo/a. Su significado negativo incluye todas las decisiones para evitar o prevenir la reproducción, desde el acceso a métodos anticonceptivos hasta la interrupción voluntaria del embarazo (Álvarez Medina, 2017).

¹ *Mater semper certa est*

² *Pater is est quem nuptiae demonstrante*

³ Bodelón, 2009; Facio, 1995; Pitch, 2003; Mestre i Mestre, 2006, entre otras.

3. El derecho a ser madre y el derecho a ser padre

El/la ciudadano de a pie tiendo a pensar que existe un verdadero derecho a ser madre y un derecho a ser padre. Esta creencia nace generalmente del tratamiento legal que algunas cuestiones relacionadas con la maternidad o la paternidad han recibido, como por ejemplo la protección de la maternidad y la paternidad en el ámbito laboral, o la inclusión de las TRHA en el catálogo de prestaciones del sistema de sanidad público. Pero, así como no se reconoce de manera explícita la autonomía reproductiva en positivo, tampoco existe ningún derecho a ser madre o padre en nuestro ordenamiento jurídico.

4. 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. 7.2 (que define la salud reproductiva) y de Beijing Declaration, para. 14, 1995 (que afirma que los derechos de la mujer son derechos humanos).

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 reproductiva.

Los derechos sexuales y reproductivos definidos en estos textos internacionales no son jurídicamente obligatorios, sino que buscan constituir más criterios de interpretación de otros derechos humanos reconocidos en instrumentos legales vinculantes (Alkorta, 2015). Es por ello por lo que los derechos sexuales y reproductivos se han vinculado a otros derechos humanos como el derecho a la salud, a la dignidad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar, tal y como recoge el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En España no existe una ley general o integral que defina y regule los derechos sexuales y reproductivos. No obstante, existen diferentes leyes que afectan y regulan algunos aspectos de estos derechos, como por ejemplo la Constitución española de 1978 (cuando define el derecho a la vida, a la integridad física y moral, o el derecho a la protección de la salud entre otros). También podemos encontrar otras leyes que abordan el derecho a la protección de la salud como la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. O leyes que regulan de manera indirecta o parcial aspectos de estos derechos sexuales y reproductivos como la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción humana asistida.

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 articulado⁴. Esta ley tiene como objetivo garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (no los derechos sexuales y reproductivos directamente, solo en la medida que estén relacionados con derechos fundamentales expresamente garantizados en el ordenamiento jurídico).

⁴ “El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de diferentes derechos fundamentales, especialmente aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”.

5. El derecho a la reproducción

En cambio, sí que ha llegado a ser un asunto de debate por parte de la doctrina legal la existencia o no de un derecho a la reproducción (Gómez Sánchez, 1994). Este debate doctrinal se produce ante el desarrollo y generalización de TRHA. No existe un reconocimiento de este derecho a la reproducción en instrumentos legales internacionales⁵, pero se debate sobre su existencia, en la medida que algunas de estas TRHA presentan dudas éticas, y también, cuando se discute su inclusión o no en los sistemas de sanidad públicos.

La existencia de ese hipotético derecho a la reproducción se ha intentado justificar derivado de algunos derechos ya reconocidos explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico (Robertson, 1994; Gómez Sánchez, 1994; 2004; Alkorta, 2015). Por ejemplo, del derecho a la protección de la salud⁶, lo que llevaría a equiparar la esterilidad siempre como una enfermedad, cosa que no siempre es así⁷. Otras veces se ha defendido que la reproducción constituye una necesidad básica del ser humano. Sin embargo, vincular la reproducción humana a una necesidad básica ha sido uno de los argumentos tradicionales utilizados para justificar la subordinación femenina, y para sustentar un determinismo biológico que limitaba a las mujeres a la función reproductiva y a los cuidados, algo ampliamente criticado por el pensamiento feminista (ver por ejemplo Badinter, 1980). Igualmente, el derecho a la reproducción se ha justificado por ser una consecuencia del libre desarrollo de la personalidad⁸, entendido como la libertad de desarrollar un proyecto de vida libre de interferencias externas. También este derecho a la reproducción se ha interpretado derivado del derecho a la intimidad (Artículo 18 CE). En Estados Unidos el aborto, como un ejercicio de la autonomía reproductiva, se enmarcó legalmente en el derecho a la *privacy*, que podría ser traducido en nuestro ordenamiento jurídico como una fusión entre el derecho fundamental a la intimidad, y el libre desarrollo de la personalidad. Desde la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Roe contra Wade* en 1973⁹, hasta la sentencia de *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* en 2022¹⁰, el aborto estaba permitido porque cualquier legislación de los estados limitándolo se consideraría una intromisión en ese derecho de *privacy* de las mujeres. Y por último, nos encontramos con los argumentos que vinculan el derecho a la reproducción con el derecho a fundar una familia¹¹. Las TRHA son una vía para el cumplimiento de este derecho que, como todo derecho, no es ilimitado, sino que siempre debe ser sopesado de conformidad con los demás derechos, principios e intereses que estén en juego como en este caso, el interés superior del menor (Herrera, 2017). No obstante, asociar el reproducirse a fundar una familia, reduciría el concepto de familia a un núcleo de convivencia de personas unidas únicamente por lazos biológicos, excluyendo modelos de familia sin nexo genético entre sus miembros.

⁵ Aunque como cita Alkorta (2015) la vigente carta Fundamental Surafricana lo incluye explícitamente en su artículo 12 (2).

⁶ El artículo 43.1 de la CE dice explícitamente que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”.

⁷ Por ejemplo, la ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida en España reconoce la posibilidad de que una mujer sola, o dos mujeres, accedan a las TRA para reproducirse, no padeciendo ninguna enfermedad.

⁸ Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁹ Case 410 US 113, 22 enero 1973

¹⁰ Case 19-1392, 24 junio 2022

¹¹ Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se incorpora por el art. 10.2 de la CE en el ordenamiento jurídico español.

No obstante, también son numerosas las voces que niegan la posibilidad de este derecho a la reproducción porque no ha sido reconocido en ningún texto jurídico internacional de derechos humanos, y en cambio sí que existen instrumentos jurídicos internacionales que reconocen el derecho de los niños/as a unos padres y a una familia, que protegen esa realidad una vez que se ha producido, pero no el derecho a llegar a serlo, como es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (Roca Trías, 1999; Pantaleón, 1993; Jonas, 1995).

6. Las técnicas de reproducción humana asistida

La aceptación y popularidad de las TRHA no ha tenido un gran impacto en las leyes de filiación, que siguen respaldando los lazos de sangre para establecer relaciones familiares. La sangre se utiliza como metáfora para explicar la filiación aceptada social y legalmente (Golombok, 2020).

La donación de óvulos podría haber supuesto un reto a la determinación de la maternidad, ya que permite una maternidad sin vínculo genético entre madre e hijo/a, mientras que la donación de esperma no supone una amenaza a la presunción de paternidad. Esto explica en parte por qué la donación de esperma no produce una controversia legal o moral en los países europeos donde la donación de gametos está permitida, y, en cambio, la donación de óvulos no siempre se acepta. No obstante, en España la donación de óvulos siempre ha estado permitida desde la primera ley sobre reproducción asistida de 1988, y continúa siendo así, siendo junto con la donación de carácter anónimo, uno de los factores que explica por qué España constituye uno de los más importantes destinos de turismo reproductivo.

En cambio, la donación de óvulos está prohibida en Suiza, Austria y Alemania. En Alemania las razones detrás de esta prohibición son la preocupación por el bienestar emocional de los hijos/as así concebidos que deberían tener siempre la posibilidad de poder saber quién es su madre. Se considera que separar la maternidad genética de la maternidad biológica puede suponer un menoscabo para la salud emocional de este hijo/a (Farnós, 2016).

En Suecia o Dinamarca, se pueden utilizar sólo los óvulos sobrantes de ciclos de reproducción asistida, dado que el procedimiento de obtención de óvulos se considera peligroso para la salud de la donante, y por lo tanto, la prohibición de donación de óvulos se argumenta para proteger la salud física de las potenciales mujeres donantes. En Noruega, la principal razón para no permitir la donación de óvulos es que se considera que la identidad de la persona está muy determinada biológicamente y por tanto la donación de óvulos se entiende como contraria al interés superior del menor (Golombok, 2020). Un argumento común en los países que no permiten la donación de óvulos es que se considera que esta práctica contribuye a la explotación de las mujeres (Alkorta, 2015).

Otra de las diferencias de la ley sobre TRHA es que en España se permite la donación de manera anónima. En otros países de nuestro entorno más cercano, se eliminó este anonimato para poder garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos/as así concebidos. Suecia fue el primer país en eliminar el anonimato en la donación de gametos en 1984 y también Austria cambió en este sentido su normativa en 1992 (en estos dos países solo se permite la donación de esperma y no de óvulos). En el 2000, Holanda también modificó el anonimato en la donación de gametos, y finalmente en 2005 fue el Reino Unido quien cambió su normativa para permitir el derecho a conocer los orígenes a los niños una vez cumplieran los 18 años (Igareda, 2018).

El anonimato de la donación de gametos es objeto de controversia legal y ética (Alkorta y Farnós, 2017). Por un lado, se defiende este anonimato para proteger las relaciones familiares, ya que desvelar la forma de concepción de los niños/as podría producir una pérdida de confianza en el seno de la familia, generar sentimientos negativos por ser diferente o por no tener continuidad genética por parte de algunos otros miembros de la familia. También se afirma que supone una manera de impedir relaciones desiguales con los progenitores cuando uno de ellos tiene vínculo genético y el otro no (Golombok, 2017). Sin embargo, una razón para explicar el mantenimiento del anonimato de la donación de gametos que no siempre se cita, y tiene una gran importancia, es que este anonimato es un pilar fundamental de una industria de la fertilidad que aporta un gran beneficio económico y prestigio médico (Igareda, 2014).

Por otro lado, también existen argumentos en contra del carácter anónimo de la donación de gametos. Los registros nacionales de donantes, que permiten una cierta trazabilidad de las donaciones, para eventualmente poder resolver problemas médicos graves de las personas nacidas mediante estas técnicas, o para poder cumplir el número máximo legalmente permitido de bebés nacidos vivos de cada donante, no siempre han funcionado correctamente. Es el caso por ejemplo de España, que preveía ya en la primera ley de TRHA de 1988 la creación de un Registro Nacional de Donantes, que la ley de 2006 volvía a repetir, pero no finalmente no se creó hasta 2017 con la creación del Sistema de Información de Reproducción Humana Asistida (SIRHA), dependiente del Ministerio de Sanidad con la colaboración de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Pero además, su Registro de donantes de gametos y preembriones comenzó a funcionar de manera paulatina en 2019.

Aunque quizás el principal argumento esgrimido contra la donación anónima de gametos es el derecho a conocer los orígenes biológicos, reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989. Dicha Convención reconoce en su artículo 7 el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en la medida de lo posible. Aunque España ha ratificado esta Convención, no ha supuesto ninguna contradicción con el mantenimiento de al anonimato en la donación de gametos (Igareda, 2014).

El derecho a conocer los orígenes se ha considerado un derecho esencial para la formación de la identidad personal y el disfrute de un bienestar emocional. Es por ello que en el caso de la adopción, hasta la década de los 80, a los padres se les recomendaba no desvelar cuáles eran los orígenes biológicos de los niños/as, pero posteriormente, se recomendó lo contrario, basándose en los resultados de diferentes investigaciones sobre niños/as adoptados que mostraban como el secreto sobre las circunstancias del nacimiento era contrario a los intereses de los menores, dañaba los lazos familiares y suponía una amenaza a las relaciones de vínculos del menor (Readings et al, 2011).

7. El papel del Estado en la reproducción

El Estado debe garantizar los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico a través del Derecho. Los derechos garantizados en el caso español, son por un lado, los derechos fundamentales (los incluidos entre los art. 14-29.2 CE), y los principios rectores de la política social y económica (recogidos en el Capítulo III del Título I de la CE).

Los derechos fundamentales son los derechos humanos que merecen el máximo nivel de protección y garantía en nuestro ordenamiento jurídico. Si estos derechos fundamentales son violados, las personas tienen derecho a recurrir a la justicia para su protección, a través de recursos legales como el amparo, el *habeas corpus*, entre otros.

Estos derechos no dependen de un gobierno en particular, ni de las políticas temporales de un país. Son permanentes y solo pueden ser modificados o eliminados mediante procesos muy específicos, generalmente requeridos por una reforma constitucional.

Los principios rectores de la política social y económica son en cambio directrices constitucionales que orientan la acción del Estado y de las administraciones públicas en el ámbito social, económico y cultural. Estos principios no son directamente exigibles por la ciudadanía ante los tribunales pero constituyen mandatos de actuación para los poderes públicos y sientan las bases de un Estado social y democrático de derecho.

Entre estos principios rectores de la política social y económica se encuentra el derecho a la protección de la salud (Artículo 43 CE), y la protección de la familia, la maternidad y la infancia (artículo 39 CE).

Del análisis anterior se desprende que dado que el derecho a la reproducción no está explícitamente recogido en nuestro ordenamiento jurídico, se entendería derivado del derecho a la protección de la salud y la protección de la familia. Pero el papel del Estado sobre la reproducción humana no se limita a garantizar estas libertades y derechos. El Estado también se sirve del Derecho como norma de convivencia humana y de resolución de conflictos.

Por ejemplo, Estado generalmente no interfiere en las decisiones reproductivas respetando al derecho a la intimidad (si quiero o no quiero ser madre/padre; cuántos hijos/as quiero tener, etc.). Pero en ocasiones, sí que el Estado interviene en la reproducción humana en aras de derechos de terceros (por ejemplo, en la adopción de niños/as).

El Estado protege determinados aspectos de la reproducción humana bajo políticas de garantía de la salud reproductiva (por ejemplo, incluyendo las TRHA bajo la sanidad pública, o regulando la interrupción voluntaria del embarazo). De hecho, la inclusión de las TRHA en la sanidad pública es uno de los temas más difíciles, por el fuerte costo económico, los siempre limitados recursos económicos estatales, y la compatibilidad de las TRHA con la definición del derecho a la salud en sentido amplio como lo propone la Organización Mundial de la Salud, no solo físico como sinónimo de infertilidad médica, sino también psíquico como se deriva de la dificultad de acceder a la maternidad/paternidad en los casos de infertilidad social o estructural.

Finalmente, el Estado regula las TRHA para dotar de seguridad jurídica a las relaciones de filiación, que están fuera del ejercicio de la autonomía de los individuos, y donde prima siempre la protección del interés superior del menor,

7. Bibliografía

Alkorta, Itziar (2015), "La regulación de la reproducción asistida: evolución y tendencias actuales en el mundo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 69, nº 2179, pp. 67-83.

Alkorta, Itziar y Farnós Amorós, Esther (2016), "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, No. 1, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2782321>

Álvarez Medina, Silvina (2017), "La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia", *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (35). <https://doi.org/10.15366/rjuam2017.35.004>.

Badinter, Elisabeth (1980), *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*, Flammarion, Paris.

Bodelón, Encarna (2009), "Feminismo y Derecho: Mujeres que van más allá de lo jurídico", en Nicolás, Gemma; Bodelón, Encarna (comps), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Antropos, Barcelona, pp. 95-116.

Golombok, Susan (2017), "Disclosure and donor-conceived children", *Human Reproduction*, 32(7), pp. 1532-1533, doi:10.1093/humrep/dex104.

Golombok, Susan (2020), "The psychological wellbeing of ART children: What have we learned from 40 years of research?", *Reproductive BioMedicine Online*, doi.org/10.1016/j.rbmo.2020.08.012

Facio, Alda (1995), *Cuando el Género suena, cambios trae*, Gaia, centro de las Mujeres, Mediateca de las Mujeres ULA, Caracas.

Farnós, Esther (2017), "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de derecho civil*, Vol. 68, Nº 1, pp. 5-61.

Gómez Sánchez, Yolanda (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.

Gómez Sánchez, Yolanda (2006), "El derecho de autodeterminación física", *SIBI: Revista de la Sociedad Internacional de Bioética = Journal of the International Society of Bioethics = Revue de la Société Internationale de la Bioéthique*, 16, pp. 7-23.

Herrera, Marisa (2017), "¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (35). <https://doi.org/10.15366/rjuam2017.35.002>

Igareda, Noelia (2014), "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y Libertades*, número 31, época II, pp. 227-249, Disponible en: http://app.vlex.com/#ES.concursal/vid/537453614/graphical_version

Igareda González, Noelia (2018), "La donación anónima de óvulos en Europa. Los problemas sobre el discurso de donar vida", *Revista de Antropología Social* 27(1), 247-260. DOI: <https://doi.org/10.5209/RASO.61851>

Jonas, Hans (1995), *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona.

Mestre i Mestre, Ruth M. (2006). *La caixa de Pandora: introducció a la teoria feminista del dret*, Universitat de València.

Pitch, Tamar (2003), *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid.

Readings, Jennifer; Blake, Lucy; Casey, Polly; Jadva, Vasanti; Golombok, Susan (2011), "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online*, 22, 2011, pp. 490.

Robertson, John A. (1994), *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University, Princeton.

Roca Trias, Encarnación (1999), "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y salud*, Vol. 7, Nº 1, pp. 1-11.

Pantaleón, Angel Fernando (1993), "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 15, pp.129-160.