

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA: UNA CUESTIÓN DE IGUALDAD

M^a Cruz Reguera Andrés

Jefa de Servicio de Personal Sanitario

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.
 - 2.1 Derechos reproductivos
 - 2.2. Derechos Humanos y salud reproductiva
 - 2.3. Las Conferencias internacionales
3. CRITERIO DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS.
4. CONSIDERACIONES SOBRE LOS FACTORES SOCIALES DE LA CRISIS DE FERTILIDAD Y SUS IMPLICACIONES.
5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los extraordinarios avances de la ciencia en el campo de la biomédica, unidos al avance de los derechos sociales, principalmente el de igualdad y el de protección de la salud, han hecho surgir nuevas demandas relacionadas con la salud reproductiva de las mujeres. Particularmente las relacionadas con la preservación de la fertilidad por motivos sociales. El objetivo de la comunicación será llamar la atención sobre el derecho que asiste a las mujeres, en el contexto de los derechos humanos, a beneficiarse del progreso científico para ejercer el derecho a la salud reproductiva; así como la conveniencia de su mejor protección, tanto por justicia social, como por beneficiar a toda la sociedad y al desarrollo económico.

PALABRAS CLAVE

Reproducción Asistida. Igualdad. Derechos Humanos. Factor social de la infertilidad.

1. INTRODUCCIÓN

Decía Norberto Bobbio¹ que “*Ciertas exigencias nacen sólo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas*”. Pues bien, un claro ejemplo de tal enunciado se ha producido con los extraordinarios avances científicos en el campo de la reproducción humana asistida, RHA, que unidos al reconocimiento de derechos sociales, especialmente los de igualdad de trato y de oportunidades para las mujeres, han posibilitado la aparición de nuevas necesidades. Con las consecuentes demandas de protección social, y del derecho a la atención a la salud, ante las nuevas oportunidades, inimaginables hasta hace poco, para ser madres.

Pero las nuevas oportunidades de la llamada “maternidad tecnológica”², no están exentas de polémicas y paradojas, en tanto que si bien el desarrollo científico puede beneficiar la salud reproductiva de las mujeres, también puede dejarlas más expuestas,

1 BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 199, p. 19

2 TABOADA, L. *La Maternidad tecnológica*, Icaria Editorial, 1986.

en cuanto trabajadoras, a los viejos y enquistados prejuicios existentes en el mundo laboral contra su capacidad de procrear. A la vez que evidencian las dificultades que siguen teniendo las mujeres para poder beneficiarse de los avances científicos.

La presente comunicación pretende proporcionar una mirada al derecho a la salud reproductiva asistida desde la perspectiva de los derechos humanos, reflexionando sobre la conveniencia de su adecuada protección para otros objetivos de política social y económica que benefician a toda la sociedad. Pues si bien hasta hace poco la reivindicación principal de las mujeres se centraba en el control de la natalidad y el reconocimiento de derechos como ciudadanas, la realidad social actual nos muestra una sociedad con mayor presencia de la mujer, pero que avanza en paralelo a una creciente infertilidad por motivos sociales, en parte como precio a las conquistas en igualdad. De ello resulta el debate sobre la existencia, o no, de un derecho a la preservación de la fertilidad precisamente por tales motivos sociales, que esta comunicación pretende fomentar. Siempre desde una perspectiva que, contextualizada en la revolución reproductiva³ y en el vaticinio de un duro invierno demográfico⁴, con preocupantes consecuencias para los sistemas de protección social, favorezca el libre ejercicio de derechos reproductivos por las mujeres, con apoyo de políticas públicas, principalmente laborales y del Sistema Nacional de Salud.

El contexto social actual, constreñido por una persistente crisis económica, hace especialmente oportuno reflexionar sobre este tema desde la perspectiva de los derechos humanos: de salud reproduc-

tiva, de igualdad y no discriminación, para ser preservados como identificativos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

2. EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Derechos reproductivos

Hasta hace poco el desarrollo natural de la procreación, unido al escaso reconocimiento de los derechos de la mujer, hacía innecesaria una especial consideración jurídica de los derechos reproductivos. Han sido los resultados del progreso científico los que han hecho surgir, al albor de cada nuevo descubrimiento relacionado con las Técnicas de Reproducción Asistida, TRA, múltiples cuestiones relacionadas con estos derechos y los nuevos modelos de familia. De tal modo que la evolución de la ciencia y la sociedad, desde la segunda mitad del siglo XX, ha dado lugar al reconocimiento de un auténtico, singular y autónomo derecho a la reproducción vía regulación por los poderes públicos.⁵

En España esas transformaciones sociales (que culminarían con un modelo de relaciones familiares asentado en la igualdad⁶) coinciden con las reformas iniciadas a partir de la Constitución Española, CE, de 1977. Año en el que nació Louise Brown, la primera “bebé probeta”, fruto de las investigaciones sobre fertilidad del científico británico Robert Edwards, iniciadas en la década de 1950; cuando la OIT se afanaba por reforzar la protección de la mujer en el industrializado mundo del trabajo, especialmente en

3 Cfr. GARRIDO MEDINA, L. utilizó este término en 1996 al publicar *La revolución reproductiva* (en Castaño, C. Palacios, S. (Ed) *Salud, dinero y amor. Cómo viven las mujeres españolas de hoy*, Madrid: Alianza, 1996, pp. 205-238) comparando sus efectos a la revolución agraria, industrial, y con la de la información, que originaría profundas transformaciones sociales, iniciadas en el propio espacio doméstico y convivencial, dando lugar a una convulsión vivencial mayor que las otras revoluciones, generando un nuevo mundo de convivencia intersexual tanto en el domicilio como en lo laboral. (1996. pág 205-206). En la misma línea MACINNES, J. y PÉREZ DÍAZ, J. “La tercera revolución de la modernidad; la revolución reproductiva”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)* N.º 122, 2008, pp. 89-118

Desde la perspectiva de la OMS, puede consultarse la revista *Entre Nous* que dedicaba su N.º 63 al tema “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa?”.

4 RUBIO, J. en artículo de *El Mundo*, de 16 de octubre de 2011, “El “invierno” demográfico de media España”: analiza la proyección de la población hasta 2021 realizada por el INE. Las proyecciones de población pueden consultarse en el INE: Proyecciones de Población 2012, <http://www.ine.es/prensa/np744.pdf>

5 Cfr. SALAS DARROCHA, J. T. “Derecho a la reproducción humana”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm 7/2002., Pamplona. 2002. p. 5

6 Cfr. ALCORTA IDIAQUEZ, I. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho y Salud*. Volumen 11, N.º 2, 2003. Asociación Juristas de la Salud, p. 167

7 El 25 de julio de 1978 nació Louise Brown, la primera “bebé probeta” con el tratamiento de la fecundación in Vitro, consistente en la extracción de ovocitos de la mujer para, una vez fecundados extracorpóreamente en el laboratorio, transferir los embriones resultantes al útero materno. Un acontecimiento de repercusión mundial, gracias al trabajo del científico británico Robert Edwards, (en colaboración con Patrick Steptoe fallecido en 1988) distinguido con el Premio Nobel de Medicina en 2010, porque “sus descubrimientos hicieron posible el tratamiento de la esterilidad, que afecta a una gran proporción de la humanidad” según el Comité del premio. La reproducción asistida desde entonces no ha dejado de progresar, con debate, dadas sus implicaciones ética-jurídicas.

lo relacionado con su condición o capacidad para ser madre.

Los antecedentes de la regulación jurídica de la procreación mediante TRA, en nuestro ordenamiento jurídico, se remontan a los trabajos de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación “in Vitro” y la inseminación artificial humanas⁸, que se constituyó con expertos en el Congreso de los Diputados, en mayo de 1984, con el fin de elaborar un informe previo a la tramitación parlamentaria de la que fuese pionera y avanzada Ley 35/1998, de 22 de noviembre. Ley publicada cuatro años después de haber nacido Victoria Anna⁹, la primera niña “probeta” española. Hecho que de por sí demuestra la necesidad de regulación en un ámbito en constante evolución científica¹⁰.

La regulación vigente¹¹ se halla en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹², LTRA, considerada una de las más progresistas en Derecho comparado, lo que unido a la calidad de los tratamientos, han situado a España

8 Dictamen de la Comisión publicado en el Diario de sesiones del Congreso de Diputados, con el debate y aprobación del informe, el 10 de abril de 1986. II legislatura, nº 280, año 1986.

9 En 1984 nació en España la primera bebé probeta, llamada Victoria Anna, en homenaje a la bióloga ANNA VEIGA, quien en el libro *El milagro de la vida. De la Fecundación in Vitro a las células madre* (R.B.A. Libros, S.A.. Barcelona 2011) relata su trayectoria vital y científica, compartiendo las dificultades, esperanzas, satisfacciones, inquietudes éticas y legales surgidas a lo largo de esa trayectoria.

10 Como ejemplo de la constante evolución científica, cabe citar las palabras del señor ZARAZAGA BURILLO, en la sesión de 10 de abril de 1986, de debate y aprobación del informe de la Comisión: “*El hecho de que hace unas semanas, señorías, se ha descubierto algo que va a trastocar por completo el informe y la orientación definitiva de estas observaciones e investigaciones: ya se puede congelar el óvulo. El doctor Jones, el australiano (...) ha visto que existe la posibilidad de tener banco de gametos, óvulos por un lado y espermatozoides por otro. Fuera problemas de manipulación de embriones, fuera problemas de edad de los embriones, fuera problemas de investigación*”. Pues bien, más de veinte años después, los medios de comunicación siguen dando cuenta de nuevos y sorprendentes avances científicos: la obtención de células madres embrionarias mediante clonación. (El País 15 de mayo de 2013) o como un autotrasplante de tejido ovárico permite a una mujer sin ovarios ser madre (El Mundo, 22/05/2013).

11 Previamente se aprobó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, tratando de solventar, como pedían los expertos, la adecuación de la legislación a los nuevos retos biotecnológicos, y muy especialmente a la problemática del gran número existente de embriones congelados.

12 SÁNCHEZ-CARO, J y ABELLÁN, F. han abordado varios estudios jurídicos en profundidad sobre las TRA y la salud reproductiva, así como sus implicaciones; entre otros, en *Salud sexual y reproductiva, Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000. Madrid-Granada 2010

como país receptor de un importante número de pacientes extranjeros. La preocupación por garantizar una idónea aplicación de las técnicas, especialmente a las mujeres como principales receptoras de los tratamientos, se refleja en diversos apartados de la Ley, principalmente en su artículo 3, al regular las condiciones personales de las mujeres a tratar¹³, que se complementa con el concepto de “usuarias” de su artículo 6. Los tratamientos con TRA están actualmente en plena pujanza, gozando en general de amplia aceptación social, pero tienen pendiente un importante recorrido en el aspecto, que no es menor, de accesibilidad, sobre todo en el sector público¹⁴.

Las TRA, con efectos principales para el cuerpo y la salud de la mujer, lógicamente fueron objeto de atención desde el primer momento por el pensamiento feminista, que ha mostrado una dialéctica ambivalente, o diversa. Así ha evolucionado desde un optimismo tecnológico, como mecanismo de liberación, pasando por una visión pesimista de rechazo a las TRA, considerándolas un instrumento más de la cultura patriarcal, agresivas para el cuerpo de la mujer, hasta posiciones más matizadas, que sin desconocer los riesgos que estas tecnologías entrañan, valoran el que puedan ayudar y servir a la mujer, siempre que este garantizado su control por las propias mujeres¹⁵.

13 Así determina que los tratamientos solo se aplicarán cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia, y previo consentimiento libre y consciente por parte de la mujer, que deberá haber sido previamente informada de sus posibilidades de éxito, riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Por otro lado la LTRA clasifica en el anexo las TRA en: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos. Por otro lado en el capítulo III de la Ley, dedicado a la crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida, se regula la crioconservación de gametos y preembriones, estableciendo que la utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

14 Las diferencias entre los centros públicos y privados son muy grandes. A nivel del SNS la preocupación por establecer criterios de utilización, de los siempre insuficientes recursos públicos, ante una demanda en plena ebullición, fueron objeto de consideración y propuesta por el Grupo de Interés de Centros de RHA del SNS, constituido en 1999, que publicó en 2002 el documento “*Criterios para la utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud Español en técnicas de reproducción humana asistida*” que se ha convertido en referencia para la aplicación de tratamientos en el sector público. El documento cuenta con las aportaciones jurídicas de SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F.

15 Cfr. “CAMBRÓN INFANTE, A en “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos”. En *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Cambrón Infante, A.

En el enfoque del feminismo postmoderno el problema no son las TRA en sí mismas, sino el contexto social discriminador y competitivo en el que han surgido y se practican las TRHA¹⁶.

Ahora bien, aún considerando pertinentes algunas precauciones y preocupaciones respecto a los intereses en juego, sobre todo los relativos a la accesibilidad, que pueden comprometer el principio de igualdad, ha de concluirse que su creciente utilización, cuanto menos, avala su consideración, por las propias mujeres, como nuevas oportunidades integrantes del derecho a su salud reproductiva, que en todo caso debe garantizarse con la exigencia de una auténtica autonomía reproductiva. Todo ello sin perjuicio de que una reflexión profunda sobre los motivos de tener que optar, con demasiada frecuencia, entre posición económico-laboral o maternidad, con el consecuente incremento de la infertilidad por motivos sociales, conduzca a reclamar otro tipo de respuestas sociales, que faciliten ejercer el derecho a ser madre a edades más tempranas, haciendo innecesario utilizar TRA a edades avanzadas con los riesgos que ello conlleva¹⁷.

La reproducción, en definitiva, adquiere actualmente un significado profundamente distinto al tradicional, de gran complejidad sociológica en cuanto las mujeres tienen, hoy en día, diferentes oportunidades para poder elegir ser o no ser madres, en pareja o solas, de forma biológica, asistida o adoptiva, cuándo y cuántas veces, etc. Además la maternidad se representa hoy en día como una problemática general de reproducción social (demográfica y económica) y como tal es —debería ser— una cuestión de Estado (de

bienestar) de primera magnitud¹⁸.

Por lo que se refiere al reconocimiento de un derecho a la reproducción no ha participado de consenso doctrinal, ni en cuanto a su existencia, ni sobre su concepto, contenido y alcance¹⁹. Si bien del análisis de las diferentes líneas doctrinales se ha concluido en la propuesta incluso de un *Estatuto Jurídico de la Reproducción Humana*²⁰, y en la existencia del derecho con soporte constitucional²¹. Actualmente avalado con la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, LOSSR²².

Una interesante aportación conceptual es la que realiza Ana I. Marrades Puig: “*El derecho a la maternidad no es el derecho a un/a hijo/a, sino que se trata- y así podríamos definirlo- de un derecho al respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sin más limitaciones que las que deriven del respeto a los derechos del hijo/a..... Todo esto supone, por otro lado, la exigencia al Estado de proteger su ejercicio y conceder a sus titula-*

18 ALER GAY, I. “Sociología de la Maternidad en España”, en *Maternidad y Salud, Ciencia, Conciencia y Experiencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, Pp. 72-75.

19 IGAREDA GONZÁLEZ, N., *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Universidad Autónoma de Barcelona. Puigpelat Martí, F. y Bodelón Gonxález, E., (Cdtas), Barcelona, 2010. Realiza un detallado análisis del derecho a la reproducción, a la maternidad y a la paternidad (pp. 155 - 177).

20 SALAS DARROCHA, J. T., Cit. “Derecho a la reproducción humana”. El autor muestra una opinión favorable a la existencia del derecho titularidad de todas las personas, deduciendo un difuso y desperdigado *Estatuto Jurídico de la Reproducción Humana*, con soporte en los artículos 1, 17, 10, 15 18 y 39 de la CE.

21 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética”, en *Mujeres y Constitución*, Freixes San Juan, T. (Coord.), CEPC, Madrid, 2000, pp. 623 a 668. Se ha manifestado desde hace tiempo a favor de la existencia del derecho, con fundamento constitucional en la libertad (Art. 1.1 y 17.1); en la dignidad de la persona, en sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1); en el derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 18.1); en el derecho al matrimonio (Art. 32.1); en la protección de la familia (Art. 39.1) y, en el ámbito jurídico internacional, en el derecho a fundar una familia (Art. 12 del Convenio de Roma). Entre otras obras en: “Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética”.

22 La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, LOSSR reconoce en su preámbulo que la capacidad de procreación está directamente vinculada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, siendo 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.

(Coord.), Madrid. Trotta. 2001, pp. 165-210. También cabe mencionar el movimientos como el denominado FINRRAGE, surgido en Estados Unidos, preocupado por la afectación al derecho de autonomía de la mujer, por la neugénesis y por la posibilidad de eliminación sistemática de embriones femeninos en favor de los masculinos

16 Cfr. PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”. *Revista Aldaba*. N° 32. UNED-Melilla, 2004, pp. 63-81. FEITO GRANDE, L. por su parte, en “Evolución de la mujer ante la salud sexual y reproductiva desde un análisis bioético” (en Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., *Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000, Madrid-Granada, 2010, pp. 245-262) resalta como en buena parte las críticas han tenido que ver con la sospecha de que puede comprometerse el principio de autonomía, en tanto no se considere la perspectiva de género; así como con la ceguera ante lo social y cultural, que no tiene en cuenta factores ambientales y sociales, de contexto, y su influencia en la salud de las personas, de lo que comienza a hacerse eco la OMS.

17 En este sentido ALCORTA IDIAQUEZ, I en “Donación de óvulos”, *El País*, 28 de marzo de 2006.

res las prestaciones necesarias para que el ejercicio del derecho a la maternidad no coarte el ejercicio de otros derechos de la mujer”²³.

Y sobre la autonomía procreativa en positivo, se ha observado que 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 TRA²⁴. Sin embargo es incuestionable el hecho de que estas técnicas son un avance científico que dan respuesta a las demandas de un hijo/a biológico de muchas parejas estériles, y que la LTRA lo que hace es tutelar esa autonomía procreativa para hacer efectivo el derecho a la reproducción.

2.2 Derechos Humanos y salud reproductiva

Debe destacarse el impulso dado a los derechos reproductivos con los derechos humanos, especialmente los relativos a la igualdad y a la salud²⁵.

Los principales instrumentos jurídicos, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, de 1948, incluyen el “Pacto Político”²⁶ PIDCP, el “Pacto Económico”²⁷ PIDESC, y diversos tratados regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950²⁸. Así como la Con-

vención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, de 1979. Para cuya vigilancia cuenta con los correspondientes Comités^{29/30}. Debe recordarse que la discriminación por motivo de sexo es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y otros instrumentos internacionales de derechos humanos³¹. También conviene recordar que en la clasificación de derechos humanos por generaciones, la “igualdad”³² constituye un valor, asociado al movimiento obrero y al feminista, que a finales del siglo XIX dio origen a la reivindicación de los derechos de segunda generación, entre los que se integran los laborales, y los derechos de las mujeres.

El papel que tiene encomendado el Estado en materia de derechos humanos es el de asegurar jurídicamente su libre y pleno ejercicio, creando, entre otras obligaciones, las condiciones sociales, políticas, jurídicas y económicas necesarias para que puedan ejercerse³³. Los derechos humanos negativos

fundamentales.

29 Entre los que se destacan el CEDAW, encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención de la Mujer, el CCPR, encargado del Pacto Político, y el CDESCR, encargado del Pacto Económico.

30 Asimismo la Asamblea General de Naciones Unidas en la reciente Resolución 67/171, de 20 de diciembre 2012, sobre “El derecho al desarrollo” se ha pronunciado reafirmando que todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, incluido el derecho al desarrollo, son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente. Reconociendo además la importancia del papel de la mujer y sus derechos y la aplicación de la perspectiva de género como aspecto intersectorial del proceso de realización del derecho al desarrollo. A/RES/67/171. Distr. general 22 de marzo de 2013.

31 Resolución de 20 de diciembre de 2012, de la Asamblea General de la ONU, n° 67/144 sobre “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”. A/RES/67/144. Distr. general 27 de febrero de 2013

32 “Ningún país de nuestro entorno pudiente ha alcanzado cotas de igualdad entre sexos que superen la simple “tolerancia a la mujer”, un estadio que ha costado un gran esfuerzo histórico claramente insuficiente para amplios sectores del feminismo” en MENDOZA LADRÓN DE GUEVARA, N, SALAMANCA BALLESTEROS, A., LOBO ABASCAL, P., “Factores socioculturales y reproducción”, en *Estilo de vida y fertilidad*, Checa, Manau y Martínez (Coords), Sociedad Española de Fertilidad. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 2011, p. 2.

33 Aún cuando las demandas de los derechos pueden ser dispuestas cronológicamente en diversas generaciones,

23 La autora concluye en un derecho a la maternidad de naturaleza mixta, que habría surgido tanto como un derecho de libertad (el contenido del derecho exige la no injerencia por parte de terceros, principalmente del Estado en la decisión de ser madre) como un derecho de prestación (derecho social que implica la protección del Estado de la relación maternal, como derecho positivo de actuación). Esa naturaleza mixta le haría participar de algunos elementos propios de los derechos fundamentales, en cuanto derecho de libertad, pero también de los sociales, con base esencialmente en el artículo 39.2 CE y del derecho a fundar una familia, reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable conforme los artículos 10.2 y 96 CE. Cfr. MARRADES PUIG, A.I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia. 2002, pp. 205-207.

24 IGAREDA GONZÁLEZ, N., Cit. “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, pp. 176 y 178

25 ALCORTA IDIAQUEZ, I., Cit. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, p. 165

26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

27 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

28 Por Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores (BOE de 6 de mayo de 1999) se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades

facultan al individuo a comportarse como considere, sin injerencias; mientras que los positivos dependen de terceros y de los recursos asignados, lo que en gran parte depende de la voluntad política. El desafío para el siglo XXI es garantizar todos los derechos humanos negativos, y promover los positivos³⁴

El origen de los derechos sexuales y reproductivos se remonta a la década de 1960³⁵. Más que un reconocimiento de los derechos de la mujer, connotación adquirida después, tuvieron como fin controlar la explosión demográfica. Fue a finales del siglo XX, con la Conferencia Mundial de El Cairo, en 1994, cuando se produce el cambio conceptual, que da origen a la adopción de los términos “derechos reproductivos” y “salud reproductiva” como derechos humanos, posteriormente impulsados con las conquistas en igualdad.

Por otro lado, aunque tales derechos reproductivos no están explicitados (aunque sí definidos en el proceso de El Cairo), como tales, en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos sí que existe consenso en observar su inclusión, dispersa, en los mismos, de lo que resulta su aplicabilidad. Es por ello que, con Alda Facio, se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes³⁶. Los derechos humanos que contribuyen a la salud sexual y reproductiva, interactuando de forma dinámica, pueden ser agrupados siguiendo a Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens y Mahmoud F. Fatahalla³⁷, en los siguientes:

- a) a la vida, la supervivencia, la seguridad y la sexualidad
- b) a la autodeterminación reproductiva y la libre opción a la maternidad
- c) a la salud³⁸ y los beneficios del progreso científico
- d) a la no discriminación³⁹ y el debido respeto por las diferencias
- e) a la información, la educación y la toma de decisiones

De ellos deriva que el control de la natalidad por parte de las mujeres no debería convertirse en el control de la natalidad de las mujeres. La maternidad debe ser una decisión que las mujeres tomen de forma informada. La anticoncepción forzada y la maternidad forzada son dos caras de la misma moneda. También se ha afirmado que un derecho humano de las mujeres, que aún debe alcanzarse, es el derecho a la vida, puesto que muchas corren un gran riesgo durante el embarazo y el parto⁴⁰.

El derecho a la no discriminación, es el corolario

38 Los derechos relativos a la salud y los beneficios del progreso científico, se reconocen en el artículo 12 del Pacto Económico, y en la Observación General n° 14, que promueve la incorporación de la perspectiva de género, reconociendo la influencia de los factores socioeconómicos en el nivel de salud, como la condiciones de trabajo. La reciente Resolución de la Asamblea General de N.U., de 21 de diciembre de 2012, sobre “*Función de las Naciones Unidas en la promoción de un nuevo orden humano mundial*” expresa la preocupación por la creciente desigualdad.

39 El derecho a no ser discriminado, constituye un principio fundamental subyacente a la teoría de los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho laboral conlleva el derecho a no ser discriminada ni despedida por causa de embarazo o maternidad, tal y como determinan diversos instrumentos internacionales, y especialmente de la OIT, que se ha ocupado desde su constitución en 1919, de la crucial relación entre maternidad y trabajo. La igualdad de derechos del hombre y la mujer fue objeto de la Observación General n° 16 sobre igualdad.

40 “La tragedia que suponen las muertes maternas en el mundo, ha alcanzado unas dimensiones que no se pueden ignorar; si hubiera un Diario de Noticias sobre Salud Reproductiva para el mundo, la portada tendría el mismo titular espeluznante cada día en relación al peaje mortal que paga la reproducción humana: 1450 mujeres mueren; miles más quedan seriamente afectadas... Estas mujeres no mueren porque presenten dificultades de difícil solución sino porque las sociedades en las que viven no creen necesaria la inversión en medidas que podrían proteger su salud o no reciben el apoyo internacional suficiente”. FATHALLA, M. F., “Diez años después de El Cairo: Es el momento de renovar nuestro compromiso con los derechos de salud sexual y reproductiva”, Entre Nous, n° 57, 2003, p.3.

las especies son siempre, respecto a los poderes constituidos, solamente dos: o impedir sus maleficios u obtener sus beneficios. Cit, BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*.

34Cfr. COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, PROFAMILIA. 2003

35 Cfr. TURNER SAELZER, s., “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida” *Revista de Derecho*, Vol. XII, n° 2, 2001, pp. 206-216.

36ALDAFACIO, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008. La autora explica como el compromiso de entender los derechos humanos desde una perspectiva de género fue asumido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, 1993. Lo que llevó a la comunidad internacional a darse cuenta que tenía la obligación de promover, proteger y garantizar también los derechos reproductivos porque no se puede hablar de derechos humanos de las mujeres sin hablar de derechos reproductivos, ya que éstos son una parte integral de aquellos.

37 COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. Cit. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2003.

del principio de igualdad, que exige debida atención a las diferencias. La paradoja más devastadora en este ámbito de los derechos humanos es que muchas sociedades discriminan contra las mujeres cuando las diferencias entre sexos no deberían importar, mientras ignoran las diferencias en aspectos cruciales, como la necesidad vital de recibir tratamiento materno⁴¹.

Respecto al derecho a beneficiarse del progreso científico, es un derecho que fundamenta el acceso a las TRA, siendo especialmente pertinente el análisis que sitúa, el desarrollo de los derechos reproductivos, técnicamente asistidos, en un marco de derechos humanos como garantía de accesibilidad, calidad y para evitar nuevas discriminaciones⁴².

2.3 Las conferencias internacionales

El cambio conceptual en esta materia, como ya se ha observado, se ha visto favorecido por la CEDAW, y sobre todo en la Conferencia de El Cairo de 1994, CIPD, y con la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas de la Mujer, celebrada en Beijing, Peking, en 1995 (Conferencia de Beijing)⁴³, adoptando compromisos renovados periódicamente.

La CIPD (Capítulo VII, puntos 7.2 y 7.3 del Informe) recoge por primera vez las definiciones de los derechos reproductivos⁴⁴, considerando su ejercicio

41 COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. Cit. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2003.

42 “Ante el desafío de cómo poder utilizar los avances científicos para mejorar la calidad de vida y la salud reproductiva, especialmente la de las mujeres, sin crear aún más formas de discriminación y violencia en su contra o sin negar la autonomía reproductiva y dignidad de las mujeres, la solución bien puede encontrarse en los derechos humano”. ALDA FACIO, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, p.66.

43 *Conferencia Internacional de Población y Desarrollo* de la ONU, en El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (UN. Doc. A/CONF. 171/13, 18 de octubre 1994). *Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres: Acciones para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz*, de la ONU, en Beijing, 1995 y su Plataforma de Acción. Los documentos finales de las Conferencias fueron adoptados por Resoluciones de la Asamblea General de la ONU: UN GA Res. 4/128 de 19 diciembre de 1994; UN GA Res. 50/124 de 20 diciembre de 1995 y UN GA Res. 50/203 de 23 febrero de 1996.

44 “...los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre

una condición previa para que las mujeres alcancen una igualdad efectiva respecto a los hombres, y de la salud reproductiva como: “Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no sólo 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” (Punto 7.2). Definiendo la atención de la salud reproductiva 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”. Definiciones asumidas por la Organización Mundial de la Salud, OMS, y por la LOSSR ”⁴⁵.

Entre los objetivos del Programa de Acción de El Cairo, se incluyó el propiciar que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas a más tardar para el año 2015⁴⁶ y que su atención debiera abarcar la prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad (Punto 7.6). Asimismo dotó a los derechos humanos de perspectiva de género, al explicitar que los derechos de la mujer y el tomar en consideración sus necesidades de salud, incluyendo la reproductiva, son necesarios para el desarrollo; planteando la salud reproductiva como un asunto de justicia social⁴⁷.

y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. ...Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres...” CIPD, p.7.3.

45 Definición de la LOSSR en su artículo 2 c): “Salud reproductiva: la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos”.

46 Tal meta de acceso universal a servicios de salud reproductiva, además forma parte de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (Objetivo 5: Mejorar la salud materna).

47Cfr. COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA,

3. CRITERIO DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS

Los Tribunales de Derechos Humanos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre los derechos reproductivos utilizando TRA, desde la perspectiva de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, lo ha hecho en la reciente sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No 257, en el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica”.

El caso, planteado por varias familias afectadas, tiene su origen en la prohibición de practicar la fecundación In Vitro, FIV, en Costa Rica, por decisión de la Sala Constitucional en el año 2000, al considerar que violentaba la vida humana y los derechos de los no nacidos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había recomendado al Estado costarricense que levantara la prohibición, así como la CEDAW⁴⁸ para facilitar y ampliar los derechos reproductivos de las mujeres. El caso llegó a la CIDH, que consideró que con la prohibición de la FIV se habían afectado los derechos a la vida privada y familiar, los derechos reproductivos, y a la integridad personal. Al analizar la interferencia desproporcionada, y el impacto discriminatorio de la prohibición, la CIDH se basa en que el derecho a la vida privada está estrechamente relacionado con: a) el derecho a la familia, b) la autonomía reproductiva, y c) el acceso a servicios de salud reproductiva, que comprende el derecho de acceso a la tecnología médica adecuada. La CIDH considera que la decisión de ser o no madre, o padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de serlo en el sentido genético o biológico. Calificando de interferencia en su vida privada y familiar, y de carga desproporcionada, el

hecho de que las personas demandantes tuvieran que interrumpir sus tratamientos médicos, o viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

La CIDH también se pronuncia sobre la supuesta afectación del derecho a la vida por generar pérdida de embriones. En este sentido realiza una interpretación del artículo 4⁴⁹ de la Convención, que le permite concluir que el embrión no puede ni debe ser tratado jurídicamente de manera igual a una “persona”, haciendo alusión a la protección gradual de la vida según su desarrollo, e indica que la pérdida embrionaria es un riesgo común, tanto en el embarazo natural, como con FIV. La sentencia considera, por otra parte, que la infertilidad constituye una limitación funcional reconocida como enfermedad por la OMS; y que las personas afectadas por la prohibición de la técnica debieron haber sido destinatarias de los derechos de las personas con discapacidad, habiéndolas impedido tratar de superar la situación de desventaja a través del acceso al progreso científico. Considerando la prohibición de la FIV constitutiva de una discriminación indirecta, por su impacto desproporcionado para la discapacidad, el género al afectar especialmente a las mujeres, y a la situación económica. Condenando, en definitiva, al Estado a incluir la FIV de forma gradual en el Seguro Social.

La sentencia, si bien contó con un voto disidente, mereció el concurrente del Presidente, el Juez Diego García-Sayán⁵⁰ que acentuó la importancia de la

49 El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) contempla el derecho a la vida, estableciendo: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

50 Del voto concurrente del Juez DIEGO GARCÍA-SAYÁN se destacan las siguientes consideraciones: 1. Al sustentar la prohibición absoluta a la Fertilización in Vitro (FIV) en el alegado “derecho a la vida” porque con la FIV se produciría “pérdida embrionaria”, se omite que esta también ocurre en los embarazos naturales y la prohibición, generó, paradójicamente, un impedimento a la vida al bloquear el derecho de hombres y mujeres a la procreación. Se instituyó, así, un impedimento indebido a la vida. 2. El impacto discriminatorio de la prohibición. Los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. En este caso la prohibición impactó discriminatoriamente sobre las víctimas en relación con aspectos cruciales como la situación de discapacidad o la situación económica. 3. La discapacidad consistente en la infertilidad requiere una atención especial y las políticas del Estado deben propender a la inclusión y no a la exclusión. 4. Los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad, teniendo en cuenta que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha establecido que la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo” 5. Las reparaciones establecidas por la Corte

M.F. Cit. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2003. La Recomendación General sobre “la Mujer y la Salud” del CEDAW (Recomendación General N° 24, de 2 de febrero de 1999, señala los deberes de los Estados (respetar, proteger y cumplir) para que la mujer pueda disfrutar del derecho a la atención de la salud, incluida la reproductiva. La Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva, y los derechos en esta materia (2001/2128(INI)), participando del marco internacional citado, pide a los Estados que faciliten la accesibilidad a los servicios sanitarios reproductivos sin discriminación, destacando que la salud reproductiva considerada desde la perspectiva de los derechos humanos, en relación con los derechos de la mujer, son esenciales para el progreso de la sociedad en general. En ella se observan las disparidades existentes en esta materia dentro de la UE, en especial la enorme desigualdad que sufren las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva.

48 Observaciones finales del Comité al Estado de Costa Rica, CEDAW/C/CRI/CO/5-6. Distr. general 2 de agosto de 2011.

sentencia que “En esencia y por su propio contenido, es una contribución fundamental a favor de la vida como lo expresan las más de 5 millones de personas que hoy disfrutan de la vida gracias a que sus padres recurrieron a este tipo de métodos contra la infertilidad y que no existirían de no haber sido por eso”.

La relación del derecho a la salud reproductiva con el acceso al progreso científico, fue resaltada en las alegaciones presentadas, entre otros, como *Amicus Curiae*, por la Defensoría de los Habitantes, especialmente orientadas a visibilizar el impacto discriminatorio que la prohibición de la técnica biomédica suponía para la salud y situación de las mujeres⁵¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, también ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la vinculación de los derechos humanos y la salud reproductiva asistida, en la Sentencia de 28 agosto 2012, TEDH 2012/72, (Sección 2ª) en el asunto *Costa y Pavan contra Italia*, declarando la violación del artículo 8 de la Convención⁵²,

tienen su razón de ser no sólo en lo que atañe directamente a las víctimas, sino que establecen, también, medidas orientadas a la sociedad en su conjunto. El Estado no sólo debe dejar de producir regulaciones y prácticas discriminatorias sino que debe dejar sin efecto la prohibición y facilitar gradualmente el uso de esta técnica de reproducción para quienes lo requieran y deseen. 6. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. Corresponde entonces que el Estado continúe avanzando progresivamente en garantizar sin discriminación el acceso a los tratamientos adecuados y necesarios para enfrentar las distintas formas de infertilidad. 7. La sentencia tiene en esencia una orientación a favor de la vida.

51 Así se exponía: “Se trata de una decisión reproductiva que requiere el acceso a una técnica científica moderna, y que ha sido restringida por el Estado, afectando particularmente a las mujeres. En el caso del acceso al progreso científico a través de la técnica FIV, la garantía de éxito se encuentra supeditada al ciclo de vida de las mujeres; si éstas no lo ejercen en un determinado estadio de su vida, se les niega para siempre el ejercicio de este derecho, a diferencia de los hombres quienes una vez resuelta su infertilidad pueden tener hijos, sin condicionamiento a su edad. En razón de lo anterior, la respuesta estatal no puede darse en un tiempo indefinido”. “Invertir en la salud reproductiva de las mujeres es, sin duda alguna, la mejor herramienta para mejorar la calidad de vida, dejando llevar a cabo su proyecto de vida mediante su empoderamiento, que dan como resultado sociedades más justas... “La técnica de FIV constituye, tal como acredita la CIDH en el caso concreto... la única forma de ejercer la maternidad biológica para las mujeres y ello solamente es posible, a través de la garantía estatal del acceso al progreso científico”.

52 El artículo 8 del Convenio establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria

por negar a una pareja la selección de embriones para evitar la transmisión de una enfermedad genética de la que eran portadores⁵³. En esencia observa la incoherencia y falta de proporcionalidad de la legislación italiana, en la medida en que permite el aborto terapéutico ante la afectación genética del feto, más desarrollado que un embrión al que se practicaría la selección genética.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LOS FACTORES SOCIALES DE LA CRISIS DE FECUNDIDAD⁵⁴ Y SUS IMPLICACIONES.

Como ya se mencionó, los tratamientos de RHA están en plena pujanza, siendo demandados cada vez más por mujeres que optan, o se ven compelidas socialmente a optar, por retrasar la maternidad. Aparecen de este modo, con frecuencia, problemas de esterilidad en mujeres mayores, en términos de edad fértil, que demandan unas técnicas inicialmente diseñadas para mujeres jóvenes con patología tubárica. La edad es un factor limitante de la fertilidad, se empleen o no TRA. El grado máximo de fertilidad femenina se sitúa alrededor de los 23-24 años, disminuye a partir de los 30, especialmente de los 35 y es muy bajo a partir de los 40. Sin embargo las posibilidades de las TRA, en no pocas ocasiones, se sobrevaloran por falta de información adecuada. De tal modo que a partir de cierta edad, como bien decía Lorca “una cosa es querer con la cabeza, y otra es que el cuerpo, maldito sea el cuerpo, no nos responda”⁵⁵. Ello enlaza con las causas sociales de la infertilidad, principalmente por el factor edad, resultado del retraso de la edad de maternidad, postergada

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”.

53 Los demandantes se enteraron de que eran portadores sanos de una enfermedad genética tras el nacimiento de una hija con la enfermedad. En un nuevo embarazo, los demandantes efectuaron un diagnóstico prenatal que indicó que el feto estaba afectado por la enfermedad, practicando una interrupción médica del embarazo, IME. Deseando tener acceso a las TRA y al diagnóstico genético preimplantatorio, antes de quedar nuevamente embarazada, no le fue posible porque tales técnicas no estaban disponibles para todas las personas.

54 En la Editorial del nº 63 de *Entre Nous*, titulada “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa?” GUNTA LAZDANE, G. y BRYLD, J. hacían referencia a la “crisis de la fecundidad”, y a las propuestas de expertos de crear entornos amigables para las familias, haciendo hincapié en los factores sociales como condicionante tanto del origen de la situación, como para su solución.

55 GARCÍA LORCA, F., *Yerma* (1934). Alianza editorial. Mayo de 1998. Madrid

por motivos sociales y/o laborales⁵⁶. Lo que acentúa la crisis demográfica que compromete los sistemas de protección social, focalizando entre las cuestiones necesitadas de debate científico, jurídico y social, el derecho a la preservación de la fertilidad por motivos sociales.⁵⁷

Tanto desde la OMS, como especialmente desde la OIT, se ha evidenciado la importancia del factor empleo, como determinante de la salud, especialmente de la reproductiva. Los instrumentos internacionales, Directivas, Convenios y demás documentos jurídicos antidiscriminación son reflejo de la crítica relación entre maternidad y empleo. Pero quizás, la prueba más patente⁵⁸ de esa compleja coexistencia sea el constante goteo de despidos de trabajadoras que desean ejercer el derecho a ser madres, y cuyo carácter discriminatorio no siempre es fácil de probar en su elemento causal⁵⁹. En este punto debe llamarse la atención sobre la vulnerabilidad laboral de la mujer que sigue tratamientos de salud reproductiva biomédicamente asistida, y de la insuficiente protección de su seguridad y salud en el trabajo, en las fases iniciales del tratamiento, considerando el caso (cada

vez más frecuente) contemplado en la sentencia del TJCE de 26 de febrero de 2008⁶⁰, que resolvió la cuestión prejudicial consistente en determinar si una trabajadora en tratamiento con TRA estaba protegida por la Directiva 92/85⁶¹, al ser despedida una vez fecundados los óvulos in Vitro, pero antes de su transferencia al útero de la mujer. La respuesta negativa de tal específica protección, al optar el Tribunal por un concepto restrictivo de la protección derivada del embarazo, se motiva en considerar que no se está aún ante una trabajadora embarazada en tales casos, y para evitar que la posibilidad de crioconservación de los óvulos ya fecundados o embriones, durante largo tiempo, antes de su implantación en el cuerpo de la mujer, pudiese dar lugar a supuestos de utilización abusiva de la técnica como blindaje ante un eventual despido. Por más que la sentencia remita al análisis del caso a la luz de la normativa y principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo, la falta de amparo por la específica normativa que debe proteger la seguridad y salud de las trabajadoras que tratan de ser madres, desconoce los nuevos riesgos y vulnerabilidades laborales que, paradójicamente, conllevan los tratamientos con TRA. No es extraño pues, que la edad reproductiva se posponga, incluso en los países más desarrollados, por la necesidad de acceder, mantener o progresar en la carrera profesional; dando lugar a la consecuente infertilidad por el factor edad, producto de un contexto sociolaboral que en vez de apoyar el ejercicio del derecho a la salud reproductiva mediante TRA, la perturba. Situación especialmente preocupante con la actual crisis económica que puede imposibilitar, aún más, la maternidad a muchas mujeres en edad fértil.

Ante ello, no sólo la política laboral tiene un importante papel que desempeñar, creando un entorno amigable para el empleo de la mujer. También desde las políticas públicas de protección a la salud, desarrolladas por el Sistema Nacional de Salud, tanto desde la atención primaria como desde la especializada,

56 Esta cuestión se resalta en muchos estudios actuales. Así entre otros por OLIVA, G; GUILLÉN, M y ALOMAR, S., en *Desarrollo de un sistema de priorización de pacientes en lista de espera para técnicas de reproducción humana asistida*, (2007); en el *Libro Blanco Sociosanitario: La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*, VVAA. (2011); y en *Cit. "Factores socioculturales y reproducción"* de MENDOZA LADRÓN DE GUEVARA, N, SALAMANCA BALLESTEROS, A., LOBO ABASCAL, P., en el que, al abordar la edad como factor social, indican que en el epicentro de la crisis demográfica prima un punto netamente cultural: el aplazamiento en el deseo genésico, por poderosas razones laborales y económicas, lo que acelerará las previsiones de los expertos sobre el aumento de la esterilidad en el mundo civilizado.

57 Muestra del debate existente sobre la situación referida a la preservación de la fertilidad sin indicación médica, es el Grupo de Trabajo de preservación de la fertilidad, constituido en la Sociedad Española de Fertilidad, SEF, cuya oportunidad y denominación se justifica así: "la aparición e incremento en los últimos tiempos de la demanda de Preservación de la Fertilidad por motivos personales, profesionales, sociales, etc, mueve a nuestro Grupo de Trabajo a abordar este tema. Se trata de mujeres u hombres, con o sin pareja, que desean posponer sus deseos reproductivos hasta un momento en que su situación haga más favorable el intento de tener descendencia. Queremos señalar que ha habido debate para seleccionar la forma de hacer referencia a esta situación. Finalmente, no sin discusión previa, se acuerda de utilizar la referencia *Preservación de la fertilidad SIN indicación médica versus Preservación Social de la Fertilidad o por causa Social*".

58 Por no recordar prácticas a nivel mundial relacionadas con exigencias de esterilidad, abortos forzados, o políticas de natalidad que afrentan los derechos humanos de las mujeres.

59 Cfr. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., "Despido y fecundación in Vitro", *Aranzadi Social* Pamplona. 2011.

60 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de fecha 26 de febrero 2008, en el asunto "C-506/06", en el caso "*Sabine Mayr contra Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*". El caso es comentado por GONZÁLEZ DEL RIO, J.M. en "Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in Vitro y derecho comunitario" *Aranzadi Social*, 2008 y por RUBIO VELASCO, F. "Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad", *Aranzadi Social*, 2012.

61 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

conviene desplegar una mayor sensibilidad y atención a la salud reproductiva y al factor socio-laboral determinante de la creciente infertilidad. Comenzando con formación adecuada de los profesionales, para que puedan facilitar información adecuada, en tiempo fértil oportuno, desde el primer nivel de atención; hasta proporcionar servicios específicos - científica y legalmente admisibles - de tratamiento de la infertilidad y de prevención de la misma, mediante servicios para preservar la salud reproductiva, la fertilidad, no solo por indicación médica, sino también por causa social.

La revista *Entre Nous*, desde la OMS, se hacía eco de la creciente preocupación por la decreciente natalidad europea (que es tendencia mundial), en su nº 63: “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa”, exponiendo como los intensos cambios demográficos experimentados en los últimos treinta años, reflejan unos niveles de natalidad por debajo de la tasa de reemplazo, de 2,1 nacimientos por mujer, en una deriva calificada como “la trampa de la baja fecundidad”⁶², que es liderada por Italia y España.

Sin embargo las políticas diseñadas frente a los desafíos demográficos para los sistemas de protección social, y para la consecución de los objetivos de progreso de la Unión Europea 2020⁶³, que eviten su declive, están apostando por retrasar la edad de jubilación, políticas migratorias, e incrementar las tasas de empleo y actividad (especialmente de las mujeres, por ser muy bajas), olvidando poner más énfasis en un elemento esencial, cual es el citado factor social de la decreciente natalidad. La sensibilidad ante tal factor implicaría, como se ha dicho, apoyar el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres (y no precisamente con políticas pro-natalistas que comprometan sus derechos humanos) desde distintas políticas públicas. Entre las que tendrían que tener un papel protagonista, las laborales que garanticen un entorno profesional amigable y mejor protección frente a los despidos de trabajadoras en tratamiento con TRA; así como una más integral atención por el SNS a la salud reproductiva, atendiendo a los factores sociales de la infertilidad, incluyendo el aprovechamiento del progreso científico para la preserva-

ción de la fertilidad, no solo por indicación médica, sino también por causa social. Sin olvidar, claro está, la promoción de una mayor corresponsabilidad familiar. En este contexto se ha de destacar la oportunidad que brinda el Parlamento Europeo al proponer, muy recientemente, una estrategia demográfica destinada a promover la fecundidad⁶⁴.

Líneas de acción que se revelan como actuaciones ineludibles para facilitar la libertad y derecho a procrear, con pleno respeto de los derechos humanos de las mujeres, que redundan en progreso social. Y por justicia social, porque si el factor social es el principal causante del retraso para ser madre, obligado será apoyar, con políticas sociales, en el menor tiempo del que se va a disponer, el ejercicio del derecho a su salud reproductiva, incluida la medicamente asistida.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J., *Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida. Manual de casos clínicos*, Fundación Salud 2000. Comares. Granada, 2009.
- ALCORTA IDIAQUEZ, I. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”. *Derecho y Salud*. Volumen 11, Nº 2, 2003. Asociación Juristas de la Salud. Y “Donación de óvulos”. *Tribuna sanitaria. El País*. 28/03/2006.
- ALDA FACIO, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorama S.A., Costa Rica, 2008.
- ALER GAY, I “Sociología de la Maternidad en España”, en *Maternidad y Salud, Ciencia, Conciencia y Experiencia*, Informes, Estudios E Investigación, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, pp. 72-75
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991

62 Revista “Entre Nous”, nº 63 Pág. 4.

63 Comunicación de 3.3.2010, de la Comisión *Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020. Contiene el objetivo consistente en que el 75 % de la población de entre 20 y 64 años debería estar empleada en 2020. Sobre el reto demográfico: Comunicación de la Comisión de 12.10.2006: *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad*. COM(2006) 571 final

64 Propuesta de Resolución, de 27.6.2013, sobre la aplicación, a nivel comunitario, de una estrategia demográfica destinada a promover la fecundidad y a hacer frente al descenso de la población. B7-0330/2013

- CAMBRÓN INFANTE, A. “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Cambrón Infante, A. (Coord), Madrid. Trotta. 2001, pp. 165-210
- COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, PROFAMILIA. 2003
- FATHALLA, Mahmoud F. “Diez años después de El Cairo: Es el momento de renovar nuestro compromiso con los derechos de salud sexual y reproductiva”, Editorial. *Entre Nous*, nº 57, 2003.
- FEITO GRANDE, L. “Evolución de la mujer ante la salud sexual y reproductiva desde un análisis bioético”. En Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., *Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000, Madrid-Granada, 2010, pp. 245-262.
- GARCÍA LORCA, F., *Yerma (1934)*. Alianza editorial. Mayo de 1998. Madrid
- GARRIDO MEDINA, L. “La revolución reproductiva.” en Castaño, C. Palacios, S. (Ed) *Salud, dinero y amor. Cómo viven las mujeres españolas de hoy*, (capítulo 11). 1996. Madrid: Alianza, pp. 205-238.
- GOMEZ SÁNCHEZ, Y., “Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética”, en *Mujeres y Constitución*, Freixes San Juan, T. (Coord.), CEPC, Madrid, 2000, pp. 623 -668.
- GONZÁLEZ DEL RIO, J.M. “Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in Vitro y derecho comunitario”. *Aranzadi Social*. Revista Doctrinal. Junio 2008
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Universidad Autónoma de Barcelona. Puigpelat Martí, F. y Bodelón Gonxzález, E., (Cds), Barcelona, 2010.
- NADAL PEREÑA, J. (Editor), *Donación de embriones*, VVAA, Momento Médico srl. Salerno (Italia), 2013.
- MACINNES, J y PÉREZ DÍAZ, J. “La tercera revolución de la modernidad; la revolución reproductiva”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)* N.º 122, 2008.
- MARRADES PUIG, Ana I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, PUV. Universitat de Valencia. 2002.
- MENDOZA LADRÓN DE GUEVARA, N, SALAMANCA BALLESTEROS, A., LOBO ABASCAL, P., “Factores socioculturales y reproducción”, en *Estilo de vida y fertilidad*, Checa, Manau y Martínez (Coords), Sociedad Española de Fertilidad, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2011.
- OLIVA, G; GUILLÉN, M y ALOMAR, S., *Desarrollo de un sistema de priorización de pacientes en lista de espera para técnicas de reproducción humana asistida*, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad y Consumo, Agència d’Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya; Madrid, 2007.
- OMS. “Madre o nada: la agonía de la infertilidad”, *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*. Volumen 88, Número 12, diciembre 2010, 881-882.
- PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”. *Revista Aldaba*. Nº 32. UNED-Melilla, 2004, pp. 63-81.
- RUBIO VELASCO, F. “Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad”. *Aranzadi Social*, 77/2012.
- RUBIO, J. “El “invierno” demográfico de media España”. *El Mundo*, de 16 de octubre de 2011.
- SALAS DARROCHA, J.T. “Derecho a la reproducción humana”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm 7/2002, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002
- SÁNCHEZ-CARO, J. Y ABELLÁN, F., *Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000. Madrid-Granada, 2010.

- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Despido y fecundación in Vitro”, *Aranzadi Social* paraf. 12/201, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- TABOADA, L, *La Maternidad tecnológica*, Icaria Editorial, 1986.
- TURNER SAELZER, S. “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida” *Revista de Derecho*, Vol. XII, n.2 pp. 206-216 Valdivia. Diciembre 2001.
- VEIGA, Anna. *El milagro de la vida. De la Fecundación in Vitro a las células madre*, R.B.A. Libros, S.A.. Barcelona 2011.
- VVAA. “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa?”. *Entre Nous*, FNUAP y Oficina Regional Europea de la OMS. N° 63, 2006.
- VVAA. *Libro Blanco Sociosanitario: La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*. Del Campo Martín, A., (Dtor). Matorras Weinig, R. (Editor.) Coroleu Lletget, Buena-ventura y Romeu Sarrió, Alberto, Pérez Milán, Federico (Coeds). Sociedad Española de Fertilidad. Madrid. 2011.