

INSEMINACIONES ARTIFICIALES DOMÉSTICAS: CUESTIONES CONTRACTUALES Y DE FILIACIÓN*

ARTIFICIAL INSEMINATIONS AT HOME: CONTRACTUAL ISSUES AND QUESTIONS ABOUT FILIATION

SUSANA QUICIOS MOLINA**

Resumen: Las inseminaciones artificiales domésticas son un fenómeno al alza, practicado por mujeres solas, parejas de lesbianas o parejas heterosexuales que no acuden a las clínicas donde se aplican técnicas de reproducción asistida. La inseminación artificial doméstica no está prohibida, pero el modo de adquisición del semen puede estar prohibido por el ordenamiento. Las adquisiciones onerosas tienen causa ilícita en España y son contrarias a normas imperativas. Es onerosa la adquisición electrónica de espermatozoides en un banco de semen internacional. La determinación e impugnación de la filiación se rige por las reglas generales, y no por las especiales previstas por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Palabras clave: Inseminación doméstica; contratos; causa ilícita; filiación; ley aplicable.

Abstract: Artificial inseminations at home are an upward phenomenon, practiced by single women, lesbian couples or heterosexual couples who do not go to clinics where assisted reproduction techniques are applied. Artificial insemination at home is not prohibited, but the mode of acquisition of sperm may be prohibited by law. Acquisitions for value have an illicit cause in Spain and are contrary to mandatory rules. Acquisitions of sperm by electronic means in an international semen bank are purchase agreements. Determination and contestation of filiation are governed by the general rules, and not by the special ones provided by the Law of Techniques of Assisted Human Reproduction.

Keywords: Artificial insemination at home; contracts; illicit cause; filiation; applicable law.

* Fecha de recepción: 25 de mayo de 2017.

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017.

** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-69261 titulado «La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores» (MINECO/FEDER). Correo electrónico: susana.quicios@uam.es.

SUMARIO: I. «EL *BABYBOOM* DE LA INSEMINACIÓN CASERA»; II. DELIMITACIÓN DEL FENÓMENO; III. ¿LA IAD ESTÁ PROHIBIDA EN ESPAÑA?; IV. MODOS DE ADQUISICIÓN DEL SEMEN. EN PARTICULAR, LAS ADQUISICIONES ONEROSAS; V. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO COMO CONSECUENCIA DE UNA IAD. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. «EL *BABYBOOM* DE LA INSEMINACIÓN CASERA»

Con este título, el diario *El Mundo* titulaba una noticia publicada el 3 de enero de 2016, en la que se narra la realidad de las mujeres que prefieren quedarse embarazadas adquiriendo *online* el semen imprescindible, sin moverse de su domicilio¹. El fenómeno es reciente por lo que respecta a la vía utilizada para conseguir las células reproductoras masculinas, no así las inseminaciones sin relaciones sexuales fuera de una clínica. El comercio electrónico ha permitido que sean cada vez más las mujeres que recurren a este tipo de fecundación (también llamadas «*do-it-yourself*»)², hablándose en la noticia de más de 400 donantes en todo el planeta, y de unos 45.000 nacidos en todo el mundo³.

En el artículo periodístico se entrevista a varias mujeres, que narran la maravillosa experiencia vivida. Una entrevistada afirma, por ejemplo, que «fue una mezcla de paz y alegría, algo extraño, bonito», remarcándose que las mujeres se fecundan en la intimidad de su habitación. Parece insertarse, pues, el fenómeno en una corriente social muy de moda actualmente, que reivindica la vuelta a lo natural: desde la comida ecológica hasta los partos naturales fuera del hospital o incluso prácticas totalmente desaconsejadas por la ciencia como la no vacunación de los niños o la huida de la medicina a la homeopatía en casos de enfermedades graves como el cáncer.

La experiencia parece menos bucólica cuando leemos que la hija elegida por internet ha costado 600 euros, transporte incluido. Porque también estamos ante un negocio que mueve millones de euros, a la vista de los contratos de compraventa de semen celebrados a distancia por empresas como Cryos (con sede en Dinamarca, y sucursal en EEUU)⁴. Cryos se presenta en su página web como el mayor banco de semen del mundo. La actividad mercantil de esta compañía internacional es claramente tolerada por los Estados en los que está implantado el comercio electrónico con los adquirentes de semen (consumidores privados

¹ <<http://www.elmundo.es/cronica/2016/01/03/5687c9d2ca474110268b45cb.html>> [Consultado el 25/5/17].

² La toma de doctrina anglosajona FARNÓS AMORÓS, E., «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, p. 101.

³ En la noticia que publicó *El Faro de Vigo* días después sobre el mismo tema, se habla de un aumento del 100% de operaciones en 2015.

⁴ En la página web de Cryos se cuenta que en 2015 se trasladó de Nueva York a Florida <<https://dk-es.cryosinternational.com/>> [Consultado el 25/5/17].

o clínicas de reproducción humana asistida), y no suscita el rechazo que sí se ha mostrado por la sociedad y las instituciones hacia la venta de embriones⁵.

Empresas como la indicada son las que hacen las veces de bancos de semen para usuarias españolas que buscan la autoinseminación, pues en España solo están permitidos los bancos de semen de las clínicas autorizadas para aplicar técnicas de reproducción humana asistida. Cryos comenzó a suministrar semen a clientes particulares en 2009, según su página web, en la que también se informa que el objetivo de Cryos es asegurar una amplia gama de esperma de donante de alta calidad de todas las razas y grupos étnicos⁶. Y la posible competencia desleal con las clínicas autorizadas para aplicar técnicas de reproducción humana asistida, como es la inseminación artificial, se ha puesto sobre la mesa, pues evidentemente es más barato comprar el semen y proceder a la autoinseminación que recurrir a una clínica privada para contratar el servicio médico que conduce a la inseminación artificial. La pregunta de si cabría hablar de competencia desleal en este caso no puedo contestarla; ha de tenerse en cuenta que ofrecen servicios distintos las clínicas de reproducción asistida y empresas como Cryos (habría que estar a los arts. 3 y 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Las clínicas de reproducción asistida no se limitan a poner a disposición de la mujer el semen necesario para la reproducción, sino que asisten a la mujer en todo el proceso, y en esa asistencia radica su fuerza y la razón de que debiera ser elegida como mejor alternativa por las personas deseosas de reproducirse no mediando relación sexual entre los portadores de los gametos necesarios.

A pesar de la buena publicidad que se hace Cryos en su página web, determinar el régimen legal en España de las actividades que desarrolla esta empresa, para empezar si es legal o no, resulta muy complejo⁷. Los hechos son que se adquiere esperma de donante pagando un precio (aunque se evita toda referencia a una compraventa), y con todo lujo de detalles se explica el proceso de contratación (qué debe hacer la persona interesada, cuántas pajuelas [que son los envases en que se envía el esperma], y con semen de qué calidad, necesita si la inseminación se hará en casa, instrucciones de uso, etc.)⁸. En la pestaña *Búsqueda de donantes* se hace el pedido en línea, con las *Condiciones contractuales* sobre las que también se informa⁹. Pero que se trata de una adquisición onerosa es indiscutible, se llame como se llame al contrato: basta con echar un vistazo a la lista de precios (que incluye la

⁵ COHEN, G., «Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en los Estados Unidos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*, cit., p. 89, distingue la donación de embriones (también conocida como adopción de embriones), admitida por las sociedades profesionales como la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, de la venta de embriones, considerada explícitamente por estas sociedades como éticamente inaceptable *per se*.

⁶ <<https://dk-es.cryosinternational.com/acerca-de-cryos/mision-vision-y-valores>> [Consultado el 25/5/17].

⁷ Según su página web, en 2007 se le otorgó la licencia para operar como centro de tejido humano de acuerdo con las Directivas UE.

⁸ <<https://dk-es.cryosinternational.com/esperma-de-donante/adquisicion-de-esperma-de-donante>> [Consultado el 25/5/17].

⁹ Solo he podido acceder al documento en inglés, titulado, sin especificar nombre del contrato celebrado entre Cryos y el adquirente de semen proporcionado por un donante, *Terms of Agreement*.

adquisición de semen de más o menos calidad, con más o menos indicaciones específicas, y el transporte al lugar de residencia del adquirente¹⁰. Y que la relación es entre el banco de semen y la usuaria, no entre el donante y la usuaria, creo que tampoco puede discutirse.

No son desdeñables los riesgos de estas transacciones comerciales tras la ejecución del contrato, sobre los que la prensa también ha informado. *El Faro de Vigo*, en una noticia publicada el 7 de febrero de 2016 titulada *Auto-inseminaciones a golpe de clic*, resaltaba la advertencia de ginecólogos gallegos sobre los peligros de la compra de semen por internet, una tendencia en pleno auge¹¹. En este artículo se recoge la entrevista a la delegada de Cryos en España, según la cual sus «semillas» tienen una calidad «extraordinaria» (solo un 5% de los chicos que quieren ser donantes son admitidos) y son seleccionadas en laboratorio. Puede que la calidad del producto pueda considerarse, *a priori*, suficientemente asegurada, de acuerdo con las exigencias comunitarias, lo que no presupone que el comercio de este bien esté permitido en cualquier Estado.

II. DELIMITACIÓN DEL FENÓMENO

La inseminación artificial doméstica (en adelante, IAD), también llamada en los foros «casera» o incluso «artesanal», se caracteriza porque la entrada del semen en la vagina de la mujer se realiza por la propia mujer (o alguien de su confianza), utilizando una jeringuilla (o instrumento similar), sin que medie en el proceso relación sexual ni asistencia médica. Se trata, pues, de una «autoinseminación» artificial (si reservamos el calificativo «natural» para la inseminación derivada de relaciones sexuales entre un hombre y una mujer), no asistida en tanto no realizada en una clínica autorizada para aplicar técnicas de reproducción asistida.

Para la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida española¹² todas estas técnicas son «asistidas» en el sentido de que un centro médico «asiste» a la mujer para que pueda reproducirse. La IAD es solo comparable a la inseminación artificial contemplada por la LTRHA española como primera técnica de reproducción asistida permitida en el Anexo de dicha Ley. En el caso de esta inseminación artificial, que podríamos llamar inseminación artificial asistida (IAA) para diferenciarla de la IAD, el proceso de inseminación no lo controla la mujer, sino el centro médico al que acude para someterse a inseminación artificial (se trata, por ello, de una «heteroinseminación» asistida).

¿Quién recurre a una IAD, en lugar de a las técnicas reguladas de reproducción humana asistida? Mujeres solas, parejas de lesbianas y parejas heterosexuales con problemas

¹⁰ <<https://dk-es.cryosinternational.com/esperma-de-donante/precios-y-formas-de-pago>> [Consultado el 25/5/17].

¹¹ <<http://www.farodevigo.es/sociedad/2016/02/07/auto-inseminacion-golpe-clic/1399985.html>> [Consultado el 25/5/17].

¹² Ley 14/2006, de 26 de mayo (en adelante, LTRHA).

de infertilidad¹³. La motivación de estas personas puede ser variada, pero un componente importante es el pecuniario: se abarata bastante la reproducción artificial si no la controla un centro médico. E incluso, en algunos países, permite una reproducción artificial que no se admite en ningún caso como asistida¹⁴.

Desde un punto de vista jurídico, cabe distinguir tres momentos en esta realidad social. Un primer momento es contractual, pues se refiere a la adquisición del semen por parte de la mujer que va a inseminarse (nos movemos, por ello, en el terreno del Derecho de obligaciones y contratos, puramente patrimonial). Un segundo momento pertenece a la intimidad de la mujer, y coincide con el acto de inseminarse, con la autoinseminación (un civilista piensa inmediatamente en el Derecho de la Persona y los derechos de la personalidad). Por último, si la autoinseminación tiene éxito, y nace un hijo, debemos plantearnos la determinación de la filiación del nacido, lo que nos lleva al Derecho de Familia.

Adelanto que, en mi opinión, la adquisición del semen para autoinseminarse puede ser un acto lícito o ilícito; que la autoinseminación en sí es un acto lícito, amparada por la libertad de reproducción, y que la determinación de la filiación del nacido debe sujetarse a las reglas generales previstas en el Ordenamiento jurídico.

III. ¿LA IAD ESTÁ PROHIBIDA EN ESPAÑA?

La IAD no está prevista expresamente por el Ordenamiento jurídico español (no tiene por qué estarlo). ¿Ello significa que está prohibida o que está permitida?

Dar respuesta a esta pregunta requiere, en mi opinión, distinguir dos fases de la IAD: el acto en sí de la inseminación (autoinseminación), que no puede estar prohibido, y el modo en que el semen es adquirido por la mujer, que puede no estar permitido por nuestra legislación.

La IAD, como acto consistente en que una mujer introduce semen en su vagina con la ayuda de una jeringuilla, sin que medie relación sexual ni asistencia médica, está permitida al no estar prohibida expresamente por la ley ni contrariar derechos prevalentes protegidos por el Ordenamiento¹⁵. Siempre que no sea necesaria asistencia médica, una mujer es libre de inseminarse con el fin de quedarse embarazada del modo que estime conveniente.

¹³ Entre los comentarios enviados por las agradecidas madres a Cryos, que se publican en su web (<<https://dk-es.cryosinternational.com/acerca-de-cryos/que-dicen-los-padres>>), encontramos la firma de mujeres solas, parejas de mujeres y matrimonios heterosexuales [Consultado el 25/5/17].

¹⁴ Es el caso de Italia. En alguna página web libertaria podemos encontrar el aplauso que se da a la posibilidad de adquirir semen porque de este modo se puede sortear la restrictiva ley sobre reproducción asistida italiana. Y en la página web de Cryos encontramos el siguiente comentario de dos mujeres italianas (Valentina y Lorena): «Grazie a Cryos siamo riuscite a concepire il nostro cucciolo e allargare la nostra famiglia. La possibilità di ricovere l'home kit ci ha evitato stressanti viaggi all'estero per realizzare il nostro sogno vivendo in modo sereno, rilassato e con complicità il momento del concepimento».

¹⁵ No parece tampoco que quepa esgrimir, en contra de la licitud del acto de autoinseminación, el hipotético perjuicio que puede causar al nacido su particular generación (por ejemplo, por no poder conocer a su padre

Igual que el Ordenamiento no puede prohibir que una mujer, ejerciendo su libertad sexual, mantenga relaciones que pueden llevar a la reproducción, tampoco puede prohibir que una mujer se reproduzca sin mantener relaciones sexuales, de forma «doméstica», no asistida (en el mercado también se encuentran kits para estas autoinseminaciones, que incluyen todo lo necesario para facilitar el embarazo –menos el semen–, e incluso inventos que permiten autoinseminarse obteniendo placer)¹⁶.

Mención aparte merece el estudio de los actos o contratos por los que la mujer puede adquirir el semen. El régimen jurídico aplicable al primer momento de la IAD, a la luz de las normas, principios y valores del Ordenamiento español, exige un análisis mucho más extenso que el acto en sí de la autoinseminación.

Debemos estar, fundamentalmente, a las reglas generales, civiles, sobre obligaciones y contratos y a las reglas, imperativas, sobre reproducción asistida y actividades relacionadas con la utilización de células y tejidos humanos. Porque todo acto de adquisición del semen se sustentará en una relación de amistad o en un contrato; porque con la IAD se persigue la misma finalidad que con la inseminación artificial regulada por la LTRHA: la reproducción humana sin que el hombre y la mujer que ponen los gametos necesarios mantengan relaciones sexuales; y porque se comercializa con células reproductoras, y en consecuencia procedería aplicar el RD-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. La semejanza entre la IAD y la IAA es todavía mayor cuando la mujer recurre a un banco de semen, cuyo monopolio en España lo tienen las clínicas de reproducción asistida: no hay un mercado libre de semen, como no hay un mercado libre de células y tejidos humanos.

Cabe concluir de esta regulación, como luego desarrollaré, que si se trata de actos gratuitos aquellos por los que se adquiere el semen para una autoinseminación, no se les puede poner tacha. Pero si son onerosos, aun gozando del aplauso de cierta opinión pública, serán nulos por tener causa ilícita y contrariar normas imperativas del Ordenamiento español¹⁷. Representantes de las clínicas de reproducción humana han aludido a limitaciones impuestas

biológico –donante anónimo–). Sobre los problemas de valorar la reproducción humana con el principio de protección del bienestar de los niños o de sus mejores intereses, vid. COHEN, cit., pp. 53 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, encontramos una oferta, por unos 48 euros, que incluye instrucciones de uso, lubricante para favorecer la movilidad del esperma, test de ovulación, test de embarazo, jeringuillas, cánulas, recipientes para las muestras de esperma y guantes esterilizados. Algo más caro es el producto del que nos informa el diario *La Vanguardia* el 28 de enero de 2016, en una noticia titulada «Un juguete sexual para la autoinseminación». Se trata del invento de la norteamericana Stephanie Berman, que lanza al mercado en 2012 con el nombre de Seminette. Desde 2015 se comercializa con el nombre de POP, cuesta entre 130 y 245 dólares, y como ensalza su creadora al final del artículo es mucho más barato y placentero que acudir a un estresante centro de reproducción de asistida <<http://www.lavanguardia.com/vida/salud/20160128/301727579932/lesbiana-autoinseminacion-juguete-sexual-concepcion.html>> [Consultado el 25/5/17].

¹⁷ COHEN, cit., p. 98, concluye su trabajo refiriéndose a la ampliamente aceptada y más común tecnología reproductiva que implica la venta de gametos, que sin embargo presenta las mismas inquietudes que la venta de embriones (a la que se refiere en las páginas anteriores).

por la LTRHA, como el número máximo de hijos por donante de esperma (a la vista de los datos publicados sobre donantes y embarazos conseguidos, a los que me refería al principio de este trabajo, la cifra de 6 embarazos por donante se sobrepasa claramente), la selección del donante, que incluye muchas más variables cuando se compra por correo electrónico el semen, o el anonimato de los donantes, que no se garantiza en estas transacciones (Cryos ofrece la posibilidad de elegir a un donante no anónimo, lo que permitiría al hijo, a los 18 años, ponerse en contacto con él)¹⁸. Pero, al margen de que algunas de estas limitaciones no es seguro que tengan aplicación a un tipo de inseminación que no es asistida (así, la falta de anonimato del donante solo tendría trascendencia en la última fase de esta realidad, esto es, en la determinación posible de la filiación, siendo además lo deseable para garantizar la libre investigación de la paternidad protegida por el art. 39 de la Constitución), hay otros argumentos para considerar ilegales los contratos de adquisición onerosa de semen.

Sabemos que, en el Derecho español, pueden ser objeto del contrato todas las cosas que estén en el comercio de los hombres (art. 1271 CC), y que son nulos los contratos con objeto o causa ilícitos (es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral, art. 1275 CC) y los contratos contrarios a normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC)¹⁹. Si la aplicación del Derecho español condujera a la nulidad de las compraventas de semen por tratarse de contratos ilegales, prohibidos por nuestro Ordenamiento (como defenderé en el epígrafe siguiente), todavía habría que justificar la aplicación del Derecho español a transacciones comerciales con una empresa que tiene su sede social en Dinamarca, y sujetas por elección de las partes al Derecho danés y a la competencia de los tribunales daneses para dirimir las controversias surgidas²⁰.

Si las calificamos como contratos de consumo (que no creo pueda ofrecer discusión ninguna a tenor de la definición de consumidor del art. 3 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y del ámbito de aplicación de dicho Real Decreto legislativo establecido

¹⁸ Se ha informado en los medios de comunicación que la Sociedad Española de Fertilidad, junto con otras organizaciones científicas, parece que ha enviado un documento al Ministerio de Sanidad en el que se alerta sobre bancos de semen como Cryos y pide que se tomen medidas contra ellos. Entre otros motivos se alega que la legislación española establece que los centros únicamente pueden hacer una selección del donante en función de su fenotipo (color de ojos, talla, peso, etc.), para que sea similar a los padres, mientras que las empresas online referidas permiten acceder a fotografías de la infancia del donante, mensajes manuscritos, audios de voz y a completas entrevistas sobre su personalidad.

¹⁹ El régimen de nulidad de los contratos con objeto o causa ilícitos (arts. 1275, 1305, 1306 CC) es semejante al de los contratos nulos por ser contrarios a norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), llamadas nulidades de contenido por el profesor CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, 1ª ed., Navarra (Aranzadi Thomson Reuters), 2010, p. 659. El fundamento de la ilicitud «será cualquiera de los estándares del Ordenamiento jurídico que tienen competencia para imponer límites a la autonomía negocial de las partes. Básicamente, la ley, la moral, el orden público, la buena fe» (CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, cit., p. 665).

²⁰ Cláusula 14 (*Disputes*) del Acuerdo de adquisición de semen publicado en la página web de la empresa Cryos. Concretamente se someten a la competencia del tribunal de distrito de Aarhus (ciudad donde radica la empresa) aceptando como idioma del juicio el danés. Esta cláusula puede considerarse abusiva, de acuerdo con el art. 90.2 Real Decreto Legislativo 1/2007.

en su art. 2)²¹, se regularán por el Derecho español los contratos celebrados por usuarias con residencia habitual en España (el supuesto encaja en la letra b) del art. 6.1 del Reglamento *Roma I*)²², y aunque se elija otra ley en todo caso se aplicarán las reglas imperativas del Derecho español protectoras de los consumidores (art. 6.2 del Reglamento *Roma I*). Si cabe calificar como leyes de policía (normas de orden público cuya observancia España considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, art. 9.1 Reglamento *Roma I*) algunas de las que inciden en el mercado de tejidos y células humanas (como son los gametos masculinos), la aplicación de estas leyes «superimperativas» del Derecho español, incluso a contratos sujetos por voluntad de las partes a Derecho danés sin ser España el foro para resolver la controversia, se sustenta en el art. 9.3 del Reglamento *Roma I* cuando la ejecución del contrato (entrega del producto comprado) se realiza en España: se aplicarán las leyes de policía españolas en la medida en que hagan la ejecución del contrato ilegal²³. La calificación de estos contratos como contratos electrónicos no cambia este régimen aplicable (art. 26 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

IV. MODOS DE ADQUISICIÓN DEL SEMEN. EN PARTICULAR, LAS ADQUISICIONES ONEROSAS

Para que la autoinseminación se produzca es imprescindible que la mujer posea el semen necesario. Son imaginables varios modos de adquisición del semen por la mujer:

- 1) El semen se lo da un varón conocido (un amigo, por ejemplo).
- 2) El semen lo consigue recurriendo a una página de contactos (por ejemplo, Co-Padres.net, que expresamente indica en su página web que no es un banco de semen).
- 3) El semen lo «compra» en un banco de semen internacional (por ejemplo, contratos celebrados con Cryos, que se refiere a «adquisición» de esperma de donante).

En el primer supuesto, estaremos normalmente ante una verdadera «donación» o regalo del semen. Esta muestra de amistad, o contrato de donación de semen (si se pudiera llamar así), no contraría ninguna norma. Las consecuencias de este «regalo» en cuanto a la determinación de la filiación del nacido las analizaré después. ¿Está permitido en nuestro Ordenamiento «comprar» el semen de un hombre, en una compraventa particular (sin

²¹ El Texto Refundido de protección de consumidores se aplica a las relaciones entre consumidores usuarios y empresarios, definiéndose consumidor, por lo que aquí interesa, como la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

²² Reglamento (CE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

²³ Sobre el ámbito espacial de aplicación de la ley española a los contratos prohibidos, vid. CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, cit., pp. 719-720.

mediación de un banco de semen)? No; esta compraventa es nula, por ilicitud de la causa o por ser contraria a reglas imperativas (art. 6.3 CC) –del mismo modo que son nulas las adquisiciones electrónicas del supuesto tercero–. Pero, en todo caso aplicaríamos las reglas que veremos respecto de la filiación del nacido.

El segundo supuesto de adquisición de semen en realidad no es distinto del primero, solo cambia el modo en que la mujer que quiere autoinseminarse conoce al varón que le da su semen. Por tanto, si la disposición del semen es gratuita no habría ningún problema en admitir su licitud, pero si la disposición del semen es onerosa el contrato será nulo por ilicitud de la causa o por vulnerar reglas imperativas de nuestro Ordenamiento.

El tercer supuesto supone en todo caso una adquisición onerosa del semen de un varón, que de manera anónima o no anónima lo ha «donado» a un banco de semen para su distribución comercial (la publicación de los precios no ofrece dudas sobre el carácter lucrativo del contrato que se celebra a distancia)²⁴. Se discute si estos contratos están o no permitidos por el Ordenamiento español: las clínicas de reproducción asistida, evidentemente, los consideran prohibidos por el Ordenamiento; la empresa que comercializa el semen, por el contrario, publica en su página web que están amparados por el Ordenamiento comunitario (concretamente por las Directivas sobre actividades relativas a células y tejidos humanos)²⁵ y que la inseminación doméstica, al no contemplarse por las legislaciones, estaría en todo caso permitida (a diferencia de las inseminaciones en clínicas, que sí deben respetar los requisitos legales nacionales –llamados estándares por Cryos–). Ninguna de estas razones ampara la licitud del contrato celebrado con consumidores españoles: porque las Directivas europeas solo pretenden garantizar la calidad de un bien con el que se puede comerciar, pero no buscan regular el comercio permitido (se pueden celebrar contratos gratuitos e inseminaciones en las condiciones permitidas por cada legislación), y porque el acto en sí de la autoinseminación claro que no está prohibido, pero sí puede estarlo el contrato por el que la mujer adquiere el semen.

En mi opinión, este tipo de transacciones tienen causa ilícita según el Derecho español (de acuerdo con el art. 1275 CC); vulneran las reglas y principios imperativos del Ordena-

²⁴ Leemos en la página web que el precio del esperma de donante depende de diversos factores, como el tipo de donante (anónimo o no anónimo), el perfil del donante (básico o ampliado), la motilidad o el tipo de pajueta (cuesta más, por ejemplo, es semen de un donante no anónimo). Como novedad de esta temporada se ofrece el «Donante en exclusiva» por 12.000 euros. ¿Por qué estos cambios de precios si por definición la donación de semen solo tiene como finalidad colaborar altruistamente a la concepción? ¿Percibe una compensación mayor el hombre que dona a Cryos su semen consintiendo no permanecer en el anonimato? Parece que sí. Y ya no digamos, podemos imaginar, el donante cuyo semen se reserva en exclusiva para que lo utilice quien paga por él 12.000 euros.

²⁵ En el folleto publicitario dirigido a clientes privados, publicado en la página web, leemos que Cryos tiene licencia conforme a la Directiva Europea sobre Tejidos Humanos, que establece las normas de calidad y seguridad más exigentes, lo que significa que Cryos puede suministrar esperma de donantes a todos los países de la Unión Europea (<https://dk.cryosinternational.com/media/2796/es_cryos_salgsfolder_priv_online1.pdf> [Consultado el 25/5/17]).

miento español por lo que respecta al «comercio» o «mercado» permitido de células y tejidos humanos. Estamos ante un supuesto de los que la doctrina llama de extracomercialidad relativa, porque existen normas que impiden el contrato en determinadas circunstancias; al hallarse la ilicitud en estas circunstancias y no en el objeto en sí, el objeto sería lícito pero el contrato puede calificarse como nulo por causa ilícita²⁶. En cualquier caso, la ilicitud del objeto y la ilicitud de la causa tienen las mismas consecuencias (lo demuestra el tenor literal del art. 1305 CC)²⁷. Que los contratantes no sean conscientes de la ilicitud no es óbice para que haya causa ilícita (enseñanza que es muy pertinente en este tema, pues de los comentarios de las adquirentes españolas de semen deducimos que están convencidas de la bondad de su actuar)²⁸.

En la medida en que solo se admite por nuestro Ordenamiento el intercambio gratuito de células reproductoras, podemos entender que el semen no está dentro del comercio de los hombres cuando media una contraprestación en su adquisición (causa onerosa del contrato). Hay normas que prohíben este tipo de intercambio contractual (es decir, el oneroso fuera de una clínica autorizada con la que se celebran los contratos de servicios que sí se remuneran). Y estas normas hacen reprochable el comercio oneroso de gametos, esto es, permiten calificar como ilícita la causa de estos contratos (art. 1275 CC)²⁹. Cabe decir, siguiendo la categorización de contratos ilícitos del profesor Carrasco, que las normas que solo permiten el comercio gratuito de células reproductoras (como el de órganos) incorporan «*un valor moral intenso*, de forma que su contravención pueda considerarse un atentado a las *buenas costumbres*»³⁰. Debemos recordar que en la STC n.º 116/1999, de 17 de junio, se declara que la gratuidad de la donación de gametos (y preembriones) garantiza que no se patrimonialice la persona, lo que sería contrario a su dignidad (art. 10.1 CE)³¹.

²⁶ Sobre calificación de los contratos que incurren en extracomercialidad relativa, vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, tomo I, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 664, que pone como ejemplo el caso de los estupefacientes: está prohibida su venta pero no para usos médicos (el autor añade más adelante otro ejemplo de extracomercialidad relativa, con objeto lícito pero causa ilícita: la venta de armas a terroristas, ob. cit., p. 676, y nota 389). GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 1271 y 1272», en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 9139, explica que están dentro del comercio de los hombres las cosas o servicios que no estén excluidos por las leyes del tráfico jurídico, exclusión que puede deberse a decisiones de política jurídica basadas en razones constitucionales, de orden público o de simple oportunidad. El objeto del contrato es ilícito cuando no está dentro del comercio de los hombres.

²⁷ CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, cit., p. 746.

²⁸ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., en *Tratado de Contratos*, cit., p. 676.

²⁹ CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, cit., p. 743, resume que la ilicitud de la causa, repasando la jurisprudencia, no es más que la descripción de todos los casos en que la nulidad de un contrato está explicada o exigida por especiales razones de reproche sobre su contenido.

³⁰ CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, ob. cit., p. 745.

³¹ FJ 11. Recuérdese que el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió con esta sentencia el recurso de inconstitucionalidad presentado por diputados del PP contra la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida.

La autonomía de la voluntad en que se sustenta la libertad contractual tiene como límites la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC). En el intercambio de células reproductoras, la autonomía de la voluntad está limitada, fundamentalmente, por normas imperativas contenidas en la LTRHA y en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la presentación, la evaluación, el procesamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. El tráfico y utilización de células reproductoras están sujetos imperativamente a esta Ley (art.1, apartados 1 y 4).

Forman parte de la ley, límite de la autonomía contractual, las restricciones a la reproducción humana «artificial», asistida (realizada en las clínicas autorizadas a practicar reproducción humana artificial) o no asistida (realizada por la mediación de una empresa que en definitiva permite la inseminación artificial a cambio de un precio): por ejemplo, solo cabe la donación altruista de semen, el semen de un mismo donante no puede emplearse en más de seis embarazos que lleguen a su finalización³², el anonimato del donante, como excepción a la libre investigación de la paternidad garantizada por los arts. 10.1 y 39.2 CE, solo es admisible en los términos legales en que se regula³³. Forman, también, parte de la ley imperativa las restricciones al comercio de células y tejidos humanos establecidas por el RD-ley 9/2014 (aunque parezcan pensadas, fundamentalmente, para el trasplante de órganos). Son relevantes a nuestros efectos el art. 3 (gratuidad y carácter no lucrativo), que en su apartado 5 especifica que 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; el art. 6 (confidencialidad), aunque realmente es una norma incompatible con las reglas sobre anonimato del donante de gametos previstas en la LTRHA; y todo el Capítulo II (Donación y obtención de células y tejidos humanos), que presupone la intervención médica en toda actividad sobre células y tejidos humanos, sujeta a un sinfín de limitaciones³⁴.

³² Sorprende leer que todo el semen que se comercializa por Cryos, con entregas en más de 80 países, proviene de 400 hombres. En las páginas web de bancos de semen españoles, se informa sin embargo que las clínicas podrán de dejar de contar con el donante cuando se supere este límite establecido por la LTRHA.

³³ En la STC n.º 116/1999, de 17 de junio, FJ 15, se entendía justificado el anonimato del donante, en los términos exactos fijados por la ley (no es anonimato absoluto, pues en determinadas circunstancias se puede conocer la identidad del donante), que lo que limitan en realidad es la determinación de la filiación, porque de ese modo se podía conseguir el objetivo principal de la ley, que es la reproducción humana asistida por razones fundamentalmente terapéuticas, para la que se necesitan gametos que puede ser difícil conseguir (por razones culturales, etc.). El derecho a la intimidad del donante se cohonestaba de este modo con la libre investigación de la paternidad.

³⁴ Vid. también el art. 23 sobre importación y exportación de células y tejidos (el Ministerio de Sanidad autorizará, previo informe de la Organización Nacional de Trasplantes, la importación y exportación de los tejidos y células a los que se refiere el Real Decreto-ley, y en concreto para autorizar la importación es imprescindible que exista un probado beneficio en la utilización de los tejidos y células que se pretenden aplicar, que se apliquen en humanos, y que en el caso de tejidos y células que habitualmente se procesan en algunos de los establecimientos de tejidos nacionales, no exista en ese momento disponibilidad de dichas células y/o tejidos)

En resumen, de las normas anteriores mencionadas destacan en particular las que solo permiten el tráfico gratuito de gametos, las que solo admiten el pago de una contraprestación por la inseminación realizada en una clínica autorizada y las que restringen el comercio de células y tejidos humanos. Porque son normas imperativas que tienen como finalidad regular el objeto del intercambio negocial de gametos y, en esa medida, prohíben determinados contratos (art. 6.3 CC) y son susceptibles de proyectarse en la causa contractual tiéndola de ilícita, si se vulneran (art. 1275 CC)³⁵.

El orden público, como límite de la autonomía de la voluntad, es ciertamente problemático³⁶. Pero, salvo en lo referente a la ley aplicable, no hace falta recurrir a él teniendo leyes imperativas que ya limitan la autonomía de la voluntad y permiten considerar nulos en España los contratos celebrados con empresas como Cryos.

Teniendo en cuenta estas reglas y principios, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1) Es posible y lícito que un hombre le entregue a la mujer su semen, sin contraprestación ninguna. El régimen es el mismo que el de la reproducción derivada de una libre relación sexual entre un hombre y una mujer. La filiación se determinará con arreglo a las reglas generales del Código Civil.
- 2) No es lícito que un hombre le venda su semen a una mujer, como tampoco lo sería que se utilizasen los servicios sexuales de un hombre para quedarse embarazada la mujer (por ejemplo, no se podría exigir ante los tribunales el cumplimiento del contrato)³⁷. Pero en nada afectaría la ilicitud del contrato a la filiación del nacido, que se determinará con arreglo a las reglas generales del Código Civil.
- 3) Es contrario a reglas imperativas de nuestro Ordenamiento un contrato oneroso de adquisición de esperma celebrado entre una empresa (banco de semen) extranjera y una mujer española. La onerosidad patrimonializa y convierte en objeto al ser humano, lo que es contrario a su dignidad.

Llamar «donante» al hombre que cede su esperma al banco de semen para que este comercie con él no hace gratuito el negocio celebrado entre el banco de semen y el adquirente del mismo: a cambio de las dos pajuelas enviadas por Cryos al adquirente este paga una contraprestación (entre 600 y 12.000 euros), y este intercambio no puede calificarse sino

(en definitiva, tendría que haber déficit de semen). La importación de células y tejidos podrá ser denegada o revocada cuando no procedan de donaciones altruistas en países terceros que reúnan las debidas garantías.

³⁵ En general sobre las normas referidas en el art. 6.3 CC, vid. CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, cit., p. 722.

³⁶ ATAZ LÓPEZ, J., «La libertad contractual y sus límites», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, cit.

³⁷ Los contratos de prostitución tienen causa ilícita, no así cualquier otro que se sustenta en ella o la facilita (ejemplos en Carrasco, *Derecho de Contratos*, pp. 753-754).

como contrato oneroso (con causa onerosa, *ex art. 1274 CC*)³⁸. Dudo mucho que ni siquiera sea donación la primera transmisión (¿por qué se le paga más al donante que permite que sea conocido su nombre que al que prefiere permanecer en el anonimato?). Que no nos nuble la visión el afán «altruista» del que se hace gala en la página web de la empresa Cryos, que pretende ayudar a aumentar la fecundidad, o que se huya de la palabra compraventa³⁹. En España estos contratos son nulos, no podría pretenderse judicialmente su ejecución, pues se podría oponer la nulidad (de oficio será difícil que se declare la nulidad por causa ilícita)⁴⁰.

Siendo realistas, será difícil que la nulidad de estos contratos se plantee ante los tribunales, y, aun planteándose, que se deriven los efectos de la nulidad absoluta por tratarse de un contrato con causa ilícita⁴¹. Lo primero porque son contratos que se ejecutan rápidamente (en dos días puede hacerse la entrega del semen adquirido y previamente abonado), y lo segundo porque, en el único caso que, imaginamos, puede llegar a los tribunales (exigencia de responsabilidad por falta de conformidad del bien)⁴², la imposibilidad de hacer la restitución y la necesaria protección del consumidor desaconsejarían la aplicación de las reglas sobre nulidad por causa ilícita. Aparte de que probar el incumplimiento de la empresa que entrega el semen es una *probatio diabólica*, pues el bien se habrá consumido sin dejar huella ninguna y será imposible probar que el resultado dañoso tiene su causa en la utilización de ese concreto semen.

El semen es un bien que debe reunir unas determinadas características para conseguir el fin perseguido con la inseminación artificial, que es la generación de un bebé. Es muy reveladora la lectura de alguna página web que explica qué son los bancos de semen localizados en clínicas de reproducción humana asistida⁴³. Respecto del semen que puede conservarse en

³⁸ Sobre la distinción entre contratos onerosos, gratuitos y remuneratorios, vid. por todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Introducción al Derecho de Contratos», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, cit., pp. 126-127.

³⁹ Es sabido que el contrato debe calificarse como lo que sea, de acuerdo con las leyes, y no como lo que las partes lo llamen (la jurisprudencia es abundantísima).

⁴⁰ La declaración de oficio de la nulidad debe ser excepcional, según la doctrina y la jurisprudencia, y uno de los casos en los que no se considera evidente la nulidad absoluta (y por tanto no cabría la declaración de oficio) es el de la causa ilícita (QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, cit., pp. 1404-1408, y en particular parágrafos 150 y 155).

⁴¹ Sobre los efectos de la declaración de nulidad, QUICIOS MOLINA, en *Tratado de Contratos*, cit., pp. 1439 y ss.

⁴² Los medios de comunicación han recogido las opiniones de doctores que critican la falta de seguridad de las muestras de esperma que se envían por correo, pues no hay garantía ninguna de que los espermatozoides estén vivos; en las clínicas, sin embargo, pasan por varios controles exhaustivos antes de ser introducidas en la mujer (noticia citada de *El Faro de Vigo*, que recoge la opinión del director del IVI de Vigo). Sobre la problemática descongelación del semen, ya en el domicilio de la usuaria, también alertan los expertos (como el jefe de área del Centro Gutemberg entrevistado por *La Opinión de Málaga*, que publica un artículo con el mismo título que *El Faro de Vigo* el 14 de febrero de 2016, <<http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2016/02/14/autoinseminacion-golpe-clic/828859.html>>) [Consultado el 25/5/17].

⁴³ Por ejemplo, <<http://www.banco-de-semen.com.es/>> [Consultado el 25/5/17].

estos bancos autorizados por la legislación española, la ley regula las características tanto de la muestra como del donante, características que revelan la elevada calidad que ha de tener el semen donado: el donante ha de ser mayor de edad, con un historial médico adecuado y que no haya sufrido nunca ninguna enfermedad infectocontagiosa; ha de someterse también a pruebas patológicas sucesivas (dos en un intervalo de seis meses) que muestren que no tiene problemas de salud ni genéticos. Solo entonces se considera el semen susceptible de ser donado. Un donante dejará de poder serlo en caso de que la calidad del semen sea baja y no permita su congelación, ya sea porque no soporte el proceso de congelación o no se pueda revivir el gameto a posteriori; también cuando las analíticas realizadas detecten anomalías. ¿Cómo puede saber la mujer que adquiere semen a través de un contrato con Cryos que el semen que le entregan cumple con estas garantías? Cuestión de fe.

V. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO COMO CONSECUENCIA DE UNA IAD

El profesor Pablo de Lora, «inductor» de la mesa redonda en la que se presentó la ponencia ahora publicada, planteó en sus justos términos la cuestión que, quería, meditáramos los ponentes: ¿es aplicable la regulación específica de la reproducción humana asistida, con sus especialidades en cuanto a la determinación e impugnación de la filiación, a la IAD? ¿Debería serlo? ¿O estamos ante un supuesto de reproducción humana convencional o natural que debe regirse por las reglas generales del régimen de la filiación? Adelanto que, en mi opinión, la filiación de los hijos concebidos gracias a una autoinseminación se sujeta al régimen general, y en absoluto a las reglas especiales previstas para la filiación derivada de la aplicación de técnicas de reproducción asistida. No estamos ante una filiación derivada de la aplicación de una técnica de reproducción asistida, y no está justificada la aplicación analógica de esas reglas especiales.

En España, y centrándonos en el Derecho común, la determinación e impugnación de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida están sujetas a algunas reglas especiales, aunque el régimen previsto en el Código civil sigue siendo el general al que hay que estar, a salvo esas reglas especiales (art. 7.1 LTRHA). Esas reglas especiales sobre filiación se justifican, básicamente, en un principio general de la reproducción asistida que es la voluntaria asunción de la maternidad y la paternidad aunque no respondan al principio rector (que no único) de la filiación por naturaleza, esto es, la correspondencia de la filiación determinada legalmente con la verdad biológica (casos en los que se utilizan gametos de donantes, o fecundación heteróloga). Esas reglas especiales son fundamentalmente, por lo que aquí interesa, cuatro: 1) ni la mujer ni el varón que ha consentido la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida pueden impugnar su paternidad legal por falta de veracidad (art. 8.1 LTRHA); 2) la paternidad del varón que ha consentido la reproducción asistida puede determinarse pasados 300 días de su fallecimiento (art. 9 LTRHA); 3) no puede investigarse la paternidad biológica del donante de semen (arts. 5.5 y 8.3 LTRHA);

4) la mujer casada con otra mujer puede asumir la maternidad legal del hijo que esta tenga como consecuencia de la fecundación asistida (art. 7.3 LTRHA).

Creo que ninguna de estas reglas es aplicable cuando estamos ante supuestos de IAD, pues por definición la filiación no deriva de la utilización de una técnica de reproducción asistida de las reguladas por la LTRHA, que deben ser aplicadas en todo caso (también la inseminación artificial) en los centros autorizados (vid. arts. 2 a 4 LTRHA). 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 IAD, no prevista legalmente, no justifica que la determinación de la filiación se sustente exclusivamente en la voluntad de quienes consienten la IAD. Debemos estar a las reglas generales previstas en el Código Civil (arts. 108 a 141), lo que significa lo siguiente:

- I. Si la mujer se insemina con semen no proveniente de un banco de esperma, sino de un varón conocido (del modo que sea, también a través de una página de contactos), este podría reconocer al nacido, en el formulario oficial previsto por la legislación registral cuando el nacimiento se inscribe desde el centro médico donde se ha producido el parto (art. 120.1.º CC) o en alguna de las formas solemnes previstas por el art. 120.2.º CC (declaración ante el Encargado del Registro Civil, testamento u otro documento público). El progenitor estará igualmente legitimado para reclamar la determinación judicial de su paternidad (art. 133, párrafo 2.º CC, tras la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio)⁴⁴. También la mujer y el hijo podrían reclamar la paternidad (art. 133, párrafo I CC)⁴⁵. El acuerdo entre la madre y el donante excluyendo toda relación de filiación entre el donante y el hijo sería contrario a la indisponibilidad del estado civil, como cuestión de orden público, y en consecuencia nulo⁴⁶. Esta interpretación, sustentada también en la protección del interés del hijo que tiene derecho a tener un padre, se ha descartado en algún caso americano con el argumento de que con ese acuerdo se ha permitido que el hijo exista (sin tal previsión el donante no habría accedido a la reproducción)⁴⁷. A mí el argumento no me convence, pues todo acuerdo conduce

⁴⁴ Sobre el devenir de la legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial, aun sin posesión de estado, me remito a QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2014, pp. 96 y ss.

⁴⁵ Sobre la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial, tras la modificación del art. 133 CC, vid. BARBER CÁRCAMO, R., «El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2017, pp. 473 y ss.

⁴⁶ Ha recogido distintos pronunciamientos comparados, que niegan validez a estos pactos, FARNÓS AMORÓS, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», cit., pp. 127-129.

⁴⁷ COHEN, cit., pp. 63-64, narra un caso resuelto por la Corte Suprema de Pensilvania, en que un donante conocido y la madre genética habían acordado que el donante no sería el padre a efectos legales; después del nacimiento, la madre demandó al varón para que cumpliera su obligación de alimentos, y el tribunal rechazó la pretensión con el siguiente razonamiento: «Este tribunal se toma muy en serio los mejores intereses del menor en esta comunidad, y reconocemos que fallar a favor del donante en este caso elimina una fuente para

a unas consecuencias que no se darían sin tal acuerdo, lo que no obsta para que la regla imperativa (de orden público) que contraría ese acuerdo se aplique en todo caso.

- II. Si la mujer se insemina con semen proveniente de un banco de esperma (por ejemplo comprado a la empresa Cryos), y puede conocer la identidad del «donante» de semen (es una de las modalidades de compra que ofrece Cryos, más cara que cuando el donante es anónimo), se podría reclamar judicialmente la determinación legal de la paternidad, con base en el art. 133 CC: el hijo puede reclamar durante toda su vida la filiación no matrimonial cuando falte la correspondiente posesión de estado (el progenitor también podría reclamarla, con base en el art. 133.2 CC, en el plazo de un año desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación). En mi opinión, se aplicaría la ley española del hijo, como se deduce del art. 9.4 CC, sobre ley sustantiva reguladora de la determinación y carácter de la filiación por naturaleza, y art. 22 *quater* d) LOPJ, sobre competencia judicial de nuestros tribunales⁴⁸.
- III. Si marido y mujer están de acuerdo en la IAD con semen procedente de donante, el nacido se presumirá del marido si nace constante matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la separación o el divorcio (art. 116 CC). En relación con este supuesto, pueden ser conflictivas dos situaciones, imaginables en caso de separación o divorcio previos al nacimiento o posteriores a él: (i) cuando la mujer o el marido se oponen a que conste la paternidad de este en la inscripción de nacimiento (normalmente instada desde el centro médico en que se haya producido el parto) y (ii) cuando, practicada la inscripción de la filiación matrimonial sin problemas, se pretende impugnar con posterioridad la paternidad por el marido o la mujer por defecto de veracidad.
- (i) La respuesta a la primera pregunta requiere tener en cuenta lo dispuesto por el art. 44.4.III.a) de la Ley del Registro Civil de 2011 (en su redacción vigente, tras las reformas de 2015), según el cual la paternidad del marido se inscri-

el sostén de dos niños a quienes no se les preguntó si querían nacer en esta situación», pero «de no haber sido por el acuerdo entre las partes, sin embargo, los gemelos ni siquiera habrían llegado a nacer, o habrían nacido a partir de un donante distinto y anónimo que nadie discute estaría a salvo de cualquier reclamación». El autor interpreta que «el tribunal está reconociendo que si el donante de esperma hubiera sabido que jurídicamente hablando su acuerdo era nulo no se habría involucrado en la reproducción, produciendo, mediante anticipación, un problema de no-identidad tal que el daño al niño por no pagar los alimentos no puede esgrimirse como una justificación para imponer dichas obligaciones en favor del menor». COHEN, ob. cit., pp. 79-80, recoge la jurisprudencia que reconoce el interés de los hijos en reclamar la paternidad y los alimentos correspondientes, con independencia de que quisieran o no ser padres los varones (falla el preservativo, son engañados).

⁴⁸ El art. 9.4 CC, tras su reforma en 2015, dispone claramente que 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, y a falta de residencia habitual del hijo, o si esta no permitiera el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento; en defecto de estas dos leyes, se aplicará la ley sustantiva española.

birá cuando conste debidamente acreditado el matrimonio de la madre y esté vigente la correspondiente presunción legal de paternidad, sin necesidad de declaración conforme del marido⁴⁹; en caso de controversia ante el Encargado del Registro, deberá abrirse un expediente registral para comprobar la vigencia de la presunción de la paternidad en el momento del nacimiento, pero no se podrá destruir la presunción de paternidad matrimonial extrajudicialmente probando que el marido no es el verdadero progenitor⁵⁰.

- (ii) Determinada e inscrita en el Registro la paternidad del marido (que consintió la inseminación de su mujer con espermatozoides de donante), ¿podría impugnarse, por defecto de veracidad, esta filiación consentida? No cabe aplicar entonces el art. 8.1 LTRHA, que impide la impugnación de esta paternidad legal, no biológica. Tendremos que estar a las reglas generales sobre impugnación de la filiación, y en concreto aplicar la solución que se daría al caso de que marido y mujer sean plenamente conscientes, en el momento del nacimiento, de que el nacido no es hijo del marido: tras la redacción dada al art. 136 CC por la Ley 26/2015, cabe sostener que la paternidad podrá impugnarse en el plazo de un año desde que el marido conoce que no es el verdadero progenitor, esto es, desde que conoce el nacimiento (si se considera que puede tener interés legítimo en impugnar por defecto de veracidad una filiación establecida a sabiendas de no ser el verdadero progenitor)⁵¹. La solución es la misma que el Tribunal Supremo ha dado a la impugnación de la filiación determinada en virtud de un reconocimiento de complacencia, que se calificará como matrimonial si el reconocedor está casado con la madre del reconocido (STS n.º 494/2016, de 15 de julio)⁵². El hijo también podría impugnar esta paternidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 137 CC.

- IV. En el caso de parejas de lesbianas, cabe imaginar dos situaciones en que debemos plantearnos cuestiones sobre filiación: (i) que constituyan una pareja de hecho o (ii) que estén casadas en el momento del nacimiento del hijo.

⁴⁹ Incide en ello VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 110.

⁵⁰ Señala VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación*, cit., p. 114, que el legislador no ha incluido entre los requisitos para que conste la filiación paterna matrimonial la inexistencia de controversia (como sí ha exigido para inscribir la filiación paterna por manifestación de voluntad del progenitor en el art. 44.4.III.b) LRC/2011), pues solo prevé una de las hipótesis en que hay controversia: cuando en la declaración del nacimiento figura como progenitor un varón distinto del marido de la madre (conflicto de paternidades).

⁵¹ Sobre la acción de impugnación de la paternidad marital, tras la modificación del art. 136 CC, vid. BARBER CÁRCAMO, R., «El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados», cit., pp. 466 y ss.

⁵² De la impugnación de la filiación determinada en virtud de un reconocimiento de complacencia me he ocupado en varias ocasiones. Me remito al último trabajo, QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*, cit., pp. 163 y ss. Ha comentado con atención la STS de 15 de julio de 2016, VERDERA SERVER, R., «Ser padre», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 89-100.

- (i) En el primer caso, no se prevé en nuestro Ordenamiento ningún título de determinación de una doble maternidad por naturaleza, determinación que vulneraría la prohibición del art. 113, párrafo 2.º CC (no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria). La hipotética posesión de estado que pudiera constituirse entre la pareja de la madre y el hijo de esta (aquella trata a este como si fuera su hijo, y como madre es considerada socialmente)⁵³, no es título de determinación extrajudicial de la filiación (no se recoge en el art. 120 CC), y tampoco bastaría, en mi opinión, para sustentar el triunfo de una acción de reclamación de esta segunda maternidad con base en el art. 131 CC (como erróneamente, a mi juicio, admitió la STS de 15 de enero de 2015)⁵⁴. En consecuencia, será preciso recurrir a la adopción del hijo de la pareja para que se establezca una relación materno-filial con la mujer no gestante (para iniciar el expediente de adopción no será entonces necesaria propuesta previa de la Entidad Pública competente para la protección de menores, art. 176.2.2.º CC).
- (ii) En el segundo caso, la respuesta a la pregunta de si puede determinarse una segunda maternidad por naturaleza (no por adopción), cuando se ha concebido un hijo gracias a una autoinseminación, es más complicada, pues tras la reforma del art. 44.5 LRC/2011 se ha desdibujado la realidad a la que resulta de aplicación el título de determinación legal de una doble maternidad por naturaleza introducido en nuestro Ordenamiento en 2007, concretamente en el art. 7.3 LTRHA⁵⁵. Entonces no había duda de que se trataba de un nuevo título de determinación legal de la maternidad basado en la asunción de la maternidad por consentimiento de la esposa de la madre, que gesta un hijo por aplicación de una técnica de reproducción humana asistida. Ahora, en el art. 44.5 LRC/2011, tras su reforma en 2015 (Ley 19/2015, de 13 de julio), se dispone que también constará como filiación matrimonial [la maternidad de la esposa de la madre gestante] cuando la madre estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Sin referencia expresa ninguna a una filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, la Ley del Registro Civil no puede crear títulos de determinación legal de la

⁵³ En definitiva, se dan el *tractatus* y la *fama* necesarios para poder hablar de posesión de estado de filiación.

⁵⁴ VERDERA SERVER, R., «Ser padre», cit., p. 88, explica perfectamente las razones por las que no puede compartirse el planteamiento de esta Sentencia. También muy crítica, acertadamente, BARBER CÁRCAMO, R., «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 93 y ss.

⁵⁵ La disposición adicional 1ª, apartado 3, de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, introdujo en el art. 7.3 LTRHA la siguiente disposición: Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

filiación, pues su finalidad es regular la inscripción registral de la filiación ya determinada; de modo que el título de determinación legal de esta segunda maternidad por naturaleza sigue siendo el previsto por el art. 7.3 LTRHA (que lamentablemente deja sin resolver cuestiones esenciales como cuándo se puede prestar el consentimiento de la esposa o en qué forma). Y este título de determinación legal de una doble maternidad solo es admisible conectado a las técnicas de reproducción asistida, que es el ámbito al que se extiende la ley especial que lo reconoce; en consecuencia, solo cuando la maternidad de la madre gestante deriva de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida se podrá también determinar la maternidad de la esposa en el momento del nacimiento⁵⁶. ¿Pero puede el Encargado del Registro comprobar que la maternidad de la madre gestante deriva de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida? Solo podría haber certeza de ello si se aportase junto con la declaración del nacimiento y la filiación del nacido el consentimiento informado a la fecundación artificial (tanto de la madre gestante como de su esposa). Por otra parte, la limitación de la inscripción de la segunda maternidad a la previa utilización de técnicas de reproducción humana asistida, que se deduce del art. 7.3 LTRHA, no puede combatirse invocando lo dispuesto por 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 filiación), pues es el propio legislador el que ha permitido casos en que cabe deducir el origen de la filiación, entre otros una doble maternidad⁵⁷.

- V. Si dos mujeres acuerdan con un varón que una de ellas se inseminará con su esperma, sin asumir ningún compromiso por ello, dicho acuerdo no tiene ninguna validez por lo que respecta a la determinación de la filiación conforme a las reglas legales aplicables. Igualmente tampoco resultaría admisible un acuerdo de doble maternidad y paternidad biológica. La voluntad de ser padre (o madre) solo cabe dentro de los límites legales, y de momento, en España, esta situación es impensable⁵⁸.

⁵⁶ VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación*, cit., p. 122, también repasa en que el art. 44.5 LRC/2011 no exige que el nacimiento sea consecuencia de la aplicación de una técnica de reproducción asistida, pero añade que la ubicación del art. 7.3 LTRHA permite presuponer que su ámbito de aplicación está supeditado a esa circunstancia, pese a que su tenor literal tampoco matice la cuestión. Da por supuesto que la determinación de la segunda maternidad solo cabe cuando la primera deriva de la aplicación de técnicas de reproducción asistida. TORAL LARA, E., «Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 301 y 306.

⁵⁷ Ha estudiado en profundidad esta problemática, VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8», en COBACHO, J.A. (dir.); INIESTA, J.J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2007, pp. 237 y ss.; en particular en p. 243 por lo que respecta a la constancia de una doble maternidad, que solo puede ser por adopción o como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (este comentario lo hace antes de la reforma del art. 44.5 LRC/2011).

⁵⁸ Sobre los distintos posibles fundamentos de la filiación (verdad biológica, voluntad de los interesados y relaciones sociales ya establecidas), en el momento actual, ha meditado en profundidad VERDERA SERVER,

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATAZ LÓPEZ, J., «La libertad contractual y sus límites», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 139-305.
- BARBER CÁRCAMO, R., «El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados», en MAYOR DEL HOYO, M.V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2017, pp. 473 y ss.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 93 y ss.
- BERCOVITZ, R., «Introducción al Derecho de Contratos», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 109 y ss.
- CARRASCO, A., *Derecho de Contratos*, 1ª ed., Navarra (Aranzadi Thomson Reuters), 2010.
- COHEN, G., «Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en los Estados Unidos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, pp. 11-98.
- FARNÓS AMORÓS, E., «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, pp. 99-143.
- GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículos 1271 y 1272», en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 1629-1790.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 597-746.
- QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*, Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2014.
- QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en BERCOVITZ, R. (dir.); MORALEJO, N. y QUICIOS, S., (coords.), *Tratado de Contratos*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 1361 y ss.

R., «Ser padre», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 103 y ss.

- TORAL LARA, E., «Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 289-336.
- VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- VERDERA SERVER, R., «Ser padre», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 75 y ss.
- VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8», en COBACHO, J.A. (dir.); INIESTA, J.J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2007, pp. 237 y ss.