

# DIGNIDAD HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES

Miguel Ángel Presno Linera

## Sumario:

I. PRESENTACIÓN. II. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, MATERNIDAD BIOLÓGICA, ANTICONCEPCIÓN E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. III. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HETERÓLOGAS Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

191

## RESUMEN

En este trabajo se estudia lo que nos parece una cierta paradoja: por una parte, el libre desarrollo de la personalidad se usa como un argumento fuerte para incluir dentro de las conductas amparables por los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal las decisiones de tener, o no tener, descendencia biológica, lo que incluiría el uso de métodos anticonceptivos y la interrupción voluntaria del embarazo; por otra parte, ese mismo principio del libre desarrollo de la personalidad se desconoce cuando se trata de acceder a algunas técnicas de fecundación artificial o a la gestación por sustitución.

### Palabras clave:

dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derechos sexuales y reproductivos.

## ABSTRACT

This paper aims at analyzing a legal paradox regarding the principle of the free development of the personality. On the one hand, it is used as a strong argument to include within the behaviors protected by the fundamental rights to physical and moral integrity and personal privacy the decisions to have, or not to have, biological descent, which would include the use of contraceptive methods and the voluntary termination of pregnancy. On the other hand, that same principle of the free development of the personality is not taken into account when it comes to accessing some techniques of artificial fertilization or surrogacy.

### Key Words:

human dignity, free development of the personality, sexual and reproductive right.

## I. PRESENTACIÓN.

La Constitución española (CE) proclama, en su artículo 10.1, que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. De esta manera, se incorpora una mención expresa a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad aunque de un modo diferente a la cláusula de intangibilidad reconocida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn –“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”- y al establecimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 2.1. de esa misma Constitución –“Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral”-.

En otras palabras, en España ni la dignidad humana ni el libre desarrollo de la personalidad son derechos fundamentales autónomos pero ambos, en tanto “fundamento del orden político y de la paz social”, se irradian a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y tanto el concepto de dignidad como el de libre desarrollo de la personalidad están delimitados por lo previsto por el constituyente a la hora de articular esos derechos fundamentales.

La dignidad y el libre desarrollo tienen una dimensión principal como mandato de optimización de las conductas garantizadas por los derechos fundamentales y de la primera, como ha dicho el Tribunal Constitucional (TC), deriva un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad apunta a la maximización de la fundamentalidad de los derechos, tanto en el sentido de que extiende el haz de libertades disponibles directamente por el titular del derecho como en el de que estrecha el ámbito de actuación de los poderes públicos y, en particular, del legislador, al obligarle, cuando sea necesario, a que apruebe la legislación que permita el ejercicio del derecho y al predeterminar su contenido.

Pues bien, en las páginas siguientes comentaremos de una forma breve lo que nos parece una cierta paradoja: mientras que el libre desarrollo de la personalidad se esgrime, y coincidimos con ese análisis, como un argumento fuerte para incluir dentro de las conductas amparables por los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal las decisiones de tener, o no tener, descendencia biológica, algo que incluiría el uso de métodos anticonceptivos y la interrupción voluntaria del embarazo, ese mismo principio del libre desarrollo de la personalidad se encontraría con la barrera de la dignidad humana cuando lo que se pretende es acceder a ciertas técnicas de fecundación artificial o a la gestación por sustitución.

193

## II. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, MATERNIDAD BIOLÓGICA, ANTICONCEPCIÓN E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Es bien conocido que no existe precepto alguno en la CE que garantice un “derecho a tener hijos” o un “derecho a no tenerlos”. Y aunque el TC ha insistido en que forma parte del libre desarrollo de la personalidad la libertad de procreación (SSTC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8b), con este único anclaje no estaríamos en presencia de conductas amparadas por un derecho fundamental porque ya se ha dicho que el principio de libre desarrollo de la personalidad no está contemplado como tal en la CE. No obstante, por vía interpretativa y en atención, precisamente, al libre desarrollo de la personalidad, cabe conectar esa “libertad de procreación” con facultades del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE y del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1.

Así, se puede hablar de un “derecho complejo” a tener, o no, hijos, no mencionado de manera expresa en la CE, y derivado de varios enunciados constitucionales, entre ellos el libre desarrollo de la personalidad, que incluiría una pluralidad de técnicas de garantía en forma de, limitadas, libertades y prestaciones; entre otras, la libertad para usar métodos anticonceptivos en general y optar, en su caso, por esterilizaciones

voluntarias; la libertad para tener hijos al margen de la edad o del estado de salud o la libertad para tener un parto en casa si se cumplen los requisitos que salvaguarden la vida e integridad del feto.

Con un poco más de detalle, habría, en primer lugar, y como parte de ese “derecho complejo”, una libertad para tener hijos biológicos, que deriva del derecho fundamental a la integridad física y moral, preservando el control de las decisiones que la mujer adopte sobre su cuerpo en relación con las cuestiones reproductivas. Por eso, si se esteriliza a una mujer sin consentimiento o si, en contra de su voluntad, se le impide llevar adelante un embarazo se estaría menoscabando su integridad personal. En suma, no cabría imponer por parte de los poderes públicos ni tampoco por sujetos particulares limitaciones para tener hijos biológicos, al margen de la edad de la mujer o de su estado de salud, es decir, no cabría limitar el número de hijos o establecer medidas forzosas de control de natalidad, como, por ejemplo, la esterilización. Y en el derecho a tener hijos se incluiría, como mínimo, el acceso a las técnicas de reproducción asistida homólogas.

Adicionalmente, existiría el derecho de la mujer a acceder a los medios para que el embarazo no llegue a iniciarse, bien sea mediante el empleo de métodos anticonceptivos o a través de la práctica de una esterilización. Esta última está excluida de reproche por el artículo 156 del Código Penal y el empleo de métodos que eviten la concepción está garantizado como derecho universal en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. De acuerdo con su Preámbulo,

“la Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos”.

Y el artículo 7.b de esa Ley prevé que “los servicios públicos de salud garantizarán: b) El acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud”.

194

Esa Ley Orgánica toma en consideración la sexualidad y la procreación como expresiones del libre desarrollo de la personalidad vinculadas a los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar. Así, de acuerdo con el primer párrafo de su Preámbulo:

“El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.

Entre los derechos garantizados por la Ley Orgánica 2/2010 está el de la mujer para decidir, durante un período de tiempo (14 semanas), sobre la continuidad, o no, de su embarazo. Ya en el Preámbulo se declara que:

“la presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina «autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la

formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución.”

Esta regulación se ajusta a lo recomendado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir, o no, a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, invitó a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

En definitiva, es plenamente coherente con los principios de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad de la mujer la garantía como derecho fundamental de la toma de decisiones sobre la maternidad biológica, la anticoncepción y, con límites temporales, la interrupción voluntaria del embarazo.

### III. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HETERÓLOGAS Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

En algunos países se limita legalmente el acceso a las técnicas de fecundación in vitro (FIV) heterólogas (las que precisan de material genético ajeno); así, en el conocido caso *S. H. y otros c. Austria*, resuelto en última instancia por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 3 de noviembre de 2011, se analizó una legislación nacional que prohibía la donación de óvulos y esperma, que sería la técnica que permitiría a las dos parejas demandantes tener hijos, pues en uno de los casos los dos integrantes de la pareja eran estériles y en el otro lo era la mujer. El Gobierno austríaco alegó, entre otras cosas, que la prohibición total de la donación de óvulos era algo “necesario en una sociedad democrática” porque, entre otros motivos, esa práctica implicaba un peligro de explotación y humillación de las mujeres, en particular de las más desfavorecidas socialmente. Un motivo adicional empleado fue el de la técnica de la punción resultaba peligrosa.

El TEDH resolvió, después de haberlo hecho en otro sentido en primera instancia, que, si bien la legislación austríaca podría tener otro contenido, el que acogía no excedía del margen de apreciación nacional; también que esa normativa no era totalmente restrictiva porque aunque prohibía la FIV heteróloga permitía la homóloga. Finalmente, se añadió que el ordenamiento austríaco no prohibía el “turismo de derechos” -el TEDH no emplea literalmente esta expresión-, permitiendo a las personas interesadas ir al extranjero para someterse a un tratamiento contra la infertilidad mediante técnicas prohibidas en Austria. En caso de éxito, la filiación paterna y materna se regían por disposiciones específicas del Código Civil que respetaban los deseos de los padres.

Estos argumentos del TEDH nos parecen poco convincentes: por una parte, el ordenamiento austríaco coloca en una posición de desigualdad a las parejas que, por las circunstancias que sean, no pueden acudir al extranjero a someterse a los tratamientos prohibidos en ese país y excluye, igualmente, a quienes, por no ser fértiles, no pueden acudir a las FIV heterólogas. Por otra parte, dicho ordenamiento vincula la donación de óvulos, técnica que, como es sabido, implica ciertos riesgos, a la explotación y humillación de las mujeres, descartando que puedan hacerlo de manera voluntaria, gratuita u onerosamente.

La regulación de las FIV en España es menos restrictiva que en otros países europeos en la línea, al menos en varias de las previsiones normativas, de un libre desarrollo de la personalidad que limita los obstáculos legislativos al despliegue de la autonomía informada de quienes participen en estas prácticas.

En suma, rige el principio de autonomía en las FIV, tanto para las mujeres donantes como para receptoras si bien se introduce una limitación discutible en casos de matrimonio heterosexual: el consentimiento del marido, mientras que si la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Finalmente, y por lo que respecta a las actuaciones tendentes a conseguir descendencia, hay que hablar de otra figura controvertida: la gestación por sustitución, mencionada en el artículo 10 de la Ley

14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se dispone que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto...”

En el Derecho español hubo un pronunciamiento jurisprudencial relevante a propósito de esta cuestión en la esfera del Derecho Civil: fue la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, donde se argumentó, entre otras cosas, que “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Y se concluyó que se trata de promover el “respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

La dignidad de las mujeres gestantes y de los niños nacidos de una gestación por sustitución es, pues, uno de los principales argumentos que el Tribunal Supremo emplea para concluir que la decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler, es contraria al orden público internacional español. Sin embargo, esta concepción de la dignidad no es, en nuestra opinión, la que cabe derivar de la CE: lo que la Norma Fundamental trata de evitar es que se coloque, a personas concretas o a grupos de personas, en una posición de desigualdad e injusticia respecto de otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrantes de un determinado grupo social.

Por lo que respecta a los menores nacidos de una gestación por sustitución, el reconocimiento como hijos de los padres comitentes en absoluto los convierte en personas en situación de desamparo o con, como diría Ferrajoli, una “igualdad amputada”. Más bien al contrario, pues, como se señala en el Voto Particular a la citada sentencia su inscripción registral como hijos de la pareja comitente estaría “amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles”. Admitir la inscripción del menor es ubicarle jurídicamente en una familia que lo quiere y, como recuerda el Voto Particular, “es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”.

En cuanto a la dignidad de las madres gestantes, no justifica la mayoría de la Sala Civil del Tribunal Supremo su presunción de que ha quedado, o puede quedar, menoscabada si se admite la inscripción registral a nombre de otras personas de los hijos que han gestado. En el caso de autos se trató de una gestación llevada a cabo en el Estado de California y sometida a la supervisión de sus autoridades judiciales, sin que existan datos que permitan concluir, como prejuzga el Tribunal, que nos encontramos ante un caso de “la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza”.

La generalización realizada por el Tribunal Supremo no se corresponde con la existencia de diversos perfiles de madre gestante cuyo grado de “tutela” no puede, en todo caso, uniformarse. Por una parte, porque se obvia la existencia de instrumentos jurídicos cuya función es garantizar la prestación de un consentimiento válido, informado y sin vicios de la voluntad. En esta clave, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 octubre de 2010 estableció la necesidad de contar con una resolución judicial en el Estado de origen para garantizar la validez del consentimiento y del contrato de gestación por sustitución. Tal exigencia no es un mero condicionante formal sino una garantía de que un órgano imparcial ha podido verificar los extremos necesarios para una validez del consentimiento. Pero es que, además, la mera presencia de este requisito ya permitiría rechazar inscripciones procedentes de países poco garantistas donde podrían fácilmente intuirse prácticas abusivas.

Desde luego, en este ámbito no puede dejar de mencionarse el Informe del Comité de Bioética de España, de 19 de mayo de 2017, sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, que se orienta en una línea próxima a la de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Dicho informe concluye, entre otras cosas, que

“existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes- son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor (...)

La presunción, *iuris et de iure*, de que “todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer” es el argumento que la citada mayoría del Comité de Bioética esgrime para rechazarla de plano en España y en resto del mundo.

En primer lugar, y como ya hemos visto, el deseo de tener hijos tiene amplias posibilidades de realización en términos jurídicos y biológicos (plena libertad para decidir si se tienen sin ayuda de técnicas de laboratorio y amplia autonomía, aunque con límites, también si se acude a dichas técnicas) sin, obviamente, menoscabar los derechos de otras personas.

Si se acude a la reproducción asistida tal y como está regulada en España se pueden tener hijos sin que ello suponga lesionar ni la dignidad ni los derechos de las personas donantes pues su aportación tiene que hacerse de forma plenamente informada.

Tampoco se vulneraría derecho alguno si en lugar de donaciones, como prevé la LTRA –el artículo 5.3 dispone que “la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”– habláramos de “venta” de semen o de óvulos mientras, obviamente, se hiciera de manera libre y consciente.

Conviene aclarar que estamos hablando de un hipotético “comercio” y no de “tráfico”; es decir, de un intercambio en el que hay un consentimiento válido, no de un supuesto en el que la persona afectada haya sido coaccionada o se haya abusado de su situación de vulnerabilidad o dependencia. Y no hay que presumir que tal abuso existe por el mero hecho de que la persona en cuestión esté en una situación económica complicada, pues dicha situación no empuja a quienes se encuentran en ella a aceptar cualquier cosa.

En suma, algo no es necesariamente “bueno” o “malo” en términos jurídicos en función de que se haga gratis o de que se cobre alguna compensación por ello. Al margen de otros requisitos que se deban tener en cuenta, la clave estará en que lo que se haga, gratis o por precio, refleje la voluntad libre y consciente de la persona afectada.

Ni la intimidad ni, desde luego, la integridad física y moral resultan, *a priori*, menoscabadas cuando una mujer participa, como donante, en las técnicas de fecundación asistida: conforme a las previsiones de la LTRA las mujeres donantes “deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar”. Además, “el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis”.

Una regulación analógica, con las necesarias adaptaciones, de la gestación por sustitución podría servir para eliminar o, cuando menos, aminorar de manera aceptable los riesgos de explotación, entendida como menoscabo de sus derechos, de la mujer gestante.