



La reproducción humana asistida: Un desafío ad cautelam para el Derecho

Assisted human reproduction: An ad cautelam challenge for Law

Claudia Lorena Morffi Collado¹
claudia@sma.unica.cu

Grisel Galiano Maritan²
griselgaliano1986@gmail.com

¹Universidad Máximo Gómez Báez, Cuba

²Universidad de Guayaquil, Ecuador

Recibido: Abril 2018 / Revisado: Mayo 2018 / Aceptado: Junio 2018/ Publicado: Julio 2018

RESUMEN

La investigación reúne algunas reflexiones jurídicas respecto a la aplicación y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y su repercusión para la ciencia del Derecho. Las técnicas de reproducción humana asistida consisten en la manipulación de los gametos y embriones a través de diversos procedimientos, entre ellas, las más usuales son la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Su aplicación despliega repercusiones morales, teológicas y jurídicas, estableciéndose divergencias en cuanto a su aplicación práctica. La problemática se centra en la ausencia de una legislación especial en el ordenamiento jurídico cubano que regule la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; por ello, el objetivo de la investigación está dirigido a demostrar la necesidad de la formulación de una ley especial que establezca los elementos necesarios para la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. La metodología empleada en la investigación es cualitativa, y el tipo de investigación es descriptiva, utilizando como técnica para la recolección de información, la revisión de documental y la confrontación socio jurídica del pensamiento abstracto y la investigación científica, tales como el análisis-histórico, el exegético-analítico y el análisis de Derecho Comparado, para el razonamiento lógico de toda la información compilada.

Palabras clave: Técnicas de reproducción humana asistida; embrión; inseminación artificial; fecundación in vitro

ABSTRACT

The research brings together some legal reflections on the application and development of assisted human reproduction techniques and their impact on the science of Law. Assisted human reproduction techniques consist of the manipulation of gametes and embryos through various procedures, among which, the most common are artificial insemination and in vitro fertilization. Its application deploys moral, theological and legal repercussions, establishing divergences in terms of its practical application. The problem centers on the absence of a special legislation in the Cuban legal system that regulates the application of assisted human reproduction techniques; therefore, the objective of the research is aimed at demonstrating the need for the formulation of a special law that establishes the necessary elements for the proper application of techniques of assisted human reproduction. The methodology used in the research is qualitative, and the type of research is descriptive, using as a technique for the collection of information, the review of documentary and socio-legal confrontation of abstract thinking and scientific research, such as historical-analysis, the exegetical-analytical and the Comparative Law analysis, for the logical reasoning of all the compiled information.

Key words: technical of attended human reproduction; embryo; artificial insemination; fecundation in vitro

INTRODUCCIÓN

La procreación de un hijo es parte del anhelo que tienen la mayoría de los seres humanos. Sin embargo, el logro de un embarazo o la presencia misma de los hijos no es algo que ocurre siempre de manera simple y predecible, pues existen eventos inesperados e indeseados que obligan a reformular las expectativas de las personas en relación con la paternidad y la maternidad.

Ejemplo de ello lo constituyen la infertilidad y la esterilidad, que, aunque parezcan términos iguales, no lo son. Según García-Moreno y Marchán (2004), la esterilidad se define como la incapacidad para concebir, tanto de la mujer como del hombre, tras un año de relaciones sexuales no protegidas. Por otro lado, la infertilidad consiste en la situación de la pareja que, consiguiendo que tenga lugar la fecundación y la implantación del preembrión, no consigue reproducirse porque la gestación se interrumpe.

Desde tiempos remotos, han sido cuantiosos los estudios sobre la reproducción, pues la única vía para procrear en la antigüedad era mediante relaciones sexuales. Sin embargo, con el transcurrir de los años, esta realidad fue cambiando, y ya en el año 1864 el doctor Hunter fue el primero en lograr una inseminación artificial de forma exitosa; posteriormente en el año 1978 los doctores Robert G. Edwards y Patrick H. Steptoe, hicieron posible el nacimiento de Louise Joy Brown en Oldham, la primera bebé en el mundo que nació como resultado de la aplicación de la fecundación in vitro.

En las últimas tres décadas, se han llevado a cabo importantes cambios que han evolucionado radicalmente el modo en que se vive o piensa; y ello ha sido posible gracias a los avances de la ciencia y la tecnología respecto a la informática, la digitalización, la biotecnología, la medicina, y la ciencia.

Sin embargo, la actitud de la sociedad respecto a la procreación varía y se manifiesta

en las sociedades de diferentes formas de acuerdo al grado de libertad y responsabilidad del individuo. Las técnicas de reproducción asistida están permitiendo cambios, a menudo radical, que se manifiestan en la aparición de nuevos modelos familiares, pues las parejas se convierten en posibles usuarios de las tecnologías que posibilitan la reproducción, incluso en condiciones de infertilidad o esterilidad. De allí que precisamente la problemática de la investigación se base en la necesidad de regular las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) en el ordenamiento jurídico cubano.

Por consiguiente, el objetivo de la investigación está dirigido a demostrar la necesidad de una regulación adecuada de las TRHA, mediante una ley específica que ofrezca soluciones jurídicas prontas, eficaces y justas de cara a la aplicación de estas técnicas en el Derecho familiar cubano.

DESARROLLO

Las técnicas de reproducción humana asistida. Consideraciones generales

El desarrollo científico alcanzado por la humanidad en los últimos siglos propició el auge de los estudios sobre la procreación y sus ramificaciones biológicas. Por ello, varios han sido los experimentos realizados en búsqueda de los misterios de uno de los mayores logros del ser humano, su existencia.

El primer científico en efectuar exitosamente una inseminación artificial fue el destacado doctor HUNTER en 1864 y posteriormente en 1887 el doctor DICKINSON practica la primera inseminación, en la que se utiliza el semen de un donante. Sin embargo, a pesar del desarrollo de varios logros experimentales en este campo, no es hasta 1978 que nace la primera persona en la historia de la humanidad como resultado de varios años de ardua investigación por parte de los doctores Edwards y Steptoe de Cambridge (Vázquez, 1999: 289).

Bajo la denominación de técnicas de reproducción asistida pueden englobarse una serie de procedimientos científicos diseñados para estos fines. Las más usuales son la inseminación artificial, en lo adelante (IA), que consiste en la introducción del semen del hombre en el útero de la mujer sin que medie contacto sexual, y la fecundación *in vitro*, en adelante (FIV), por el cual se extrae el óvulo de la mujer y se procede a su fertilización con el semen masculino en un medio extracorpóreo. En los casos de inseminación artificial, la fecundación se produce dentro del útero femenino; en tanto, en los de fecundación *in vitro*, la concepción proviene de un procedimiento científico extracorpóreo.

Según Rodríguez Corría, 2002, la fecundación *in vitro* es la técnica de reproducción asistida mediante la cual los espermatozoides son sometidos a una investigación dentro de un medio de cultivo a 37 grados C durante dos días, posteriormente los embriones serán insertados en el útero materno para completar la fertilización natural, o en el útero de las llamadas madres sustitutas (Rodríguez, 2002: 4).

Recientemente han aparecido otras técnicas de reproducción asistida, entre ellas la intratubaria de gametos, mediante la cual se insertan el óvulo y el espermatozoide de manera mecánica en una cánula, la que queda introducida en el útero de la mujer donde se realiza la fecundación. Esta técnica es utilizada conjuntamente con la FIV para la transferencia intratubaria de cigotos, donde se transfiere el cigoto fecundado a las trompas de la mujer y no al útero (Corral, 1992: 439).

La fecundación artificial mediante alguna de las técnicas de reproducción humana asistida consiste en realizar un procedimiento biológicamente natural a través de un laboratorio, sirviéndose de instrumentos externos diseñados para aumentar el éxito de la fertilización. Los fines perseguidos pueden ser producto de la esterilidad, la prevención, el tratamiento de enfermedades de origen

genético o hereditario y la investigación con gametos u óvulos fecundados, este último ha conllevado a un problema en la protección jurídica del preembrión, pues el mismo no puede ser considerado como una mercancía que pueda ser utilizada y desechada según intereses médicos.

La procreación ha pasado de ser un acto completamente natural, a uno complejo debido a las transformaciones médicas de las que ha sido objeto en los últimos años. La concepción humana ha evolucionado desde la simple intervención de dos personas del sexo opuesto, a la participación de varias técnicas con repercusiones legales significativas. Varios son los ordenamientos jurídicos que reconocen y regulan las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, en Cuba, aun no existe una legislación específica que norme la aplicación de estas técnicas, a pesar de realizarse desde hace más de veinte años, permitiendo que muchas parejas que sufren de infertilidad hayan podido lograr el tan anhelado sueño de ser padres.

Status jurídicos de los embriones. Breve recorrido por el Derecho comparado

El embrión forma un organismo en sus primeras etapas de desarrollo, el cual, a pesar de depender de sucesos externos, contiene al menos potencialmente las condiciones para convertirse en un ser humano. De acuerdo a Rodríguez Yunta, 2001 el embrión emerge como ser humano desde la unión del óvulo materno con el espermatozoide, perteneciendo a la misma especie que sus progenitores, encontrándose dotado de una constitución genética humana que programa su estructura fisiológica y psicológica lograda a través del desarrollo continuo de disímiles genes impresos en el material genético del cigoto (Rodríguez, 2001: 262).

A pesar de que en las primeras etapas del desarrollo embrionario (tres meses) no existe aún en el cigoto autoconciencia, memoria,

imaginación, estas características si se encuentran latentes en el material genético. La formación de gemelos no niega la condición individual del embrión como ser humano, pues para que ocurra una célula debe ser separada del resto y dar lugar a otra vida.

Establecer si puede ser considerado como un futuro ser humano distinto de su madre dotado de un contenido genético propio y característico, es de vital importancia a la hora de reconocer su protección jurídica. Según Zapata, el embrión es considerado persona al estar dotado de un patrimonio genético distinto al de sus progenitores que lo individualizan, creando un nuevo ser, posición que es reconocida por la Iglesia Católica, otorgándole la condición de ser humano desde el momento de la fecundación (Zapata: 1988: 379).

El término persona se refiere al sujeto capaz de derechos y obligaciones, determinar el momento exacto en que se adquiere esta condición ha sido objeto de estudio del Derecho Civil. El Código Civil cubano regula en su artículo 24 que la personalidad comienza con el nacimiento y no se extingue sino con la muerte. Una rápida lectura del artículo 24 podría llevar a la conclusión errada de que nuestro Código se afilia a la teoría del nacimiento, *empero*, al interpretar el artículo 25 se puede apreciar que el Código se acoge a la teoría ecléctica. El Código Civil cubano somete al *nasciturus* a la *conditio iuris* de nacer vivo, posición que representa la negativa de otorgarle la condición de persona al embrión humano (Valdés, 2006:101).

A consideración de Valdés Díaz, 2017 la condición humana del embrión no conduce necesariamente a su reconocimiento como persona desde el punto de vista jurídico. En cambio, cuando se habla del *nasciturus* o concebido, se hace alusión al ente humano producto de la concepción en el período comprendido desde la fecundación, hasta su separación del útero materno, incluyendo la

fase embrionaria como el período fetal; por ello, el embrión no es considerado persona, pues no existe individualización de la madre, dependiendo de ella o de elementos externos (Valdés, 2013: 379). (Valdés, 2017: 25). Posición similar es asumida por Vera Barberán (2017: 63), el que considera imposible desde una perspectiva legal que el embrión no anidado tenga vida humana jurídicamente tutelable.

El Código Civil español establece en su artículo 15 el derecho de todas las personas a la vida, regulación que ha sido objeto de debate sobre el apoyo al *status* del embrión humano como persona, hecho que acarrearía la ilegalidad del aborto provocado. Sin embargo, es válido señalar que la legislación española se acoge a la teoría de considerar persona solo a aquellas que sobrevivan 24 horas separadas del claustro materno y que además tenga figura humana, así lo establece el artículo 30 del propio cuerpo legal, de allí la imposibilidad de considerar el embrión como persona, garantizando su protección a través del artículo 15. En ese orden, el contenido del artículo 30 y las técnicas de reproducción asistida son compatibles, siendo determinante para el nacimiento de la persona cumplir con los requisitos establecidos en este artículo, sin incidir de manera alguna el procedimiento procreador empleado (Cabanillas, 1993: 3).

En España, existen leyes especiales encargadas de regular todo lo referente a las TRHA; ejemplo de ello es la Ley 35 de 22 de noviembre de 1988, hoy derogada, y la Ley 14 de 26 de mayo de 2006. Estas normativas brindan la posibilidad de utilizar las TRHA a mujeres solas, sin embargo, no se hace referencia expresa a las uniones de hecho (DÍAZ, 2002: 1). La ley 35 de 1988 plantea que el embrión no es persona al menos durante catorce días, sin embargo, no puede ser considerado una cosa, protegiendo de esta forma su vida como bien jurídico. En la actualidad, esta ley no tiene efectos jurídicos, y, en su lugar, es establecida la Ley 14 de 26

de mayo de 2006 que regula todo lo referente a las TRHA asistida en España.

El Código Civil chileno mantiene una posición similar, al negarle la condición de persona al embrión en el artículo 74, posición que cambia en el artículo 75 al otorgar resguardos a favor del embrión y disponer que el juez debe tomar todas las providencias posibles para proteger al no nacido. Por otra parte, el Código Civil colombiano establece en su artículo 90 que la existencia legal de toda persona se encuentra determinada al momento de nacer, es decir, cuando se produce la separación de la madre, señalando el nacimiento como el momento en que el sujeto se considera persona.

A *contraris*, en septiembre del 2009, el estado mexicano de Querétaro modificó su constitución local para incluir el derecho a la vida de los seres humanos desde el momento mismo de su fecundación, modificación constitucional que fue declarada por MENDOZA (2015, p. 32). En ese sentido, negarle al embrión la condición de ser humano, supondría que este no reúne los requisitos que lo definirían como tal, y, por consiguiente, esta exigencia se vería en algún momento posterior del desarrollo embrionario, sin embargo, no existe ningún momento biológico determinante que condicione al embrión científicamente como humano, su crecimiento proviene de un proceso continuo donde inciden diferentes elementos. De allí que, desde el punto de vista científico, el ser humano obtiene esta condición desde su condición de cigoto, estado que condiciona su posterior avance biológico.

Asimismo, en el sistema legal peruano, al embrión se le reconoce su condición de persona, al regular que la vida humana comienza con la concepción en el artículo primero del Código Civil, siendo sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, condicionando la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo. Esta posición cierra firmemente la posibilidad de manipulación e investigación

genética con el embrión, protegiendo su dignidad, integridad física y el derecho a la vida.

Por lo que se destaca que, las opiniones sobre el estatus jurídico del embrión han sido diversas, no obstante, de su reconocimiento como persona, y, por ende, como sujeto de derecho, es visible la necesidad de que exista un cuerpo legislativo que regule su manipulación, pues con independencia de la consideración jurídica que le sea atribuida, este representa el inicio de la vida humana, por lo que merece la protección y el respecto a su integridad, la cual puede verse comprometida mediante la manipulación y crioconservación de células pronúcleos.

La maternidad subrogada o por sustitución

La filiación materna nunca fue objeto de exhaustivos análisis debido a su notable evidencia, *empero*, con el surgimiento de las TRHA, los términos madre y padre han dado un giro significativo en cuanto a su estatus jurídico y relación con el menor concebido. En cuanto a su conceptualización, encontramos en la jurisprudencia cubana la Sentencia No. 222 de 31 de julio del 2009 que define la filiación como la forma en que se concreta el hecho de la concepción biológica desde el punto de vista legal. En ese sentido, las TRHA han introducido la maternidad subrogada o por sustitución incluyendo dos variantes: la que aporta el útero y lleva al concebido durante su desarrollo embrionario y no es su madre biológica (no es su óvulo); y la que aporta el útero y el óvulo. El problema real es precisar a quién le pertenece la maternidad, en el primero de los casos existe la madre biológica que aportó el contenido genético; y la gestante que auxilió durante 9 meses el desarrollo del embrión y lo trajo al mundo; igual reclamación podría establecer la madre subrogada que aportó el óvulo y el útero, alegando que ella es su verdadera madre.

De tal manera que, conforme a Derecho, y si se atiende a lo dispuesto en el artículo 76

del Código de Familia cubano, nada impide para que la madre subrogada incumpla con el acuerdo previo de entrega del niño después del nacimiento, pues quedará probada la maternidad de esta por el hecho del parto, encontrándose la madre genética (en los casos que aporte el óvulo) en un estado de indefensión jurídica, pues no existe norma específica encargada de regular las TRHA, aun cuando hace más de veinte años que son practicadas.

Por su parte, el artículo 37 de la Constitución de la República de Cuba dispone: “El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad”. De acuerdo al matiz de igualdad que caracteriza a nuestra Constitución, podemos concluir que este artículo también ampara la investigación de la maternidad. El artículo 371 del Código Civil peruano reconoce la posibilidad de impugnar la maternidad en caso de parto supuesto o suplantación del hijo. De tal manera, el Derecho familiar cubano no distingue la filiación matrimonial de la extramatrimonial, a *contraris* del Código Civil español que si lo reconoce en su artículo 65 al establecer la igualdad de los hijos cualquiera que sea el estado civil de los progenitores. Si la mujer usuaria de la TRHA se encuentra casada, se presumirá que el hijo es del esposo, calificándose la filiación de matrimonial según el artículo 116 del Código Civil español; en cambio, si el hijo nace una vez disuelto el vínculo y transcurren trescientos días de la separación legal o de hecho, este se entenderá como extramatrimonial.

En el caso cubano, de acuerdo al artículo 47 de la Ley cubana del Registro del Estado Civil, la inscripción y reconocimiento filiatorio será declarada por ambos padres; la procreación a través de las TRHA por parte de una madre soltera determina la clasificación de filiación extramatrimonial. Por ello, la incertidumbre de la determinación de la

filiación, ya sea paterna o materna, adquiere grados superlativos cuando la procreación se ha realizado utilizando las TRHA. En cuanto a la maternidad de la madre que aportó el óvulo, pero no el útero, y por consiguiente no dio a luz a su hijo, no opera la presunción establecida en el artículo 76 del Código de Familia cubano, y nada impide que la madre gestante pueda negarse a entregar el niño por considerarlo como suyo, siendo imposible la redacción de un contrato que regule el acuerdo previo debido a la ilicitud de consideración del embrión como objeto comercial.

Por tanto, los términos madre biológica y gestante se encontraban preconcebidos como iguales, sin embargo, a la luz de los adelantos científicos, esta paridad ha cambiado para desarrollarse por separado. Regular las relaciones filiatorias incluyendo la maternidad subrogada o sustituta, han determinado abandonar la correspondencia entre madre biológica y gestante, encerrando un nuevo mundo de posibilidades jurídicas que necesitan protección, y todo ello, en virtud del superior interés del menor involucrado.

La paternidad y donación del esperma

Reza un viejo proverbio “*pater is quem nuptiae demonstrat*”, esta concepción se transformó al admitir en varias legislaciones la investigación de la paternidad, sustituyendo el criterio anterior por la regla “*pater is quem sanguis demonstrant*”. Esta concepción es seguida por el Código Civil español en sus artículos 136 al 141. Por su parte, el artículo 83 del Anteproyecto de Código de Familia cubano dispone: “En todo proceso de filiación puede practicarse la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas”. No obstante, la entrelazada complejidad de la relación paterna filial ha demostrado que no solo puede ser atendido el vínculo biológico o consanguíneo, pues negaríamos el parentesco que produce la

adopción, la cual crea entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos que pudieran desencadenarse de una relación unida por el lazo sanguíneo.

La donación de semen y su utilización en el desarrollo de las TRHA han alcanzado un incremento acelerado, de manera tal que, en la actualidad, existen bancos de espermias congelados, a los que la futura madre puede acceder, encargando las características de su hijo mediante un catálogo en el que se describe los atributos genéticos del donante. La mayoría de estos casos son resguardados por un acuerdo de confidencialidad, según el cual no deberá ser revelada la identidad de la persona.

Generalmente, la utilización de la reproducción asistida heteróloga, es decir, con la intervención de un tercero, requiere el consentimiento del marido para evitar que la paternidad pueda ser impugnada en virtud de la teoría de actos propios, no obstante, el derecho de impugnar la paternidad no se ve limitado, pues según Gumucio Schönthaler, (1994) el Derecho de Familia proviene de normas de orden público que por su importancia no deben ser objeto de estipulaciones contractuales, por lo que la acción de impugnación no es removible, ni irrenunciable (Gumucio, 1994:337).

El Código de Familia cubano establece en su artículo 74 que se presumirán hijos comunes los nacidos durante la vida matrimonial y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias; por lo que se entenderá como hijo propio el que nazca dentro de los supuestos anteriores. Por otra parte, el artículo 75 establece que se presumirá la paternidad cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado, cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción, y cuando

la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia.

Así, en los artículos 74 y 75 del referido cuerpo legal resultan amplios en su formulación, intentando incluir el conjunto de posibilidades que puedan acontecer, y en se sentido, nos formularíamos las siguientes interrogantes: ¿qué respuesta normativa tendría la determinación de la paternidad si han sido utilizadas las técnicas de reproducción humana asistida?; ¿a quién correspondería la paternidad en el supuesto que el semen utilizado sea de un tercero y la madre se encuentre unida en matrimonio? Ante estos supuestos, el artículo 76 refiere que se presumirá la paternidad cuando pueda inferirse de la declaración del padre, por consiguiente, supongamos que esta es realizada por el esposo de la gestante y no por el padre biológico, o cuando hayan sido notorias las relaciones maritales o la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia, y en ninguna de estas situaciones coincida el padre biológico.

Por otra parte, el Código de Familia cubano es omiso al respecto, sin embargo, el artículo 112 del Anteproyecto del Código familiar establece que cuando una mujer y un hombre, unidos en matrimonio formalizado o no, acuerden voluntaria y expresamente la utilización de una de las TRHA para lograr el embarazo de la mujer, con el aporte del semen de otro hombre conocido o desconocido, el cónyuge de ésta no puede impugnar la paternidad del hijo o hija así concebido. No obstante, mantiene el derecho a impugnarla el cónyuge que acceda a estas técnicas, aportando su propio semen, y comprobando con posterioridad que el proceder se realizó con los gametos de un donante.

En cuanto a la imposibilidad de reclamación de la paternidad por parte del donante, una vez acordada de forma voluntaria la donación, el Anteproyecto del Código de Familia cubano establece en su

artículo 113 que cuando un hombre de manera voluntaria aporta el semen a una mujer para su utilización por medio de cualquiera de las TRHA, previo acuerdo, haciéndose constar en documento público notarial, este no tiene el compromiso ni la responsabilidad de reconocer como propio el hijo o hija concebido, y por tanto, la mujer no puede imputarle la paternidad lograda bajo dicha condición.

Las TRHA han transformado la regla de “*pater is quem sanguis demonstrant*”, pues el padre puede no coincidir con el padre biológico, por lo que debemos reconceptuar la antigua relación familiar por una nueva que incluya una filiación materna y paterna que no se derive de la consanguinidad, ni de la adopción, sino de la posible concepción mediante los procedimientos científicos. Este concepto que una vez sustituyó el adagio “*pater is quem nuptiae demonstrat*”, debe remplazarse por otro que contenga la posibilidad de otorgar vida a través de las TRHA.

METODOLOGÍA

Los principales referentes teóricos utilizados para la investigación se obtuvieron a través de la revisión pormenorizada de artículos y textos de algunos autores considerados como referentes de obligado uso, tales como Díaz Ambrona (España); Mendoza (México); Rodríguez Yunta (Chile); Valdés Días (Cuba); Vera Barberán (Paraguay).

Los resultados obtenidos mediante esta investigación son de índole teórico y práctico, de utilidad tanto para los académicos, como para los operadores del Derecho. Desde el orden académico se establecieron las pautas doctrinales para el estudio de las TRHA, a través de la creación de un material bibliográfico actualizado que brinda una amplia panorámica sobre el tratamiento jurídico y de derecho comparado que tiene la temática. En el orden normativo, se

identificaron los principales presupuestos normativos a considerar para la creación y aprobación de una ley de carácter especial que regule lo concerniente a la aplicación de las TRHA, y las implicaciones que ello traería consigo, siempre y cuando garanticen una protección efectiva a las personas que acuden a este tipo de procedimientos.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Desafíos en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico cubano

A pesar de no contar con una Ley específica que regule la aplicación de las TRHA, en nuestro país son practicadas hace varios años a través de normas afines como el Código de Familia y el Código Civil. De la interpretación de la norma podemos colegir que las disposiciones actuales de nuestro ordenamiento jurídico solo brindan la posibilidad de uso de las técnicas a las parejas casadas legalmente, y aquellos que mantienen uniones consensuales según el artículo 18 del Código de Familia, previo cumplimiento de los requisitos de estabilidad y singularidad requeridos, deduciéndose la imposibilidad de la práctica de estas técnicas en parejas de homosexuales, a los cuales nuestras leyes no reconocen el derecho de contraer matrimonio (Pérez, 2000: 1). En igual medida, solo podrán acceder a las TRHA las personas que tengan la plena capacidad de obrar establecida en el artículo 29 del Código Civil cubano.

Varios son los problemas que pueden referenciarse debido a la ausencia de regulación especial que sobre las TRHA existe en el ordenamiento jurídico cubano. En primer lugar, en nuestro derecho, la paternidad es una realidad biológica establecida en el artículo 75 del Código de Familia, incluso esta situación se ve reflejada en la atribución de la paternidad al padre del matrimonio disuelto cuando se desea contraer matrimonio dentro de los trescientos días

siguientes de terminada la unión, exigiéndose un certificado médico que demuestre si existe estado de gravidez.

En Cuba, los centros que realizan la inseminación con el semen de un donante, exigen a los cónyuges la firma de un documento, exonerando al grupo médico de cualquier situación legal que se pueda presentar respecto a las consecuencias de dicho tratamiento, tanto para la pareja, como para el niño o la sociedad. Exigencia que desde el punto de vista médico puede ser aceptada, resultando loable examinar el tipo de tratamiento jurídico que recibirá ese niño concebido por las TRHA; y si un documento privado constituirá el medio idóneo para plasmar la voluntad de las partes y otorgarle credibilidad de conformidad con la ley, presupuestos presentes en los instrumentos públicos que, dotados de la fe pública notarial, imprimen un sello de legalidad, autenticidad y presunción de veracidad, constituyendo prueba plena solo imputable ante casos de nulidad acaecidos en proceso ordinario ante el Tribunal Provincial Popular, documento que en nuestro criterio, constituiría el mecanismo idóneo para plasmar la voluntad de las partes y el consentimiento de realizar este acto, valorando en todo momento la importancia jurídica, moral y social que representa concebir una nueva vida.

Otra de las problemáticas que genera la temática sería la determinación de la maternidad, la cual como se ha referido, se prueba con el parto según el artículo 76 del Código de Familia, supuesto no concluyente si la concepción se ha realizado por medio de las TRHA, en el que puede no coincidir la gestante con la madre biológica; o aun siendo la madre biológica, esta acceda a la entrega del niño, y otra mujer sea la que desempeña el papel legal que precisa el menor.

Así que, la legislación nada establece acerca del cuál sería el instrumento idóneo para plasmar lo convenido por las partes, pero desde el punto de vista contractual, el

embrión no puede ser objeto de contrato, pues no se considera la vida humana como un bien apropiable o comercial. Se entiende entonces la escritura pública como el medio más idóneo a emplear, instrumento que permite conocer la voluntad de los comparecientes como prueba de la legalidad, autenticidad y presunción de veracidad, seguridad jurídica que no solo se verá reflejada por la fe pública notarial, sino además por el funcionario encargado de autorizar el instrumento.

Si bien es cierto que, en el país son practicadas las TRHA, no existe un cuerpo normativo especial que las regule, normándose por interpretaciones de preceptos que no se encuentran forjados para recoger todo el conjunto de situaciones jurídicas que traen aparejada la utilización de las TRHA.

CONCLUSIONES

La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida ha conllevado a análisis teológicos, morales y jurídicos sobre sus efectos y repercusiones. La regulación de las relaciones filiatorias incluyendo la maternidad subrogada o sustituta, han determinado abandonar la correspondencia entre madre biológica y gestante, reconceptuando la filiación paterna y materna adquirida en la actualidad por el empleo de alguna de las TRHA, la que no encuentra en Cuba amparo jurídico.

La implementación de una ley especial que regule las técnicas de reproducción humana asistida constituye una necesidad imperiosa en el ordenamiento jurídico cubano, la inclusión de elementos fundamentales respecto al tema en la perenne elaboración del Anteproyecto de Código de Familia subsanaría algunas de las carencias actuales, pero no representaría una adecuada respuesta a la orfandad legislativa en la que se encuentra la aplicación de las TRHA en el Derecho cubano actual, insuficiencia que sería

solucionada con la creación de una ley especial que propicie el tratamiento necesario para su aplicación e ilumine la oscuridad jurídica en la que se encuentran nuestro ordenamiento, cuyo principal objetivo sería la protección, no solo del interés del menor concebido, sino el respeto de la propia vida humana como baluarte de existencia del hombre, atributo que no puede constituir jamás objeto de comercio o desatención.

REFERENCIAS

Fuentes doctrinales

- Cabanillas Sánchez, Patricio. (1993). *Comentarios al Código Civil Español, Capítulo I, De las personas Naturales*, Tomo I, Vol. 3, 2da Edición, Editorial V.lex, enero
- Corral Talciani, Hernán. (1992). "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 19, No. 3, Santiago de Chile
- Díaz-Ambrona Badajá, M^a Dolores. (2002). "Técnicas de la reproducción humana asistida en la legislación española. Su problemática en las uniones de hecho", XXII Congreso Internacional de Derecho de Familia, en edición
- García-Moreno Marchán, Rosada, (2004), "Estudio de esterilidad. Diagnóstico de la pareja estéril", en *Ginecología y Obstetricia Clínica*, Barcelona, España.
- Gumucio Schönthaler, Juan Cristóbal. (1994). *Procreación asistida heteróloga. Efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 21, No. 2, Santiago de Chile
- Mendoza C., Héctor A, (2015). "El inicio de la vida: discurso bioético-jurídico en la Legislación Mexicana", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, enero
- Rodríguez Corría, Reiner. (2002). "Las técnicas de reproducción asistida un reto moral y jurídico", en *XXII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, en edición
- Rodríguez Yunta, Eduardo. (2001). "Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 28, No. 2, Santiago de Chile
- Pérez Contreras, María Monzerrat. (2000). "El derecho de los homosexuales", Cámara de diputados, LVIII legislatura, Universidad Autónoma de México, primera Impresión, México
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *et.al.*, (2006), *Causa de las relaciones jurídicas civiles*, en *Derecho Civil, Parte General*, Primera Edición, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2013). "Comentarios al Código Civil cubano", Tomo I. Disposiciones Preliminares, Libro Primero, Vol. I, Editorial Félix Varela
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen, (2017) "El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida. Crónicas de una vida anunciada", en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México. ISSN 1870-2147. Nueva época vol. 11, no. 39. Enero - junio
- Vera Barberán, LA., (2016) "Aspectos legales de la fecundación in vitro. Un análisis de la necesidad de su regulación por el ordenamiento jurídico paraguayo", en *Revista Jurídica*, Volumen 4, Número 1
- Zapata Larraín, Patricio. (1988). "Persona y embrión humano. Nuevos retos legales y su solución en el Derecho Chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 15, Santiago de Chile

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 7 del 1 de agosto de 1992
- Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial el 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto No. 1937/1976 de 29 de noviembre, del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile
- Código Civil de la República Colombiana, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por la Ley No. 57 de 1987, edición a cargo de César Pereira Monsalve, Medellín, marzo, 1994

Código Civil de España redactado por Decreto 1836 de 31 de mayo 1974; en desarrollo de la Ley 3 de 17 de marzo 1973

Código de Familia (anotado y concordado), 2ª edición, Divulgación, Ministerio de Justicia, La Habana, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975, Divulgación MINJUS.

Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo N° 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Palma Martínez, Jorge, Ediciones y Distribuciones "Palma", Lima, 1994

Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación de MINJUS, La Habana, 1988

Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia

Fuentes Jurisprudenciales

Sentencia No. 222 de 31 de julio del 2009, único Considerando, ponente Acosta Ricart, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba