

PRESENTACIÓN*

PILAR BENAVENTE MOREDA**

¿Existe como derecho fundamental el derecho a reproducirse, a tener hijos, a ser padre o madre? ¿Constituye un derecho susceptible de ser incluido en el ámbito del artículo 10 de nuestra Carta Magna, como expresión de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad? ¿Y como manifestación del derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Los trabajos que configuran el presente número monográfico, que desde la Dirección de la RJUAM han tenido la gentileza de proponer para su publicación y que constituyeron la base del desarrollo de un Curso de Formación Continua de Corta duración celebrado en el mes de octubre de 2016 en nuestra Facultad, giran precisamente sobre unas preguntas tan escuetas y contundentes y sobre los límites y, en su caso, posible colisión con otros derechos igualmente protegibles. El alcance de los derechos reproductivos no nos sitúa exclusivamente ante problemas jurídicos puntuales, sino también, y además, ante planteamientos sociales, sociológicos, antropológicos y éticos dentro del marco o perspectiva de los derechos humanos, que exigen replantear los esquemas tradicionales en esta materia con una visión global y no puramente localista.

Los orígenes de estas aportaciones se encuentran en los trabajos de un grupo de investigadores de la UAM, al frente de un proyecto de Investigación concedido por el Centro de Estudios de América Latina (CEAL AI/2015-02), en colaboración con investigadores de la Universitat Pompeu Fabra, y de las Universidades de Buenos Aires, Adolfo Ibáñez de Chile y Nuevo León de México, sobre «El presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del Siglo XXI en España y América Latina (con especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos». Sin embargo quienes contribuyen en la presente publicación no solo son participantes del citado proyecto, sino también expertos cualificados en los diferentes aspectos desde los que se aborda la reproducción humana, desde el Derecho y la Ciencia.

* Fecha de recepción: 23 de mayo de 2017.

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017.

** Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. Directora académica del Curso de Formación Continua sobre Reproducción Humana y Derecho, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los días 6 y 7 de octubre de 2016. Correo electrónico: pilar.benavente@uam.es.

Ciertamente, no se puede obviar en este debate la trascendencia que ha supuesto el reconocimiento progresivo a nivel mundial en el ámbito de las legislaciones estatales y dentro del marco de las resoluciones de los tribunales nacionales, Cortes Constitucionales y del TEDH y la CIDH, de la reproducción derivada del uso de técnicas de reproducción asistida y de los derechos de las personas LGTBI, que amparados igualmente por los tratados Internacionales, reciben una especial protección a través de los denominados «Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género» (Presentados el 29 de marzo de 2007 a propuesta de la Comisión Internacional de juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos de la ONU en Ginebra). Principios que fueron adoptados de forma unánime por especialistas procedentes de 25 países.

Dentro de los citados principios se reconocen específicamente «el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud» (principio 17), haciendo al respecto una recomendación a los Estados sobre la necesidad de garantizar «que todos los programas y servicios de salud, educación, prevención, atención y *tratamiento en materia sexual y reproductiva* respeten la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género y estén disponibles en igualdad de condiciones y sin discriminación para todas las personas». Igualmente se recoge (principio 24) «El derecho a formar una familia con independencia de su orientación sexual», recomendando nuevamente a los Estados que adopten «todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de *asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante)*, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género».

No nos resulta en absoluto ajeno frente, o junto a lo que acaba de señalarse, el diverso enfoque que, desde diferentes ámbitos, agentes sociales, políticos o dentro de la propia jurisprudencia creciente de los tribunales han venido haciendo de la materia, resaltando los diferentes intereses en conflicto ante los invocados «derechos reproductivos» (el interés superior de los menores, el interés superior de las mujeres ante su posible «cosificación», el orden público internacional, así como los derechos sociales que pudieran derivarse del ejercicio de tales derechos). Sirvan como ejemplos meramente descriptivos los pronunciamientos y argumentos de la STS n.º 835/2013, de 6 de febrero (RJ 2013/833) al denegar la inscripción en el Registro Civil de la filiación de dos menores nacidos mediante contrato de gestación por sustitución, que igualmente ha desestimado, en su Auto 335/2015 de 2 de febrero (RJ 2015/141), el recurso de incidente de nulidad de dichas actuaciones, promovido por el matrimonio de varones tras la posición aparentemente contraria a la del TS, mantenida por el TEDH en los casos *Menesson y Labassee c. Francia* (SS. 26 junio 2014 JUR 2014/176908 y JUR 2014/176905) y *Paradiso y Campanelli c. Italia* (S. 27 enero 2015 TEDH 2015/17 (sección 2ª) y S –Gran Sala– de 24 enero de 2017 JUR 2017/25806)¹.

¹ Vid., igualmente, *Laborie c. Francia* (STEDH 17 de enero 2017, JUR 2017/14349) o *Foulon y Bouvet c. Francia* (STEDH 21 julio 2016, TEDH 2016/61).

Sirvan igualmente como ejemplo los pronunciamientos del TEDH en los que, apoyando o no la demanda de los reclamantes a favor del derecho a tener hijos, admiten con carácter general la inclusión de los derechos reproductivos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Sentencias, entre otras, de 4 de diciembre de 2007 (Caso *Dickinson c. Reino Unido* – TEDH 2007/86; de 16 de diciembre de 2010 – Caso A, B y C c. Irlanda – TEDH 2010/116); 3 de noviembre de 2011 – Caso *S.H. y otros c. Austria* – TEDH 2011/369437), 28 de agosto de 2012 (Caso *Costa y Pavan c. Italia* (TEDH 2012/72)) y 27 de agosto de 2015 (Caso *Parrillo c. Italia* (TEDH JUR 2015/204860).

No es en todo caso este el momento de hacer un relato exhaustivo de las contradicciones o diferentes rumbos que están siguiéndose en la materia, pero debemos necesariamente resaltar dichas contradicciones o al menos tratar de buscar las razones que pueden justificarlas: como último botón de muestra, sirvan, por un lado los recientes pronunciamientos sobre el reconocimiento de las prestaciones por maternidad en el ámbito de determinadas Comunidades Autónomas en los supuestos de paternidad derivada de un contrato de gestación por sustitución (STSJ Cataluña – Sala de lo Social, sección 1.ª, n.º 4314/2015, de 1 de julio [AS 2015/1828]; STSJ Castilla la Mancha – Sala de lo Social, sección 1.ª, n.º 603/2015, de 27 de mayo [AS 2015/1332] o STSJ Madrid – Sala de lo Social, n.º 1201/2014, de 23 diciembre [AS 2015/406]), así como la posición mantenida al respecto por el TS en recientes sentencias como la de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6152) unificando doctrina en cuanto al reconocimiento de las prestaciones por maternidad en tales casos, asimilando los supuestos a los casos de adopción o acogimiento. Frente a ello, o quizás partiendo del análisis de la gestación por sustitución desde diferente perspectiva, resulta igualmente interesante mencionar el reciente «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», emitido en fecha 19 de mayo de 2017, en el que se produce un evidente rechazo de la misma proponiendo incluso su prohibición universal, así como la extensión de la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, a los celebrados en el extranjero.

Con estas meras referencias, resulta obvio que el debate está abierto y enfrentados derechos de diversa índole y dignos de protección y valoración desde diferentes ámbitos del conocimiento que han de ir de la mano para llegar a soluciones acordes con la protección de los intereses en conflicto.

Desde el punto de vista indicado, así como atendiendo a otros elementos relevantes, los derechos reproductivos han experimentado a nivel mundial en las últimas décadas una evolución importante que, desde una perspectiva no solo jurídica, sino también social y ética, exige replantear los esquemas tradicionales en esta materia.

Todo ello nos sitúa ante la forma de afrontar los nuevos retos que plantean en este ámbito los avances científicos, dada la viabilidad actual de los trasplantes de útero con resultados positivos (el primer nacimiento se produjo en Suecia en 2014 tras el trasplante

practicado por el doctor sueco Mats Brännström², y a él se han seguido otros nacimientos). Igualmente ya se han practicado trasplantes en EE.UU., aunque de momento con resultados negativos, y se proyecta la realización en Argentina de un nuevo trasplante, para lo cual el equipo sueco a cargo del protocolo del trasplante uterino integrado por los doctores Mats Brännström y Pernilla Dalhm Kahlr visitó Buenos Aires para dar inicio a la investigación experimental en el país.

¿Supone esta posibilidad una alternativa real a la gestación por sustitución?

Estas y otras cuestiones relevantes fueron abordadas en las Jornadas celebradas en el mes de octubre de 2016 y que ahora ven la luz, gracias al esfuerzo de todos los participantes en las mismas, a los que desde aquí aprovecho para agradecer el compromiso asumido para su publicación y la elaboración de los trabajos que aquí se presentan. He de agradecer igualmente, como no podría ser de otra forma, a la Directora de la RJUAM, la profesora Marta Flores, así como al equipo de la Revista, por ofrecernos la posibilidad de su publicación, así como por su dedicación, paciencia y profesionalidad para hacer posible que todo el engranaje funcione. Mis agradecimientos por último a los profesores Alma Rodríguez Guitián, Andrea Macía Morillo, Elena Beltrán Pedreira y Pablo de Lora Deltoro, sin cuya colaboración tampoco habría sido posible el desarrollo de las Jornadas sobre Reproducción Humana. Derecho y Ciencia, que ahora se traducen en esta publicación.

² Trasplante en el que participó el Dr. César Díaz García, como miembro del equipo del Hospital Universitario y Politécnico de la Fe de Valencia.