

GUÍA DE CONTENIDOS

PROGRAMA

RETOS ACTUALES DE LA FILIACIÓN

MÓDULO

INSEMINACIONES CASERAS

UNIVERSIDAD



PROFESOR

María José Vaquero Pinto

PAÍS

España

IDIOMA

ESPAÑOL

1 Introducción

¡Bienvenidos al módulo relativo a “inseminaciones caseras” ! El asunto que vamos a tratar no suele aparecer en los grandes tratados de Derecho de familia, aunque se trata de una realidad cada vez más frecuente y, quizá debería ser objeto de mayor tratamiento doctrinal. Es cierto que se encuentran acreditados casos muy llamativos de robo de semen¹, a veces muy violentos² y supuestos en los que un amigo cercano o un oportunista (que busca alguna gratificación) se ha prestado a proporcionar su material genético para inseminar a una mujer en forma doméstica³. Sin embargo, actualmente la mayoría de las inseminaciones artificiales caseras (IAC) se llevan a cabo gracias a la intervención de “donantes” cuyo esperma criogenizado puede conseguirse fácilmente a través de Internet, pagando un precio, gracias a empresas como Cryos⁴ que actúa como gran banco de esperma (y óvulos) de reconocimiento internacional. Últimamente, esta creciente realidad ha conseguido llamar la atención de los juristas que se centran, como no podía ser menos, en analizar el asunto de la filiación de los hijos nacidos de una IAC.

2 Mensaje al Participante

El asunto que vamos a tratar plantea problemas jurídicos de calado que abordaremos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. No obstante, es evidente que en el debate abierto sobre el tema pueden influir las convicciones personales de cada participante, ya que se adentra, en buena medida, en el ámbito de la bioética. Ahora

¹ <https://www.strambotic.com/el-intrepido-plan-para-robar-el-semen-de-boris-becker/>;
https://www.clarin.com/sociedad/embarazo-semen-robado_0_B1RZXn9gAYg.html

² <https://www.elheraldo.hn/queondaconesto/1049220-469/mujeres-secuestran-y-violan-a-un-hombre-para-robarle-su-semen>

³ <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/paternidad-entre-amigos-una-nueva-forma-de-familia-nid1774046>

⁴ <https://www.cryosinternational.com/es-es/dk-shop/particulares/>

bien, con independencia de la posición individual que pueda adoptarse, en cada caso, parece indiscutible que el interés del menor es el más necesitado de protección y siempre debe ponderarse para resolver adecuadamente los conflictos planteados por las IAC.

3 Presentación del Módulo

En este módulo pretendemos abordar el tema de las IAC desde la perspectiva del Derecho español, pero con el propósito de abrir un debate que sea interesante para cualquier otro ordenamiento jurídico. La relación jurídica de filiación es esencial en cualquier sociedad y los criterios para determinarla no debieran ser muy diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos.

4 Objetivos del Programa

En este módulo procederemos a delimitar el fenómeno de las IAC, analizando los factores que están propiciando su creciente proliferación y los inconvenientes que pueden plantear. También abordaremos el asunto del encaje que han de tener las mismas en el ordenamiento jurídico español. Finalmente, estableceremos cuáles son las reglas aplicables a la determinación de la filiación de los hijos nacidos de IAC, teniendo en cuenta que existe un régimen general sobre determinación de la filiación por naturaleza (arts. 112-141 CC) en el que la verdad biológica adquiere un protagonismo casi absoluto, y una régimen particular para los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida (arts. 7-10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida [en adelante, LTRHA]) en el que la “voluntad” o el deseo de ser “padre” o “madre” desplaza el elemento biológico.

5 Desarrollo de la Temática

1. Delimitación del fenómeno

El fenómeno del que hablamos se conoce como “Inseminación artificial casera” (IAC), pero también se emplean otras expresiones diversas como “inseminación doméstica” , “inseminación artesanal” o “autoinseminación” . Consiste, básicamente, en que una mujer accede a la gestación, sin relación sexual y sin asistencia médica en centro

autorizado, mediante la introducción en su vagina del semen de un varón que puede adquirir por distintas vías (su pareja, un amigo, un benefactor, un tercero que oferta su semen a cambio de una contraprestación o un banco de semen).

El empleo de la expresión “casera” o “doméstica” hace referencia a que la inseminación se lleva a cabo en un ámbito de estricta intimidad, aunque en ocasiones pueda colaborar un tercero de confianza que ayuda a la mujer a introducir el esperma en el tracto reproductivo.

En consecuencia, son dos los presupuestos que deben concurrir para que podamos hablar de IAC. La primera es la ausencia de una relación sexual determinante de la procreación. Esta circunstancia explica el empleo de la expresión “artificial” (IAC) y también está presente en las denominadas “técnicas de reproducción asistida” (en adelante, TRA).

Sin embargo, el segundo presupuesto es el que permite delimitar ambas figuras, pues en la IAC no se produce la intervención médica a través de un centro de reproducción asistida autorizado, tal como sucede en las TRA.

Así, conforme al art. 4.1 LTRHA: “La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso” .

En España todos los centros o servicios en los que se realizan las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tienen la consideración de centros y servicios sanitarios que precisan para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de una autorización específica (art. 17 LTRHA) y se someten periódicamente a auditorías externas (art. 19 LTRHA). Por otro lado, los equipos biomédicos que trabajan en estos centros o servicios sanitarios deben estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida y asumen responsabilidad en caso de malas prácticas (art. 18 LTRHA).

Para poder realizar una IAC se precisa que haya una mujer potencialmente capaz de asumir una gestación, pero el fenómeno adquiere interés para otros sujetos, pues cabe que recurran al procedimiento, no solo mujeres sin pareja, sino, también, parejas de mujeres o parejas heterosexuales con algún problema de fertilidad.

2. Factores que propician la proliferación de inseminaciones artificiales caseras

La proliferación en los últimos tiempos de las IAC obedece a diversas circunstancias:

a) El coste del procedimiento

En primer término, el menor coste que implica una IAD respecto de una inseminación artificial asistida (IA) realizada en un centro autorizado. Si bien es cierto, la IA está cubierta en España por la Seguridad Social, son bastantes estrictos los requisitos para acceder a la misma y se precisa un problema de fertilidad acreditado⁵. En las clínicas privadas los requisitos para acceder a una IA son mínimos (mayoría de edad de la usuaria y que la técnica no implique un riesgo grave para su salud o la salud de su descendencia [cfr. arts. 3 y 6 LTRHA]), pero el coste es más elevado que el de la IAC. Así, por ejemplo, una clínica española muy importante (Dexeus) ofrece a día de hoy una “oferta” de dos inseminaciones artificiales por 950 € para mujeres de menos de 36 años⁶, mientras que la IAC puede ser realizada casi a coste cero si se cuenta con un benefactor o a coste variable (entre 100 y 1000 €) si se recurre a la compra de esperma criogenizado.

b) La sencillez del procedimiento

Por otro lado, la IA en centros autorizados es un procedimiento más o menos complejo (Visita médica, tratamiento hormonal etc.), mientras que la IAC, realizada en condiciones de total privacidad, solo precisa de un sencillo equipamiento que puede adquirirse en la farmacia o por internet que consta de una jeringuilla y un bote de muestras esterilizado. En caso de que la IAC se realice con esperma no criogenizado, el donante debe recoger el semen del eyaculado en el bote procurando mantener la temperatura de la muestra para que los espermatozoides ni pierdan movilidad y entregarlo rápidamente a la mujer para que, mediante el uso de la jeringuilla, pueda proceder a la inseminación.

En caso de adquirir esperma criogenizado en hidrógeno, la muestra llega en un tanque al que se acompaña la jeringuilla necesaria para el proceso y el plazo para realizar la IAC es de aproximadamente una semana desde que sale el envío. Una vez que la mujer se

⁵ https://elpais.com/elpais/2018/09/12/mamas_papas/1536745645_637760.html

⁶ <https://www.dexeus.com/reproduccion-asistida/inseminacion-artificial>

disponga a inseminarse, debe descongelar la muestra durante treinta minutos antes de usarla.

c) La posibilidad de escoger el donante

Probablemente, en muchos casos lo que determina que se opte por la IAC no es el menor coste o la sencillez del procedimiento, sino la posibilidad de sortear los límites establecidos por la regulación aplicable a las TRA y, especialmente, elegir al donante “a la carta” . En el ordenamiento jurídico español la elección del donante no corresponde en ningún caso a la usuaria de las TRA.

Conforme al art. 6.5 LTRHA: " En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica (...). En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora" .

Sin embargo, sí hay elección del donante por parte de la receptora en la IAC, tanto en el caso de aportación de esperma por parte de un allegado o benefactor, como en el supuesto en el que se recurre a un banco de semen. En este sentido, cabe destacar los distintos perfiles (básico o ampliado) de los donantes de esperma de Cryos a los que puede acceder el usuario, según quiera hacer la elección con una información menos o más amplia del donante. Los donantes con perfil básico están registrados con un número y sus perfiles solo aportan información sobre la raza del donante, el grupo étnico, el color de los ojos, el color del pelo, la altura, el peso, el grupo sanguíneo y la profesión y formación académica. Los donantes de esperma con un perfil ampliado se registran con un nombre ficticio (alias) y el mismo incluye las informaciones propias del perfil básico así como descripciones adicionales sobre la personalidad y apariencia física del donante. El perfil ampliado incluye información sobre formación académica, entorno familiar, personalidad, aficiones e intereses. Además, los perfiles contienen una foto de la niñez del donante, un perfil de inteligencia emocional (EQ), un mensaje escrito de puño y letra y una grabación de voz. Algunos donantes de Identidad Revelada con perfiles ampliados también facilitan fotos suyas de adulto de alta calidad para identificar de cerca los rasgos físicos del donante. Elegir un donante con perfil ampliado permite procurar que el hijo comparta los mismos rasgos básicos con la receptora y/o su pareja, aunque supone un coste adicional.

d) La posibilidad de conocer la identidad del donante

La IAC permite también burlar el anonimato del donante, límite característico de la normativa española sobre TRA, que cuenta con limitadas excepciones que no tienen carácter absoluto.

Según el art. 5.5 LTRHA: *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes” .

En línea parecida, dispone el art. 3.6 LTRHA: *“Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donante...” .*

No obstante, ha de tenerse en cuenta que en España se encuentra abierto el debate en torno a la supresión del anonimato del donante. Desde hace tiempo se considera por un sector doctrinal que el régimen de anonimato se muestra incompatible con los derechos del hijo y, singularmente, con el principio de su interés superior. Se afirma que impedir que el hijo conozca su origen biológico resulta claramente incompatible con el art. 7.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), que reconoce al mismo el derecho a conocer a sus padres (art. 7 CDN) e impone a los estados el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad (art. 8 CDN).

En esta línea, el Comité de Bioética de España aprobó el 15 de enero de 2020 un informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos. El documento analiza desde, una perspectiva científica, ética y legal, el régimen de anonimato de la donación de gametos que recoge la regulación sobre reproducción humana asistida, y está en consonancia con el debate a nivel europeo e, incluso, mundial sobre el derecho de los hijos nacidos de dichas

técnicas a conocer su origen biológico⁷. El informe reconoce que el "derecho a conocer su origen biológico del hijo nacido a través de las técnicas de reproducción humana asistida" está por encima del anonimato del donante, aunque recomienda que el levantamiento del anonimato no tenga carácter retroactivo. No obstante, se trata de una propuesta que de momento no ha provocado la modificación de la LTRHA⁸.

Evidentemente, a pesar del tenor de la LTRHA, el anonimato del donante desaparece cuando la IAC se realiza con la colaboración de un conocido, altruista o no, y también cuando se recurre a un banco de semen. En este sentido, Cryos distingue entre sus donantes de esperma de "identidad no revelada" y de "identidad revelada que implican un mayor coste para la receptora. La decisión al tiempo de elegir una u otra opción puede estar fundamentada en convicciones éticas o circunstancias personales, aunque también puede depender de restricciones legales aplicables en el país de tratamiento ya que algunos países permiten el uso tanto de donantes de identidad no Revelada como de Identidad revelada, mientras que otros países solo permiten uno u otro.

Según Cryos, ni los donantes de Identidad no revelada ni los de Identidad revelada tienen derecho de paternidad alguno sobre los hijos nacidos de la donación y han aceptado no ponerse en contacto con ellos. La diferencia radica en que, en el primer caso, el donante ha elegido por sí mismo no revelar su identidad y ha aceptado no tener contacto con los hijos. Por esa razón, la receptora no recibirá más información que la facilitada en el perfil del donante y acepta en las condiciones contractuales no intentar contactar con el donante en el futuro. Sin embargo, la página de Cryos advierte que el esperma de donante lleva su ADN y, en consecuencia, siempre existe el riesgo de que los donantes, los clientes y los hijos puedan realizar una búsqueda mediante un análisis de ADN que podría comprometer la privacidad. En el segundo caso (identidad revelada), cuando el hijo o hija cumpla 18 años puede obtener de Cryos información sobre la

⁷ <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>

⁸ Téngase en cuenta que Países como Reino Unido, Suecia, Holanda, Austria, Portugal o Alemania ya han suprimido el anonimato del donante. En esa línea, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió el pasado año una Recomendación que propone esta supresión del anonimato y en cuyo origen está este informe del Comité de Bioética.

identificación del donante (que puede usar para contactarle) que comprende su nombre completo, la dirección informada a Cryos y la fecha de nacimiento. Para recibir la información sobre el donante, el hijo debe ser capaz de acreditar que es el resultado de un tratamiento con el esperma procedente de un donante específico de Identidad Revelada de Cryos. Sin embargo, Cryos nunca facilita al donante información sobre la paciente ni sobre su hijo o hija. Por consiguiente, depende exclusivamente del hijo contactar o no con el donante.

e) La posibilidad de obtener un donante en exclusiva

Se trata de una ventaja que ofrecen los bancos de semen como Cryos que ofrece la posibilidad de adquirir una exclusividad de donante lo que significa que solo la receptora (y su pareja si la tiene) pueden tener un niño con ayuda de donaciones de esperma de dicho donante. Cryos proporciona la lista de donantes cuyo esperma no ha sido adquirido todavía y que pueden actuar con exclusividad, así como una lista de donantes bloqueados que solo pueden adquirirse con exclusividad de donante. La adquisición de un donante en exclusiva implica un coste importante que oscila entre los 12.000 y los 36.000 €. Así como la obligación de pagar por todas las pajuelas de esperma en stock del donante en cuestión.

f) La posibilidad de procurar que los hijos sean hermanos genéticos

Cryos destaca en su página que, en ocasiones, los clientes desean que sus hijos sean hermanos genéticos. Para los niños, en particular cuando crecen y comienzan a ser más conscientes de sí mismos, puede resultar tranquilizador y reconfortante tener familiares con los que están relacionados genéticamente al 100 %. Por esa razón aconseja que se realice una reserva de pajuelas del donante elegido. Cuando realiza una reserva, se abonan las pajuelas y un depósito por el almacenamiento de las mismas, si bien es posible cancelar la reserva y obtener el reembolso del 75% del precio.

También es posible realizar una reserva de cuota para respetar el número máximo de embarazos por donante que fija cada ordenamiento. En el caso de España, el número de hijos generados con gametos de un mismo donante no puede ser superior a seis (art. 5.7 LTRHA). La reserva de cuota asegura al cliente la elección dentro de la cuota total del país y también garantiza que podrá utilizar esperma de mismo donante a lo largo de su tratamiento y para futuros tratamientos. El precio de la reserva de cuota depende del

tipo de identidad del donante (200 € si es de identidad no revelada y 350 € si se trata de un donante de identidad revelada) y puede solicitarse su reembolso íntegro si no se consigue el embarazo o no se dispone de más pajuelas para futuros tratamientos.

3. Los inconvenientes de la inseminación artificial casera frente a la inseminación artificial asistida

A pesar de las ventajas reseñadas de la IAC, cabe destacar la frecuencia con la que se destacan los inconvenientes de la misma por parte de los centros de reproducción asistida autorizados, probablemente influidos, en alguna medida, por el elemento competencial.

i) En primer término, suele incidirse en la dudosa legalidad de la inseminación casera que, en tanto que técnica de reproducción asistida, solo puede realizarse en centros autorizados y con intervención de profesionales sanitarios (art. 6.5 LTRHA).

ii) En segundo lugar, se afirma que el semen criogenizado no está preparado para su uso en forma casera, sino para su uso en laboratorio, y carece de la viscosidad del semen eyaculado en una inseminación natural.

iii) También se insiste en que la inseminación casera vaginal con jeringa tiene una muy baja tasa de gestación (10%) al depositarse en la vagina, mientras que la inseminación intrauterina que se realiza en los centros autorizados tiene una tasa de gestación de 25-30%.

iv) Por otro lado, se refuta el argumento del menor coste de la IAC ya que, por un lado, debe tenerse en cuenta el coste adicional de la elección del donante y, por otro, en muchos casos se adquieren pajuelas de baja calidad para disminuir el coste, que acaba siendo superior al ser necesarias más inseminaciones para conseguir la gestación⁹.

v) Una de las principales críticas es la referida a la ausencia de garantías sanitarias. Así, se destaca que a veces se intenta realizar la inseminación casera en forma intrauterina (más eficaz) lo que puede acarrear importantes complicaciones de salud al no intervenir un profesional en el proceso que pueden conducir en ocasiones a esterilidad. También que es necesario el estudio previo que se realiza en los centros autorizados para

⁹ <https://www.mamaymami.com/los-riesgos-e-inconvenientes-una-inseminacion-casera/>

asegurarse de que la inseminación es el tratamiento adecuado, especialmente si la mujer tiene más de 35 años, pues, en otro caso, es posible que el procedimiento sea una pérdida de tiempo y de dinero¹⁰.

4. Valoración de la figura y encaje en el ordenamiento

Como ya hemos advertido, una de las principales objeciones que hacen a las IAC es la relativa a su dudosa legalidad. Lo cierto es que la LTRHA define en su Anexo las Técnicas de reproducción humana asistida y entre las mismas se encuentra la inseminación artificial que no difiere en lo esencial de la IAC¹¹. Ahora bien, la LTRHA solo regula las técnicas asistidas llevadas a cabo en centros autorizados. Según el art. 1.1 LTRHA: *"1. Esta Ley tiene por objeto: a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas..."* . Es cierto que el art. 26.2.c) 3ª LTRHA contempla como infracción muy grave la realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización, pero la IAC no se realiza en centro alguno, sino en la intimidad del hogar u otro lugar privado elegido por la receptora.

Por tales razones, concluye la doctrina que ha abordado el asunto que la IAC no aparece regulada en el ordenamiento jurídico español, pero no está expresamente prohibida¹². A pesar de la similitud entre la IAC y la inseminación artificial realizada en centros autorizados, entiende la Profesora QUICIOS MOLINA que las limitaciones impuestas por la LTRHA (como el número máximo de hijos por donante o el anonimato) son de dudosa

¹⁰ Entre otras muchas páginas críticas: <https://blog.institutocefer.com/es/notices/2017/03/-razones-para-no-hacer-una-inseminacion-casera-354.php>;
<https://www.fertilidadyreproduccion.com/inseminacion-artificial-casera/>

¹¹ Las otras contempladas por la norma son la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos.

¹² Resultan de interés los argumentos de conclusiones de ABAD KOEFOED, E., ("la inseminación artificial casera en España: consideraciones jurídicas y éticas", *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 385-411, pág. 407) que concluye que existe una laguna jurídica que permite considerar la IAC como legal, al tiempo que afirma que puede darse ilegalidad cuando las técnicas supongan manipulación de gametos, como sucede con los bancos de esperma, pero debe realizarse una interpretación correctora restrictiva para no vulnerar el derecho a procrear.

aplicación a la IAC, al tratarse una inseminación no asistida que es la contemplada por la Ley¹³. Sin embargo, atendida la finalidad perseguida por tales limitaciones que no pueden aplicarse en forma analógica si se considera su carácter excepcional (art. 4.1 LTRHA), quizá debería plantearse la expresa regulación de alguna de las mismas para supuestos de IAC. Así, por ejemplo, cabe señalar que si el límite del número máximo de hijos por donante tiene que ver con los límites a la consanguineidad, carece de sentido que el mismo opere solo cuando interviene un centro autorizado y no cuando la inseminación se realiza con intervención de un banco de semen.

En cualquier caso, debe subrayarse que una cosa es el hecho la inseminación casera que difícilmente podría prohibirse y otra el contrato a través del cual se adquiere el espermatozoides que debe ser analizado desde el prisma de los límites a la disposición sobre el cuerpo humano. En este aspecto es de destacar la prohibición contemplada por el art. 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997¹⁴: *“El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”*. El principio de la gratuidad en la disposición sobre partes del cuerpo inspira todas las normas del ordenamiento jurídico español relativas al asunto.

En consecuencia, cabe diferenciar los contratos de adquisición de espermatozoides sin contraprestación, cuya validez no se discute, y los contratos onerosos de adquisición de espermatozoides, como los celebrados con bancos de semen cuya validez es discutible. Comparto el planteamiento de la profesora QUICIOS MOLINA cuando concluye que tales contratos vulneran los principios del ordenamiento jurídico español y son nulos por tener causa ilícita (art. 1275 CC) al implicar un atentado a la dignidad humana (cfr. art. 10.1 CE) y por contravenir el principio de gratuidad que inspira las normas sobre disposición de partes del cuerpo humano (art. 1255 CC)¹⁵.

¹³ QUICIOS MOLINA, S., “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”, *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 363-383, págs. 368-369.

¹⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>

¹⁵ QUICIOS MOLINA, S., “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”, cit., págs., 371-374.

En particular, cabe destacar el art. 3 del Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos: *"1. La donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica (...)* 3. *Los donantes vivos de células o tejidos podrán recibir una compensación de la institución responsable de la extracción, limitada, estrictamente, a cubrir los gastos e inconvenientes derivados de su obtención en concepto de dietas, restitución de ingresos económicos perdidos o similares.* 4. *No se exigirá al receptor contraprestación alguna por las células y/o tejidos utilizados.* 5. *Las actividades de los establecimientos de tejidos no tendrán carácter lucrativo, y exclusivamente podrán repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas"* .

Ahora bien, la nulidad de tales contratos difícilmente podrá acarrear consecuencias prácticas, atendida la imposibilidad de borrar sus consecuencias si se produce la gestación. Además, el hecho de que se realice el pago por adelantado determina la inexistencia de conflictos sobre el mismo y en el supuesto de que pudiera la receptora alegar algún tipo de falta de conformidad, la alegación de la nulidad del contrato iría contra sus propios intereses.

5. Determinación de la filiación de los hijos nacidos a partir de inseminaciones domésticas: ¿aplicación de las normas sobre reproducción humana asistida o de las reglas generales de filiación?

Desde el punto de vista jurídico el principal problema que se plantea es elegir las reglas para determinar la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la inseminación casera. En el ordenamiento español las reglas de determinación de la filiación por naturaleza aparecen dominadas por el principio de veracidad biológica, aunque el sistema pueda tener algún punto de fuga, como ocurre con los reconocimientos de complacencia. Sin embargo, en el caso de las TRA disciplinadas por la LTRHA se establecen reglas especiales caracterizadas por el papel protagonista adquirido por la asunción voluntaria de la paternidad o maternidad, con desplazamiento del elemento puramente genético. Dichas reglas no constituyen un régimen absolutamente desmarcado de las reglas generales. De hecho, conforme al art. 7.1 LTRHA: *"La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos"* . Cabe destacar, también, que la intimidad familiar se protege excluyendo del conocimiento de los terceros el origen asistido de la reproducción. Según el art. 7.2 LTRHA: *"En ningún*

caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación” .

La mayoría de las especificaciones que complementan el régimen general de la determinación de la filiación obedecen al reconocimiento de que, en ocasiones, asumir en forma voluntaria el rol de padre o madre debe tener mayor reconocimiento que la mera relación biológica. En particular, las reglas especiales son las siguientes:

i) La primera es la negación de la relación de la filiación respecto del donante (anónimo necesariamente a día de hoy), incluso cuando debe revelarse su identidad en los casos específicos previstos por la norma. En este sentido, dispone el art. 8.3 LTRHA: *“La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación” .*

ii) La segunda se refiere a la prohibición de que la gestante (con contribución de donante) o su marido, que han consentido expresamente la fecundación puedan discutir posteriormente la filiación matrimonial establecida por el juego de la presunción de paternidad, alegando la ausencia de veracidad biológica que ya conocían en el momento de la prestación del consentimiento. En concreto, señala el art. 8.1 LTRHA: *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación” .*

iii) Cabe también destacar que, el mero consentimiento prestado a las TRA –con intervención de donante- por parte de varón no casado, antes de la realización de la técnica, permite la constancia de su filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo. Además, parece razonable entender que el varón que prestó su consentimiento no puede luego impugnar la filiación –aunque nada diga la norma- (art. 8.2 LTRHA¹⁶).

¹⁶ Art. 8.2 LTRHA: *“Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas...”*.

iv) Otra regla peculiar, incorporada en el Derecho español a través de la ley 3/2007, de 5 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, se refiere a un medio de determinación de la maternidad de la esposa de la receptora de la técnica basado exclusivamente en la voluntad, de manera que se posibilita una doble maternidad por naturaleza. Así, prevé el art. 7.3 LTRHA: *“Cuando 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”* .

v) Finalmente, la última regla especial es la relativa la fecundación *post mortem*, es decir, la que se produce después de la muerte del marido o varón no casado que consiente expresamente que pueda su esposa o pareja engendrar un hijo con su material genético con el fin de engendrar un hijo. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación por naturaleza siempre que la gestación se produzca dentro de los doce meses posteriores al fallecimiento (art. 9 LTRHA)¹⁷.

A pesar de la semejanza entre la IAC y la inseminación artificial llevada a cabo en centro autorizado, la doctrina más autorizada concluye que ninguna de las reglas particulares previstas en la LTRHA tiene cabida en la IAC, ya que la ley especial limita su ámbito de aplicación, exclusivamente, a la inseminación asistida. En este sentido, argumenta

¹⁷ Art. 9 LTRHA: *“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”*.

QUICIOS MOLINA que “el principio de asunción de la paternidad/maternidad no puede desplazar al principio de veracidad, salvo cuando la Ley expresamente lo prevea, y el recurso a la IAC, no prevista legalmente, no justifica que la determinación de la filiación se sustente exclusivamente en la voluntad de quienes consienten la IAC”¹⁸.

En consecuencia, la determinación de la filiación debe ajustarse al régimen general de la determinación de la filiación por naturaleza y, en particular, cabe distinguir las siguientes posibilidades:

a) Inseminación de mujer soltera con semen de varón conocido

Cuando la mujer se insemina con el espermatozoides de un allegado o conocido serán aplicables los mecanismos de determinación de la filiación extramatrimonial¹⁹. Por tanto, a pesar de que el origen de la gestación se encuentre en una donación de espermatozoides (cfr. arts. 5.5 y 8.3 LTRHA), podrá quedar determinada extrajudicialmente la filiación por la declaración realizada por el padre en formulario oficial en el momento de la inscripción del nacimiento (art. 120.1 CC), por reconocimiento solemne de la paternidad (art. 120.2º CC) o a través de expediente gubernativo si concurren los presupuestos necesarios (art. 120.3º CC). También podrá quedar determinada judicialmente si interponen acción de reclamación de la paternidad los progenitores o el hijo (art. 133 CC²⁰).

¹⁸ QUICIOS MOLINA, S., “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”, cit., pág. 377.

¹⁹ Art. 120 CC: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º. En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. 2º. Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 3º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 4º. Por sentencia firme. 5º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”.

²⁰ Art. 133 CC: “1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los

b) Inseminación con semen procedente de un banco de espermia

Si la mujer se insemina recurriendo a un donante de semen cuya identidad pueda llegar a conocer (donante con identidad revelada), tampoco podrá excluirse la eventual determinación de la filiación respecto del donante, pues cabe el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad (cfr. arts. 133 y 9.4 CC²¹).

c) Inseminación en caso de mujer casada

En el supuesto de que la mujer inseminada con donante esté casada entrará en juego la presunción de paternidad del marido que permitirá determinar la paternidad matrimonial si se cumplen los plazos previstos por el ordenamiento (cfr. arts. 115, 116 y 117 CC²²). Mientras que la LTRHA impide que pueda impugnarse la paternidad en caso de haber prestado su consentimiento a la TRA (art. 8.1 LTRHA), en el caso que nos ocupa el consentimiento prestado por el marido no impide que pueda procederse a tal

hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida”.

²¹ Art. 9.4 CC: *“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española (...).”*

²² Art. 115 CC: *“La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2º. Por sentencia firme”; art. 116 CC: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”; art. 117 CC: “Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo”.*

impugnación (arts. 136 y 137 CC²³).

d) Inseminación en caso de pareja de mujeres

Cuando una pareja de mujeres recurre a la IAC no es posible que la determinación de la doble maternidad biológica se lleve a cabo mediante prestación del consentimiento de la esposa de la gestante, supuesto previsto en la LTRHA (art. 7.3 LTRHA); y menos en caso de que no hayan contraído matrimonio, de modo que el establecimiento de un vínculo legal entre el hijo y la pareja solo podrá realizarse mediante la adopción (cfr. art. 176 CC)²⁴ ; aunque, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo español ha permitido el establecimiento judicial de la filiación respecto de la pareja de la madre, con fundamento en la reclamación basada en la posesión de estado *ex art.* 131 CC²⁵ (STS 15

²³ Art. 136 CC: “1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero (...)3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo”; art. 137 CC: “1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal. 2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. 3. Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 4. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”.

²⁴ Art. 176 CC: “1. La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. 2. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes (...)No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: (...) 2ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (...)”.

²⁵ Art. 131 CC: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

de enero de 2015).

6. Valor de los pactos en las inseminaciones caseras

Como hemos comprobado, las consecuencias de la IAC en lo que se refiere a la filiación son muy diversas a las contempladas por la LTRHA, a pesar de la esencial semejanza que se da entre la primera y la inseminación artificial asistida, cuyo rasgo distintivo radica simplemente en la intervención de los centros especialmente autorizados. A simple vista, parece excesivo que esa diferencia permita organizar un régimen jurídico tan diverso. Dejando al margen eventuales propuestas de regulación de IAC para acortar distancias, cabe reseñar que los sujetos que recurren a las IAC intentan superar el desequilibrio descrito a través de pactos. Sin embargo, el cumplimiento de los mismos no puede ser garantizado atendida su invalidez a la luz del ordenamiento jurídico español.

Así, se rechaza la validez del pacto por el que se descarta cualquier relación de filiación entre el hijo y el donante, pues el estado civil es una cuestión de orden público y resulta indisponible, de modo que no podrá impedirse, a pesar del acuerdo, el posterior establecimiento de la filiación por las vías que hemos descrito. Por la misma razón, carece de eficacia el pacto por el que se acuerda que progenitor biológico (donante) no se hará cargo de los gastos del hijo, pues en caso de establecerse la filiación deberá hacer frente a sus deberes como padre. Tampoco pueden considerarse válidos los acuerdos dirigidos a establecer una filiación al margen del elemento biológico (doble maternidad o doble paternidad).

Sin embargo, en la práctica comienza a abrirse paso el acuerdo de coparentalidad definido en la página de contactos Co-Padres.net como “acuerdo entre dos o más personas que deciden tener un bebé juntos sin estar en pareja. En este sentido, la coparentalidad, hetero u homoparental, se puede concebir como una donación de esperma a través de la cual el donante de semen juega cierto papel en la crianza del niño(a), definido de antemano por las personas implicadas”²⁶.

En suma, nos encontramos en un momento en el que el Derecho de familia evoluciona a gran velocidad para adaptarse a nuevas realidades, todavía de difícil encaje en el ordenamiento jurídico español, en el que no se han reconocido casos de triple filiación o

²⁶ <https://www.co-padres.net/>

pluriparentalidad²⁷, como ha ocurrido en otros ordenamientos²⁸.

BREVE SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA SOBRE EL TEMA

ABAD KOEFOED, E., “la inseminación artificial casera en España: consideraciones jurídicas y éticas”, *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 385-411.

DE LA TORRE, N., “Técnicas caseras de inseminación en Argentina: cómo resolver la filiación”, *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 323-344.

MENDOZA CÁRDENAS, H. A., “La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico”, *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 345-361.

QUICIOS MOLINA, S., “Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación”, *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 363-383.

²⁷ <https://confi legal.com/20161230-pueden-tres-los-padres-biologicos/>

²⁸ <https://www.telam.com.ar/notas/202002/433095-triple-filiacion-mamas-papas-pluriparentalidad-tucuman-jueza.html>. Sobre este asunto resulta de interés el trabajo de DE LA TORRE, N., “Técnicas caseras de inseminación en Argentina: cómo resolver la filiación”, *RJUAM*, nº 35 (2017), págs. 323-344.