

LA FERTILIZACIÓN INVITRO HETERÓLOGA EN CUBA.
VALORACIONES EN EL ÁMBITO DE LA FILIACIÓN.*

*INVITRO HETEROLOGOUS FERTILIZATION IN CUBA. VALUATIONS IN
THE FIELD OF FILIATION.*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 430-453

* El presente trabajo es resultado de la actividad científica desarrollada por los autores en el marco del Grupo de Investigación: "El Derecho frente a los nuevos retos sociales", del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas, Cuba.



Lisandra SUÁREZ
y Luis PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La fertilización in vitro es una de las técnicas de reproducción asistida que más se emplea en los últimos años en Cuba, sin embargo, no encuentra regulación en el ordenamiento jurídico familiar, pese a que, su variante heteróloga, mediante la participación de donantes de material genético, trastoca las bases de la filiación sobre las que se erige el Código de Familia, álgido de reformulación en aras de tutelar los derechos de los sujetos involucrados.

PALABRAS CLAVE: Fertilización in vitro heteróloga; filiación; familia.

ABSTRACT: *In vitro fertilization is one of the most widely used assisted reproduction techniques in Cuba; however, it is not regulated by the legal system. The participation of donors of genetic material upsets the bases of filiation as it is conceived in the Cuban Family Code. Currently, a modification is required in the Code that protects the rights of the subjects involved in the application of this technique.*

KEY WORDS: *Heterologous in vitro fertilization; filiation; family.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. SISTEMA INSTITUCIONAL PARA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.- III. DISPOSICIONES EN EL ORDEN MÉDICO-ADMINISTRATIVO.- IV. ENFOQUE ACTUAL DEL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO FAMILIAR EN MATERIA FILIATORIA.- I. Anteproyectos de código de familia: un examen de lege ferenda.- V. PROYECCIONES PARA EL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS FILIATORIOS PRODUCTO A LA FECUNDACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO ACTUAL.- VI. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

En Cuba cerca de un 20% de las parejas en edad reproductiva experimentan dificultades con su fertilidad, lo cual ha conllevado a potenciar múltiples alternativas de atención a la infertilidad conforme al procedimiento indicado en el Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil redactado por el Ministerio de Salud Pública, identificado por sus siglas (MINSAP), poniendo de manifiesto la posición priorizada que se le concede estatalmente. El acceso a algunas de estas técnicas requiere cumplir con una serie de parámetros que establece el MINSAP, algunos de los cuales, resultan contraproducentes respecto a las vetustas instituciones reguladas en el Código de Familia vigente.

Entre las principales técnicas terapéuticas para tratar la infecundidad en el país, se encuentran la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*¹, siendo esta última en su variante heteróloga, referente de estudio de la presente investigación. Los cambios sociales, tecnológicos, médicos, los discursos académicos, los pronunciamientos judiciales y las fisuras legislativas, se alzan como exhortación a un acercamiento de la temática en Cuba, nación que además de ser un paradigma en

I En lo adelante identificadas con las siglas FIV. Las técnicas en sentido genérico y la FIV en especial, pertenecen propiamente a la esfera de los derechos reproductivos, entendidos como el derecho a decidir sobre si procrear o no, a la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, en función de la fecundación. Vid. ÁVALOS CAPIN, J.: *Derechos reproductivos y sexuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, México DF, 2013, p. 2268.

• **Lisandra Suárez Fernández**

Es profesora e investigadora de la Universidad de Matanzas, Cuba. MsC. en Derecho de Familia. Doctoranda de la Universidad de La Habana. Notario público de la República de Cuba. Ha realizado 8 publicaciones en diversas revistas especializadas en Derecho, tanto nacionales como extranjeras. Coautora en el Libro Retos del Derecho ante el envejecimiento poblacional merecedor del Premio de la Academia de Ciencias, Cuba, 2018. Ponente en congresos internacionales y nacionales en los últimos años. Correo electrónico: lisisf85@gmail.com.

• **Luis Pérez Orozco**

Es profesor e investigador de la Universidad de Matanzas, Cuba. Asesor jurídico de la Universidad de Matanzas. Ha realizado publicaciones en diversas revistas especializadas en Derecho de España, México y Uruguay. Ponente en diversos eventos nacionales e internacionales. Correo electrónico: luisperezorozco1994@gmail.com

cuanto a los servicios médicos, no está ajena a esas transformaciones, sin embargo, su realidad como la de otros muchos países apunta a una carente regulación en relación al impacto de esta técnica en las relaciones paterno-filiales.

Si bien es válido referenciar los intentos legislativos contenidos en los Anteproyectos del Código de Familia, puntualmente el del año 2008, por dedicar todo una Sección a abordar el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, destaca el hecho de no hacer alusión expresa a la fertilización *in vitro*, demostrando la prevalencia de un pensamiento conservador en el legislador y la vitalidad de consolidar una ideología capaz de impulsar una reforma coherente al respecto, cuestión sobre la que han incursionado académicos patrios de las ciencias jurídicas como PÉREZ GALLARDO, VALDÉS DÍAZ, MESA CASTILLO y HUNG GIL, secundados desde el área de la Medicina por LUGONES BOTELL, DÍAZ BERNAL y GARCÍA JORDÁ, quienes reflexionan particularmente sobre la infertilidad y el sistema de salud cubano.

Con motivo de las anteriores inquietudes científicas se motiva el estudio al respecto, con la pretensión de proponer pautas sustantivas familiares para la tuición en Cuba de los sujetos beneficiarios de la fertilización *in vitro* heteróloga, los donantes y la descendencia obtenida por esta técnica.

II. SISTEMA INSTITUCIONAL PARA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Como parte de los tratamientos especializados en Cuba existe una red de instituciones médicas que atienden a las personas que presentan dificultades para procrear. Según información difundida ante la Asamblea Nacional del Poder Popular² más de 100.000 parejas tienen alguna dificultad para la reproducción y alrededor de 1.500 están a la espera de técnicas de reproducción asistida de alta tecnología, incluida la fertilización *in vitro*.

“Actualmente la dirección del MINSAP ha retomado esta tarea como un elemento prioritario, lo que expresa la voluntad política de nuestro país de solucionar los problemas de infertilidad”³, pues representa un perjuicio para la estabilidad y desarrollo de la familia, así como para el remplazo poblacional. El interés estatal ha estado enfocado en facilitar los servicios médicos a las personas afectadas y en el desarrollo de la tecnología, cuestión que se corrobora en el aumento de las consultas de infertilidad en los municipios y en la expansión en

2 Presentación a la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, julio de 2017. Disponible en: <https://www.parlamentocubano.cu>, Consultado: 4 de marzo de 2018.

3 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, K. y MÉNDEZ VIDAL, J.: “Factores clínico-terapéuticos que influyen en el logro de embarazo en pacientes tratadas por fertilización *in vitro*”, *Revista Cubana de Endocrinología*, vol. 26, núm. 2, 2015, p. 110.

las provincias del país de centros de reproducción asistida de alta tecnología, incorporando novedosamente la ovodonación como nueva técnica⁴.

Recientemente, en el Balance del Ministerio de Salud Pública cubano correspondiente al año 2017 se anunció que se avanza en la búsqueda de tratamientos más efectivos para las parejas con problemas de infertilidad, con el propósito de que puedan tener descendencia, a lo que se agregó que este tema es hoy objetivo priorizado del Ministerio a través del Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil.

El galeno ÁLVAREZ FUMERO, especialista en pediatría y jefe del Departamento de Atención a la pareja infértil, apunta que la atención desarrollada en ese programa “es integral y tiene por objetivo modificar el panorama demográfico cubano que se caracteriza por baja natalidad, bajo número de hijos promedios por mujer y bajo nivel de hijas hembras [...]”⁵. El programa concibe el inicio de la atención en el nivel primario de salud donde se realiza el diagnóstico y se ofrece consejería sobre infertilidad. La atención secundaria abarca las técnicas de baja tecnología que se emplean a nivel hospitalario. Comprende el diagnóstico definitivo, estimulación de la ovulación amplia, el tratamiento quirúrgico de factores uterinos y peritoneales, cirugía conservadora y capacitación del semen con determinados recursos para multiplicar su capacidad. Finalmente, existen también para las personas que lo requieran procedimientos de alta tecnología, pertenecientes a la atención terciaria, donde se incluyen la fertilización *in vitro*, la donación de óvulos, el banco de espermatozoides y el diagnóstico genético pre-interpretativo.

Queda expuesto que el problema de la infertilidad es una realidad en suelo cubano, siendo las técnicas de reproducción humana asistida ampliamente difundidas; convocando al Derecho, a ganar sincronía con la ciencia, en aras de evitar situaciones de conflicto en el sensible ámbito familiar y especialmente filiatorio. Reflexionar sobre el tema invoca recordar a VALDÉS DÍAZ cuando alega que “el acceso a esas técnicas, su ámbito de aplicación, la capacidad requerida para ello, el consentimiento informado para su posible aplicación, la protección de los derechos inherentes a la personalidad que pudieran ser vulnerados, tales como la propia vida, la integridad física, la libertad, la intimidad, la identidad personal, la responsabilidad que se asume con su práctica y, sobre todo, los derechos del nuevo ser que nace, especialmente su filiación, son aspectos que el Derecho

4 En el 2015 los centros provinciales eran cinco más que el año anterior, mientras que en el 2016 se consolidan los servicios municipales de atención a la pareja infértil, se fortalece la red de centros provinciales y el desarrollo de cuatro centros territoriales de alta tecnología. Quedó extendido desde 2017 el programa de ovodonación a los Centros de Alta Tecnología territoriales de los Hospitales Ramón González Coro, Gustavo Aldereguía y Vladimir Ilich Lenin, iniciando la vitrificación de embriones los hospitales Hermanos Ameijeiras y González Coro en los meses de agosto/septiembre.

5 CARRASCO, J.: *Cuba tiene un programa para los hijos del amor*, Disponible en: <http://mesaredonda.cubadebate.cu/mesa-redonda/2013/02/15/cuba-tiene-un-programa-para-los-hijos-del-amor/> Consultado: 20 de mayo de 2018.

Civil debe considerar y regular afinando «el sentido común», para salvaguardar los intereses de la persona y de la sociedad, sin poner innecesarios cortapisas al desarrollo de la ciencia, pero sin olvidar los límites necesarios para una armónica convivencia, donde la dignidad humana debe ocupar el primer plano⁶.

III. DISPOSICIONES EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO.

En lo tocante a la regulación administrativa de las técnicas de reproducción humana asistida sólo se pueden referenciar la Ley de Salud Pública, su Reglamento, la Resolución número 219 del año 2007 y la Resolución número 61 del año 2014, todas emitidas por el MINSAP. Su examen devela que en relación con la fertilización *in vitro* las mismas no regulan este procedimiento médico de modo individualizado.

Por tanto, el protocolo implementado sigue los fundamentos de la Ley de Salud Pública donde se expresa que la organización y la prestación de los servicios que a ella corresponden se basan, entre otros, en el reconocimiento y garantía del derecho de toda la población a que se atienda y proteja apropiadamente su salud en cualquier lugar del territorio nacional, así como la aplicación adecuada de los adelantos de la ciencia y de las técnicas médicas mundiales. En relación a los métodos de diagnóstico que impliquen riesgos, e intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, se tiene como fundamento la aprobación de los pacientes⁷. Tales cuestiones, propiamente hacia el área de la medicina involucrada, se replican en su reglamento, entiéndase Decreto número 139 del año 1988, al estipular que “el Sistema Nacional de Salud creará las condiciones para asegurar la atención ginecológica, promoverá y realizará acciones para el diagnóstico y tratamiento de los aspectos de la reproducción humana, la infertilidad y regulación de la fecundidad, de acuerdo con las normas y regulaciones establecidas por el Ministerio de Salud Pública”⁸.

Por su parte y más recientemente la Resolución número 61 del año 2014 regula la ovodonación, como una técnica excepcionalísima de reproducción asistida de alta complejidad, consistente en la aspiración folicular en una mujer donante, que puede ser familiar o anónima y la implantación folicular de ese material genético en una mujer receptora, paciente del Servicio de Reproducción Asistida del Sistema Nacional de Salud. Este procedimiento incluye sólo un momento de la fertilización *in vitro*, y de este, únicamente una arista: la participación femenina en la donación de material genético, no existiendo regulación legal para el caso de gametos masculinos.

6 VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 31, 2014, p. 461.

7 Cfr. arts. 4, incisos a) y e), 18 y 19 de la Ley número 41 de 1983 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

8 Cfr. art. 36 de la Ley número 41 de 1983 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

Sus postulados establecen que “la donación de ovocitos sólo ocurrirá con donante conocida cuando esta sea familiar de primer grado y hasta segundo grado de consanguinidad; empleando una donante anónima en los casos de pacientes en tratamiento de reproducción asistida, cuya reserva ovárica permita garantizarle al menos nueve óvulos para su tratamiento y que, previa autorización expresa y por escrito, autorice donar los óvulos supernumerarios”⁹. Cuando la donación sea anónima, “la donante tiene que manifestar expresamente y por escrito, debidamente firmado, su voluntad de aceptar donar sus óvulos de manera altruista y no retribuida; renunciando al derecho de filiación sobre los óvulos donados y de reclamación legal posterior al procedimiento”¹⁰. Tal regulación, en los casos de ovodonación, disipa los conflictos filiatorios en relación a quién es realmente la madre, entre quien aporta los gametos y quien lleva a cabo la gestación, en tanto, la Resolución no otorga primacía a la filiación genética.

Especial referencia amerita, como parte de las polémicas que se generan para los beneficiarios de esta técnica del dictado de la norma administrativa, el empleo del término: “la pareja”. Superar esta concepción implica retomar la imbricación entre el principio de igualdad y los derechos reproductivos, en tanto, la Constitución cubana dedica íntegramente un capítulo a regular lo concerniente al principio de igualdad, vista además de principio, como basamento económico, social y político que permite la materialización real de los demás derechos y como presupuesto que condensa una igualdad de posibilidades y de trato sin discriminación¹¹; enlazando obviamente la libertad de adoptar decisiones relativas a la reproducción con la libre elección del modelo familiar a constituir sin sufrir discriminación alguna.

Sin embargo, la práctica de estas técnicas se ciñe no sólo a la pareja, sino a la pareja heterosexual, con lo cual, las uniones del mismo sexo o las mujeres sin concurso de varón, se excluyen del derecho a tener descendencia, desconociendo la posibilidad de la familia monoparental e imponiendo un modelo de familia con la necesaria presencia de dos progenitores, cuestión que debe replantarse en función de la concreción del principio de igualdad, fusionando el derecho a la implementación de la técnica, con el derecho a formar una familia y el reconocimiento de nuevas modalidades familiares que desean ejercer su rol de paternidad y/o maternidad, en aras de que los derechos reproductivos evolucionen

9 Cfr. art. 7 de la Resolución número 61 de 2014 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

10 Cfr. art. 8, apartado 6 de la Resolución número 61 de 2014 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

11 VILLABELLA ARMENGOL, C.: “Los Derechos Humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en AA.VV.: *Temas de Derecho Constitucional Cubano* (coord. L. PÉREZ HERNÁNDEZ y M. PRIETO VALDÉS), Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 322.

a la par de la libertad de fundar una familia, que “implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”¹².

Otro de los puntos neurálgicos del análisis de esta Resolución se refiere a la ausencia de un profesional del Derecho en la obtención del consentimiento, delegando al médico no sólo la función de facilitar información clara, objetiva, suficiente y apropiada a la persona, especificando la finalidad con que se van a obtener los datos genéticos, de qué forma se obtendrán, y cómo se van a utilizar y conservar esos datos, la descripción de riesgos y consecuencias, sino también la incidencia de este proceder en el conocimiento del origen genético¹³ y en la filiación.

Hasta este punto del análisis puede decirse que la regulación más atinente al tema de las técnicas de reproducción asistida descansa en las referidas normativas administrativas sin una correlativa expresión en el ámbito sustantivo familiar. Al respecto resume PÉREZ GALLARDO que “muy a lamentar, no existe en Cuba norma alguna en el orden legal, tuitiva de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, las que desde hace más de dos décadas se practican, con éxito, en Cuba. Es verdaderamente insólito que en un país como Cuba que va a la cabeza en avances de las ciencias médicas en el continente, haya una total ausencia del menor resquicio de regulación jurídica en este orden. Las técnicas de reproducción humana asistida ya no constituyen novedad ni en el orden médico ni en el jurídico. A pesar de todo lo que se ha escrito en los últimos años por la doctrina jurídica y de la necesidad de que este proceder médico esté dotado de seguridad jurídica (...), no se ha hecho el menor intento por dotar de una norma jurídica, a un proceder médico que ha cambiado desde hace más de tres décadas los postulados tradicionales en los que se ha sustentado la filiación”¹⁴.

12 Vid. Comité de los Derechos Humanos, Observación General núm. 19 en RODRÍGUEZ ITURBURU, M.: “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad”, *Reproducción*, vol. 30, núm. 4, 2015, p. 147. En relación a la imbricación de los derechos sexuales y reproductivos con otros derechos y principios vid. VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.: “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, pp. 9-23.

13 En relación a este elemento se dispone la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona identificable, los que “no serán utilizables por terceros, salvo razones relevantes a la seguridad pública o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos”. Una interpretación amplia de su contenido, hace colegir que el hijo procreado mediante fertilización *in vitro* heteróloga podría acceder a la ficha clínica del donante, si con ello puede prevenir o curar enfermedades o anomalías hereditarias propias. La normativa, no está dirigida específicamente a los donantes de material genético, sino que engloba todos los supuestos de recolección de datos sobre ADN. De su articulado se desprende el sistema de anonimato relativo, que permite al hijo cierta y limitada accesibilidad a los datos biogenéticos del donante al existir razones de peso para salvaguarda intereses superiores del nacido, o pueda ser autorizado por autoridad judicial cuando existan motivos fundados, y lógicamente, sin que este conocimiento establezca relación alguna de filiación. Esta solución armoniza tanto el derecho a la vida y salud del hijo, como el de la intimidad del donante. Cfr. arts. del 3 al 26 de la Resolución número 219 de 2007 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

14 PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba”, *Revista Universitas*, núm. 122, enero-junio de 2011, pp.434-435.

Surge así, un nuevo dilema para el Derecho de Familia, puesto que el Estado, tiene el deber de tutelar y defender las prerrogativas fundamentales y garantías de las personas que se someten a tratamientos de reproducción humana asistida, así como de los concebidos mediante estos procedimientos en cuanto al establecimiento de vínculos filiatorios y de parentesco. Se necesita de un avance legislativo en el orden sustantivo familiar; pues particularmente la FIV implica desconectar el fenómeno reproductor humano del ejercicio de la sexualidad, desbordando las estructuras jurídicas existentes. Las Resoluciones antes analizadas, si bien, demuestran una postura de las instituciones de salud al respecto, puede decirse que no son vinculantes ni coherentes con lo dispuesto en el Código de Familia, más bien se contraponen. Teniendo en cuenta este panorama, se analizará a continuación la posición asumida por el ordenamiento jurídico familiar respecto a las líneas fundamentales reguladas por el Ministerio de Salud Pública.

IV. ENFOQUE DEL ORDENAMIENTO SUSTANTIVO FAMILIAR EN MATERIA FILIATORIA.

Los preceptos del Código de Familia, normativa encargada de proteger y defender los diferentes factores y elementos integradores que rodean las relaciones jurídicas familiares, revelan que, el *Code*, no determina con exactitud, los derechos y obligaciones de los sujetos beneficiarios y donantes, involucrados en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente de la FIV con material genético de terceras personas, aún y cuando de ella se derivan cuestiones asociadas a la determinación de la paternidad, la identidad y filiación del nuevo ser.

Ergo, ante la ausencia de una regulación legal de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico familiar patrio, urge una regulación especial que las contemple, para establecer los límites dentro de los cuales deben ser aplicadas y utilizadas y, fundamentalmente, para conocer con exactitud las relaciones jurídicas que ellas originan entre los sujetos que las utilicen, máxime cuando su práctica se encuentra sólidamente establecida en nuestras instituciones de salud.

En el ámbito de la maternidad las polémicas pudieran resultar mínimas, en tanto, en función de las presunciones establecidas la maternidad se presume y queda probada por el hecho del parto y la identidad del hijo, prevaleciendo el aforismo latino *mater sempercertaest*. Por tanto, queda vedada la posibilidad de conflicto de maternidades (genética y gestante), pues el hecho del parto reservado a la madre gestante, pese a haber empleado material genético ajeno, consagra la filiación materna. Con ello, puede afirmarse que, el actual sistema de filiación jurídicamente establecido, no genera contradicción en relación al modo en que opera la técnica, en tanto, hasta el momento ha sido reservada a la pareja heterosexual, de tal forma que, madre es la que ha dado a luz, y no la que donó

el óvulo. Con base en lo expresado la técnica se favorece con el principio que asevera que la maternidad gestante determina la filiación, sin lugar a posteriores impugnaciones reclamando o negando la filiación.

Cuestión diversa se presenta en el caso de la filiación paterna, dado que, nuestra legislación proclama según el art. 75 que la filiación paterna del recién nacido se acredita mediante presunciones *juris tantum* de paternidad que tienen como elementos constitutivos el *nomen* (cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en documento indubitado), el *tractatus* (cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción) y la fama (cuando la condición de hijo se halla hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia). Sin embargo, estas pueden ser destruidas de plano frente a la filiación genética, cuando se ha aplicado la FIV con material masculino de terceras personas, en tanto, la presunción protege la paternidad que se origina de la interacción sexual entre una pareja que, con la implementación de la técnica quede desvirtuada, siendo entonces siempre susceptible de impugnación aquella paternidad surgida de la FIV heteróloga, cuando el consentimiento del donante únicamente se contiene en documento administrativo. Su emisión frente a otros funcionarios daría importantes garantías, que a juicio de los autores, no se completan frente a especialistas médicos, que sin el conocimiento acabado de temas como la filiación, pueden dejar abierta la brecha a su revocación o la impugnación de la filiación, cuestión salvada si se delegaran tales atribuciones a funcionarios públicos, en tanto, quedaría sentada jurídicamente la imposibilidad de impugnar la paternidad; con apoyo del principio de no retractarse de sus propios actos (*venirefactum contra proprium*)¹⁵.

Del examen de las presunciones del Código de Familia se evidencia que las mismas, especialmente en el caso de la paternidad, están basadas en el hecho de que toda fecundación proviene de un hecho social, la cohabitación¹⁶ y un acto biológico¹⁷, entendido como la relación sexual que se supone debió darse entre la pareja. No obstante, esta concepción no se corresponde con el caso de la FIV

15 Los actos propios "(...) son aquellos que como expresión de libre y espontánea decisión se realizan con el fin de crear, extinguir o modificar algún derecho, luego entonces la teoría del acto propio tiene como esencia la de que, así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir válidamente contra sus propios actos, y ello porque si bien toda persona es libre de realizar o no un acto, al realizarlo y reconocer algún derecho a favor de tercero surge una relación jurídica entre ambos que no puede después ser arbitrariamente destruida por actos posteriores (...)". Vid. Sentencia número 534 de 30 de julio del 2004. Cuarto Considerando. Ponente Acosta Ricart y Sentencia número 751 de 25 de noviembre del 2005. Primer Considerando. Ponente Acosta Ricart, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo de la República de Cuba, en PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Código Civil de la República de Cuba anotado y concordado*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 17.

16 Con las FIV heteróloga, la no cohabitación dejaría de ser prueba plena de la no paternidad. El cónyuge pudo no tener contacto con su mujer durante la época en que se presume la concepción y sin embargo ser el padre del hijo concebido mediante esta técnica siempre que lo haya consentido.

17 En tono de avance y en sede jurisprudencial cubana la Sentencia número 153 de 29 de mayo del 2009 del Tribunal Supremo Popular de Cuba, Ponente María Carrasco Casi, Único Considerando se reconoció expresamente que el fin del Código de Familia es adaptar el régimen jurídico a la realidad biológica.

heteróloga, situación que supone una ruptura a estas presunciones, puesto que, biológicamente el miembro masculino de la dupla puede no ser el padre genético del hijo que ha nacido dentro de la relación, por lo que, de intentar una acción de impugnación de paternidad, tal y como actualmente está regulado en el Código de familia, esta pudiera prosperar atendiendo a lo estrictamente concebido en ley.

El esquema legal actual, construido sobre la base del convencimiento y creencia indiscutida de que la relación sexual, es el único modo por la que se produce la fecundación de un nuevo ser, no puede funcionar en estos casos. Ello conlleva a la reflexión de que es necesario expandir los cimientos de la filiación teniendo en cuenta que "(...) hoy existe una nueva realidad, es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético"¹⁸. El Código al no contemplar las técnicas de fecundación asistida heteróloga silencia todo tipo de respuesta sobre la filiación que se origina a partir de estas prácticas absolutamente extendidas en Cuba, negando la moderna teoría genética de la filiación, que en la actualidad está imponiéndose a la clásica teoría romanista, a la cual se aferra la legislación familiar patria.

La variante heteróloga perfila un nuevo concepto de paternidad por el cual es considerado padre no al que tuviera vínculos genéticos con el menor, sino a quien asume la responsabilidad con la carga de derechos y obligaciones que ello entraña, donde la decisión de tener descendencia es el punto de partida. Puede observarse, que la admisibilidad de la técnica de fecundación asistida, con gametos provenientes de un tercero, distorsiona el criterio imperante, según el cual la filiación quedaba condicionada a la existencia de una cohabitación fecundante. En otras palabras, el acto sexual no quedaba disociado del efecto generativo, y la consecuencia procreativa obraba en principio, al arbitrio de la naturaleza, sin que interviniera ningún proceso de manipulación¹⁹. Hoy, con el auge de la

18 SOTO LAMADRID, M.: *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p.76.

19 Sentencia núm. 724 de 18 de noviembre de 2003 del TSP, Ponente: Carmen Hernández Pérez, Segunda Sentencia, Único Considerando: "que si bien el demandado JCEB, ciudadano español, reconoció como suya, mediante inscripción de nacimiento, a la menor M, hija de la también demandada YM, ello se realizó faltando a la verdad, toda vez que en el periodo que pudo haber ocurrido la concepción de la menor estas personas no se encontraron y por ende no tuvieron posibilidades reales de cohabitar, (...) de todo lo que se colige que no existe relación biológica de padre e hija entre uno y otra". Sentencia núm. 635 de 11 de agosto de 2006 del TSP, Ponente: Marta Acosta Ricart, Único Considerando. "... luego el examen del conjunto de todo el material probatorio (...) quedó demostrada la existencia de relaciones públicas y notorias entre las partes, durante el período en que pudo tener lugar la concepción de la menor cuya filiación paterna se interesó...". Sentencia núm. 716 de 25 de octubre de 2006 del TSP, Ponente: Marta Acosta Ricart, Segundo Considerando. "en lo referente al parecido de la menor con el recurrente apreciado por los testigos de su contraria es de señalar que los mismos no se limitaron a exponer sobre el particular cuando la menor era recién nacida, sino que aseguraron que el mencionado parecido físico aún se mantiene y es visto que ya la menor tiene más de diez años de edad, pero además fueron contestes en cuanto a los actos del inconforme durante el periodo de gestación de la no recurrente, que denotaban el reconocimiento por su parte, en relación con la paternidad respecto al fruto de ese embarazo". Sentencia núm. 791 de 28 de noviembre de 2006 del TSP, Ponente: Marta Acosta Ricart, Segundo Considerando: "de las actuaciones consta acreditado que en realidad entre el inconforme y su contraria en el pleito existió una unión marital, que aunque breve en el tiempo contó con la singularidad, y notoriedad suficiente, lo cual incluso admite el

implementación de la reproducción humana asistida heteróloga, es lo contrario, ya que se ponen en entredicho, las categorías jurídicas conceptuales vigentes, de forma arraigada hasta la actualidad en las relaciones familiares y concretamente en las relaciones paterno/materno filiales.

En este sentido el acto desencadenante de fecundación, la copulación, que, como consecuencia directa, atribuí a la progenitura a los cohabitantes, no resulta necesario, es más, la paternidad y maternidad actúan independientemente a ella. Es por ello que *a priori* se percibe una despersonalización, porque el acto en sí mismo considerado deja de ser íntimo de la pareja, para convertirse en externo, plural, en el sentido de que en el proceso intervienen otros agentes que lo manipulan y propician. En ese caso se encuentran los especialistas médicos que con su actuación viabilizan el acto de fecundación, y los donantes como sujetos vitales, en tanto, intervienen necesariamente en la FIV, aportando el material germinativo, con lo cual se colige con facilidad que el acto procreativo deja de pertenecer intrínsecamente a la pareja.

Ante los aspectos mencionados, se hace posible, configurar un término, que permitiría, garantizar y clasificar una nueva fuente de filiación a través de la técnica de reproducción humana asistida, denominada "filiación inducida"; caracterizada por ser una fecundación extrauterina que excede la previsión tenida en cuenta por el legislador, especialmente en el ámbito de la presunción de la paternidad del cónyuge, establecida específicamente en los arts. 75 y siguientes del Código de Familia, dejando a la deriva la seguridad que ameritan las relaciones filiatorias.

Tales polémicas se extienden a la facultad de impugnación del *status filii* consignada en el art. 78, la cual se supedita a la imposibilidad de los cónyuges de haber procreado el hijo²⁰. Sin embargo, en el ámbito de las FIV heteróloga, "la

mismo, coincidiendo la existencia de esa unión con el momento en que según los especialistas pudo tener lugar la concepción".

- 20 Muy interesantes resultan dos sentencias del máximo órgano judicial cubano. En ambos casos, el Tribunal le otorgó mayor credibilidad a la prueba testifical y pericial frente a la documental que acreditaba la imposibilidad para procrear como causa para impugnar la filiación ya establecida. Vid. Tercer Considerando de la Sentencia número 510 de 31 de octubre del 2013 del Tribunal Supremo Popular, siendo ponente Isabel Arredondo Suárez, donde comenta que: "el impugnante sustenta la inconformidad que relata, en inequívoco criterio personal valorativo de los elementos de prueba obrantes en las actuaciones, de manera que sobreestima el resultado de las pruebas de documentos consistentes en resultados de espermograma que se le practicara por el Departamento de Biología Reproductiva del Hospital "Eusebio Hernández" y certificado médico emitido por facultativa, cuando por su contenido no resultan contundentes, en tanto no determinan su imposibilidad física para procrear, constatándose como las pruebas de testigos y de reconocimiento de personas practicada a instancia de su contraria en el pleito, aportan elementos de juicio diametralmente opuestos a los que pretende hacer valer". En igual sentido razona la Sentencia número 895 de 23 de diciembre de 2014 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba siendo Ponente Marta Acosta Ricart. Vid. su Segundo Considerando donde se alega que: el inconforme "sostiene el infundado criterio de que se han valorado erróneamente las documentales que oportunamente presentó en relación con el resultado de un estudio que se le realizó, denominado espermograma, lo que en realidad no acontece, pues en los razonamientos en que se sustenta la decisión impugnada, si se evalúa dicho extremo, pero no se le concede virtualidad suficiente para descartar la probabilidad de la procreación, debido a la fecha posterior en que se realizó, fuera del período en que tuvo lugar la fecundación, pero

imposibilidad de procreación” no es suficiente para derribar el vínculo filiatorio, de manera que también debería ser considerado la invalidez del consentimiento como una causa para lograrlo. De manera que, para impugnar la paternidad, el cónyuge debe demostrar que la técnica fue llevada a cabo por su esposa sin su válido o vigente consentimiento, por lo tanto, no se le pueden atribuir responsabilidades en relación a ese hijo.

En definitiva, en términos presuntivos la imputación de la paternidad o maternidad resultaría para los miembros de la pareja comitente al acto en que consienten formalmente la técnica, cual si se tratara de una presunción *iure et de iure*, al ser irrefutable cuando se demostrase que el varón consintió la fecundación *in vitro*, y que la concepción se produjo como consecuencia directa de la técnica, toda vez que el consentimiento otorgado comporta la aceptación del vínculo y de las funciones paterno filiales.

Es necesario también redimensionar el art. 81, mediante el cual la persona que se considere con derecho a inscribir como suyo, al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin. En este sentido, la disociación de la figura de la paternidad de la aportación genética, devenida de la utilización de la reproducción humana asistida heteróloga, redefine el papel del progenitor biológico que sólo será identificado como dador de material genético, por tanto, quien actúa constantemente como padre se convierte simultáneamente en progenitor en el ámbito jurídico.

El rol de padre, por tanto, debe ser asumido por quien voluntariamente aceptó serlo, y no por el donante o progenitor biológico, quien únicamente participo aportando su material genético sin ninguna voluntad de paternidad. Así habría que diferenciar el concepto de padre, del de progenitor biológico, refiriéndose el primero a quien voluntariamente ha asumido ese rol, con la función, potestades facultades que ello conlleva, distinguiéndose del segundo que simplemente alega un endeble derecho de paternidad fundamentado en la cesión de su propio patrimonio genético, por lo cual, la ley que en un futuro reglamente estas técnicas, deberá limitar cualquier planeamiento de acciones de reclamación o impugnación de paternidad o maternidad atendiendo los razonamientos alegados²¹.

además, porque resultaron de mayor peso y credibilidad, las pruebas de testigos y la pericial consistente en examen antropológico comparativo”.

- 21 Los términos padre y progenitor son indistintamente utilizados por el Tribunal Supremo cubano, así se evidencia en la Sentencia núm. 527 de 11 de agosto de 2006, Ponente: Orlando González García, Primera Sentencia, Primer Considerando: “la acción encaminada al reconocimiento de hijos que consagra el artículo 77 del Código de Familia, en virtud de la cual resultan legitimados para su ejercicio los propios hijos y el progenitor que ya los hubiere reconocido respecto al que aún no lo hubiere hecho, no desvirtúa la procedencia de la acción dirigida a demostrar la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 75 del propio texto legal en presencia de las cuales cabe presumir la paternidad por el padre que,

I. Anteproyectos de Código de Familia: un examen de *lege ferenda*.

Ante este contexto en el que se encuentra el Código de Familia cubano, los esfuerzos legislativos han intentado hallar soluciones salomónicas. En mayo de 2008 fue promovido un Anteproyecto por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La versión emitida en fecha 26 de mayo de 2008, idéntica a la del 19 de marzo respecto al tema, regula entre los supuestos fácticos en los que se presume la filiación, la derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Al aceptar las técnicas de fecundación asistida como presunción filiatoria el Anteproyecto se funda en el respeto a la autonomía de la voluntad²², y más precisamente a la autonomía de la voluntad procreacional, que permite y justifica tener un proyecto de vida autodeterminado. No obstante, los autores de esta investigación estiman que el legislador fue demasiado generalizador, y olvidó legislar algunas de las particularidades que conlleva cada técnica y en especial la fecundación *in vitro* heteróloga.

En este sentido se advierte que al estipular que “cuando una mujer y un hombre, unidos en matrimonio formalizado o no, acuerden voluntaria y expresamente la utilización de alguna de las técnicas de reproducción asistida para lograr el embarazo de la mujer, con el aporte del semen de otro hombre; la pareja de ésta no puede impugnar la paternidad del hijo o hija así concebido; ni la mujer reclamarla al donante” se concibe únicamente la donación de semen para la fecundación heteróloga, desconociendo que también se ha reconocido la donación de óvulos en la ya citada Resolución número 61 de 2014 del Ministerio de Salud Pública.

El Anteproyecto si bien dedica una Sección entera a la reproducción asistida explica que no resulta conveniente en este texto especificar las particularidades y características de la reproducción asistida y su implementación, y que el sistema de salud cubano, al ser rector de todas las acciones médicas asistenciales, determinará en su momento su regulación concreta. Ante tal dictado los autores se permiten discordar, en tanto, si bien corresponde al sector de la medicina regular el proceder médico, en ningún caso, sus implicaciones en el ámbito de las relaciones familiares

ante la negativa de la madre del menor, pretende acreditar su condición”. Vid. Boletín del Tribunal Supremo Popular, La Habana, 2006, pp. 139-140.

22 En el ámbito en cuestión, esta autonomía se evidencia “en los derechos de (...) tomar decisiones racionales sobre el propio cuerpo; decidir y actuar en ausencia de cualquier tipo de coacción y presión externa; consentir o rechazar informadamente cualquier tratamiento médico (...)”. VALDÉS, E.: “Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación”, *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, enero de 2013, p. 143.

pueden quedar excluidas del fuero de la norma sustantiva familiar; criterio que se avala del estudio de las nuevas tendencias normativas a nivel internacional.

Aunque el legislador prefirió no realizar especificaciones, los autores se afilian al criterio de incluir la regulación en relación a la instrumentación del consentimiento, ya que este es el que da origen al vínculo filiatorio, aunque sus determinaciones técnicas y procedimentales puedan desarrollarse en disposiciones especiales según el funcionario frente a quien se realice la declaración sea notarial o judicial. Por tanto, fijar normativamente su valor y trascendencia en materia filiatoria corresponde inexcusablemente en primer orden al ordenamiento sustantivo familiar.

De los anteceditos análisis se concluye que el sistema jurídico nacional se ha quedado rezagado si se compara con las proyecciones legislativas de otras naciones. La regulación de los principios y efectos de la fecundación asistida heteróloga en el Código de Familia permitirían dotar a los donantes, a los sujetos beneficiarios y a los descendientes resultantes de esta técnica de seguridad jurídica en el ámbito de la filiación, previniendo así las complejas disputas que se puedan generar entre los involucrados.

“La medicina moderna agita los fundamentos de la filiación y la significación de sus reglas jurídicas. A las interrogantes de fondo se suma un difícil debate sobre los medios del Derecho: qué se debe hacer ¿Legislar? En qué plano ¿constitucional, civil, social, administrativo, penal? ¿Dejar el problema en manos de comité de ética permitiendo una regulación abierta y flexible? ¿Esperar a que la jurisprudencia nos proporcione las soluciones, inevitablemente parciales, que la imaginación de los jueces pueda descubrir en los arcanos del Derecho vigente?”²³ Ante esta tormenta de interrogantes sólo corresponde, a criterio de los autores, un juicio profundo pero eminente, pues dilatar lo inevitable, en aras de una solución en definitiva siempre perfectible y sometida a constante evolución por la propia naturaleza del tema, no puede hacernos caer en el dislate de desproteger derechos que tocan en lo más determinante a la familia.

V. PROYECCIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS FILIATORIOS PRODUCTO A LA FECUNDACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO ACTUAL.

Una vez expuesto el estado de la cuestión de la filiación derivada de la fecundación asistida heteróloga en el ordenamiento jurídico cubano, el tratamiento que presta la ley familiar a la filiación y las regulaciones médico-administrativas sólo

23 BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, 2018. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>, Consultado: 20 de mayo de 2018.

resta brindar algunas ideas que, a juicio de los autores, pudieran dotar de certera y eficaz protección jurídica en sede sustantiva familiar a la filiación derivada de la fecundación asistida heteróloga.

Para ello es válido aclarar que las pautas presentadas no pretenden crear algo absolutamente original; por el contrario, para ello se ha tenido en cuenta los avances operados en otros países que vienen ocupándose del tema desde hace varios años.

Con tal propósito se desea partir del criterio certero de la profesora cubana MESA CASTILLO cuando reconoce que: "no hay nada más difícil que legislar en materia de familia, las concepciones son diferentes, las propuestas son contradictorias, reformar un Código que se ocupe de las relaciones familiares es una engorrosa e incómoda tarea. Así, es un gran reto decidir acerca de la especial psicología e idiosincrasia de la población para regular sobre los aspectos más íntimos de la moral ciudadana. Es necesario no desconocer sus costumbres en cuanto a la organización familiar, aun cuando las propuestas de cambio se hagan bajo los dictados del progreso. Se recomienda actuar con cautela, con prevención, pues no se puede correr el riesgo de que lo que se legisle, no sólo suscite la hostilidad, sino que quede en definitiva sin aplicación, al imponerse las convenciones sociales sobre la obligatoriedad formal de las normas jurídicas"²⁴.

Cualquier iniciativa de una regulación patria de las técnicas de reproducción asistida, comienza con la inevitable promulgación de una norma jurídica especial que reglamente e integre el conjunto de dichas técnicas y sus efectos. No es suficiente una aleatoria Resolución del Ministerio de Salud Pública con tal propósito, sino que se impone un enmarque legal, con principios y soluciones propias. Se impone una norma que ampare con fundamentos bioéticos, aquellos aspectos que exceden la medicina para inmiscuirse en el ámbito de la filiación, tales como: los derechos y deberes de los sujetos beneficiarios y de los donantes, las responsabilidades de las instituciones o centros de salud, el rol de los comités de bioética, el estatuto del embrión y todo cuanto le concierne en el marco de la fertilización *in vitro*.

Esa futura legislación especial debería estar fundamentada en la posibilidad de su acceso a todas las tipicidades familiares, particularmente a las parejas del mismo sexo y a las mujeres en solitario por elección, legitimando nuestra vocación humanista en relación a la igualdad de los diversos proyectos familiares.

24 MESA CASTILLO, O.: "La experiencia de una justicia familiar en Cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia", en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 41, enero-junio 2013, p.15.

Los problemas que surgen del uso de las técnicas de reproducción humana asistida no se identifican con las otras formas de filiación, en particular cuando se utiliza material genético externo al proyecto familiar; sea de un donante anónimo o no. Por tanto, se estima que el Código de Familia debería regular en una Sección denominada “De la Reproducción Asistida”, tal y como sucede en los Anteproyectos, entendida como un tercer tipo de filiación: la inducida o por voluntad procreacional, como quiera nombrarsele.

En esa Sección dedicada a este tipo filial uno de sus pilares debería ser el consentimiento, otorgado de forma previa, informada y libre, en tanto, constituye el núcleo duro del régimen filial derivado de todas las técnicas de reproducción humana asistida. Una inspiración a seguir lo constituye el Código Civil de Argentina al regular que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil, con independencia de quién haya aportado los gametos”²⁵.

Además, ese consentimiento debe contenerse en un documento resultante del actuar de un funcionario público. De ese modo se concibe en el párrafo primero del art. 311-20 del Código Civil francés modificado por la Ley número 94-653 de 29 de junio de 1994, en cuya Sección III nombrada “De la asistencia médica a la reproducción”, dispone que los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al Juez o la Notario. Frente a esta dualidad de posibilidades en cuanto al funcionario autorizante los autores consideran que la participación de la judicatura es innecesaria, a pesar de que este procedimiento en Cuba pudiera ser tramitado por la jurisdicción voluntaria²⁶. Al respecto se considera que esta no es la solución apropiada, siendo más congruente la intervención del notario quien además de sus múltiples beneficios, aporta la labor asesora, de la que adolece la figura del juez.

En primer lugar, en cuanto a la factibilidad de realizar tal proceso por la vía de la jurisdicción voluntaria, puede alegarse que la Ley ritaria cubana atribuye esta jurisdicción a los órganos judiciales porque se trata de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían y que precisan por sus características de un control fiscalizador fuerte como los asuntos de adopción.

25 *Cfr.* art. 562 del del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (modificado en el 2014).

26 “La jurisdicción voluntaria es aquella función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir, o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, y que siendo ajena al específico cometido de los jueces que consiste en la resolución de litigios entre partes, aún se mantiene dentro de su competencia por la alta probabilidad de que estos procesos se conviertan en contenciosos; así como, por la conveniencia de que ciertos actos de los particulares - en razón de la trascendencia de sus efectos- sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización”. CHINEA GUEVARA, J.: “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, artículo inédito. *Cfr.* art. 578 de la Ley número 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Visto así la formalización del consentimiento informado no resultaría cauce adecuado para todos los asuntos que se tramitan utilizando tal procedimiento.

Es así, que el notario se convierte en un agente colaborador eficiente del logro de seguridad jurídica a las partes que ante él acuden. El notario certifica o da fe de que hay legitimidad en el derecho que se ejerce, legalidad en el acto de voluntad, licitud en los hechos observados, capacidad en los sujetos que pretenden beneficiarse de la fertilización *in vitro*, idoneidad en el objeto materia del acto y un juicio de identidad de los sujetos que actúan e intervienen.

A ello se añade que estos funcionarios en Cuba ya tienen experiencia en la participación de actos que involucran asuntos médicos. La donación de órganos y tejidos, actualmente requiere su formalización mediante escritura pública notarial²⁷, haciendo más arduo y delicado el quehacer de este funcionario. “La atribución al notario, cada día, de nuevas competencias por razón de la materia es viva expresión de la confianza que depositan las instituciones públicas, estatales y gubernamentales en el cometido que le viene dado por ley (...) Las autoridades gubernativas recaban la presencia notarial. Confían en la mesura y prudencia de su actuar, en el *covere*, en ese perfil de la labor del notario, dirigido esencialmente a la prevención (...) Nuevamente resulta la pieza clave en la seguridad jurídica preventiva que reclama un Estado de derecho. Se acude a él por la confianza que éste deposita, por su solvencia intelectual, por su probidad y por ser baluarte de la legalidad en todo acto jurídico en el que interviene. Los ojos del notario lo ven a él mismo y a los de cada miembro de la sociedad en donde se desenvuelve y por la cual ha nacido la institución que representa”²⁸.

Por otra parte, el sistema actual de presunciones para atribuir la maternidad y la paternidad no puede ser aplicable a la reproducción asistida, pues se sustenta en el hecho biológico de la relación sexual y la cohabitación, por tanto, de mantenerse su redacción actual se tendría que dejar claro su excepcionalidad en la fecundación asistida heteróloga. La legislación especial debe establecer el período de tiempo en que los embriones pueden estar en conservación porque de ello dependerá la futura validez de la presunción matrimonial del art. 74, incisos a y b.

Un referente de regulación legal es la posición asumida por el Código Civil de Cataluña al consignar que “el período legal de concepción comprende los primeros ciento veinte días del período de gestación, que se presume de un máximo de trescientos días, salvo que pruebas concluyentes demuestren que el período de

27 Cfr. arts. 4 y 15 de la Resolución número 857 de 2015 del Ministerio de Salud Pública, e Indicación Metodológica número 5 de 2015 a todos los Notarios del país por conducto de los Jefes de Departamentos o secciones de notarías provinciales, del municipio especial Isla de la Juventud, y de los Directores generales de Consultoría Jurídica Internacional, Bufete Internacional, CONABI, LEX, y la notaría adscrita al MINJUS.

28 PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, núm. 36, junio-diciembre de 2015, pp. 201-202.

gestación ha durado más de trescientos días”.²⁹ También es acertada la forma en la que el Código Civil argentino lo ha hecho preceptuando que “excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre”³⁰.

En interés a la estabilidad de la relación familiar y custodiando el carácter generalmente anónimo de esta técnica, se debe tener como línea de regulación la limitación de la investigación de la paternidad o maternidad genética, evitando que se le imputen así al donante obligaciones o responsabilidades paterno-filiales por el mero hecho de ser progenitor. La revelación de la identidad del donante de material genético si fuera necesaria por razones excepcionales, no conllevará en ningún caso el establecimiento del *status filii* hacia él. Su publicidad estará supeditada a un interés superior previamente apreciado por autoridad competente.

Por último, cabe destacar como otra línea teórica a tener en cuenta como consecuencia inexcusable y propia de la filiación derivada de fecundación asistida heteróloga, inherente al consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional, la imposibilidad de interponer acción de impugnación cuando se trata de filiación por esta técnica y se ha prestado el debido consentimiento informado, según los requisitos que se establezcan en la legislación especial. Así lo regula el *Code* catalán al disponer que “si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo”³¹.

Ese consentimiento sólo podría ser rebatido cuando se evidenciase alguno de los supuestos de ineficacia del acto jurídico que establezca consecuentemente el Código Civil, tal y como regula el Código Civil francés al establecer en su articulado aquellas circunstancias que particularmente privan de efecto al consentimiento. Su articulado refiere que deja sin valor el consentimiento dado para la realización de la técnica “en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Igualmente será privado de efecto cuando el hombre o la

29 Cfr. art. 235-4 de Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, Boletín Oficial Español número 203, 21 de agosto de 2010 Sección I, p. 73.429.

30 Cfr. art. 566 del del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (modificado en el 2014).

31 Cfr. art. 235-27 apartado 2 de Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, Boletín Oficial Español núm. 203, 21 de agosto de 2010 Sección I, p. 73.429.

mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia”³².

De la redacción de la ley sustantiva civil de Francia debe tenerse en cuenta que para este país la separación de cuerpos es causal de divorcio, situación que no acontece en Cuba. En cuanto a la disolución del vínculo matrimonial debería valorarse si en todo caso implicaría la ineficacia del consentimiento, pues es posible que se decida mantener su eficacia aún sin la persistencia de la unión. En estos casos los autores, pese a respetar criterios en contra, no se afilian a la ejecución de la técnica, pues aún y cuando la separación haya sido en el mejor de los términos, se realizará sobre una relación siempre afectivamente mellada. Más complejo aún sería definir su validez si un miembro de la pareja fallece y previamente asintió tal procedimiento médico, pero un análisis de esta índole sería susceptible de una investigación autónoma³³.

En resumen, los autores reconocen que es necesaria una mención a la fertilización *in vitro* heteróloga en caso de una reforma del Código de Familia cubano, aunque también debería existir un precepto que permita incluir otras técnicas que el propio desarrollo de la Biotecnología pueda alcanzar.

Para concluir el análisis se ha preferido hacerlo con las palabras del jurista cubano GÓMEZ TRETO quien colige que “la reelaboración actualizadora del Código de Familia tiene que partir de los éxitos obtenidos con su preceptiva actual para no ya conservarlos sino desarrollarlos al máximo; pero tiene también que incorporar soluciones normativas a viejos problemas no totalmente resueltos así como a problemas nuevos que puedan haber brotado en el camino recorrido en el proceso de desarrollo del país (...) a fin de que la ley, como instrumento político de normación de conductas y de educación social, coadyuve más eficientemente a la finalidad de perfeccionar nuestro régimen legal de la familia, de modo que nuestras familias cumplan con la función social que le está asignada (...)”³⁴.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La filiación derivada de la fertilización *in vitro* heteróloga es una tipicidad novedosa que cobra mayor virtualidad a medida que cambian los paradigmas del

32 Cfr. arts. 340-2 a 340-6 del Código Civil francés, modificado por la Ley núm. 94-653, de 29 de junio de 1994, Sección III De la asistencia médica a la reproducción.

33 Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007, pp. 139-163. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932009>. Consultado el 1 de octubre de 2017.

34 GÓMEZ TRETO, R.: “¿Hacia un nuevo Código de Familia?”, *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, núm. 34, 2007. Disponible en: <http://vlex.com/vid/hacia-nuevo-codigo-familia-50069405>. Consultado: 27 de mayo de 2018.

Derecho de Familia, centrando el reconocimiento de efectos jurídicos al proyecto parental a partir de la manifestación de la voluntad procreacional.

Su implementación en Cuba de forma institucionalizada, no ha logrado un despliegue teórico suficiente ni ha trascendido con efectividad a realidad legislativa, lo que evidencia el estado de desprotección de las personas involucradas en ese procedimiento médico, especialmente en el ámbito de la filiación.

El ordenamiento jurídico familiar cubano requiere vertebrar el reconocimiento de la filiación derivada de la fertilización *in vitro* heteróloga de modo que la voluntad procreacional sea considerada como una nueva fuente para alcanzar el proyecto parental, sugiriendo su formalización en escritura pública notarial. El sistema de presunciones existente debe declarar su inaplicabilidad frente a esta técnica, debiendo atemperar sus basamentos, concediendo al consentimiento informado la condición de documento impeditivo para el ejercicio de acciones filiatorias.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVALOS CAPÍN, J.: *Derechos reproductivos y sexuales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, México DF, 2013.

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M.: "Retos del Derecho de Familia. Autonomía y unidad", *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 47, enero-junio 2016.

BLADILO, A.; DE LA TORRE, N. y HERRERA, M.: *Las técnicas de reproducción asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis*, Disponible: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias_juripuebla/article/viewFile/31734/28723.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto", *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, 2018, Disponible: <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>.

CARRASCO, J.: *Cuba tiene un programa para los hijos del amor*, Disponible: <http://mesaredonda.cubadebate.cu/mesa-redonda/2013/02/15/cuba-tiene-un-programa-para-los-hijos-del-amor/>.

CHINEA GUEVARA, J.: "Jurisdicción voluntaria y función notarial", artículo inédito.

DÍAZ MAGRANS, M. M.: "La persona individual", en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General* (coord. por C. del C. VALDÉS DÍAZ), Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

GÓMEZ TRETÓ, R.: "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, núm. 34, 2007. Disponible: <http://vlex.com/vid/hacia-nuevo-codigo-familia-50069405>.

LAMM, E.: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012.

MESA CASTILLO, O.: "La experiencia de una justicia familiar en Cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia", en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 41, enero-junio 2013.

MONTEJO RIVERO, J. M. y HERNÁNDEZ SOSA, L. M.: "Aproximación a la definición de interés superior del niño", *Revista Justicia y Derecho*, Año 9, núm. 16, junio de 2011.

PABÓN MANTILLA, A. P.; UPEGUI TOLEDO, Ó. A.; ARCHILA JULIO, J. J. y OTERO GONZÁLEZ, M. A.: "El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Justicia*, núm. 31, enero-junio 2017.

PÉREZ GALLARDO, L. B.:

- *Código Civil de la República de Cuba anotado y concordado*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

- "Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, núm. 36, junio-diciembre de 2015.

- "Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 20, 2007.

- "Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba", *Revista Universitas*, núm. 122, enero-junio 2011.

RODRÍGUEZ ITURBURU, M.: "La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad", *Reproducción*, vol. 30, núm. 4, 2015.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, K. y MÉNDEZ VIDAL, J.: "Factores clínico-terapéuticos que influyen en el logro de embarazo en pacientes tratadas por fertilización *in vitro*", *Revista Cubana de Endocrinología*, vol. 26, núm. 2, 2015.

SOTO LAMADRID, M.: *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

VALDÉS, E.: "Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación", *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, 2013.

VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.:

- "Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?" *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, Año VI, No. 29, enero-junio, Puebla, México, 2012.

- "El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época, vol. 11, núm. 39, enero-junio 2017.

- "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 31, 2014.

- "La relación jurídica civil", en AA.VV.: *Derecho Civil Parte General* (coord. por C. del C. VALDÉS DÍAZ), Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

VILLABELLA ARMENGOL, C.: "Los Derechos Humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana" en AA.VV.: *Temas de Derecho Constitucional Cubano* (coord. L. PÉREZ HERNÁNDEZ y M. PRIETO VALDÉS), Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.