

## FAMILIAS MONOPARENTALES, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DERECHOS HUMANOS.

M.<sup>a</sup> Luisa JORDÁN VILLACAMPA  
Catedrática de D.<sup>o</sup> Eclesiástico del Estado  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Siempre he defendido el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos<sup>1</sup> y familiares, tíos, primos, etc., especialmente con los parientes del progenitor que no es titular de su guarda y custodia, en los supuestos en que debido a una crisis familiar, separación, nulidad de matrimonio o disolución del vínculo jurídico una pareja deja de convivir. Actualmente, está surgiendo la tendencia, sobre todo a través de la mediación familiar, a compartir la guarda y custodia de los menores para que éstos sufran lo menos posible las consecuencias de la separación de sus progenitores y es que, en occidente, es un derecho de los menores y un deber de los padres relacionarse entre sí<sup>2</sup>.

¿Y qué relación tiene la inseminación artificial con todo lo mencionado anteriormente y, en concreto, con el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y sus familiares? Jurídicamente la respuesta es compleja y susceptible de ser analizada desde diversas perspectivas, dado que en la inseminación pueden intervenir los padres biológicos o no, y realizarse en mujeres de diverso status jurídico civil. Amén de que el artículo 39 de nuestro texto constitucional asegura la protección integral de los hijos prevista en los acuerdos internacionales sobre menores.

Sin embargo, nuestras reflexiones van a dirigirse exclusivamente a las familias monoparentales, a aquéllas en las que una mujer, independientemente de que esté sola decide engendrar un hijo ,mediante inseminación artificial de donante (AID)<sup>3</sup>, criarlo y educarlo. No vamos a entrar en la debatida cuestión acerca del derecho o la legitimidad de la mujer sola a engendrar voluntariamente un hijo con auxilio de la

---

<sup>1</sup> Este texto fué publicado en *IURIS TAMTUM*, Revista Valenciana de Derechos Humanos. Nº 0, junio 1999, pág.19 y ss.; Vid. JORDÁN VILLACAMPA, M.<sup>a</sup> .L., "El derecho de visita de los abuelos en los supuestos de crisis conyugal", en *Annals of the Archive of "Ferran Valls I taberner's Library": Studies in the History of Political Thought, Political & Moral Philosophy, Business & Mediacal Ethics, Public Health and Juridical Literature*, Barcelona, 1991, N.11/12, pág.319 y ss.

<sup>2</sup> Las soluciones son distintas en otras culturas con características diversas, vgr. en las familias matriarcales y patriarcales del Zaire que se rigen por el derecho consuetudinario, Vid. MARTINEGUI, I., & TSHIMPANGA, "La poligamia en el siglo XXI", en *Habari, Revista de información general de Africa*, 1997, nº 2, pág.7. Se intenta proteger a la infancia tanto con normas internacionales como nacionales derivadas hacia distintos ámbitos laborales, familiares etc., ahora bien, con los adelantos científicos se plantean, también, cuestiones impensables hace tan sólo unas décadas, me estoy refiriendo a la inseminación artificial.

<sup>3</sup>La presente reflexión se hace, también, extensiva a cualquier otra técnica de fecundación artificial como la fecundación in vitro (FIV) y técnicas afines.

ciencia médica, entre otras cuestiones, porque compartimos la inoperatividad de <sup>2</sup> establecer normativas nacionales denegatorias, cuando cabe la posibilidad de utilizar la técnica necesaria permitida por la legislación de otro país<sup>4</sup>, por el sencillo procedimiento de desplazarse a aquél.

Además, la experiencia nos muestra que, salvo situaciones excepcionales, cuando una persona desea realmente hacer algo lo hace. Y, en ese sentido, cuando una mujer decide tener un hijo, si su fisiología se lo permite, puede tenerlo independientemente de su estado civil, de que viva sola o en pareja y de que decida tenerlo mediante acto humano por intervención de varón, reproducción asistida, etc. De todas maneras, esta última posibilidad está abierta en nuestro país a tenor del art. 6 de la Ley 35/1988, de 11 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

La cuestión que deseamos plantear no viene referida tampoco a los aspectos morales, éticos o religiosos<sup>5</sup> de la inseminación artificial en mujeres solas<sup>6</sup> sino que nuestra reflexión va más allá, va dirigida al derecho del menor, ¿puede una mujer, por un acto positivo de la voluntad, privar a un menor de tener un padre y la familia paterna correspondiente?. ¿Acaso un hijo no tiene derecho a tener una madre y un padre, sino biológicos al menos adoptivos?. Ciertamente, que esta situación puede darse, también, en otro tipo de concepciones, pero en este caso concreto se produce por una intervención de las técnicas médicas lo que conlleva la constatación de que la maternidad es buscada consciente y voluntariamente. Ello debería implicar una responsabilidad adicional en la concepción porque los menores tienen, sin duda, el derecho a desarrollarse en las mejores condiciones posibles<sup>7</sup>, independientemente de que tal derecho pueda cumplirse efectivamente. Lo que parece evidente es que no se les debería poder privar de un padre apriorísticamente porque por la propia naturaleza de las cosas se puede producir al hijo un perjuicio irreparable en sus derechos como persona (art. 10,1 de la CE).

---

<sup>4</sup> Vid. FOSAR BENLLOCH, E., "La antropología y el Derecho de la procreación humana", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, nº 4, pág. 78

<sup>5</sup> Respecto a la postura de la Iglesia católica Vid. Card. RATZINGER, J., "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación". Informe de la Sagrada Congregación para la doctrina de la fe de 22 de febrero de 1987.

<sup>6</sup> No vamos a referirnos, tampoco, a los supuestos de inseminación post mortem, por ser una problemática con caracteres propios.

Vid. VIDAL MARTINEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, pág.148, "...se ha propugnado el derecho de la mujer sola a ser inseminada artificialmente, incluso con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social". Pág. 152 nota 182, "Razona el profesor Montés....Que si la mujer sola puede concebir por obra y gracia de una relación sexual no permanente y estable, no se advierte como o por qué, se debe impedir la aplicación de la técnica del IAD, ni parece que la prohibición hubiese de ser efectiva."

Vid. LEÓN ARCE, A. de, "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*. Madrid, 1988, pág.407 y ss.

<sup>7</sup> En este sentido, es ilustrativa la Ley Sueca de Inseminación Artificial de 1984 en la que subyace la idea de que tener hijos no es un derecho humano incondicionado y, que la inseminación artificial se debe permitir bajo condición de que los niños puedan desarrollarse en las mejores condiciones.

Por otra parte, la filiación, en estos casos<sup>8</sup>, no plantea teóricamente problemas<sup>3</sup> jurídicos en su determinación. Estaríamos más bien ante una colisión de derechos, el derecho hipotético de la mujer sola a concebir un hijo por inseminación artificial<sup>9</sup> y el derecho del menor a tener un padre y una familia paterna<sup>10</sup>.

¿Pero cuál sería la calificación jurídica de estos derechos?, ¿Se tratan acaso de derechos fundamentales de la persona humana?

Respecto al derecho a procrear, la Comisión directiva de los Derechos Humanos del Consejo de Europa entiende que no puede ser considerado como un derecho absoluto<sup>11</sup>. Además, la CAHBI<sup>12</sup> al tratar de las condiciones que deben regir el uso de

---

<sup>8</sup>, Art. 108 y concordantes del Cc, Art. 6º y 5 a 10 de la Ley 35/1988, de 11 de nov., sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de sep. de 1989). B.O.E. núm.313, de 31 de dic. de 1990.

<sup>9</sup> Vid. ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en *La filiación a finales del siglo XX...* op. cit., pág.29, ... Aborda la cuestión planteada por la doctrina acerca del derecho a procrear no ligado a la familia sino como derecho de la persona, considerando que para los que así opinan no existe ninguna razón para impedir que la IA sea utilizada por mujeres solas. Manifiesta, además, que los argumentos que se ofrecen tanto a favor como en contra de la inseminación artificial en mujeres solas no son definitivos. Incliniéndose los autores europeos a considerar la IA perjudicial para el interés del hijo. Aunque se dice que si se permite la adopción a las mujeres solas no hay razón para negarles la inseminación. Vid. el Informe de 1986 emitido por la "Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana" presidida por el diputado socialista D. Marcelo Palacios; Vid. POMPIDOU, A., "Políticas internacionales en materia de ciencias genéticas", en *SIBI, Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, 1998, nº 1, pág.38, "Las consecuencias familiares y sociales de la investigación sobre el genoma humano son las que amenazan la dignidad e integridad individual"; Vid. BUSTOS PUECHE, J.E., *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, 1996, pág.91 y ss., "Acerca de la supuesta existencia del derecho al hijo"

<sup>10</sup>Otra cuestión importante y fuertemente debatida es si el hijo que nace de inseminación artificial tiene o no derecho a conocer además de los datos biogenéticos, la identidad de la persona del donante. Vid. art. 8,3 de la Ley 35/1988, de 11 de nov. sobre técnicas de reproducción asistida: "La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación." Art. 5,5...."Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto....

<sup>11</sup>Vid. al respecto ROCA TRÍAS, E., op. cit. pág. 30,..."la inseminación artificial no es un sistema de procreación, sino sólo una terapéutica".

<sup>12</sup>Como se sabe la CAHBI, o Comité de expertos para el progreso de las ciencias biomédicas del Consejo de Europa, comenzó su trabajo en 1985 siguiendo el realizado por la CAHGE (Comité de expertos sobre problemas éticos y legales relativos a la genética humana) y el 3 de abril de 1987 sometió al Comité de Ministros "a draft Recommendation on Human Artificial Procreation". Vid, HONDIUS, F.W., "The council of Europe's contribution to solving problems raised by human artificial procreation", en *La filiación a finales del siglo XX...* op. cit. pág.55 y 59, "If, for example, a right of

las técnicas de procreación artificial advierte que si se permite el acceso a las mismas<sup>4</sup> de personas solas, el futuro niño sería condenado a nacer como medio huérfano, lo que constituiría una forma severa de discriminación. O utilizando palabras de Delgado Echeverría, el derecho no puede condenar a un niño "a no tener ningún padre (ni, por consiguiente, ningún pariente paterno).

Gómez Sánchez, defiende, sin embargo, la maternidad en solitario y lo hace sin reservas, entendiendo la constitucionalidad de tal situación argumentado que si los hijos debieran tener "simultáneamente" un padre y una madre que les prestaran asistencia, "un alto porcentaje de las relaciones paterno-filiales serían inconstitucionales"<sup>13</sup>, amén de que "si las mujeres solas pueden acceder a la maternidad como consecuencia de una relación no estable y les alcanza la protección constitucional de las madres (art.39,2); si el hijo así nacido es igualmente objeto de protección y asistencia por parte de los poderes públicos (art.39,3) y la condición de éste será igual a la de los demás hijos (arts. 14 y 39,2), no puede negarse la legitimidad de que las mujeres solas no estériles accedan a la maternidad a partir de semen donado."<sup>14</sup>

No cabe duda, de que el razonamiento argumental de Gómez Sánchez, al igual que el de otros similares<sup>15</sup>, es lógico y defendible constitucionalmente. Ahora bien, considero que, si nos atenemos a la naturaleza de las cosas, la argumentación es errónea porque parte de una premisa equivocada. Parte de la creencia de que la mujer tiene un derecho absoluto e incondicional acerca de la procreación y, es posible que así sea respecto a la titularidad de ese derecho pero, lo que no es tan seguro es que lo tenga respecto del ejercicio de ese derecho porque a él se contraponen el derecho del hijo a que no se le prive, por una decisión unilateral de la mujer, de tener padre y familia paterna.

---

acces to these techniques was given to single women and single men, the future child would be condemned to be born as a half "orphan" which could be ez, a severe form of discrimination".

<sup>13</sup>GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid,1994, pág. 74,..."en este tipo de opiniones se atisban temores en lo que se refiere a que las mujeres se reproduzcan en solitario. Son quizá comprensibles, aunque no las comparto, pero deben ceder, en todo caso, ante los derechos constitucionales y la libertad personal. Lo efectivamente relevante es la atención del hijo, tanto en la reproducción natural como artificial; estando ésta garantizada, la Constitución no otorga al hijo un derecho a que sus progenitores biológicos compartan la patria potestad."

"No quedan acreditados, por otro lado, los temores sobre el hecho de que la madre no logre asistir al hijo en todos los aspectos. No se ve de dónde, por sí mismo, en general y siempre, ello podría ser perjudicial para el hijo."

<sup>14</sup>Ibid. pág. 75, "La negativa supondría obligarlas a unirse más o menos formalmente en pareja para tener un hijo, o bien forzarlas a no tener ese hijo si no consiguen una pareja estable. Lo que parece un doble castigo absolutamente innecesario. La ausencia de pareja sería, en este caso, una evidente causa de esterilidad para la mujer, porque vería impedido el ejercicio de su derecho a la reproducción."

<sup>15</sup>Vid. CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona 1995, pág.136, "...no pudiendo serle negada la inseminación artificial a una mujer sola por razón del principio de no discriminación, se me ocurre pensar que la maternidad en algunas mujeres puede ser un factor fundamental para el desarrollo de su personalidad, constituyendo así una familia monoparental, incluida expresamente en la protección constitucional de la familia del art.39 C.E."

Desgraciadamente, se cree con excesiva frecuencia que los hijos son propiedad de los progenitores, cuando los hijos son de ellos mismos, y han de ser para ellos mismos. En muchas sociedades se les ha engendrado y engendra como un elemento de producción y de riqueza y de sostén de los padres.

En las sociedades occidentales asistimos al insólito espectáculo, por auxilio de las ciencias médicas y del derecho, de que se engendren hijos por y para una sola persona olvidando los más elementales derechos del futuro niño. No tienen nada que ver con esta argumentación el que se ampare a la madre soltera o, a las personas solas que desean adoptar menores, todo lo cual me parece perfectamente legítimo y amparable por el derecho porque, las situaciones de que parten estas personas, pese a que parezcan iguales a la de la mujer sola fertilizada artificialmente, son radicalmente distintas.

Los niños que pueden ser adoptados ya existen y siempre estarán afectuosa y materialmente mejor atendidos en una familia monoparental que en una institución benéfica o en la calle. Y las mujeres solas que, por las circunstancias que sean, han quedado embarazadas, consciente o inconscientemente, de varón, podrán ellas o sus hijos reclamar la paternidad correspondiente, pero en todo caso, habrá un posible padre biológico. En cambio, en el supuesto objeto de nuestro comentario, el derecho al padre y a la familia paterna se excluye ab initio.

Además, la normativa familiar vigente tanto la constitucional como la legislación ordinaria conlleva una marcada función tuitiva respecto de los niños al igual que sucede con las declaraciones de derechos y convenios internacionales suscritos por España. Atrás quedan los tiempos en que, por ejemplo, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, marcaba notorias distinciones entre ambos e, incluso la Ley 30/1981, de 7 de julio, propugna, en su caso, la decantación judicial hacia el interés más necesitado de protección que, en todo caso, son los hijos por ser la parte más débil de la relación.

En la línea de la citada finalidad protectora de las leyes respecto de los niños, por utópico, ingenuo o poco jurídico que parezca, dada la legislación vigente en materia de inseminación y por las razones aducidas a lo largo de esta reflexión, entiendo que quizás la única vía para evitar inseminaciones artificiales en mujeres solas, sería:

- 1.- Concienciarlas de que su maternidad no debería, en modo alguno, representar una injusticia y discriminación para un futuro hijo, lo que se produciría al concebir un niño por inseminación artificial en el seno de una familia monoparental y privar a aquél de un padre y de la correspondiente familia paterna.

- 2.- Haciéndoles entender que la maternidad bien entendida significa un acto de amor y el Amor en ningún caso puede, por un acto positivo de la voluntad, privar a un hijo de sus derechos humanos básicos.