

EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Noelia Igareda González

1. Introducción

En el presente documento se analiza cómo las cuestiones relativas a la reproducción humana merecen un tratamiento en términos de derechos, sólo cuando se habla de un derecho a la reproducción como ejercicio de una autonomía reproductiva en positivo, y en el contexto de las técnicas de reproducción asistida. También se constata que en cambio, la maternidad y la paternidad, sólo merecen atención legal en relación a otros derechos, pero esta vez derechos sociales y no fundamentales, y muy colateralmente, ligados al derecho fundamental a la igualdad. Igualmente se muestra cómo, al hablar de reproducción humana y de derechos, los derechos sexuales y reproductivos carecen de consenso legal y político y por supuesto, las cuestiones relativas a la autonomía reproductiva en negativo, difícilmente encuentran acomodo en ningún derecho fundamental ni social.

1. Los derechos fundamentales en el Estado de Derecho español

El debate sobre la autonomía reproductiva y el derecho a la reproducción nos obliga en primer lugar a delimitar el significado de los derechos humanos, los derechos fundamentales y de quiénes son titulares de estos derechos

Es necesario recordar la distinción en el ordenamiento jurídico español entre derechos humanos, como aquellos derechos reconocidos en textos internacionales universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles¹, pero que carecen de un sistema de garantías, y los derechos fundamentales, que son aquellos derechos humanos recogidos en la Constitución, que son relativos y contingentes, pero gozan de la protección del Estado, y que como su propio nombre indica, cumplen la función de

¹ Aunque éstas son las características clásicas de los derechos humanos según la concepción moderna, por supuesto se ha puesto en duda su universalidad, porque en ocasiones, se han considerado una formulación de derechos humanos eurocéntrica; también se ha criticado su carácter absoluto, y a veces se ha llegado a justificar la limitación o supresión de los derechos humanos cuando el bien colectivo que se conseguiría era superior al beneficio individual de su protección; y es necesario matizar su carácter inalienable, porque en ocasiones es parte del propio ejercicio del derecho a la libertad, el poder renunciar a otros derechos humanos, el límite está en si esta renuncia es definitiva o simplemente temporal, y por lo tanto, debería poder ser admisible (para estudiar en profundidad estas críticas a las características clásicas de los derechos humanos con ejemplos históricos (De Lora, 2006:94-127)

fundamentar el orden jurídico de los Estados de Derecho (Peces Barba, 2004; Martínez de Pisón, 2001; Pérez Luño, 2002).

Para entender la posición de las mujeres y los hombres como titulares de estos derechos humanos, que positivizados, se convierten en los derechos fundamentales de cada Estado, es importante volver a los orígenes históricos de la formulación ilustrada de los derechos humanos en el Estado Moderno², que excluían a las mujeres, como titulares (Bobbio, 1991; De Lora, 2006; García Inda y Lombardo, 2002). Debido a esta exclusión inicial de las mujeres como titulares de derechos en las formulaciones modernas de derechos humanos (a pesar de que los primeros textos internacionales que recogían los principales derechos humanos no excluyeran explícitamente a las mujeres) fue necesario posteriormente, un proceso de reconocimiento que los derechos de las mujeres son también derechos humanos, que la igualdad de mujeres y hombres es parte de estos derechos, además de que el sexo es una causa de discriminación que atenta contra este derecho humano a la igualdad, como es el caso, de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de 1979.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) para definir los derechos humanos de la persona continuó utilizando el término genérico de "hombre", y aunque incluye a la mujer no lo refleja, porque no toma en cuenta las diferencias humanas ni la especificidad de las mujeres. De ahí que instrumentos legales internacionales posteriores vieran la necesidad de subrayar lo que parece una evidencia pero no lo es: los derechos de las mujeres son derechos humanos, como se afirmó en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993), en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en el Cairo (1994), o la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín (1995).

Además, estos derechos fundamentales tienen una función primordial en el modelo de Estado constitucional en el que vivimos. El Estado es el garante de los derechos y el vehículo de su realización (Alexy, 2000). Por lo tanto, la reflexión sobre si la

² Las primeras Declaraciones de Derechos Humanos de la modernidad, como la Declaración de Derechos de Virginia (1776) en la Independencia de Estados Unidos, y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en la Revolución Francesa, no consideraban como titulares de estos derechos a las mujeres. Las primeras autoras feministas de la modernidad precisamente atacan esta exclusión de las mujeres de las declaraciones de derechos humanos, como es el caso de Olympe de Gouges, con su Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (1791), o Mary Wollstonecraft con su Vindicación de los Derechos de la Mujer (1792).

reproducción humana encaja en alguna categoría jurídica de derecho fundamental o no, tiene importantes consecuencias a la hora de exigir una determinada actuación del Estado al respecto.

La discusión sobre la reproducción humana nos debería llevar al análisis de derechos relacionados con la maternidad y la paternidad, que sí que aparecen en nuestro ordenamiento jurídico, pero están más relacionados con derechos sociales del ámbito de la protección social y el derecho a la igualdad que con otros derechos fundamentales³.

2. 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, 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, o sobre la paternidad.

Sólo en estas ocasiones, la maternidad pasa al ámbito público, se legitima la intervención del Estado y su aparato jurídico. En la excepción de estos contextos, las consecuencias y las responsabilidades derivadas de 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 jurídicos⁴.

³ Vid. La legislación sobre protección de la maternidad y la paternidad contenida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁴ Si bien es cierto que las mujeres son objeto del derecho en el ámbito público en su calidad de madres, y en cambio, para los hombres, su consideración de padres queda limitada a su esfera privada, y no tiene apenas consecuencias jurídicas en el ámbito privado.

Por lo tanto, es imprescindible tener en cuenta si cuando se está abordando la maternidad o la paternidad se está haciendo desde el derecho a la igualdad, que como se ha visto es 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 económica⁵.

En este sentido Marrades Puig (2002:27) 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.

Son comprensibles las reticencias a formular un derecho a la maternidad o un derecho de las madres. En primer lugar porque desde el propio movimiento feminista, reclamar un derecho a la maternidad o un derecho de las madres podría hacer retomar una visión esencialista de la mujer cuya función única debe ser la maternidad. Desde el feminismo liberal o de la igualdad, uno de los objetivos era librar a las mujeres del obstáculo de la maternidad, y desmontar la creación de la identidad femenina alrededor tan solo de su capacidad de ser madre.

En segundo lugar, se trataría de un hipotético derecho de titularidad únicamente femenino, y en cambio, de los derechos humanos se predica la universalidad y su adecuación al principio de igualdad. Por lo tanto, los defensores de la universalidad y generalidad de los derechos humanos, característicos de todo ser humano por el hecho de serlo, encontrarían muchas dificultades a la formulación de este derecho.

En tercer lugar, cuando se habla de derechos como se ha visto, es necesario justificar también necesidades, ¿acaso la maternidad es una necesidad básica de las mujeres?⁶.

⁵ A pesar de que hay autores que han defendido el carácter *fundamental* de estos derechos sociales, sobre todo el derecho a la sanidad (vid. Martínez de Pisón, 2006; Añón, 2002; Pisarello, 2007).

⁶ La demanda de las técnicas de reproducción asistida por parte de las mujeres se presenta como una prueba fehaciente de la existencia del instinto maternal en las mujeres, que son capaces de cualquier cosa con tal de tener hijos/as propios. Pero también puede interpretarse como la fuerza que nuestra cultura opera sobre las mujeres hasta tal punto que *la insistencia también puede verse como una demostración de la fuerza alcanzada en nuestra sociedad por la ideología maternal, aquella que insiste en que las mujeres necesitan tener hijos para sentirse autorrealizadas* (Lozano, 2004:37)

La maternidad no es una necesidad biológica de las mujeres, ni se trata de una necesidad para su plena realización personal, ni tampoco una condición indispensable para su bienestar físico y psíquico. La decisión sobre si se quiere ser madre o no, debería ser un elemento más de la libertad y el libre desarrollo de cada mujer.

Creemos que la maternidad no es una necesidad de las mujeres, porque esta afirmación nos llevaría a limitar a las mujeres a su función reproductora, y nos acercaría a posicionamientos de determinismo biológico inaceptable hoy en día.

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.

Cuando se habla de un derecho o no a la maternidad, implícitamente se está 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.

Pero en cambio, 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 sólo sexo. Sería un derecho a la reproducción de hombres y mujeres por igual, equiparados al papel que hombres y mujeres desempeñan en la reproducción, papel que la realidad muestra que está lejos de ser equivalente. Pero en la formulación de ese hipotético derecho a la reproducción debería incluirse tanto el derecho a reproducirse como a no reproducirse, incluyendo el aborto, y la capacidad de decidir sobre ello, cuestión que en cambio no recibe atención especial del impacto que esto tiene en las mujeres.

3. Derechos sexuales y reproductivos

Por otro lado, se podría plantear si la reproducción humana tiene respaldo en nuestro ordenamiento jurídico bajo la categoría de los derechos sexuales y reproductivos. La Constitución española no recoge estas dos formulaciones de manera explícita, 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. 7.2⁷ y de Beijing Declaration, para. 14, 1995⁸.

Los derechos reproductivos, cuando existen, tienen una titularidad compartida, o el sujeto titular de estos derechos es más difuso. 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 ejercicio⁹.

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 reproductiva¹⁰. 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, es cierto que en muchas sociedades las mujeres no son quienes deciden sobre su reproducción. Por ejemplo, cuando en nuestras sociedades se debate sobre cuestiones relativas a la reproducción en el contexto de las técnicas de reproducción

⁷ 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 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.

⁸ Declaración de Pekín, 1995, para. 14:

14. Los derechos de la mujer son derechos humanos;

⁹ 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.

¹⁰ 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, 2006:16)

asistida, las mujeres no aparecen como titulares de derechos específicos cuando se trata de regular el estatuto del embrión (Widdows, Alkorta y Emaldi, 2006:2-6). También sirve de ejemplo algunas legislaciones sobre el aborto, que no reconocen a las mujeres como titulares de ningún derecho, ni sujetos que decidan individualmente sobre su reproducción.

La conexión entre derechos reproductivos y salud reproductiva se interpreta de manera diferente según los contextos sociales, culturales y económicos. En occidente se entiende como derechos reproductivos el derecho a utilizar métodos anticonceptivos, el acceso al aborto, y la utilización de tecnología médica para tener un hijo/a (tratamiento de fertilidad, inseminación artificial y otros recursos reproductivos). Algunos de estos elementos de los derechos sexuales y reproductivos aluden el derecho a elegir qué tipo de descendencia tener gracias a los avances biomédicos, eliminando ciertas enfermedades, defectos de nacimiento y en general condiciones genéticas no deseadas. En el tercer mundo, en cambio, los derechos reproductivos se entienden como el derecho de las mujeres de ~~no~~ reproducirse+(Hellsten, 2006:204).

4. El derecho a la reproducción

Se ha analizado hasta ahora la ausencia de debate sobre la existencia de derechos en la reproducción humana si se abordaba desde la maternidad y la paternidad o los derechos sexuales y reproductivos. En el caso de la maternidad y la paternidad, porque tan sólo se llegan a relacionar con derechos sociales, y recientemente con el derecho fundamental a la igualdad. Y en el caso de los derechos sexuales y reproductivos, porque no existe consenso sobre su categoría como derechos, su amparo constitucional, ni su contenido.

En cambio, si que encontramos todo un debate en término de derechos, si la reproducción humana se aborda desde un hipotético derecho a la reproducción. No es desdeñable situar el origen y contexto del debate doctrinal sobre el derecho a la reproducción. Se inicia sobre los nuevos avances científicos que permiten las técnicas de reproducción asistida. Es por tanto un derecho de reciente formulación, y que difícilmente los ordenamientos jurídicos lo mencionan de manera explícita¹¹.

¹¹ Aunque como cita Alkorta, 2006: 11 la vigente Carta Fundamental Surafricana lo incluye explícitamente en su artículo 12 (2).

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 la existencia de un derecho a la reproducción derivado de la existencia de un derecho a la protección de la salud. La esterilidad se percibe como un obstáculo al derecho a la salud, y el derecho a la reproducción sería una condición necesaria para la protección de este derecho a la salud. 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 así¹². No siempre es una enfermedad, y las técnicas de reproducción asistida a veces se aplican sobre el cuerpo de la mujer, cuando quien es estéril es el hombre¹³.

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 básica.

Pero afirmar que el deseo de las mujeres de tener hijos/as es una necesidad básica en sus vidas, con argumentos de tipo evolutivo, instintivo y de determinismo biológico, nos conduce a toda una polémica. Generalmente se justifica que las mujeres tienen una necesidad de ser madres debido a la existencia del instinto maternal. La existencia de un instinto maternal, como una inclinación natural e inherente de todas las mujeres ha sido ampliamente criticada¹⁴. El deseo de tener hijos es un fenómeno cultural y no biológico, como lo demuestra la variabilidad en el número de hijos en las

¹² Hay autores como Lozano, 2004: 59 que defienden que la esterilidad no es una enfermedad, sino que se trata de la imposibilidad de satisfacer un deseo aunque recientemente la esterilidad ha recibido la calificación de enfermedad por parte de la Organización Mundial de la Salud (2009).

¹³ Lozano, 2004: 36 subraya el hecho de que las técnicas de reproducción asistida tienen como sujeto o la pareja o 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.

¹⁴ Entre otras Badinter, 1980; Beauvoir, 2001; Birke, 1986; Rich, 1976; Romito, 1990.

diferentes sociedades, circunstancias históricas o clases sociales. 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 necesitarían las técnicas de reproducción asistida).

En todo caso, y si se admitiera como válido, el argumento del deseo podría justificarse desde un punto de vista utilitarista. El deseo destinado a dar respuesta a las necesidades humanas más demandadas, y ya que el deseo humano es ilimitado, a establecer orden y jerarquías de los deseos a satisfacer utilizando criterios utilitaristas. Además ese deseo también se justifica como perteneciente a la esfera de la libertad individual que el Estado, a través del derecho debe preservar y proteger.

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 CE¹⁵, derecho a la libertad personal, derecho entendido como derecho a decidir libremente sobre su propia reproducción.

Gómez Sánchez (1994:45) 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 *el derecho . autonomía que, en un principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal*

También existen otros autores que defienden la existencia de un derecho a la reproducción, como Pablo De Lora (2006) que cree se fundamenta en la autonomía individual (en el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE).

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 la intimidad, pero en nuestro ordenamiento jurídico no.

¹⁵ Artículo 17. Constitución española:

õ1. 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.õ

¹⁶ Artículo 18. Constitución española

*õ1. 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.*

También Gómez Sánchez (1994:56) 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.»

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.

Si analizamos la legislación de técnicas de reproducción asistida vigente en el ordenamiento jurídico español¹⁸, parece que la posición dominante en nuestro caso, es la aceptación de ese hipotético derecho a la reproducción. En la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida, ni siquiera se exige que exista un problema de esterilidad previa a los usuarios de estas técnicas. Sólo es exigible a aquellos que quieran beneficiarse de la cobertura del Sistema Nacional de Salud¹⁹.

5. Autonomía procreativa en positivo

Los debates acerca de 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

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.ö*

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»

¹⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁹ De acuerdo a lo establecido en el apartado 5.3.8, del Anexo III, del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

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 misma²⁰.

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

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 estériles 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.

A pesar de que, como se ha visto, el derecho a la reproducción se justifica aludiendo a derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida no tiene ninguna conexión con estos derechos fundamentales. La legislación sobre técnicas de reproducción asistida humana y de investigación biomédica²¹ no tienen rango normativo de ley orgánica, porque en ningún momento se considera que están regulando cuestiones que tienen que ver con

²⁰ 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.

²¹ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

derechos fundamentales constitucionalmente protegido, materia reservada a ley orgánica según el artículo 81.1 de la Constitución española²².

6. Autonomía procreativa en negativo: la interrupción voluntaria del embarazo (IVE)

El tratamiento dado en las posibilidades de la reproducción humana, como un interés general digno de tutela estatal, 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.

Ejemplo de ello es, por supuesto, que la postura de la Iglesia Católica de condena al aborto tiene un amplio eco en la opinión pública, y cuenta con la aquiescencia de un importante sector de la población, que también considera que existe vida humana digna de tutela jurídica desde el mismo momento de la concepción, y que por lo tanto, en las legislaciones sobre el aborto, lo que está en juego es el derecho a la vida de ese *hominis nasciturus*.

También puede servir como ejemplo la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, sí que se trata de una materia reservada a ley orgánica, pero no puede tratarse del derecho a la vida protegido en el artículo 15 de la Constitución Española²³, sino de los derechos fundamentales ligados a los sexuales y reproductivos, como parte de la integridad física y moral de los individuos²⁴.

²² Vid. 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.

²³ Artículo 15. Constitución española
«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.»

²⁴ *«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 distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar»* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)

También estos derechos sexuales y reproductivos son una parte integrante de la autonomía procreativa de las personas, tal y como sigue la Exposición de Motivos de dicha ley, materia sobre el que rige la regla de no interferencia estatal²⁵.

Por lo tanto, una vez más, el hecho de fundamentar los derechos sexuales y reproductivos en los derechos fundamentales de integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal y familiar, no es considerado por el poder legislativo sino una regulación consustancial de ningún derecho fundamental. De hecho, en el despliegue de la ley, cuando se está refiriendo a estos derechos sexuales y reproductivos, a excepción del título preliminar²⁶, el resto de la ley con carácter no orgánico, se trata de políticas públicas.

8. Conclusiones

Por lo tanto podemos concluir, que las cuestiones relativas a la reproducción humana merecen un tratamiento en términos de derechos si se habla de un derecho a la reproducción como ejercicio de una autonomía reproductiva en positivo, y gracias a los avances científicos introducidos por las técnicas de reproducción asistida.

La maternidad y la paternidad sólo merecen atención legal en relación a otros derechos, pero esta vez derechos sociales y no fundamentales, y muy colateralmente, ligados al derecho fundamental a la igualdad.

Los derechos sexuales y reproductivos carecen de consenso legal y político como para fundamentarlos en determinados derechos fundamentales y acordar un contenido mínimo amparado en nuestro ordenamiento jurídico.

En resumen puede observarse, que son muy diferentes los debates si se trata de autonomía procreativa en positivo (por ejemplo en asuntos relacionados con las

²⁵ *La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

²⁶ En el mismo artículo 1 se habla de *garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva* y en los artículos 2, 3 y 4 se abordan definiciones y condiciones de los derechos sexuales y reproductivos que podrían ser interpretados como partes orgánicas.

técnicas de reproducción asistida o la investigación biomédica) o si se trata de autonomía procreativa en negativo (por ejemplo el aborto).

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. Aquí si 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 renunciabile el derecho a la vida. Pero en el caso del derecho a la vida, su renuncia es inadmisibile 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.

9. Bibliografía

Añón, M.J, 2002, Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6-2002

Alexy, R., 2000, La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático+, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 21-42.

Alkorta, I., 2006, Nuevos límites del derecho a procrear, *Derecho privado y Constitución*, 20, Enero-Diciembre 2006.

Badinter, E., 1980, *L'amour en plus. Historire de l'amour maternel (XVIIe . XXe siècle)*, Paris: Flammarion.

- Beauvoir, S., 2001, *El segundo sexo*, Madrid: Cátedra.
- Birke, L., 1986, *Women, feminism and Biology*, Brighton: Harvester Press.
- Bobbio, N., 1991, *El tiempo de los derechos*, Madrid: Ed. Sistemas,
- García Inda, A. y Lombardo, E. (coord.), 2002, *Género y derechos Humanos*, Zaragoza: Mira Editores.
- Gómez Sánchez, Y., 1994, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Marcial Pons.
- Lozano, M., 2004, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Málaga, Universidad de Málaga.
- Hellsten, S., 2006, *Beyond Europe: Rethoric of Reproductive Rights in Global Population Policies*+en Widdows, H.; Alkorta, I. and Emaldi, A., *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan.
- Martínez de Pisón, J., 2001, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Technos.
- Martínez de Pisón, J., 2006, El derecho a la salud: un derecho social esencial, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 14, 129-150.
- Marrades, A.I., 2002, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia: Universitat de Valencia.
- De Lora, P., 2006, *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Madrid: Alianza Editorial.
- Peces-Barba, G., 2004, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Pérez Luño, A.E., 2002, Ciudadanía y definiciones, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, 177-211.
- Pisarello, G., 2007, *Los Derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta.

Rich A., 1976, *Of woman born*, London: Virago.

Romito, P., 1990, *La naissance du premier enfant. Étude psycho-sociale de l'expérience de la maternité et de la dépression post-partum*, Suisse: Delachaux et Niestlé.

Widdows, H.; Alkorta, I. y Emaldi, A., 2006, *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan.