

ASIMETRÍA REPRODUCTIVA: CONTROVERSIAS ENTRE EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN Y LA GESTACIÓN SUBROGADA

REPRODUCTIVE ASYMMETRY: PROBLEMS BETWEEN THE RIGHT TO PROCREATE AND THE SURROGATE MOTHERHOOD

LARA REDONDO SACEDA
Universidad de Alcalá

Recibido: 30/09/2016

Aceptado: 31/10/2016

Resumen: el presente artículo tiene el objetivo de analizar cómo la asimetría en la reproducción se desarrolla como argumento para sustentar un derecho a la reproducción que ampare la práctica de la gestación subrogada. Con este objeto, se plantea un análisis doctrinal y jurisprudencial con el fin de estudiar dos cuestiones: si existe un derecho fundamental a la reproducción y si la asimetría en su acceso permite fundamentar la existencia de la gestación subrogada como única opción.

Palabras claves: asimetría reproductiva, derecho a la reproducción, gestación subrogada, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: *this paper aims to analyze how the asymmetry in reproduction develops as an argument to sustain a right to procreate that justifies the surrogacy. With this objective, this research proposes a doctrinal and jurisprudential analysis in order to study two issues: the existence of a fundamental right to procreate and if the asymmetry in its access allows to base the surrogate motherhood as the only option.*

Keywords: *reproductive asymmetry, right to procreate, surrogate motherhood, European Court of Human Rights.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO A LA REPRODUCCIÓN. 2.1. La falta de consenso en la doctrina sobre la existencia del derecho a la reproducción. 2.2. Contenido y límites del derecho a la reproducción en la jurisprudencia del TEDH. 3. ASIMETRÍA REPRODUCTIVA: ¿FUNDAMENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA? 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN¹

La demanda creciente en relación con una regulación no prohibitiva de la gestación subrogada en España, unida a una cierta apertura de países europeos a su regulación en modalidad altruista (Reino Unido, Grecia, Portugal), contrasta con la manifestación condenatoria del Parlamento Europeo en noviembre de 2015 por considerarla contraria a la dignidad de la mujer y por suponer una explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo.

Frente a estas manifestaciones por parte de los poderes públicos, llama la atención cómo parece cobrar una importancia significativa la fundamentación de la gestación subrogada como un remedio para garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito reproductivo. Así, bajo la idea de que esta práctica constituye la única posibilidad de tener hijos biológicos en casos de personas que no tienen capacidad de gestación (parejas de varones homosexuales, varones que quieren formar una familia monoparental, mujeres que afectadas por esterilidad, bien con ánimo de formar una familia monoparental, bien unidas a una pareja) parece acuñarse el argumento de lo se puede denominar como asimetría reproductiva: la desigualdad en el derecho a la reproducción y, por tanto, en las posibilidades de tener hijos biológicos. Así, parece entenderse que una parte importante de la fundamentación de la gestación subrogada reside en el hecho de que una parte de los ciudadanos (las mujeres que gozan de su capacidad de gestación) tienen garantizado su derecho a reproducirse mientras que otra parte se ve imposibilitada para realizar ese derecho.

En este contexto, este artículo tiene el objetivo de analizar si es posible determinar que efectivamente existe una asimetría en el ámbito de la reproducción que quiebre el principio de igualdad y no discriminación y, si es así, si la gestación subrogada se configura como el remedio idóneo, necesario y proporcional para paliar esa hipotética desigualdad. Pero antes de abordar esta cuestión central parece necesario plantearse la existencia de un derecho a la reproducción que requiera la aplicación de ese principio de igualdad en su ejercicio y garantía.

2. SOBRELAEXISTENCIADEUNDERECHOALAREPRODUCCIÓN

La aparición en los años ochenta de las técnicas de reproducción asistida y su auge en la actualidad ha dado lugar a un cambio en los procesos de la vida humana y su desarrollo². Los avances científicos en materia de reproducción asistida plantean nuevos conflictos y dimensiones del derecho a la vida: cuándo comienza la vida

¹ Este artículo forma parte del Trabajo Fin de Máster realizado en el seno del Máster Universitario en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universidad Internacional Menéndez Pelayo), defendido el 28 de junio de 2016 y dirigido por la Dra. Maria Caterina la Barbera.

² A este respecto, Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción*, Madrid, 1994.

y cuándo termina³. Así, se presenta la necesidad de redefinir las bases de la vida humana desde el punto de vista jurídico de manera que el ordenamiento pueda dar una respuesta a los avances y situaciones actuales⁴.

La posibilidad de que una mujer pueda concebir un hijo con ayuda de los avances científicos plantea una situación que las declaraciones de derechos de las democracias contemporáneas no habían tenido en cuenta y que parece exigir la adaptación del ordenamiento jurídico. Ahora bien, es necesario plantearse si esta posibilidad, regulada y reconocida en el ordenamiento⁵, podría generar un derecho a reproducirse. El planteamiento de esta cuestión invita, por un lado, a estudiar si es posible hablar de la existencia de un derecho a la reproducción asistida y, en caso afirmativo, cuál es la naturaleza de dicho derecho.

Si se examinan los textos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se puede constatar la inexistencia de un derecho explícito a la reproducción humana. Por un lado, la Constitución Española (en adelante, CE) no reconoce un derecho a reproducirse. Tampoco se encuentra este reconocimiento en los tratados internacionales firmados por España⁶.

En el ámbito de la Unión Europea, tampoco parece posible entender que existe un reconocimiento a este derecho, aunque el Derecho de la Unión integra ciertas normas en materia de reproducción asistida⁷.

³ Gómez Sánchez sitúa estos conflictos en torno a cómo las distintas técnicas de reproducción asistida (ingeniería genética, inseminación artificial, fecundación *in vitro*, investigación y experimentación con gametos, embriones y preembriones) dificultan saber cuándo podemos hablar de comienzo de vida. Además, las posibilidades en materia de donación de órganos y eutanasia también generan conflictos sobre el término de la vida humana. Véase Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *cit.*, p. 32.

⁴ *Ídem*.

⁵ En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida regula la aplicación de estas técnicas permitiendo la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos.

⁶ Las referencias en Derecho positivo a la reproducción son escasas y suelen relacionarse con la prohibición de la clonación humana (por ejemplo en la Declaración universal sobre el genoma y derechos humanos de la UNESCO de 1997 o el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de Oviedo, 1997).

⁷ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene en su artículo 3 algunas referencias a la reproducción humana en el marco del derecho a la integridad de la persona, estableciendo dos prohibiciones: la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos. Además, se cuenta con la Directiva 2006/171CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos, relativa a los criterios de selección y análisis de las células reproductoras a los que deben someterse los donantes por una cuestión de salud pública.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se ocupa de regular de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (artículo 1). Esta norma permite hablar de un reconocimiento y establecimiento de un régimen jurídico concreto de la reproducción que da lugar a un derecho de acceso a las técnicas de reproducción bajo las condiciones prescritas en la norma:

“Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual” (art. 3).

En este ámbito, el derecho a acceder a técnicas de reproducción asistida parece desembocar en un derecho a tener hijos de configuración legal. Ahora bien, se hace necesario plantearse si este derecho reconocido por el ordenamiento queda limitado al ámbito legal o también puede desplegarse en el ámbito de los derechos constitucionalmente reconocidos.

2.1 La falta de consenso en la doctrina sobre la existencia del derecho a la reproducción

En el ámbito doctrinal son diversos los autores que se han planteado la existencia de este derecho. Yolanda Gómez Sánchez⁸ ha sido una de las primeras autoras en analizar en profundidad esta cuestión entendiendo que es posible constatar un reconocimiento constitucional de la reproducción humana a partir de la conexión con los derechos de libertad (art. 17 CE), intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), derecho a fundar una la familia (art. 12 CEDH)⁹. Por un lado, Gómez Sánchez considera que el derecho a la reproducción conecta con la libertad en relación con la autodeterminación de la persona, es decir, en su dimensión negativa que impide la injerencia del poder público en la autonomía personal de los sujetos. Esta autonomía personal se pone de relieve en el caso de la reproducción asistida en la que “el acto procreativo [...] es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto”¹⁰. Por otro lado, la autora considera que existe una segunda conexión que permite poner de relieve la existencia del derecho

⁸ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *cit.*, 1994 y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida” en *Revista de Derecho Político*, 26, Madrid, 1988, pp. 86-114.

⁹ En este mismo sentido se pronuncia Luis María Domínguez Rodrigo, considerando que el derecho a tener hijos debe vincularse a la libertad personal y el derecho a formar una familia, operando en el ámbito de la intimidad personal y familiar. Véase L. M. DOMÍNGUEZ RODRIGO, “Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales” en R. Gómez-Ferrer Morant [coord.], *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Madrid, 1989, pp. 349-368.

¹⁰ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *cit.*, 1994, p. 48.

a la reproducción: la intimidad personal y familiar. En este ámbito, la autonomía personal del sujeto se identifica con la facultad de tomar decisiones que afectan a su vida privada sin la interferencia de los poderes públicos¹¹. Por tanto, la decisión de tener hijos está protegida por este derecho a la intimidad personal y familiar¹².

Por último, Gómez Sánchez fundamenta la existencia de un derecho a la reproducción en el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950, CEDH). A diferencia de los derechos anteriores, el derecho a fundar una familia no está reconocido en la Constitución, por lo que, de acuerdo con Gómez Sánchez¹³, se trata un derecho de configuración legal derivado de su reconocimiento en un tratado internacional firmado por España e incorporado a nuestro ordenamiento con rango infraconstitucional.

Por otro lado, autores como Fernando Pantaleón¹⁴ defienden la idea de que si bien el derecho a la intimidad personal y familiar ampara el derecho de todas las personas a tener hijos por “medios naturales” sin interferencias del Estado, no es posible imponer el reconocimiento de un derecho fundamental a tener hijos utilizando las técnicas de reproducción asistida. Es decir, Pantaleón considera que no es posible exigir al legislador ordinario la regulación y aceptación de las técnicas de reproducción asistida basándonos en un hipotético derecho a tener hijos. Ahora bien, el autor sí reconoce que el deseo de tener hijos se enmarca en el principio de libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE. Por tanto, el derecho a tener hijos, desde esta perspectiva, se limitaría a la reproducción natural, salvaguardada de la injerencia estatal, pero no implica un deber del Estado de regular el acceso a las técnicas de reproducción asistida¹⁵.

¹¹ *Ibidem*, p. 54

¹² Así, la autora entiende que “El derecho a la reproducción tiene cabida en el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución. No forma parte del contenido esencial de este derecho la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que ésta 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 logre por medios artificiales legalmente autorizados.” *Ibidem*, p. 55.

¹³ *Ibidem*, p. 58.

¹⁴ F. PANTALEÓN PRIETO, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 15, 1993, p. 130.

¹⁵ Es necesario apuntar que Pantaleón considera que “el legislador ordinario, por el «prestigio» de sus normas (no existe manera sensata de impedir eficazmente la inseminación artificial con semen de donante) y a fin de evitar el «hágalo-usted misma» y la formación de mercados negros, con los graves riesgos sanitarios que ello conlleva en este ámbito, debería prohibir únicamente lo que no tiene más remedio que prohibir al efecto de salvaguardar la dignidad como personas y los derechos fundamentales de los nacidos fruto de aquellas técnicas” (F. PANTALEÓN PRIETO, “*Técnicas de reproducción asistida...*”, *cit.* p. 132).

María Casado se plantea el dilema en unos términos similares al considerar que el problema en sí no es el derecho a tener hijos, sino plantearse si el Estado debe poner los medios necesarios para crear vida¹⁶.

En otro orden, Josep Tomàs Salàs Darrocha¹⁷ asume la existencia de un derecho a la reproducción y lo dota de un contenido propio a partir de la confluencia de las distintas normas que incluyen referencias a las cuestiones reproductivas. Así, incorpora a los análisis doctrinales los preceptos de la CE y el desarrollo jurisprudencial relativos a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), la libertad personal (art. 17 CE), la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1 CE), el derecho a la vida y a la integridad moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la protección de la familia (art. 39 CE). Asimismo, el autor establece que el derecho a la reproducción adquiere mayor relevancia en el sistema articulado por la legislación sobre técnicas de reproducción asistida y donación de embriones, fetos, células y tejidos humanos. Tiene en cuenta, además, las previsiones en la legislación penal, civil y laboral que pueden incidir en cuestiones reproductivas, como la regulación del aborto, la normas relativas a la filiación o los programas de planificación familiar. Estas conexiones permiten a Salàs Darrocha articular el contenido del derecho a la reproducción y entender que se trata de derecho público subjetivo¹⁸.

Más recientemente, Noelia Igareda¹⁹ también se ha planteado esta cuestión aludiendo a los derechos a la maternidad y la paternidad, su encuadre justificativo en el ámbito de la reproducción asistida y su incidencia en el ámbito de la autonomía en la procreación.

¹⁶ Así, “la sociedad debe decidir si el derecho a la vida implica también el reconocimiento del derecho a crear vida y cuáles son los límites que hay que tomar en consideración en tal sentido. ¿Existe el derecho a tener hijos a cualquier costo? Si bien esta pregunta no sólo hace referencia al sentido económico no debe perderse de vista que la distribución de los recursos es un problema de primera magnitud en lo que se refiere a la salud” en M. CASADO, “Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho”, *Revista de Sociología*, 53, 1997, p. 43.

¹⁷ J. T. SALÀS I DARROCHA, “Derecho a la reproducción humana”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 7, Pamplona, 2002.

¹⁸ Así, de acuerdo con el autor, “cualquier decisión reproductiva conforme a los parámetros constitucionales de libertad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, integridad moral e intimidad y derecho a fundar una familia, es oponible y vinculante en su deliberación, toma y ejercicio a terceros en el doble sentido de observarla y en su caso y de disponer de los medios para ello, de hacerla observar y castigar sus transgresiones. Tan sólo cuando estas decisiones sobrepasen dicho ámbito, podrán ser matizadas, reguladas e incluso prohibidas, y cuando así sea hecho, el resultado será el reconocimiento de derecho subjetivo público exigible en sus respectivos contenidos [...]” en J. T. SALÀS I DARROCHA, “*Derecho a la reproducción...*”, *cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁹ N. IGAREDA, “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, pp. 252- 271

Por último, Esther Farnós entiende que es necesario diferenciar entre el derecho a reproducirse y el derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida²⁰. Así, el derecho a procrear o a la reproducción se nutre del reconocimiento del derecho a formar una familia (art. 12 CEDH) y no obedece a una necesidad esencial del ser humano, sino a un deseo.

Por tanto, estamos ante una cuestión que en el ámbito doctrinal no logra un consenso y que, como dice Igareda, parece adolecer de una cierta falta de interés²¹ dificultando los avances en esta materia.

2.2 Contenido y límites del derecho a la reproducción asistida en la jurisprudencia del TEDH

En contraposición a este tratamiento doctrinal que se ha analizado, el desarrollo jurisprudencial del derecho a la reproducción se circunscribe a su conexión con la vida privada y familiar y el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, los ejemplos en la jurisprudencia española en relación con la posible existencia de este derecho son limitados²².

Por su parte, el TEDH cuenta con una jurisprudencia más desarrollada en relación con el derecho a la reproducción en el marco de las demandas relativas al acceso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida²³. El TEDH

²⁰ E. FARNÓS, “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 2015, p. 184.

²¹ Una falta de interés que Igareda parece atribuir a la posibilidad de que este derecho puede tener una aplicación casi exclusiva a las mujeres incidiendo en el principio de igualdad: “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.” N. IGAREDA, “*El hipotético derecho...*”, *cit.*, p. 254.

²² Nuestro Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado una vez, y de pasada, sobre su existencia en la STC 215/1994, de 14 de julio. En esta resolución el Tribunal analiza la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra disposición del artículo 428 del Código Penal que establece la no punibilidad de la esterilización de personas incapaces que adolezcan de deficiencias psíquicas que se realice sin su consentimiento cuando medie autorización judicial y se haya solicitado por el representante legal del afectado. En este marco, el Tribunal hace referencia en el fundamento jurídico cuarto a la libertad de procreación en el contexto del libre desarrollo de la personalidad.

²³ La jurisprudencia del TEDH en relación con la reproducción no se limita a las técnicas de reproducción asistida, sino que engloba también cuestiones relativas a decidir sobre el alumbramiento (Asuntos *Ternovszky contra Hungría*, STEDH de 14 de diciembre de 2010 y *Dubský y Ksejzová contra República Checa*, STEDH de 11 de diciembre de 2014), esterilizaciones forzadas (Asunto *V.C. contra Eslovaquia*, STEDH de 8 de noviembre de 2011) o el derecho a adoptar medidas anticonceptivas (Asunto *Pichon y Sajous contra Francia*, Decisión de 2 de octubre de 2001) entre otras. En este sentido, Esther Farnós ha profundizado en el estudio jurisprudencial del TEDH analizando no sólo cuestiones relativas al derecho a tener hijos y convertirse en padres biológicos, sino toda la extensión de la doctrina europea derivada de las

configura el derecho a la reproducción asistida en conexión con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

El contexto europeo que permite desarrollar este derecho a la reproducción asistida parte de una realidad en la que se exige una acción positiva del Estado que contribuya a facilitar la reproducción a los individuos que la tienen imposibilitada. Esto implica que la configuración del derecho por parte del TEDH no se basa en un derecho general a la reproducción, sino que se construye desde el contexto de la reproducción asistida.

El primer caso en el que el Tribunal reconoce la existencia de un derecho a tener hijos es el Asunto *Evans contra Reino Unido*²⁴. En el año 2000, a Natallie Evans se le detectan una serie de tumores cancerígenos en los ovarios, debiendo someterse a un procedimiento de extirpación de ambos ovarios. Con el objetivo de poder tener hijos en un momento posterior, la señora Evans y su pareja en ese momento deciden iniciar un procedimiento de extracción y fecundación de óvulos con el objetivo de congelarlos y disponer de ellos posteriormente. La normativa británica en la materia establecía que las partes que prestan su consentimiento para este procedimiento pueden retirarlo en cualquier momento anterior a la implantación del embrión en el útero materno, con la consecuente destrucción de los embriones. Dos años después, la relación termina y el compañero sentimental de la señora Evans informa a la clínica de que retira su consentimiento para la utilización de los embriones e instando su destrucción. Ante esta situación y, puesto que estos embriones eran su única opción para tener hijos biológicos, la señora Evans inicia un procedimiento judicial que obligara a su expareja a restablecer su consentimiento y poder utilizar los embriones. La negativa de las diversas instancias nacionales lleva a la señora Evans a interponer una demanda ante el TEDH por vulneración de los artículos 8, 14 y 2 del CEDH al considerar que se está vulnerando el principio

controversias en materia de reproducción asistida: E. FARNÓS, “Bioética en los tribunales. La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, 2016, pp. 93-111, y E. FARNÓS, “La reproducción asistida...”, cit, pp. 175-202.

²⁴ SSTEDH de 7 de marzo de 2006 (Sección Cuarta) y de 10 de abril de 2007 (Gran Sala, que ratifica la primera).

de igualdad en conexión con el derecho a la vida privada y familiar y, por otro lado, el derecho a la vida de los embriones conservados.

En este marco, el TEDH reconoce la existencia de un derecho a la reproducción incluyéndolo en el ámbito de protección del artículo 8 CEDH. De acuerdo con el Tribunal, el derecho a la vida privada y familiar tiene un contenido amplio que engloba, entre otras cuestiones, aspectos relativos al derecho de autodeterminación²⁵, el desarrollo personal y el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo²⁶. A partir de esto, el TEDH plantea su resolución en dos dimensiones: la dimensión negativa del derecho a la vida privada, que implica la no injerencia del poder público en la decisión individual de tener hijos, y la dimensión positiva del mismo derecho, que reclama actuaciones del Estado para la realización del derecho²⁷. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esta obligación positiva? La falta de consenso internacional en materia de fecundación asistida, unida a la complejidad de la materia y los factores morales y éticos que rodean su debate, llevan al TEDH a aplicar la doctrina del margen de apreciación, estableciendo una gran amplitud para los Estados y, con ello, un control poco intenso de sus decisiones²⁸. La aplicación de la doctrina del margen de apreciación se predica tanto de la decisión del Estado de regular

²⁵ El reconocimiento del derecho a la autodeterminación, que no se incluye en el elenco de derechos que recoge el CEDH, se construye en el Asunto *Pretty contra Reino Unido* (STEDH de 29 de abril de 2002) a partir de la amplitud de contenido del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. Así, el TEDH entiende que el libre desarrollo de la personalidad se contiene en este artículo e integra el derecho a la autodeterminación, considerándolo como un elemento esencial y subyacente a la interpretación de las garantías del CEDH.

²⁶ “*The Grand Chamber agrees with the Chamber that “private life”, which is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside [...], incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent.*” (Asunto *Evans contra Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2007, párr. 71).

²⁷ “*Although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.*” (Asunto *Evans contra Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2007, párr. 75).

²⁸ De acuerdo con Javier García Roca estamos ante una doctrina discrecional que opera en tres círculos: un círculo externo y amplio en el que el TEDH efectúa un control poco intenso (derechos de propiedad); un círculo interno y restringido donde impera un control estricto (derechos indispensables como la vida o la integridad y derechos democráticos); y un círculo intermedio e indeterminado que agrupa al resto de derechos y cuyo control es variable. Véase J. GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración” en *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, pp. 117-143. y J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010.

el acceso a las técnicas de reproducción asistida como respecto al alcance de las mismas²⁹.

Por tanto, la exigibilidad de un derecho a tener hijos sirviéndose de las técnicas de reproducción asistida queda supeditada a la existencia de una legislación en la materia, no tratándose de un derecho directamente exigible únicamente a partir del artículo 8 CEDH. De acuerdo con María Díaz Crego³⁰, este planteamiento del Tribunal en términos negativos olvida la posible obligación positiva de los Estados de costear el tratamiento, una cuestión que ni siquiera llega a plantearse. Es decir, el Tribunal no analiza hasta qué punto la realización del derecho puede verse afectado si la legislación estatal se limita a permitir el acceso a las técnicas de reproducción, sin contemplar un sostenimiento público que garantice ese acceso.

Por otro lado, el Asunto *Evans contra Reino Unido* tiene una segunda noción importante en la configuración del derecho a la reproducción: el derecho a no tener hijos. En este caso no se plantea sólo el derecho de la señora Evans a beneficiarse de los avances técnicos en materia de reproducción, sino el derecho de su expareja a no tener hijos con ella y, por tanto, su derecho de negarse a que se utilicen los embriones conservados. La demandante considera que su posición debería primar sobre el derecho de su expareja y se debería tener en cuenta que la utilización de esos embriones es su única posibilidad de tener hijos. Pero el Tribunal, aunque muestra su solidaridad con la situación, considera que no es posible atribuir un mayor peso a su derecho a tener hijos que al derecho a no tenerlos de su expareja³¹.

La decisión del TEDH ha suscitado críticas en relación con esta equiparación que se establece entre hombre y mujer sobre la función reproductiva³².

²⁹ “*The Grand Chamber, like the Chamber, considers that the above margin must in principle extend both to the State’s decision whether or not to enact legislation governing the use of IVF treatment and, having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests.*” (Asunto *Evans contra Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2007, párr. 82).

³⁰ M. DÍAZ CREGO, “Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema europeo” en E. Carmona Cuenca, E. [coord.], *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, 2015, p. 175.

³¹ “*As regards the balance struck between the conflicting Article 8 rights of the parties to the IVF treatment, the Grand Chamber, in common with every other court which has examined this case, has great sympathy for the applicant, who clearly desires a genetically related child above all else. However, given the above considerations, including the lack of any European consensus on this point (see paragraph 79 above), it does not consider that the applicant’s right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense should be accorded greater weight than J.’s right to respect for his decision not to have a genetically related child with her.*” (Asunto *Evans contra Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2007, párr. 90).

³² M. DÍAZ CREGO, “Los derechos sexuales...”, *cit.*, p. 181; E. LAMM, “*La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso Evans contra el Reino Unido: comentario jurisprudencial*”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 36, 2008,

Del análisis de esta resolución se desprenden tres cuestiones esenciales en la configuración del derecho a la reproducción que realiza el TEDH. Por un lado, la elaboración del Tribunal tiene como base la reproducción asistida, no pronunciándose sobre cuestiones de reproducción natural a la hora de configurar el derecho. Por otro, la utilización de la doctrina del margen de apreciación en relación con las obligaciones positivas del Estado en materia de reproducción asistida. Y, por último, la configuración del derecho como una integración del derecho a tener hijos y a no tenerlos que no tiene en cuenta las circunstancias particulares que pueden afectar a los individuos en función de su sexo y su situación personal. El TEDH realiza un examen formalista de la situación³³ dando lugar a un fallo favorable al Estado. No obstante, el TEDH establece que los óvulos de la demandante no se destruyan, lo que, aunque no permite que pueda utilizarlos, se configura como un mecanismo que intenta equilibrar la situación particular de la afectada (privada de su derecho a reproducirse) y la salvaguarda del derecho de su ex pareja a no tener hijos con ella.

La doctrina del TEDH en materia de reproducción continúa su configuración en el Asunto *Dickson contra Reino Unido*³⁴. Kirk y Lorraine Dickson contraen matrimonio mientras el primero está cumpliendo condena. Entre 2001 y 2002 toman la decisión de tener un hijo e inician los trámites para optar a la inseminación artificial. La solicitud fue rechazada en 2003 al considerar que las circunstancias de la concepción, edad de la señora Dickson y circunstancias de la condena del señor Dickson no eran las idóneas para permitir que la pareja tuviera un hijo. Tras recurrir a los distingos órganos judiciales nacionales, los señores Dickson interponen una demanda ante el TEDH por vulneración del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y del derecho a fundar una familia (art. 12 CEDH). En este contexto, el Tribunal considera que el derecho a la vida privada y familiar incluye el derecho a convertirse en padres genéticos³⁵, pero no amplía el contenido del mismo, sino que lo identifica con lo establecido en el Asunto *Evans contra Reino Unido*.

Estos primeros pronunciamientos que recogen la existencia de un derecho a tener hijos como parte del derecho a la vida privada y familiar dan paso a análisis jurisprudenciales más complejos que evalúan la posibilidad de incluir en el derecho

pp. 204 y ss; E. FARNÓS, “*La reproducción asistida...*”, *cit.*, p. 184; E. FARNÓS, “*Bioética en los tribunales...*”, *cit.*, p. 97.

³³ En este sentido se pronuncian Orna Ben- Naftali e Iris Canor al considerar que el Tribunal no se pronuncia sobre la interrelación entre el derecho y la justicia que subyace en el dilema moral que rodea al caso, olvidando sus circunstancias especiales y optando por una resolución mecánica. Véase O. BEN- NAFTALI, Orna e I. CANOR, Iris, “*Evans v. United Kingdom*”, *The American Journal of International Law*, Vol. 102, n.º 1, 2008, pp. 128-134.

³⁴ SSTEDH de 18 de abril de 2006 (Sección Cuarta) 14 de diciembre de 2007 (Gran Sala).

³⁵ “*The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives, which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents*” (Asunto *Dickson contra Reino Unido*, STEDH de 14 de diciembre de 2007, párr. 66).

a la reproducción el derecho de acceso a determinadas técnicas reproductivas. En el Asunto *S.H. y otros contra Austria*³⁶ se resuelve la controversia de dos parejas cuya única opción para tener hijos era el recurso a las técnicas de reproducción heterólogas prohibidas por la legislación austríaca. La primera pareja demandante se encuentra en una situación de esterilidad: la mujer padece una infertilidad relacionada con las trompas de falopio y el hombre es estéril. Por ello, para poder tener hijos necesitan acudir a la fecundación in vitro con utilización de esperma donado. La segunda pareja demandante se encuentra en una situación de infertilidad de la mujer por la no producción de óvulos (agonadismo), precisando para tener hijos de la fecundación in vitro con utilización de óvulos donados. De acuerdo con la legislación austríaca sobre reproducción asistida, la fecundación in vitro sólo podrá ser utilizada con óvulos y esperma de la pareja. Además, la donación de óvulos está prohibida y la donación de semen sólo será posible cuando se implante directamente en los órganos reproductivos de la mujer, pero no para supuestos de fecundación in vitro. Los demandantes entienden que esta regulación establece una discriminación no justificada entre las personas que deben recurrir a la fecundación in vitro y las personas que no la requieren, incurriendo en la vulneración del artículo 14 CEDH (principio de igualdad) en relación con el artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

La sentencia de la Sección Primera (STEDH de 10 de abril de 2010) ratifica la doctrina asentada en *Evans y Dickson contra Reino Unido* al establecer que la amplia noción que implica la vida privada del artículo 8 del Convenio incluye el derecho a decidir si tener hijos, no tenerlos y convertirse en padres genéticos (párr. 58 y 59 de la sentencia) y establece que la demanda se inserta en el ámbito de este artículo, lo que le permite evaluar si existe o no afectación del artículo 14³⁷. En este caso, el Tribunal entiende que Austria no ha equilibrado correctamente los intereses en juego a la hora de configurar su legislación, incurriendo en una vulneración del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 en el caso de la prohibición de donación de óvulos para la aplicación de la fecundación in vitro. Asimismo, considera que la diferencia establecida entre las personas que pueden acceder a la donación de esperma para una fecundación in vivo (directamente en los órganos reproductores de la mujer) y la prohibición de utilizar esperma donado en un proceso de fecundación in vitro carece de una justificación razonable, incurriendo el Estado, de nuevo, en una vulneración del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8.

³⁶ SSTEDH de 10 de abril de 2010 (Sección Primera) y 3 de noviembre de 2011 (Gran Sala).

³⁷ La jurisprudencia del TEDH establece que el principio de igualdad regulado en el artículo 14 CEDH sólo será exigible y evaluable en conexión con otro derecho reconocido en el Convenio, es decir, no estamos ante un derecho autónomo que pueda ser exigible individualmente (SSTEDH *Petrovic contra Austria* de 27 de marzo de 1998 y *Burden contra Reino Unido* de 29 de abril de 2008, entre otras).

La sentencia de la Gran Sala³⁸ (recurrida por el Gobierno austriaco) reitera la doctrina asentada en relación con la integración del derecho a tener hijos en el marco del artículo 8 CEDH³⁹. Pero, a diferencia de la sentencia anterior, el énfasis en el margen de apreciación del Estado en relación con la regulación y aplicación de las técnicas de reproducción asistida destaca sobre la situación individual de los demandantes⁴⁰.

La falta de consenso europeo y la amplitud del margen de apreciación concedida a los Estados en relación con la permisión de la donación de óvulos llevan al Tribunal a determinar que Austria ha actuado dentro del margen de apreciación que le corresponde en esta materia. Además, en relación con la prohibición de utilizar espermia donado en procesos de fecundación in vitro, el Tribunal considera que se trata de una decisión coherente con el resto de la legislación austriaca⁴¹. Por último, el TEDH justifica su decisión en la posibilidad que tienen los demandantes de viajar al extranjero para beneficiarse de las legislaciones más permisivas en materia de reproducción asistida⁴².

³⁸ STEDH de 3 de septiembre de 2011.

³⁹ *The Court reiterates that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, inter alia, [...] the right to respect for the decisions both to have and not to have a child [...] the right to respect for their decision to become genetic parents*” (Asunto *S.H. y otros contra Austria*, STEDH 3 de septiembre de 2011, Gran Sala, párr. 80).

⁴⁰ *“The Court accepts that the Austrian legislature could have devised a different legal framework for regulating artificial procreation that would have made ovum donation permissible. It notes in this regard that this latter solution has been adopted in a number of member States of the Council of Europe. However, the central question in terms of Article 8 of the Convention is not whether a different solution might have been adopted by the legislature that would arguably have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which it did, the Austrian legislature exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article [...] In determining this question, the Court attaches some importance to the fact that, as noted above, there is no sufficiently established European consensus as to whether ovum donation for in vitro fertilisation should be allowed”* (Asunto *S.H. y otros contra Austria*, STEDH de 3 de septiembre de 2011, párr. 106).

⁴¹ *“The fact that the Austrian legislature, when enacting the Artificial Procreation Act which enshrined the decision not to allow the donation of sperm or ova for in vitro fertilisation, did not at the same time prohibit sperm donation for in vivo fertilisation – a technique which had been tolerated for a considerable period beforehand and had become accepted by society – is a matter that is of significance in the balancing of the respective interests and cannot be considered solely in the context of the efficient policing of the prohibitions. It shows rather the careful and cautious approach adopted by the Austrian legislature in seeking to reconcile social realities with its approach of principle in this field”* (Asunto *S.H. y otros contra Austria*, STEDH de 3 de septiembre de 2011, Gran Sala, párr. 114).

⁴² La decisión de la Gran Sala ha recibido numerosas críticas de la doctrina por considerar que supone un fomento del turismo reproductivo. A este respecto, E. JACKSON, “*S.H. and Others v. Austria*”, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012 p. 664; I. G. COHEN, “*S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism*”, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, p. 662; W. VAN HOOFF y G. PENNING: “*The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights*”

En contraste con el Asunto *S.H. y otros contra Austria*, el TEDH da un giro en el tratamiento jurisprudencial del margen de apreciación de los Estados al resolver el Asunto *Costa y Pavan contra Italia*⁴³. Rosetta Costa y Walter Pavan son portadores genéticos de fibrosis quística, que ha sido transmitida a su primera hija, nacida en 2006. En el año 2010, quedando la señora Costa de nuevo embarazada, los demandantes realizan un diagnóstico prenatal que les informa que de nuevo el feto está afectado por la enfermedad. Haciendo uso de la posibilidad concedida por la legislación italiana, la señora Costa procede a una interrupción voluntaria del embarazo. Con el objetivo de tener un hijo que no esté afectado por la enfermedad de la que son portadores, los demandantes solicitan el acceso al diagnóstico genético pre-implantatorio⁴⁴ con el fin de seleccionar un embrión genéticamente libre de ella. Pero, conforme a la legislación italiana en la materia, el acceso a las técnicas de reproducción asistida queda limitado a personas que demuestren una imposibilidad de procrear derivada de esterilidad o infertilidad y a hombres que sean portadores de enfermedades víricas de transmisión sexual que puedan suponer un riesgo para la madre o para el feto. Tras agotar las instancias judiciales de su país, los demandantes acuden al TEDH alegando la vulneración del artículo 8 del Convenio. En este contexto, el Tribunal determina, en primer lugar, que el reclamo de los demandantes se circunscribe al derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida con el objetivo de diagnosticar una enfermedad genética grave e incurable en estos momentos y realizar una selección genética que les permita tener un hijo sano. Y este reclamo forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH:

“In the present case the Court considers that the applicants’ desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life. Consequently, this provision is applicable in the present case” (Asunto *Costa y Pavan contra Italia*, STEDH de 28 de agosto de 2012, párr. 57).

En este caso el TEDH amplía la extensión del derecho de reproducción reconocido a un nuevo contenido: el deseo de concebir un hijo no afectado por una enfermedad genética incurable aprovechándose de las técnicas de reproducción asistida.

Ahora bien, el Tribunal analiza, bajo aplicación del juicio de proporcionalidad, si la restricción de este derecho por parte de la legislación italiana está justificada, determinando que el sistema italiano carece de coherencia cuando permite un

judgments”, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, p. 669; E. FARNÓS, “La reproducción asistida...”, *cit.*, p. 188; E. FARNÓS, “Bioética en los tribunales...”, *cit.*, p. 100.

⁴³ STEDH de 28 de agosto de 2012.

⁴⁴ En relación con esta técnica es recomendable el análisis de Abellán sobre su relación con la libertad de procreación: F. ABELLÁN, “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 25, 2006.

aborto terapéutico en casos de malformación del feto pero impide las posibilidades de gestar un feto no afectado por enfermedades incurables al prohibir el acceso a las técnicas de reproducción asistida para las personas afectadas. Esto permite argumentar que el Estado ha actuado fuera de su margen de apreciación y, por tanto, vulnerado el derecho a la vida privada y familiar⁴⁵:

No obstante, el Tribunal se ocupa de establecer una clara línea diferencial entre esta decisión y el Asunto *S.H. y otros contra Austria*. Primero, porque en este caso se discute la aplicación de una técnica de reproducción homóloga y no heteróloga. Segundo, porque la restricción del margen de apreciación del Estado se fundamenta en la propia incoherencia de su ordenamiento jurídico, mientras que en el caso anterior el TEDH fundamentaba su decisión en base a la falta de acuerdo en la materia por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa⁴⁶.

3. ASIMETRÍA REPRODUCTIVA: ¿FUNDAMENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA?

El estudio previo sobre la existencia de un derecho a la reproducción y su naturaleza permite centrar ahora el análisis en el propio objeto del artículo: la existencia o no de una asimetría en la reproducción y la justificación de la gestación subrogada con base en ella.

Como se ha señalado, la cuestión sobre el acceso al derecho a la reproducción se plantea en el Asunto *Evans contra Reino Unido* (vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CEDH en relación con el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH). En este caso, la demandante plantea cómo se establece una discriminación entre las mujeres que pueden tener hijos naturalmente y las mujeres que están afectas de algún tipo de esterilidad y sólo pueden recurrir a la reproducción asistida. Así, mientras las mujeres que pueden tener hijos naturalmente no se enfrentan a una injerencia del Estado en su derecho a reproducirse, las mujeres afectadas por la esterilidad sólo pueden ejercer su derecho en la medida en que el Estado lo permita, es decir, cuando el Estado decida legislar en materia de reproducción asistida y con la extensión que el legislador considere. En este sentido, si se admite que la falta de regulación de la reproducción asistida, su prohibición o el establecimiento de ciertas restricciones (como las planteadas en el Asunto *S.H. y otros contra Austria*) generan discriminación indirecta, nada parece impedir que se pueda utilizar el mismo argumento cuando las mujeres están

⁴⁵ “*The consequences of such legislation for the right to respect for the applicants’ private and family life are self-evident. In order to protect their right to have a child unaffected by the disease of which they are healthy carriers, the only possibility available to them is to start a pregnancy by natural means and then terminate it if the prenatal test shows that the foetus is unhealthy*” (Asunto *Costa y Pavan contra Italia*, STEDH de 28 de agosto de 2012, párr. 65).

⁴⁶ A este respecto, E. FARNÓS, “*La reproducción asistida...*”, *cit.*, p. 190; E. FARNÓS, “*Bioética en los tribunales...*”, *cit.*, p. 101-102.

afectadas por la total esterilidad (careciendo de capacidad de gestación) y su única opción de ejercicio del derecho es recurrir a la gestación subrogada.

Estamos, por tanto, ante un planteamiento que entiende que la esterilidad conlleva una posición de desigualdad que debe ser subsanada por los poderes públicos como forma de garantizar el acceso a la reproducción. Ahora bien, desde mi punto de vista la cuestión a plantear es si esa desigualdad constituye un supuesto de discriminación que justifique la intervención del poder público. En este sentido, es necesario recordar que la igualdad se mide en términos comparativos y que la discriminación requiere arbitrariedad o falta de justificación suficiente. La discriminación planteada por la demandante en el caso *Evans* realiza la comparación no con una situación igual o, al menos similar a la suya, sino que compara sus posibilidades reproductivas, limitadas por la esterilidad sobrevenida, con las posibilidades reproductivas de mujeres que no precisan valerse de las técnicas de reproducción asistida porque no tienen ninguna limitación.

Este mismo planteamiento se reproduce en relación a cómo la reproducción implica una distinción esencial entre hombres y mujeres. Aunque la posibilidad de beneficiarse de los avances científicos en materia de reproducción asistida debería ser igualitario, la falta de capacidad de gestación de los hombres les coloca en una posición muy distinta a la de la mujer. Así, Yolanda Gómez Sánchez⁴⁷ menciona que, mientras la mujer puede llevar a término la reproducción valiéndose únicamente del esperma donado, el hombre precisará en todo caso la colaboración de una mujer para poder reproducirse. Por tanto, en el caso del hombre, el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida se limita a poder actuar como donante, sin que ello, dice Gómez Sánchez, implique un menoscabo de su derecho a la reproducción. Esta situación lleva, al igual que en el caso anterior, a plantear si la gestación subrogada estaría justificada como una medida que permitiría un ejercicio igualitario del derecho a la reproducción⁴⁸.

Ahora bien, desde mi punto de vista estas asimetrías en relación con la reproducción se distinguen por tener un fundamento biológico que no permite un análisis en los términos comparativos que requiere la aplicación del principio de igualdad y que son los que no permiten hablar de un derecho fundamental a la reproducción. Primero, porque las diferencias biológicas entre los cuerpos de los hombres y las mujeres no permiten tratar su diferente acceso a la reproducción en términos comparativos: la mujer tiene una capacidad natural de gestar de la que el hombre carece. Segundo, porque también parece difícil medir en términos comparativos las situaciones de mujeres afectadas por esterilidad y las no

⁴⁷ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, “*Algunas reflexiones...*” *cit.*, p. 94.

⁴⁸ Esta idea y su análisis aparece también en las obras de Eleonora Lamm y Noelia Igeda: E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013 y N. IGAREDA, “La inmutabilidad del principio “*mater semper certa est*” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 2015, pp. 3-19.

afectadas en su acceso a la reproducción. Ahora bien, en este segundo caso toma relevancia el acceso a las técnicas de reproducción asistida no como un derecho a la reproducción, sino como un derecho a beneficiarse de los avances científicos. Así, aunque en términos de derecho a reproducirse no procede aplicar el principio de igualdad en las situaciones descritas, el derecho de acceso y beneficio de los avances científicos en materia reproductiva permite la aplicación del principio de igualdad a las mujeres que se encuentran en situaciones que les permiten acogerse a estas técnicas⁴⁹.

En relación con la gestación subrogada, la asimetría reproductiva entendida en los términos descritos implicaría que la ausencia de capacidad de gestación en hombres o mujeres impediría el ejercicio del derecho a la reproducción, que únicamente podría ser garantizado valiéndose de esta práctica. Desde mi punto de vista el problema de esta argumentación reside en dos cuestiones. En primer lugar, que de acuerdo con el TEDH el derecho a reproducirse no es un derecho fundamental exigible a los poderes públicos⁵⁰, por lo que difícilmente la gestación subrogada puede fundamentarse en el ejercicio del mismo. En segundo lugar, que incluso aceptando que la gestación subrogada es la única manera de garantizar la posibilidad de tener hijos a personas que carecen de otra opción, esta garantía no vendría determinada por una actuación de los poderes públicos, sino de una persona privada.

Desde mi perspectiva, este análisis permite poner en evidencia que la gestación subrogada no debería ampararse exclusivamente en un hipotético derecho a la reproducción de las personas que no pueden acceder a tener hijos biológicos de otro modo. La fundamentación de los derechos se sustenta en la obligación del poder público de garantizarlos y crear las condiciones necesarias para su ejercicio (art. 9.2 CE). En el caso que se plantea, la garantía del derecho a reproducirse en el marco de la subrogación no corresponde al Estado, sino a la voluntad de una mujer particular que, en ejercicio de su autonomía y libertad, decide gestar para otro.

4. CONCLUSIONES

Tal y como se ha intentado exponer, la existencia de asimetrías en el ámbito reproductivo no pueden medirse en términos del principio de igualdad y no

⁴⁹ En este ámbito es destacable que María Díaz Crego, cuando trata la reproducción asistida en el marco de los derechos sexuales y reproductivos lo hace bajo el epígrafe de “derecho a beneficiarse de los avances técnicos en materia reproductiva”: M. DÍAZ CREGO, “*Los derechos sexuales...*”, *cit.*, p. 174. Asimismo, Esther Farnós entiende la reproducción como un deseo, no como un derecho fundamental, sin perjuicio del acceso a las técnicas de reproducción asistida: E. FARNÓS, “*La reproducción asistida...*”, *cit.*, p. 184.

⁵⁰ Me reitero en que el TEDH ha establecido que es un derecho que, aunque vinculado con la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), requiere una disposición legal que lo reconozca y, por tanto, es un derecho de configuración legal cuya eficacia dependerá de los términos establecidos por el legislador.

discriminación, sino que tienen una fundamentación biológica que escapa a la configuración de estas categorías jurídicas.

Además, la incertidumbre doctrinal en relación con la posible existencia de un derecho a la reproducción parece diluirse en sede jurisprudencial. Por un lado, porque el TEDH ha determinado que el derecho a tener hijos se enmarca en el ámbito del acceso a las técnicas de reproducción asistida. Por otro, porque dicho acceso, a pesar de su conexión con la vida privada y familiar, dependerá de la voluntad del legislador dando lugar a un derecho de configuración legal. En este sentido, tal vez sea más acertado referirse a un derecho a acceder o beneficiarse de las técnicas de reproducción que un derecho general a la reproducción.

Por último, en relación con la gestación subrogada, su articulación por parte del poder público no puede sustentarse en su configuración como un medio para que pueda ejercerse un derecho a reproducirse o a beneficiarse de avances científicos porque su realización no depende de una decisión del poder público, sino de una persona privada. En este sentido, la decisión del legislador sólo podrá determinar su prohibición o permisión, pero no su realización, que dependerá de la voluntad de una mujer que se preste a ello.

BIBLIOGRAFÍA

F. ABELLÁN, “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 25, 2006.

O. BEN-NAFTALI, Orna e I. CANOR, Iris, “Evans v. United Kingdom”, *The American Journal of International Law*, Vol. 102, Nº 1, 2008, pp. 128-134.

M. CASADO, “Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho”, *Revista de Sociología*, 53, 1997, pp. 37-44.

I. G. COHEN, “S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism”, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, pp. 660-662.

M. DÍAZ CREGO, “Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema europeo” en E. Carmona Cuenca, E. [coord.], *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, 2015.

L. M. DOMÍNGUEZ RODRIGO, “Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales” en R. Gómez-Ferrer Morant [coord.], *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Madrid, 1989, pp. 349-368.

E. FARNÓS, “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 2015, pp. 175-202.

E. FARNÓS, “Bioética en los tribunales. La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, 2016, pp. 93-111.

J. GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración” en *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, pp. 117-143.

J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010.

Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida” en *Revista de Derecho Político*, 26, Madrid, 1988, pp. 86-114.

Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción*, Madrid, 1994.

N. IGAREDA, “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, pp. 252- 271.

N. IGAREDA, “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 2015, pp. 3-19.

E. JACKSON, “S.H. and Others v. Austria”, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, pp. 663-664.

E. LAMM, “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso Evans contra el Reino Unido: comentario jurisprudencial”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 36, 2008, pp. 195-220.

E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013.

F. PANTALEÓN PRIETO, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 15, 1993, pp. 129-160.

J. T. SALÀS I DARROCHA, “*Derecho a la reproducción humana*”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 7, Pamplona, 2002.

W. VAN HOOFF y G. PENNING: “The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments”, *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, pp. 665-669.

