

# LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA EN ESPAÑA: CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y ÉTICAS\*

## HOMEMADE ARTIFICIAL INSEMINATION IN SPAIN: LEGAL AND ETHICAL ISSUES

ENRIQUE ABAD KOEFOED\*\*

**Resumen:** La inseminación artificial casera es una práctica que está experimentando un aumento considerable durante los últimos años debido a las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías (especialmente internet), y que ha pasado inadvertida por la práctica totalidad de la doctrina jurídica de nuestro país. Esta técnica suscita numerosas cuestiones acerca de su legalidad y el tratamiento que debe recibir conforme al ordenamiento español, y en particular, conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y su concepción como derecho reproductivo.

**Palabras clave:** inseminación artificial casera, autoinseminación, técnicas de reproducción asistida, derechos reproductivos.

**Abstract:** Homemade artificial insemination is a practice that is experiencing a significant increase in recent years due to possibilities provided by new technologies (especially internet), and that has gone unnoticed by most of the legal academics in our country. This technique gives rise to numerous questions about its legal status and the treatment that it must receive according to the Spanish legal system, and particularly, according to the Act 14/2006, from May 26<sup>th</sup>, on Assisted Human Reproduction Techniques, and its conception as a reproductive right.

**Keywords:** homemade artificial insemination, self-insemination, assisted reproduction technologies, reproductive rights.

---

\* Fecha de recepción: 20 de marzo de 2017.

Fecha de aceptación: 24 de abril de 2017.

\*\* Estudiante del Grado en Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo fue presentado dentro de la línea de investigación «Familia y reproducción humana: problemas jurídicos y éticos» correspondiente al área de conocimiento de Filosofía del Derecho, como Trabajo de Fin de Grado. Ha sido galardonado con un accésit en el XV Certamen Universitario Arquímedes de Introducción a la Investigación Científica, convocado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Correo electrónico: enriquev.abad@estudiante.uam.es.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA EN ESPAÑA; 1. Consideraciones generales; 2. ¿Una práctica ilegal o conforme a Derecho?; 3. El argumento de la laguna jurídica; A. Consecuencias jurídicas derivadas de la presunta «ilegalidad»; B. Delimitación del ámbito de aplicación de la LTRHA; C. Régimen jurídico de la IAC resultante de la aplicación de la LTRHA; 4. El argumento del derecho reproductivo; A. Antecedentes; B. Límites; III. *THOMAS S. V. ROBIN* (1994) y *MINTZ V. ZOERNIG* (2008); IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El paradigmático caso del estadounidense Thomas Beatie pasará a la historia tras haberse convertido, en el año 2008, en el primer transexual del mundo en dar a luz. Este milagro sería posible gracias a la resolución de Beatie de conservar su aparato reproductor femenino —a pesar de seguir un tratamiento hormonal desde hacía años para adquirir las características propias de un varón y haberse sometido a una operación de reconstrucción de pecho—, con el objetivo de poder quedarse embarazado en caso de que en un futuro tomara la decisión de tener hijos<sup>1</sup>.

Existe, sin embargo, un aspecto menos controvertido (aunque no por ello menos interesante) de este peculiar acontecimiento que puede pasar desapercibido. Durante la entrevista que concedió en abril del mismo año para *The Oprah Winfrey Show* en la cadena de televisión norteamericana *ABC*, Beatie reveló que el embarazo había sido posible gracias a la ayuda que su esposa Nancy le había prestado, practicándole en su hogar una inseminación artificial mediante un instrumento veterinario parecido a una jeringuilla, con semen de un donante anónimo que la pareja había adquirido previamente a través de un banco de esperma por internet. Tomaron esta decisión tras haber acudido a nueve médicos diferentes —con el correspondiente desembolso económico que ello supuso— y haber sido rechazados por todos ellos aduciendo, principalmente, motivos de carácter ético y moral.

Otro caso menos sonado pero igualmente relevante, es aquel en el cual se vio involucrada la cantante y actriz mexicana, Gloria Trevi. La artista protagonizó un gran revuelo mediático cuando, encontrándose detenida y privada de libertad en una cárcel de Brasil acusada con cargos por abusar de menores, se dio a conocer la noticia de su embarazo<sup>2</sup>. El hecho no resultaría tan llamativo si no fuese por la significativa circunstancia de que los

<sup>1</sup> El propio Thomas Beatie relata su historia en un artículo que escribió para la revista de LGBT, *The Advocate*, donde, entre otros, detalla cómo influyó decisivamente en esta decisión el hecho de que su mujer, Nancy Roberts (con la cual había contraído matrimonio legalmente ostentando ya la condición jurídica de varón), fuese incapaz de concebir tras haberse sometido a una histerectomía como consecuencia de una endometriosis severa. Vid. BEATIE, T., «Labor of Love: Is society ready for this pregnant husband?», *The Advocate*, 14 de marzo de 2008. Disponible en <<http://www.advocate.com/news/2008/03/14/labor-love>> [Consultado el 20/03/17].

<sup>2</sup> BBC NEWS, «El “milagro” de Gloria Trevi», *BBC News*, 13 de noviembre de 2001. Disponible en <[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid\\_1654000/1654797.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_1654000/1654797.stm)> [Consultado el 20/03/17].

reclusos de las cárceles del país estaban separados por sexos, como solía ser lo habitual, y en particular, porque la cantante se encontraba bajo un régimen de custodia sin derecho a visitas íntimas. Pues bien, en el informe remitido por las autoridades brasileñas se sostuvo que la mujer se había embarazado a sí misma, utilizando para ello el esperma de un individuo sin identificar que se había introducido mediante «una jeringa del tipo utilizado para aplicar productos intravaginales», al parecer con el firme propósito de impedir su extradición a México al gozar su hijo de la nacionalidad brasileña<sup>3</sup>. Posteriormente se desvelaría mediante una prueba de ADN que el padre del menor era su representante artístico, desmontando de esta manera la versión que dio la estrella en un primer momento, en la que alegaba que el embarazo fue fruto de una violación de la que había sido víctima, perpetrada por uno de los guardias de seguridad durante el transcurso de un motín que tuvo lugar en la prisión.

Ambos supuestos sirven para ilustrar y poner de relieve un fenómeno que ha experimentado un aumento considerable durante los últimos años debido en gran parte, a las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías y en particular, internet, y que ha pasado inadvertido por la práctica totalidad de la doctrina jurídica de nuestro país: la inseminación artificial casera. Ni siquiera en *Treinta años de reproducción asistida en España*<sup>4</sup>, se hace alusión o mención alguna del mismo. De igual manera, Fernando Abellán y Javier Sánchez-Caro, tras llevar a cabo un pormenorizado estudio de los casos clínicos que pueden presentarse en el marco de la reproducción humana asistida<sup>5</sup>, insinúan en modo alguno la existencia de esta práctica. Tampoco tengo constancia de que, a día de hoy, se haya planteado ningún procedimiento judicial en España que tuviese como objeto una controversia relacionada de algún modo con este método. Por el contrario, sí existen precedentes en este sentido en el ámbito del Derecho comparado (cito a modo de ejemplo, el caso *Thomas S. v. Robin Y. (1994)*, y el caso *Mintz v. Zoernig (2008)*, cuyo estudio abordaremos más adelante)<sup>6</sup>.

Como el lector posiblemente ya haya advertido, este trabajo se encuadra en el campo del Derecho y la reproducción humana asistida, las tecnologías reproductivas y la Bioética. El objetivo del mismo es ofrecer una primera aproximación y un análisis de algunas cues-

<sup>3</sup> En el pasado ya se habían dado casos de extranjeros que habían impedido su extradición del país utilizando en su beneficio esta circunstancia. El más conocido sin duda, el del afamado ladrón británico Ronnie Biggs, uno de los autores del *Gran asalto al tren de 1963*, que tras escapar a Brasil y a pesar del requerimiento de la *Scotland Yard* en 1974, vio denegada su extradición al encontrarse su pareja de por aquel entonces encinta.

<sup>4</sup> BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E., (coords.), «Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, año LXIX, junio de 2015. Disponible en <[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Estudio Doctrinal&blobheadervalue1=attachment;+filename=1506\\_30\\_años\\_de\\_reproduc\\_asistida\\_MARC.pdf&blobheadervalue2=1288791050684](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Estudio Doctrinal&blobheadervalue1=attachment;+filename=1506_30_años_de_reproduc_asistida_MARC.pdf&blobheadervalue2=1288791050684)>. [Consultado el 20/03/17].

<sup>5</sup> ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J., *Bioética y ley en reproducción humana asistida: manual de casos clínicos*, Granada (Comares), 2009.

<sup>6</sup> Tomo la referencia de 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. 41-45.

tiones centrales y de relevancia jurídica que pueden plantearse en el marco de esta práctica. Para ello, examinaré en primer lugar en qué consiste esta peculiar técnica y cuál debe ser su tratamiento conforme al ordenamiento español. Razonaré que no cabe considerar la misma como una práctica ilegal, y me valdré para ello de dos argumentos que he denominado respectivamente, el argumento de la laguna jurídica y el argumento del derecho reproductivo.

## II. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CASERA EN ESPAÑA

### 1. Consideraciones generales

La inseminación artificial casera (de ahora en adelante IAC)<sup>7</sup>, inseminación doméstica o autoinseminación, no difiere en gran medida de una inseminación artificial (IA) ordinaria, en tanto que supone un «depósito de espermatozoides (...) dentro del útero, a través del cérvix y mediante una cánula»<sup>8</sup>. Dicho de otra manera, consiste básicamente en una «introducción de espermatozoides en el tracto reproductor femenino, de manera artificial, para la consecución de una gestación»<sup>9</sup>. A nuestros efectos, resulta también conveniente traer a colación la distinción entre IA heteróloga o heterónoma –aquella en la que el espermatozoide proviene de un donante–, e IA homóloga u homónoma –si el espermatozoide proviene de la propia pareja–<sup>10</sup>, puesto que también es trasladable a la IAC<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> No confundir con la abreviatura IAC referida a la inseminación artificial conyugal, realizada con semen de la pareja (homóloga u homónoma).

<sup>8</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona (Atelier), 2011, p. 33.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico: artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida», en *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006 de 26 de mayo)*, Madrid (Dykinson), 2007, p. 42. Existen numerosas definiciones acerca del término inseminación artificial, si bien todas son muy similares entre sí, y no aportan ningún dato adicional significativo, por lo que no considero necesario enumerarlas aquí taxativamente. Vid., por ejemplo: «La inseminación artificial es la más sencilla de las técnicas de reproducción asistida, y básicamente consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado», en ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J., op. cit., p. 245; o también: «La inseminación artificial consiste en el depósito de espermatozoides en la cavidad uterina o en el cérvix uterino (...)», OSUNA CARRILO DE ALBORNOZ, E., «Comentario: artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007, p. 34.

<sup>10</sup> FARNÓS AMORÓS, E., vid. supra nota 8.

<sup>11</sup> No considero relevante a nuestros efectos la distinción que constata Yolanda Gómez Sánchez: «La Inseminación Artificial comprende diversas técnicas que persiguen todas ellas la unión de los gametos femeninos y de los gametos masculinos en el seno materno: a) *Inseminación Vaginal*: cuando se introduce el semen en el saco vaginal; b) *Inseminación Cervical*: cuando el semen se deposita en el cérvix uterino; c) *Inseminación Intrauterina*: cuando se coloca el semen en la cavidad uterina; d) *Inseminación Intraperitoneal Directa*: cuando el semen se sitúa, mediante una laparoscopia, en la cavidad peritoneal; e) *Inseminación Intraperitoneal Transvaginal*: como en el caso anterior, el semen se coloca en la cavidad peritoneal a través de un transductor vaginal y mediante observación ecográfica; f) *Inseminación Intratubárica Transuterina*: se trata de la colocación de los espermatozoides lavados en la Trompa de Falopio, mediante un catéter a través del útero y hacia la Trompa de Falopio; g) *Inseminación Intratubárica Transfimbrial*: se sitúan como en el caso anterior, los espermatozoides

La principal peculiaridad y el elemento diferenciador en el caso de la IAC, radica en que esta es practicada sin la asistencia de un médico especializado o de un facultativo que actúe en condición de tal en un centro o servicio sanitario. Por ello, cuando utilizamos el adjetivo calificativo «casera» o «doméstica», no estamos haciendo referencia a su acepción más intuitiva y primaria, esto es, a «que se hace o cría en casa o pertenece a ella» o «pertenece o relativo a la casa u hogar», sino más bien, al hecho de «que se hace con medios rudimentarios»<sup>12</sup>, y, sobre todo, en un contexto de intimidad. El emplazamiento físico en el que se lleve a cabo la IAC es irrelevante a la hora de denominarla como tal, y no se corresponderá necesariamente con el lugar del domicilio<sup>13</sup>, si bien será lo más habitual. El término autoinseminación puede resultar también equívoco en la medida en que no siempre será la mujer objeto de la IAC la que lleve a cabo la introducción del esperma, pudiendo ser esta el resultado de la actuación o asistencia de un tercero, como puede ser su propia pareja<sup>14</sup>.

En definitiva, en una IAC la mujer practica por cuenta propia o con la ayuda de un tercero una «introducción de semen en la vagina o en el útero por cualquier medio distinto de una relación sexual»<sup>15</sup>, en un contexto de intimidad y en todo caso, sin contar con la asistencia de un médico o facultativo que actúe en condición de tal en un centro o servicio sanitario, utilizando para ello el esperma proveniente de su propia pareja o de un donante<sup>16</sup>, y con el objetivo de conseguir una gestación.

La falta de equidad en el acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA) entre centros públicos y privados, así como el elevado coste económico de estos últimos, se evidencia como el principal motivo para buscar una opción alternativa de fecundación, como

---

lavados en la Trompa de Falopio con un catéter a través de la fimbria; h) *Inseminación Tubárica de Ovocitos*: en esta técnica se transfieren ovocitos a través de la fimbria; i) *Transferencia Peritoneal de Gametos*: consiste en la transferencia de ovocitos y de espermatozoides lavados en el peritoneo, mediante una aguja que se coloca junto al transductor vaginal del ecógrafo; j) *Transferencia Intrafalopina de Gametos (TIG) o Gametes Intra Fallopian Transfer (GIFT)*: consiste en inyectar gametos femeninos y masculinos directamente dentro de las Trompas de Falopio durante una laparoscopia, para conseguir que los gametos se encuentren y se produzca la fecundación». Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid (Marcial Pons), 1994, p. 78. En el ámbito de la IAC, en los casos a), b) y c), no puede conocerse con absoluta seguridad el lugar preciso donde se ha depositado el esperma para que sea calificada de una u otra manera; por otro lado, los casos d), e), f), g), h), i) y j) requieren de unos conocimientos y medios técnicos de los que no se disponen, y por lo tanto, no pueden llevarse a cabo.

<sup>12</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Madrid (Espasa), 2014.

<sup>13</sup> Vid. el caso de Gloria Trevi.

<sup>14</sup> Vid. el caso de Thomas Beatie.

<sup>15</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid (Reus), 2012, p. 9.

<sup>16</sup> En el caso de la IAC heteróloga o heterónoma, se está convirtiendo en una práctica cada vez más habitual la adquisición de semen a través de bancos de esperma por internet. Uno de los más grandes del mundo, *Cryos International*, se encuentra en Dinamarca, y ofrece a través de su página web, la posibilidad de seleccionar a los donantes en función de sus características (altura, color de ojos, grupo sanguíneo e incluso el sonido de su voz). En la entrega, los compradores reciben el esperma de donante en un contenedor de hielo seco o en un tanque de nitrógeno, además de un kit y un manual de instrucciones para realizar la inseminación. Vid.: <<https://dk-es.cryosinternational.com/>>

es la autoinseminación. En España, existe un centro público por cada cinco privados<sup>17</sup>. Además, los centros privados no tienen listas de espera, siendo el tiempo medio de espera estimado de la IA con semen de cónyuge o de donante en los centros públicos de 47 y 27 días respectivamente<sup>18</sup>. Si bien la falta de un registro público de la información relativa a la actividad económica de estos centros impide valorar objetivamente el precio de acceso a este tipo de tratamientos, existen estimaciones que cifran esta cantidad, en el caso de la IA con semen de donante y como opción más económica, en torno a los 800 euros<sup>19</sup>. Todo ello parece poner de relieve una excesiva mercantilización de las TRA, que impedirá a todos aquellos que no puedan costearse un tratamiento de este tipo el acceso a las mismas en un centro privado, quedando supeditados al cumplimiento de los requisitos establecidos para poder acudir a los centros públicos, cuya eficiencia y eficacia es, a día de hoy, notablemente menor.

El rechazo en el acceso a las técnicas de reproducción asistida puede configurarse como un segundo motivo de carácter quizás más residual. Si bien es cierto que al amparo de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)<sup>20</sup>, y tras la eliminación con su aprobación del requisito de la esterilidad para el acceso a este tipo de tratamientos, se permite el mismo tanto a parejas heterosexuales, casadas o no y con problemas de esterilidad o no, como a parejas homosexuales femeninas, casadas o no, como a mujeres solas<sup>21</sup>, en la práctica esto no sucede necesariamente así. Prueba de ello es que con la entrada en vigor de la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización<sup>22</sup>, se reintrodujo de nuevo este requisito<sup>23</sup> para el acceso a los tratamientos de reproducción asistida en los hospitales públicos, excluyendo indirectamente tanto a parejas homosexuales femeninas como a mujeres solas. En todo caso, empieza a haber pronunciamientos judiciales que califican como contrarias a la LTRHA

<sup>17</sup> SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Libro blanco sociosanitario. La infertilidad en España: situación actual y perspectivas», *Sociedad Española de Fertilidad*, 2011, p. 195. Disponible en <<http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>>. [Consultado el 20/03/17].

<sup>18</sup> ASOCIACIÓN PRO DERECHOS CIVILES, ECONÓMICOS Y SOCIALES, *Técnicas de reproducción asistida. España 2015*, 2015, p. 18. <Disponible en [http://www.adeces.org/wp-content/uploads/2015/05/Infertilidad\\_TRA.pdf](http://www.adeces.org/wp-content/uploads/2015/05/Infertilidad_TRA.pdf)>. [Consultado el 20/03/17].

<sup>19</sup> EL MUNDO, «Ser madre sin pareja masculina cuesta entre 1.000 y 8.500 euros», *El Mundo*, 13 de agosto de 2013. Disponible en <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/08/12/noticias/1376319584.html>>. [Consultado el 20/03/17].

<sup>20</sup> BOE, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947-19956.

<sup>21</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., op. cit., pp. 14-15. El artículo 6.1 LTRHA establece además que «la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

<sup>22</sup> BOE, 6 de noviembre de 2014, núm. 269, pp. 91369-91382.

<sup>23</sup> Sobre los problemas que plantea el requisito de la esterilidad, vid. LEMA AÑÓN, C., «Dilema ético-jurídico de la reproducción humana: el caso de la reproducción asistida», en *Derecho sanitario y bioética: cuestiones actuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 851-881.

y al principio de igualdad del art. 14 CE este tipo de medidas, entre otros, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 18 de Madrid de 15 de septiembre de 2015 y la sentencia del TSJ de Asturias núm. 961/2013 de 26 de abril de 2013.

Especial trascendencia puede tener el acudir a la IAC para aquellas parejas en las que la mujer es VIH positiva. En estos casos, la autoinseminación se revela como un método sencillo y eficaz, así como una opción de reproducción segura<sup>24</sup>, para concebir un hijo evitando mantener relaciones sexuales desprotegidas, y minimizando de esta manera el riesgo de transmisión del virus tanto al otro miembro de la pareja (transmisión horizontal) como a la descendencia (transmisión vertical)<sup>25</sup>, siempre y cuando no se presente ninguna de las circunstancias que el Panel Español de Estudio de parejas VIH-discordantes enumera como desaconsejables para el embarazo en mujeres seropositivas<sup>26</sup>, ya que en caso contrario, podríamos encontrarnos ante un eventual conflicto de ponderación entre el derecho a procrear de la madre, y el derecho a nacer sano del hijo<sup>27</sup>. Asimismo, esta opción es igualmente predicable para aquellas parejas que sufran de otras enfermedades infecciosas transmisibles, tales como el Virus de la Hepatitis C (VHC) o el Virus de la Hepatitis B (VHB)<sup>28</sup>. Desde luego, es una alternativa a considerar si tenemos en cuenta que, por ejemplo, en el año 2011, se dieron en España ocho casos de nacimientos de bebés infectados con VIH<sup>29</sup>, y que el número total de ciclos de IA realizados por parejas serodiscordantes en los centros de reproducción de España en el año 2014 fue de 1059<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> En este sentido, son numerosos los estudios que recomiendan la autoinseminación como una opción de concepción segura para parejas VIH-discordantes. Vid., entre otros: SCHWARTZ, S., *et al.*, «Acceptability and preferences for safer conception HIV prevention strategies: a qualitative study», *International journal of STD & AIDS*, vol. 27, núm. 11, 2016, pp. 984-992; KAZLAUSKAITE, R., *et al.*, «Assisted reproduction for HIV discordant couples», *Ugeskrift for laeger*, vol. 171, núm. 18, 2009, pp. 1496-1499; MMEJE, O., *et al.*, «Evaluating safer conception options for HIV-serodiscordant couples (HIV-infected female/HIV-uninfected male): a closer look at a vaginal insemination», *Infectious diseases in obstetrics and gynecology*, vol. 2012, 2012, Article ID 587651, 7 pages; OHL, J., *et al.*, «Encouraging results despite complexity of multidisciplinary care of HIV-infected women using assisted reproduction techniques», *Human reproduction (Oxford)*, vol. 20, núm. 11, 2005, pp. 3136-3140; SEMPRINI, A. E., *et al.*, «Infertility treatment for HIV-positive women», *Women's health (London)*, vol. 4, núm. 4, 2008, pp. 369-382.

<sup>25</sup> MOLINA GONZÁLEZ, I., *Atención a los deseos reproductivos de las parejas con enfermedades infecciosas transmisibles (VIH, Hepatitis C, Hepatitis B)*, Granada (Editorial de la Universidad de Granada), 2012, p. 73.

<sup>26</sup> LABARGA, P., *et al.*, «Reproductive advice in HIV discordant couples», *Medicina Clínica (Barcelona)*, vol. 129, núm. 4, 2007, pp. 140-148. Tomo la referencia de MOLINA GONZÁLEZ, I., op. cit., p. 73.

<sup>27</sup> FLORENCIA CALÁ, M., «El derecho a la libertad reproductiva en personas portadoras de VIH. Análisis desde una perspectiva jurídica trialista», *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 2008.

<sup>28</sup> MOLINA GONZÁLEZ, I., op.cit., p. 74.

<sup>29</sup> EL PAÍS, «En 2011 hubo en España ocho casos de bebés nacidos con VIH», *El País*, 10 de junio de 2013. Disponible en <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/10/actualidad/1370891238\\_506072.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/10/actualidad/1370891238_506072.html)>. [Consultado el 20/03/17].

<sup>30</sup> SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Registro Nacional de Actividad 2014. Registro SEF», *Sociedad Española de Fertilidad*, 2014. Disponible en <[https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf)>. [Consultado el 20/03/17].

## 2. ¿Una práctica ilegal o conforme a Derecho?

Como en un primer momento ponía de manifiesto, la IAC ha sido objeto de análisis nulo por parte de la doctrina jurídica de nuestro país. No existen pronunciamientos acerca de cuál es –o cuál debe ser– su régimen jurídico de acuerdo con nuestro ordenamiento. Sin embargo, diferentes organismos de carácter científico, –entre ellos, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR), la Asociación Española de Andrología (ASESA), e incluso la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA), dependiente del Ministerio de Sanidad–, se han manifestado en contra de esta práctica, denunciando que vulnera la normativa sobre TRA vigente en España, y alertando de los diferentes riesgos que entraña para la salud<sup>31</sup>. En todo caso, al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico, estas afirmaciones poseen escaso valor, y la cuestión no parece tan fácil de resolver *a priori*<sup>32</sup>. Por todo ello, resulta más acertado calificar la misma como «método de regulación incierta»<sup>33</sup>. El principal objetivo de este trabajo es, precisamente, eliminar la incertidumbre normativa que rodea a esta técnica y perfilar determinadas cuestiones jurídicas relacionadas con la misma. Para lograrlo, deberemos realizar un esfuerzo fundamentalmente interpretativo.

La ley que a nuestros efectos debe ser objeto de un exhaustivo y minucioso análisis, es la LTRHA. El art. 1.1 a) de la misma, determina que la ley tiene por objeto «regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas». Más adelante, el art. 2.1 especifica que «las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo». De este modo, el anexo al que se refiere el art. 2.1 enumera tres técnicas de reproducción humana asistida que reúnen actualmente las condiciones de acreditación científica y clínica: 1) la inseminación artificial (IA); 2) la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones (FIV e ICSI); y 3) la transferencia intratubárica de gametos (GIFT).

A diferencia del sistema de lista cerrada que establecía la hoy derogada Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>34</sup>, nuestra actual LTRHA establece también un sistema de lista cerrada pero modificable<sup>35</sup>, ya que permite ampliar

<sup>31</sup> Vid. sendas notas informativas sobre la autoinseminación emitidas por la SEF y la CNRHA. Disponibles en <<http://www.ecestaticos.com/file/9d3fa513769bde517508a3ef7bee0bdd/1477664829.pdf>>; y <<http://www.cnrha.msssi.gob.es/autoinseminacion/home.htm>>. [Consultado el 20/05/17].

<sup>32</sup> De hecho, estas aseveraciones han conducido a que *Cryos International* haya interpuesto una demanda contra sus emisores por competencia desleal y daños de imagen.

<sup>33</sup> GODOY VÁZQUEZ, M. O., *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid (Dykinson), 2014, p. 230.

<sup>34</sup> BOE, 24 de noviembre de 1988, núm. 282, pp. 33373-33378.

<sup>35</sup> REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario jurídico: artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida», op. cit., p. 49.

el número de TRA que de acuerdo con el art. 2.1 reunirían las condiciones de acreditación científica y clínica, evitando de esta manera la petrificación normativa, y permitiendo la actualización del anexo en virtud del avance y desarrollo de la ciencia y la tecnología<sup>36</sup>. El art. 2.3 establece el procedimiento para ello, disponiendo que «el Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada».

En concordancia con lo expuesto, el art. 4.1 especifica que «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». Este precepto debe ponerse en conexión con el art. 17, que clarifica que «todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de gametos y preembriones, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Se regirán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la normativa que la desarrolla o en la de las Administraciones públicas con competencias en materia sanitaria, y precisarán para la práctica de las técnicas de reproducción asistida de la correspondiente autorización específica».

Hechas las anteriores consideraciones, la consecuencia jurídica que resultaría lógico extraer de los artículos citados en una primera lectura, sería la presunta ilegalidad de la autoinseminación. Llegaríamos a esta conclusión a través de cualquiera de las dos siguientes vías:

- a) O bien la IAC debe ser reconducida en su calificación caracterizándose como una IA ordinaria, en tanto que sustancialmente parecen ser lo mismo, y quedando la práctica de esta supeditada a la exigencia de su realización en un centro o servicio sanitario debidamente autorizado para ello conforme al art. 4.1, siendo por lo tanto contraria a la ley su realización en lugar diferente del permitido legalmente, como sería, por ejemplo, el domicilio;
- b) O bien tiene suficiente substantividad y entidad propia como para ser considerada una TRA en sí misma e independiente de la IA, en cuyo caso, al no estar recogida como tal en el anexo de la LTRHA, no reuniría las condiciones de acreditación científica y clínica conforme al art. 1, y, por ende, su práctica no estaría permitida conforme al mismo texto legal.

---

<sup>36</sup> GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico: artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida», op. cit., p. 46.

A mi juicio, el hecho de que esta cuestión haya sido objeto de tan escaso tratamiento, podría deberse en gran medida (además de a su carácter incipiente), a esta consideración conforme a la cual la IAC aparenta ser, *prima facie*, una práctica prohibida por nuestra LTRHA, pero ¿es esto realmente así? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Los argumentos que utilizaré para justificar mi posición son fundamentalmente dos: en primer lugar, el que he denominado como argumento de la laguna jurídica, y, en segundo lugar, el que he calificado como argumento del derecho reproductivo. Ambos razonamientos son necesariamente complementarios entre sí, por lo que deberán darse simultáneamente en un mismo plano argumentativo para llegar a la conclusión de que no puede calificarse la IAC como una práctica prohibida de acuerdo con la LTRHA.

### 3. El argumento de la laguna jurídica

#### A. Consecuencias jurídicas derivadas de la presunta «ilegalidad»

Los anteriores razonamientos presuponen una cuestión previa: la autoinseminación es una TRA, y por lo tanto debe quedar subsumida dentro del ámbito de aplicación de la LTRHA. Sin perjuicio de incidir más adelante sobre este punto, debemos analizar en primer lugar las consecuencias de este planteamiento.

Independientemente de cuál de los dos razonamientos que antes indicábamos asumamos, ambos comportarán la calificación de esta práctica como infracción muy grave de la LTRHA, según lo previsto en el art. 26.2 c). Es así que en a) nos encontraremos ante «la realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización», y en b) ante «la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2», siendo sancionada una u otra posibilidad con una multa, cuya cuantía podrá oscilar entre 10.001 y un millón de euros (art. 27.1). Es decir, que en el caso de que, por ejemplo, un médico recomendase a una pareja VIH-discordante realizar una IAC para concebir, esta se expondría a ser sancionada con una multa de hasta un millón de euros, y sus posibilidades de reproducción quedarían limitadas –al menos legalmente– a la práctica de las TRA en centros autorizados. Y no solo eso, pues los efectos de dicha calificación entrañan un resultado aún más esperpéntico si cabe, cuando observamos que también es de aplicación el párrafo segundo del mismo artículo, que resuelve que, «además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida». En el caso de que la autoinseminación sea llevada a cabo por la pareja en su domicilio, ¿supone esto la facultad de la Administración para acordar la clausura o cierre del mismo? Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, pues el art. 17 establece claramente una presunción *iuris et de iure* para la calificación como centro y servicio sanitario. Pero, además, si ponemos este artículo en conexión con

el art. 36.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS)<sup>37</sup>, en este caso de aplicación supletoria en virtud del art. 24.1 LTRHA<sup>38</sup>, observamos que podrá acordarse «el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años». Todo ello, sin perjuicio de las posibles medidas de carácter provisional que puedan ser adoptadas, en aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)<sup>39</sup>, y sus normas de desarrollo.

Desde luego, se revela cuando menos desproporcionado y disparatado atribuir a la Administración, tanto una potestad de este calibre, como la facultad de sancionar mediante una multa pecuniaria de tal envergadura una práctica que, en esencia, viene a suponer una sustitución de la introducción del esperma en el tracto reproductor femenino mediante una relación sexual, por la introducción a través de medios artificiales. Esto plantea además el nada desdeñable dilema ético-jurídico acerca de cuáles son los límites de la intervención jurídica, y de si una regulación de este tipo supondría un exceso normativo en una materia de especial sensibilidad como es la libertad reproductiva<sup>40</sup>, disyuntiva que acometeremos con el llamado argumento del derecho reproductivo.

Esta *reductio ad absurdum* no es suficiente, sin embargo, para desvirtuar la hipotética ilegalidad de la IAC, ya que, como bien apunta Riccardo Guastini, «la percepción de qué es absurdo y de qué es, en cambio, razonable, es algo absolutamente subjetivo y, por tanto, siempre controvertible»<sup>41</sup>. En todo caso, nos permite insinuar que es extraño que el legislador pudiera pretender unas consecuencias jurídicas de semejante calado, y que lo que más probable es que se haya visto sobrepasado por una práctica que difícilmente pudo prever, lo que inexorablemente nos conduce al examen de la cuestión que dejábamos apuntada en un primer momento, acerca de si esta práctica debe considerarse una TRA conforme a la LTRHA.

### B. Delimitación del ámbito de aplicación de la LTRHA

Con carácter previo, creo necesario hacer aquí una puntualización. En contra del criterio establecido por el Comité Internacional para el control de las Técnicas de Reproducción

<sup>37</sup> BOE, 29 de abril de 1986, núm. 102, pp. 15207-15224.

<sup>38</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y MORILLAS CUEVA, L., «Comentario jurídico: artículo 27. Sanciones», op. cit., p. 353.

<sup>39</sup> BOE, 27 de noviembre de 1992, núm. 285, pp. 40300-40319. Recordemos que esta ley ha sido derogada con la entrada en vigor el 2 de octubre de 2016 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Vid. BOE, 2 de octubre de 2015, núm. 236, pp. 89343-89410.

<sup>40</sup> LEMA AÑÓN, C., «Dilema ético-jurídicos de la reproducción humana: el caso de la reproducción asistida», op. cit., pp. 876-877.

<sup>41</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica (Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell)*, 6.ª ed., México (Porrúa), 2004, p. 218.

Asistida de la Organización Mundial de la Salud (ICMART-WHO, 2002), que convenía que la IA no debía ser considerada como una TRA, (ya que además esta constituye un tratamiento de infertilidad acreditado), el legislador español, desoyendo estas recomendaciones, optó por incluirla como tal. Este criterio ha sido mantenido en el tiempo, además de por la OMS, por el Departamento de Salud de EEUU en los informes de vigilancia de TRA del Centro de Enfermedades y Prevención (CDC), así como por entidades científicas a nivel mundial (SART, ASRM, ESHRE, IFFS,...)<sup>42</sup>, y a día de hoy, se consideran TRA «todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante»<sup>43</sup>. Es decir, en el ámbito científico-sanitario, la IA no se considera una TRA, lo que, a nuestros efectos, se traduciría en la afirmación de que la autoinseminación tampoco debe ser considerada una TRA, ya que: a) o bien es una IA, en cuyo caso quedaría expresamente excluida; o b) argumentando *a fortiori*, si no cabe considerar la IA como TRA, con más razón, no cabrá considerar la IAC como tal ya que, como veíamos, no difieren en gran medida la una de la otra. Es más, la misma se configuraría como una «opción intermedia entre la reproducción natural y las técnicas de reproducción asistida»<sup>44</sup>. Pese a todo, el hecho de que el legislador finalmente se inclinara por incorporar la IA como TRA en la LTRHA nos obliga a tratar de resolver y zanjar definitivamente la cuestión acerca de si cabe denominar o no como IA a la autoinseminación conforme al sentido que le atribuye la ley.

La LTRHA no ofrece una definición de lo que considera TRA, limitándose únicamente a enumerar aquellas que a efectos legales gozarán de la concurrencia de las condiciones de acreditación científica y clínica. Esther Farnós distingue entre dos posibles acepciones de este término<sup>45</sup>:

- a) Una en sentido estricto, que comprendería aquellos tratamientos consistentes en la unión de gametos, a partir de la extracción quirúrgica de los óvulos de los ovarios de la mujer y su combinación con espermatozoides, a fin de alcanzar el embarazo, que

<sup>42</sup> GONZÁLEZ UTOR, A. L., «Comentario científico: artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida», op. cit., p. 42.

<sup>43</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida», *Organización Mundial de la Salud*, 2010, p. 10. [Disponible en <[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1)>. [Consultado el 20/03/17].

<sup>44</sup> MOLINA GONZÁLEZ, I., op. cit., p. 74.

<sup>45</sup> FARNÓS AMORÓS, E., op. cit., pp. 34-35.

coincidiría con la definición recogida en los criterios de la OMS, y que dejaría fuera a la IA.

- b) Una en sentido amplio, que comprendería toda aquella técnica que sustituye una o más fases del proceso de reproducción que se inicia a partir de las relaciones sexuales.

A juicio de la autora, esta última interpretación sería la adoptada por la LTRHA, lo que explicaría por qué el anexo de la misma incluye la IA. Sin embargo, admitir esta posibilidad, supondría también admitir que cualquier introducción de semen en el tracto reproductor femenino que no sea llevada a cabo a través de la penetración mediante una relación sexual, estaría prohibida.

Pero es que, además, no parece que el significado de IA que recoge la ley sea el que contempla su acepción más amplia, entendiéndose como la «introducción de semen en la vagina o en el útero por cualquier medio distinto de una relación sexual»<sup>46</sup>, o como la «introducción de espermatozoides en el tracto reproductor femenino, de manera artificial, para la consecución de una gestación»<sup>47</sup>. En este sentido, la propia autora constriñe la definición de IA al «depósito de esperma *previamente tratado en el laboratorio* (cursivas mías) dentro del útero, a través del cérvix y mediante una cánula»<sup>48</sup>. Y esto es así porque en la IA (que llamaremos en sentido estricto), la muestra de semen atraviesa un proceso de capacitación en el cual se liberan los espermatozoides del plasma seminal, eliminando sustancias inhibitorias de la motilidad y prostaglandinas, así como células epiteliales, espermatozoides muertos, células inmaduras, etc., para lo cual se emplea el uso de diferentes técnicas (la técnica de migración o *swim up* y sus variantes, como la migración-sedimentación o *self-migration*; *swim-down*, la centrifugación por gradientes de densidad o la filtración)<sup>49</sup>. De esta manera, la IA consta de varias fases, como son la estimulación del ovario (aunque esta no siempre se da), la preparación del semen y la inseminación en sí misma, que tiene lugar una vez capacitados los espermatozoides, y durante la cual «el clínico coloca un espéculo en la vagina de la mujer y pasa por el canal cervical una cánula que contiene la muestra con los espermatozoides recuperados y los deposita en el fondo del útero»<sup>50</sup>.

La evidente complejidad de este proceso justifica que la ley exija que la práctica del mismo solo se pueda llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad administrativa correspondiente *ex art. 4.1* (en relación con el art. 17). La práctica totalidad de las CCAA han asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad interior en aplicación de lo dispuesto en el art. 148.1.21.<sup>a</sup> CE, por lo

<sup>46</sup> Vid. *supra* nota 9.

<sup>47</sup> Vid. *supra* nota 15.

<sup>48</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *op. cit.*, p. 35.

<sup>49</sup> HURTADO DE MENDOZA, M. V., «Comentario científico: artículo 4. Requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida», *op. cit.*, p. 71.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 71.

que la regulación de dicha autorización no es homogénea y se encuentra dispersa y repartida entre la legislación autonómica y la estatal<sup>51</sup>, si bien, en el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida<sup>52</sup>, se reglamentan ciertas exigencias técnicas y funcionales mínimas para la concesión de dicha autorización y homologación, en cumplimiento de la competencia exclusiva otorgada al Estado por el art. 149.1.16.<sup>a</sup> CE y el mandato contenido en el art. 40.7 y la disposición final cuarta de la LGS.

El art. 8 de este texto establece que «podrán ser autorizados para la aplicación de técnicas de inseminación artificial (IA) los centros o servicios que tengan por finalidad la fecundación humana mediante inseminación artificial con semen fresco, *capacitado o criopreservado*, procedente del varón de la pareja o de donante, según el caso». Del mismo modo, en el Anexo II del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios<sup>53</sup>, se define la unidad asistencial de inseminación artificial de los centros sanitarios como aquella «que, bajo la responsabilidad de un médico especialista en Obstetricia y Ginecología, tiene como finalidad la fecundación humana mediante inseminación artificial con semen fresco, *capacitado o criopreservado*, procedente del varón de la pareja o de donante, según el caso». Es decir, que el concepto de IA que maneja el legislador parece quedar restringido al hecho de que el semen utilizado en el procedimiento haya sido previamente manipulado.

De este modo, la definición de TRA que parece adecuarse más al sentido de la LTRHA sería aquella que propone Juan Ramón Lacadena, en virtud de la cual, «las Técnicas de Reproducción Humana asistida comprenden *toda manipulación de los elementos reproductores humanos* (células germinales, gametos, cigotos, embriones) encaminada a la procreación por medios no naturales»<sup>54</sup>. En la misma, quedarían englobadas todas aquellas técnicas en las que, de algún modo, los elementos reproductores humanos han sufrido una alteración, modificación o transformación que facilite la fecundación y posterior gestación, es decir, todas las nombradas anteriormente (FIV, GIFT, ICSI ), y, además, la IA, siempre y cuando sea practicada utilizando para ello semen capacitado o criopreservado. Pero es que, además, esta definición armonizaría también con la ofrecida por la OMS<sup>55</sup>. Por lo tanto, debemos distinguir también dos acepciones del término IA:

<sup>51</sup> Para un estudio más detallado, me remito a GÓMEZ MANRESA, M. F., «Comentario: artículo 4. Requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida», op. cit., pp. 61-102.

<sup>52</sup> BOE, 23 de marzo de 1996, núm. 72, pp. 11256-11260.

<sup>53</sup> BOE, 23 de octubre de 2003, núm. 254, pp. 37893-37902.

<sup>54</sup> LACADENA, J. R., *Genética y bioética*, Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2002, p. 107.

<sup>55</sup> Recordemos que, pese a excluir expresamente la IA como TRA, la OMS considera como tales «los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos (cursivas mías) para el establecimiento de un embarazo». Vid. supra nota 43.

- a) Una en sentido amplio, que comprendería toda introducción de semen en la vagina o en el útero por cualquier medio distinto de una relación sexual o por medios artificiales;
- b) Una en sentido estricto, que comprendería aquellas IA en sentido amplio en las que existe manipulación del esperma, ya sea mediante capacitación o criopreservación.

### C. Régimen jurídico de la IAC resultante de la aplicación de la LTRHA

La anterior distinción nos permitirá determinar cuándo una IAC o autoinseminación es o no legal. Por lo general, la ejecución de la técnica «no requiere manipulación de los gametos»<sup>56</sup>. El problema surgirá cuando una pareja o una mujer soltera (en una IAC heteróloga o heterónoma) adquiera el semen a través de un banco de esperma, situado normalmente en el extranjero<sup>57</sup>. En estos casos, la existencia de un elemento de internacionalización puede complicar las cosas sobremanera. Si bien es cierto que, al menos en el ámbito de la UE, con la aprobación de la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos; y la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos<sup>58</sup>, se aseguran ciertos requisitos mínimos, ello no impide que la compra de esperma provenga de países terceros que carezcan de ellos. Ello sería consecuencia necesaria de la aquiescencia legislativa, que permite lo que podríamos llamar un «turismo reproductivo de nueva generación».

<sup>56</sup> GODOY VÁZQUEZ, M. O., op. cit., p. 231.

<sup>57</sup> En nuestro país, interpretando a sensu contrario el artículo 5.1 RD 413/1996, la venta de semen por bancos de esperma a particulares estaría prohibida. Este dispone que «los bancos podrán distribuir semen exclusivamente a centros autorizados para la aplicación de técnicas de reproducción asistida», precepto que, por otro lado, encajaría perfectamente en la definición de IA que entiendo que sugiere la LTRHA, puesto que dicha restricción estaría justificada por existir un proceso de manipulación en el semen (crioconservación).

<sup>58</sup> Toda esta normativa comunitaria ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento a través 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. Vid: BOE, 5 de julio de 2014, núm. 163, pp. 52716-52763.

Recapitulando, de lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) La LTRHA no ofrece definición alguna de lo que considera TRA o IA, lo que se traduce en la necesidad de realizar un trabajo interpretativo para la delimitación de estos conceptos, a efectos de tratar de determinar el régimen jurídico de la IAC;
- b) A raíz de esta interpretación (fundamentalmente sistemática), podemos deducir que la LTRHA cuando habla de TRA, lo hace pensando en la existencia de manipulación de los elementos reproductores;
- c) De esta manera, el concepto de IA que maneja la ley se corresponde con su acepción en sentido estricto, que conlleva dicha manipulación;
- d) En consecuencia, podemos afirmar que, en tanto no se lleve a cabo la misma, la IAC o autoinseminación no quedará comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley.

La ilegalidad de la IAC estará subordinada, por tanto, al hecho de que esta pueda subsumirse al amparo de la LTRHA, esto es, que se corresponda con la definición de IA que parece abrazar la ley, ya que, en caso contrario, ni siquiera podrá ser considerada una TRA. ¿Qué sucederá entonces? Pues que nos encontraremos ante la existencia de una laguna jurídica, entendida, como bien formula Manuel Segura Ortega, como «ausencia de regulación por parte del Derecho de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez»<sup>59</sup>. No obstante, con esta constatación no buscamos adoptar una posición crítica o formular un juicio negativo ante esta falta de regulación, sino simplemente apuntar que esta apreciación es consecuencia lógica de asumir la interpretación de la ley que aquí se propone<sup>60</sup>.

El ordenamiento jurídico ofrece diferentes recursos para colmar este tipo de vacíos y eliminar su existencia. Esta sería precisamente la función que correspondería al juez como aplicador e intérprete del Derecho y como parte de su actividad integradora. Sin embargo, la posibilidad de realizar cualquier tipo de interpretación extensiva, y en particular, el recurso a la analogía, independientemente de la apreciación de la existencia de «identidad de razón» a la que alude el artículo 4 CC, estaría vetada en nuestro caso. Esto derivaría de la prohibición del recurso a este tipo de interpretación en el Derecho administrativo sancionador, en virtud del principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 CE, cuando ello resulte en una aplicación del Derecho *in peius* o *in malam partem*<sup>61</sup>. En lo que concierne a la IAC,

<sup>59</sup> SEGURA ORTEGA, M., «El problema de las lagunas en el derecho», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 6, 1989, p. 289.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>61</sup> CANO CAMPOS, T., «La analogía en el Derecho administrativo sancionador», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 113, 2002, pp. 51-88.

esto se traduciría en la imposibilidad de extender cualquier efecto sancionador a la misma, en la medida en que no quede comprendida dentro del ámbito de aplicación de la LTRHA, y que, por consiguiente, conllevaría la admisión de su legalidad. Sería posible concluir, en definitiva, con la máxima que enuncia el llamado principio de permisión, y conforme a la cual «lo no prohibido está permitido»<sup>62</sup>.

#### 4. El argumento del derecho reproductivo

Como el propio Tomás Cano Campos sostiene, en el ámbito sancionador, la interpretación más respetuosa con el principio de legalidad es la literal o declarativa, pero junto a ella, cabe una interpretación correctora restrictiva, cuando existan argumentos suficientes que revelen esta como impracticable (por conducir a resultados absurdos, por no adecuarse a la literalidad del precepto a la realidad social, etc.)<sup>63</sup>. Esto es precisamente lo que defendemos con el llamado argumento del derecho reproductivo.

Hemos tratado de delimitar cuál sería el significado que cabe atribuir a los términos contenidos en la LTRHA y que son fundamentales para determinar la legalidad de la IAC (TRA e IA). Ello nos ha llevado a la afirmación de que, conforme a una interpretación literal o declarativa de la LTRHA, la autoinseminación sería una práctica legal, salvo en el supuesto de que en el semen empleado haya existido manipulación de cualquier tipo (normalmente cuando la adquisición de semen se realiza a través de bancos extranjeros), en cuyo caso, si debería entenderse esta práctica como prohibida. Pues bien, incluso en este supuesto, parece justificable la utilización de una interpretación restrictiva que excluya la autoinseminación del campo de aplicación de la LTRHA, ya que, de otro modo, se produciría una contradicción entre las consecuencias jurídicas que resultarían de su aplicación, y el llamado derecho a procrear, y que llevaremos a cabo a través del llamado «argumento de la disociación»<sup>64</sup>. En realidad, lo que se trata de evitar cuando se realiza una interpretación de este tipo es la creación de una antinomia, entendida como la imputación de efectos jurídicos incompatibles a unas mismas condiciones fácticas<sup>65</sup>, o como la calificación deóntica de un determinado comportamiento por diversas normas pertenecientes al sistema en dos modos incompatibles<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Aplicable, en todo caso, en el ámbito sancionador, como bien señala ITURRALDE SESMA, M. V., «Consideración crítica del principio de permisión según el cual “lo no prohibido está permitido”», *Anuario de filosofía del derecho*, núm 15, 1998, pp. 210-214.

<sup>63</sup> CANO CAMPOS, T., op. cit., pp. 72-73.

<sup>64</sup> GUASTINI, R., op. cit., pp. 223-227. El argumento de la disociación se utiliza como fundamento para justificar el uso de la interpretación restrictiva apelando al dogma de la coherencia del Derecho.

<sup>65</sup> ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia (Traducción de Genaro R. Carrió)*, 4.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires (Editorial Universitaria), 1977, p. 124.

<sup>66</sup> GUASTINI, R., op. cit., pp. 72 y ss.

### A. Antecedentes

La reciente gestación del llamado derecho a procrear ha tenido lugar, fundamentalmente, en el seno del ordenamiento jurídico internacional. Los diferentes documentos que parecen admitir su existencia (la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1958, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los textos resultantes de las Conferencias Mundiales de la ONU sobre población y sobre género, la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, etc.)<sup>67</sup>, perfilan su contenido de manera un tanto indefinida, y permiten su calificación como «macro derecho»<sup>68</sup>. Este ha evolucionado, desde su engendramiento como derecho a fundar una familia y a la intimidad, pasando por su concepción como derecho a la salud reproductiva, hasta configurarse como un derecho a la autodeterminación reproductiva. Itziar Alkorta Idiakez lo define como el «derecho a tomar decisiones sobre la propia procreación de forma libre y consensuada entre ambos miembros de la pareja, sin injerencias externas y contando con la información y los medios adecuados para su realización»<sup>69</sup>.

En el ámbito europeo, la cuestión acerca de si existe o no un derecho a procrear no ha sido resuelta. En los casos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha visto obligado a pronunciarse, ha vinculado siempre la presunta vulneración del mismo con el derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), mucho más amplio que el derecho a la intimidad<sup>70</sup>. Si bien parece existir consenso en su aceptación como derecho de carácter negativo, más discutida puede ser su, cada vez más, reciente evolución hacia una configuración como derecho positivo de acceso a las TRA<sup>71</sup>. En este sentido la jurisprudencia parece ser ambigua e incluso contradictoria, limitándose el TEDH a resolver cada caso concreto, y prescindiendo de establecer una línea jurisprudencial clara y consolidada<sup>72</sup>.

En nuestro ordenamiento, son varios los principios a través de los cuales se fundamenta la existencia de un derecho a procrear. De esta manera, puede articularse en términos genéricos su existencia a través de diferentes mecanismos previstos expresamente en la CE, como son «el reconocimiento a la dignidad humana, la conformación de una norma general

<sup>67</sup> FARNÓS AMORÓS, E., op. cit., pp. 45-49.

<sup>68</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., «Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006, p. 16.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>70</sup> FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia», en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36, 2016, p. 95.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>72</sup> Vid. los casos Dickson. c Reino Unido (asunto 44362/04, Sec. 4.<sup>a</sup> 18.4.2006, revocado por la Gran Sala 4.12.2007); S.H. y otros c. Austria (asunto 57813/00, Sec. 1.<sup>a</sup> 1.4.2010, revocado por la Gran Sala 3.11.2011); y Costa y Pavan c. Italia (asunto 54270/10, Sec. 2.<sup>a</sup> 28.8.2012).

de libertad amparada por los artículos 1.1 y 10.1 CE, y la norma de apertura del artículo 10.2, que integra el sistema jurídico español en el ámbito internacional de protección de los derechos y que permite utilizar, a la hora de hablar de nuevos derechos fundamentales, la jurisprudencia del TEDH como parámetro interpretativo fundamental<sup>73</sup>, y que, como señalábamos antes, parece reconocer de manera implícita la existencia de este derecho. Pero también es posible fundar su reconocimiento en un derecho específico como es el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 CE y que, en relación con el derecho a la libertad de conciencia recogido en el art. 16, «nos permite admitir que el texto constitucional ampara la existencia de una esfera personal de autonomía y respeto al ámbito de vida privada de cada persona y las consecuencias jurídicas que implica su ejercicio»<sup>74</sup>.

Si bien los pilares para fundamentar su existencia, ya sea como derecho incardinado dentro del contexto internacional de los derechos humanos, o como derecho fundamental constitucional (implícito), parecen bastante sólidos<sup>75</sup>, cuestión más controvertida supone la delimitación de su contenido esencial. Como antes adelantaba, parece existir consenso en cuanto a su consideración como derecho negativo, del que se inferiría un deber del estado de no interferencia en la libertad individual<sup>76</sup>. De esta manera, existiría una obligación de protección de los sujetos de este derecho frente a las injerencias de las autoridades públicas que interfirieran sin su consentimiento en el proceso de reproducción<sup>77</sup>. En cuanto a su vertiente positiva, la discusión gravita principalmente en torno a la gradación del carácter prestacional de este derecho y de hasta qué punto, impone al Estado una obligación de velar y garantizar el acceso a las TRA. Sobre este debate, existen muchas dudas acerca de la configuración jurídica del acceso a las mismas y la cuestión dista mucho de ser pacífica, si bien se puede reducir a su encuadramiento, bien como manifestación de un derecho a procrear, donde las TRA serían consideradas como un modo alternativo a la procreación normal, o bien como una expresión del derecho a la salud, en cuyo caso únicamente se contemplaría como una actuación médica ante la esterilidad<sup>78</sup>. Sin embargo, con la eliminación de este requisito en la LTRHA, la tendencia del legislador español parecería seguir la estela marcada por la primera opción<sup>79</sup>.

En lo que a nosotros respecta, nos centraremos en el análisis de la vertiente negativa de este derecho. Tanto si asumimos la interpretación de la LTRHA que aquí se propone como si no, será vital analizar hasta qué punto una prohibición (ya sea total o parcial) de la

<sup>73</sup> SALAS SALAZAR, C., *El derecho fundamental a la reproducción en la Constitución Española. Fundamentos, estructura y consecuencias jurídicas*, Alemania (Editorial Académica Española), 2012, pp. 415-416.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 416.

<sup>75</sup> FARNÓS AMORÓS, E., *op. cit.*, p. 50.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>77</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I., *op. cit.*, p. 12.

<sup>78</sup> SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *Derecho privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 275-276.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 280.

IAC supondría una vulneración del derecho a procrear en tanto que injerencia injustificada por parte del poder público.

### B. Límites

No hay obviar que, como todo derecho, la doctrina y la jurisprudencia consolidada coinciden en señalar su carácter limitado<sup>80</sup>. Esto supone que, para ser legítima cualquier restricción de los derechos fundamentales, deben reunirse una serie de condiciones específicas: la injerencia de la que se trate debe estar prevista en una norma con rango de ley, debe estar dirigida a la consecución de un fin legítimo (como la protección de otro derecho fundamental), debe constituir una medida necesaria en una sociedad democrática, y las medidas restrictivas deben ser proporcionales a los fines perseguidos<sup>81</sup>. Estos requisitos vienen a conformar el sobradamente conocido «principio o test de proporcionalidad<sup>82</sup>». Pues bien, en el caso que, según la interpretación de la LTRHA que aquí defiendo, la autoinseminación llevada a cabo con semen que ha sido previamente manipulado debiera entenderse prohibida, acarreando, por tanto, las correspondientes sanciones, esta prohibición vulneraría, en mi opinión, el derecho a procrear en su vertiente negativa, en tanto que supondría una injerencia por parte del Estado completamente injustificada<sup>83</sup>.

Se enumeran como algunos de los riesgos asociados a las inseminaciones caseras: la posibilidad de transmisión de alteraciones genéticas y cromosómicas a la descendencia, que pueden derivar en la generación de nacidos que sean sujeto de malformaciones o enfermedades congénitas, o sean portadores de las mismas, así como la trasmisión de enfermedades infecciosas o de otra naturaleza, tanto a la futura gestante como a la descendencia, entre las que se encuentran las provocadas por el VIH, el VHC, y otras enfermedades víricas emergentes, como el Zika; el embarazo múltiple; el embarazo ectópico; la infección del aparato genital de la mujer o la torsión ovárica, entre otros<sup>84</sup>. Podríamos añadir además, como posibles riesgos para la efectividad y el éxito de la fecundación, la posibilidad tanto de que la receptora no se encuentre en la fase óptima del ciclo ovulatorio, como de que se produzca una pérdida de la calidad seminal en el proceso de descongelación del semen cuando ha sido adquirido a través de un banco de esperma o incluso, de que se produzca un supuesto de *aliud pro alio* o entrega de cosa distinta de la pactada, pudiendo llegar a

<sup>80</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., p. 59. Sobre el carácter limitado de los derechos, vid. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid (Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2004, pp. 437-472. También las SSTC núms. 11/1981 de 8 de abril; 2/1982 de 29 de enero, 91/1983 de 7 de noviembre; 120/1990 de 27 de junio.

<sup>81</sup> Vid. supra nota 77.

<sup>82</sup> Cito como referencia básica, las SSTC núms. 66/1995 de 8 de mayo; y 55/1996 de 28 de marzo.

<sup>83</sup> Es más, incluso aunque no se comparta la interpretación que aquí propongo de la LTRHA, creo que la sola consideración de la existencia del derecho a procrear basta para desvirtuar cualquier pretensión de inclusión de la autoinseminación bajo el ámbito de aplicación de la ley.

<sup>84</sup> Vid. supra nota 31.

recibirse el semen de un sujeto distinto del acordado y por tanto, con unas características fenotípicas diferentes. Sin embargo, este último supuesto es susceptible de ocurrir también en clínicas de reproducción asistida, como demuestra de hecho la sentencia núm. 226/2016 de 16 de mayo de la AP de Las Palmas, recientemente confirmada por el TS mediante Auto de 11 de enero de 2017, y único precedente en nuestro país en este sentido hasta la fecha.

Es imprescindible precisar que la mera puesta en práctica de una autoinseminación no requiere manipulación de los gametos ni conlleva riesgo de lesiones alguno ni para la receptora ni para el feto<sup>85</sup>. Todos y cada uno de los riesgos que se mencionan *son los mismos inherentes a cualquier relación sexual o embarazo, es decir, son parte de los riesgos asociados a la propia reproducción humana*. Es más, en aquellos casos de parejas con enfermedades infecciosas transmisibles sexualmente, la comunidad científica refleja una tendencia hacia el reconocimiento y aceptación de la autoinseminación como alternativa de reproducción segura para evitar precisamente la transmisión de las mismas<sup>86</sup>. ¿Está justificada la restricción de la libertad procreativa en aras de garantizar, por ejemplo, el derecho a la protección de la salud materializado en el art. 43 CE, no tanto como derecho subjetivo propiamente dicho, sino como mandato constitucional de actuación dirigido a los poderes públicos o como política de salud integral que exhorta a los mismos a hacer frente a aquellos factores que puedan incidir negativamente sobre la salud de las personas<sup>87</sup>? En ese caso y con mayor razón, ¿también en las relaciones sexuales? No parecería lógico responder a estas cuestiones afirmativamente, más aún cuando exceden un ámbito reservado no sólo a la toma de decisiones sobre la procreación y el proceso reproductivo, sino también a la toma de decisiones sobre el propio cuerpo. En todo caso, la aplicación de unas sanciones como las que resultarían en aplicación de la LTRHA sería completamente desproporcionada. Por todo ello, creo que, si bien a día de hoy es discutible la consideración de las TRA como métodos alternativos de reproducción, en la IAC sí está justificada la misma como manifestación del derecho a procrear y que, como previamente he apuntado, debe ser considerada como una «opción intermedia entre la reproducción natural y las técnicas de reproducción asistida»<sup>88</sup>.

### III. THOMAS S. V. ROBIN Y. (1994) Y MINTZ V. ZOERNIG (2008)<sup>89</sup>

En *Thomas S. v. Robin Y. (1994)*, una mujer lesbiana concibe a su hijo practicándose una autoinseminación con esperma donado por un conocido amigo suyo. Ambos, mediante acuerdo verbal, pactan la renuncia de los derechos de paternidad del donante a favor de la pareja de la madre. De este modo, cuando el niño nace, se hacen consignar en el certificado de nacimiento los apellidos de las madres, prescindiendo de cualquier mención al donante,

<sup>85</sup> GODOY VÁZQUEZ, M. O., op. cit., p. 231.

<sup>86</sup> Vid. supra nota 24.

<sup>87</sup> PEMÁN GAVÍN, J., «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *DS: Derecho y salud*, vol. 16, núm. Extra 2, 2008, pp. 60-61.

<sup>88</sup> Vid. supra nota 44.

<sup>89</sup> Vid. supra nota 6.

y la pareja se hace cargo de todos los gastos asociados al nacimiento. Posteriormente, la familia se traslada desde San Francisco a Nueva York, y durante los tres primeros años de vida del menor, el padre biológico visita apenas un par de veces al niño, coincidiendo su estancia en Nueva York con viajes de negocios. A lo largo de los seis años siguientes, el número de visitas se incrementa, llegando a veintiséis, y en julio del año 1990, el donante pide a la madre que permita al niño acompañarle a la casa de la playa de su familia, a lo que esta se niega. Es entonces cuando el padre del niño manifiesta su deseo de reclamar su paternidad y, frente a la negativa de la madre, que considera incumplido su acuerdo verbal, acude a los tribunales. En este caso, la División de Apelaciones de la Corte Suprema del Estado de Nueva York acoge las pretensiones del demandante y le otorga los derechos de paternidad, argumentado que la madre «había fomentado, durante un período de tiempo sustancial, la relación» entre donante e hijo.

Un supuesto parecido tiene lugar en *Mintz v. Zoernig (2008)*. En este caso, una mujer, también lesbiana, consigue convencer a un amigo común de la pareja, tras años de insistencia, para que acceda a donar su esperma y pueda así concebir a un niño. La mujer se practica una inseminación artificial sin asistencia de ningún médico, consiguiendo quedarse embarazada y dar a luz. Como consecuencia del nacimiento, ambas partes firman por escrito un contrato por el que acuerdan que, si bien el donante actuaría como referente masculino para el niño, no tendría obligación financiera ninguna con respecto a él. La madre y su pareja se separan con posterioridad, y esta vuelve a preguntar nuevamente al donante si estaría dispuesto a repetir la donación bajo las mismas condiciones, repitiéndose el proceso (si bien la segunda vez el contrato es verbal) y dando a luz a un segundo hijo. Tres años después del segundo nacimiento, la madre reclama al donante la paternidad y el pago de alimentos, y acuerdan el pago mensual de una cantidad determinada. Sin embargo, más tarde la mujer vuelve a reclamar un aumento de los pagos, y el asunto acaba en los tribunales. La Corte de Apelaciones de Nuevo México entendió que el acuerdo de renuncia de las obligaciones de alimentos era contrario al orden público del Estado, y que no podía eximir al donante de sus deberes paterno-filiales. Igualmente, sostuvo que el hombre había actuado como padre estableciendo un estrecho vínculo con los niños, y que incluso había llegado a reclamar a la madre en algún momento sus derechos de visita.

Ambos casos sirven para poner de relieve la tremenda incertidumbre a la que quedan expuestas las partes con este tipo de actuaciones, ya que, al no existir reconocimiento legal, se basan únicamente en la mutua confianza y no ofrecen ningún tipo de garantía<sup>90</sup>. No existe seguridad alguna acerca de la validez y eficacia de los negocios jurídicos de renuncia tanto de los derechos de paternidad como de las obligaciones de alimentos, y en relación con el art. 1255 CC, se plantea el interrogante de si este tipo de contratos pudiera ser contrario a la ley, la moral o el orden público. De igual manera, será incierta la determinación de la filiación del bebé nacido mediante este método, así como el régimen jurídico que asiste a

<sup>90</sup> PICHARDO GALÁN, J. I., «(Homo) sexualidad y familia: cambios y continuidades al inicio del tercer milenio», *Política y sociedad*, vol. 46, núm. 1-2, 2009, pp. 157-158.

los donantes, propiciando un clima de enorme inseguridad jurídica en aquellos sujetos que decidan poner en práctica una autoinseminación.

Algunos de estos problemas desaparecerían si, por ejemplo, existiese la posibilidad de romper el vínculo de paternidad a través de un documento legal<sup>91</sup>, o se eliminase la presunción de paternidad y fuera siempre necesario un reconocimiento activo de la relación de filiación por las dos partes, como propone Cathy Herbrand<sup>92</sup>. Hasta entonces, la IAC seguirá siendo uno más de los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida<sup>93</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La incertidumbre normativa que rodea a la práctica de la IAC, al no ofrecer la LTRHA definición alguna de lo que considera TRA o IA, hace recomendable la realización de un trabajo interpretativo para la delimitación de estos conceptos, a efectos de tratar de determinar el régimen jurídico de esta técnica.

De acuerdo con una interpretación sistemática de la LTRHA, se revela como fundamental el concepto de «manipulación de los elementos reproductores o gametos» en la definición de TRA, lo que a su vez nos permite distinguir dos acepciones del término IA, una en sentido estricto, que conllevaría dicha manipulación, y una en sentido amplio, que comprendería toda introducción de semen en el tracto reproductor femenino por cualquier medio distinto de una relación sexual o por medios artificiales. En consecuencia, en tanto que en la IAC no se lleve a cabo dicha manipulación, deberá considerarse la misma como fuera del ámbito de aplicación de la LTRHA, y por lo tanto, podrá afirmarse la existencia de una laguna jurídica, cuya imposibilidad de integración mediante el recurso a la interpretación extensiva, permitirá su calificación como práctica legal conforme al principio de permisión.

Pese a la ilegalidad parcial de la IAC en lo que respecta a la existencia de manipulación de gametos cuando el semen es adquirido a través de bancos de esperma, es necesaria la realización de una interpretación correctora restrictiva que excluya también del ámbito de aplicación de la LTRHA la IAC en estos supuestos, ya que de otro modo existiría una vulneración del derecho a procrear tal y como se ha delimitado en su vertiente negativa.

<sup>91</sup> Vid. supra nota 89.

<sup>92</sup> HERBRAND, C., «Normes et pratiques familiales à travers les transformations récents du mariage et de la parenté en droit belge», en la Conferencia Internacional *Ce que le mariage gai et lesbien fait aux normes*, París, Ined-ENS. Tomo la referencia de PICHARDO GALÁN, J. I., op. cit., pp. 157-158.

<sup>93</sup> LEMA AÑÓN, C., «Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)», *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 12, 2000, pp. 47-66.

Las anteriores consideraciones confluyen en la afirmación de que la IAC debe ser considerada una práctica legal conforme a nuestro ordenamiento. Sin embargo, la falta de regulación y de reconocimiento legal de la misma plantea una enorme inseguridad jurídica y revela una problemática que hace aconsejable una mayor profundización en el estudio de las incógnitas que se presentan.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J., *Bioética y ley en reproducción humana asistida: manual de casos clínicos*, Granada (Comares), 2009.
- ALKORTA IDIAKEZ, I., «Nuevos límites del derecho a procrear», *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006, pp. 9-61.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS CIVILES, ECONÓMICOS Y SOCIALES, *Técnicas de reproducción asistida. España 2015*, 2015. <Disponible en [http://www.adece.org/wp-content/uploads/2015/05/Infertilidad\\_TRA.pdf](http://www.adece.org/wp-content/uploads/2015/05/Infertilidad_TRA.pdf)>. [Consultado el 20/03/17].
- BBC NEWS, «El “milagro” de Gloria Trevi», *BBC News*, 13 de noviembre de 2001. Disponible en <[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid\\_1654000/1654797.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_1654000/1654797.stm)>. [Consultado el 20/03/17].
- BEATIE, T., «Labor of Love: Is society ready for this pregnant husband? », *The Advocate*, 14 de marzo de 2008. Disponible en <<http://www.advocate.com/news/2008/03/14/labor-love>>. [Consultado el 20/03/17].
- BENAVENTA MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E., (coords.), «Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, año LXIX, junio de 2015. Disponible en <[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment;+filename=1506\\_30\\_años\\_de\\_reproduc\\_asistida\\_MARC.pdf&blobheadervalue2=1288791050684](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment;+filename=1506_30_años_de_reproduc_asistida_MARC.pdf&blobheadervalue2=1288791050684)>. [Consultado el 20/03/17].
- CANO CAMPOS, T., «La analogía en el Derecho administrativo sancionador», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 113, 2002, pp. 51-88.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.), INIESTA DELGADO, J. J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007.
- COHEN, G. y FARNÓS AMORÓS, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014.

- EL MUNDO, «Ser madre sin pareja masculina cuesta entre 1.000 y 8.500 euros», *El Mundo*, 13 de agosto de 2013. Disponible en <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/08/12/noticias/1376319584.html>>. [Consultado el 20/05/17].
- EL PAÍS, «En 2011 hubo en España ocho casos de bebés nacidos con VIH», *El País*, 10 de junio de 2013. Disponible en <[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/10/actualidad/1370891238\\_506072.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/10/actualidad/1370891238_506072.html)>. [Consultado el 20/03/17].
- FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida: crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona (Atelier), 2011.
- FARNÓS AMORÓS, E., «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36, 2016, pp. 93-111.
- FLORENCIA CALÁ, M., «El derecho a la libertad reproductiva en personas portadoras de VIH. Análisis desde una perspectiva jurídica trialista», *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 2008.
- GODOY VÁZQUEZ, M. O., *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid (Dykinson), 2014.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid (Marcial Pons), 1994.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid (Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2004, pp. 437-472.
- GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica (Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell)*, 6.<sup>a</sup> ed., México (Porrúa), 2004.
- HERBRAND, C., «Normes et pratiques familiales à travers les transformations récents du mariage et de la parenté en droit belge», en la Conferencia Internacional *Ce que le mariage gai et lesbien fait aux normes*, París, Ined-ENS.
- ITURRALDE SESMA, M. V., «Consideración crítica del principio de permisión según el cual “lo no prohibido está permitido”», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 15, 1998, pp. 187-218.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid (Reus), 2012.
- KAZLAUSKAITE, R., *et al.*, «Assisted reproduction for HIV discordant couples», *Ugeskrift for laeger*, vol. 171, núm. 18, 2009, pp. 1496-1499.

- LABARGA, P., *et al.*, «Reproductive advice in HIV discordant couples», *Medicina Clínica (Barcelona)*, vol. 129, núm. 4, 2007, pp. 140-148.
- LACADENA, J. R., *Genética y bioética*, Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2002.
- LEMA AÑÓN, C., «Dilema ético-jurídicos de la reproducción humana: el caso de la reproducción asistida», en *Derecho sanitario y bioética: cuestiones actuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 851-881.
- LEMA AÑÓN, C., «Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)», *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 12, 2000, pp. 47-66.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir. Jurídico), OCHOA MARIETA, C. (Dir. Científico), MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006 de 26 de mayo)*, Madrid (Dykinson), 2007.
- MMEJE, O., *et al.*, «Evaluating safer conception options for HIV-serodiscordant couples (HIV-infected female/HIV-uninfected male): a closer look at a vaginal insemination», *Infectious diseases in obstetrics and gynecology*, vol. 2012, 2012, Article ID 587651, 7 pages.
- MOLINA GONZÁLEZ, I., *Atención a los deseos reproductivos de las parejas con enfermedades infecciosas transmisibles (VIH, Hepatitis C, Hepatitis B)*, Granada (Editorial de la Universidad de Granada), 2012.
- OHL, J., *et al.*, «Encouraging results despite complexity of multidisciplinary care of HIV-infected women using assisted reproduction techniques», *Human reproduction (Oxford)*, vol. 20, núm. 11, 2005, pp. 3136-3140.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida», *Organización Mundial de la Salud*, 2010. [Disponible en <[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1)>. [Consultado el 20/03/17].
- PEMÁN GAVÍN, J., «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *DS: Derecho y salud*, vol. 16, núm. Extra 2, 2008.
- PICHARDO GALÁN, J. I., «(Homo) sexualidad y familia: cambios y continuidades al inicio del tercer milenio», *Política y sociedad*, vol. 46, núm.1-2, 2009.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., Madrid (Espasa), 2014.
- ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia (Traducción de Genaro R. Carrió)*, 4.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires (Editorial Universitaria), 1977.
- SALAS SALAZAR, C., *El derecho fundamental a la reproducción en la Constitución Española. Fundamentos, estructura y consecuencias jurídicas*, Alemania (Editorial Académica Española), 2012.
- SCHWARTZ, S., *et al.*, «Acceptability and preferences for safer conception HIV prevention strategies: a qualitative study», *International journal of STD & AIDS*, vol. 27, núm. 11, 2016, pp. 984-992.
- SEGURA ORTEGA, M., «El problema de las lagunas en el derecho», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 6, 1989, pp. 285-312.
- SEMPRINI, A. E., *et al.*, «Infertility treatment for HIV-positive women», *Women's health (London)*, vol. 4, núm. 4, 2008, pp. 369-382.
- SERNA MEROÑO, E., «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *Derecho privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 273-307.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Libro blanco sociosanitario. La infertilidad en España: situación actual y perspectivas», *Sociedad Española de Fertilidad*, 2011. Disponible en <<http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>>. [Consultado el 20/03/17].
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, «Registro Nacional de Actividad 2014. Registro SEF», *Sociedad Española de Fertilidad*, 2014. Disponible en <[https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf)>. [Consultado el 20/03/17].