



**UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS**  
**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO**

Trabajo de Diploma en opción al título de Licenciado en Derecho

**IMPACTO DE LA TÉCNICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN  
EL DERECHO DE FAMILIA**

Autora: María Esther Gil López

Tutora: M. Sc. Marisela Margarita Goitzolo Jiménez

Consultante: Dr. Sc. Reinerio Rodríguez Corría

Ciudad de Cienfuegos

2014

## **PENSAMIENTO**

*“Cuando la ciencia se apodera de los hombres, de su cuerpo y del secreto de su filiación o de su descendencia, toda referencia ética se convierte en tema de interrogación”.*

**Jacqueline Costa-Lascoux.**

**Agradecimientos:**

*A mi familia, como testimonio eterno de gratitud y amor sublime, por acompañarme y ayudarme en todo momento.*

*A mi tutora, por compartir conmigo sus conocimientos y guiarme.*

*A la memoria de mis abuelos.*

*A mis padres, por estar siempre cuando los necesito, por su cariño.*

*A mi tía, por su constancia con mis olvidos.*

*A mi abuela y a mi tía por haberme apoyado en mis momentos.*

*A mi padrastro y a mi madrastra, por haberme acogido y ayudado como si fuera una hija.*

*A mi prima, por haberme dado el ánimo y el empuje.*

*A mis profesores de Derecho, por mi formación como profesional gracias a su sabiduría.*

*A Dios, por haberme iluminado durante el transcurso de mi carrera.*

*A todos los que contribuyeron en la realización de esta investigación.*

*Gracias*

## **RESUMEN**

La ciencia y la tecnología se encuentran presentes en cada actividad de la vida cotidiana; la sorprendente evolución de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida coloca en el centro del debate nuevas preocupaciones que implican cambios a instituciones jurídicas y sociales transmitidas como valores de generación en generación. No se puede evadir la realidad que presenta la ingeniería genética con la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, con las innovaciones y alteraciones que trae en el orden natural y jurídico conocido desde el Derecho Romano, en cuanto a la significación del concepto de familia que posee la sociedad, la filiación, la maternidad y la paternidad. Al resolver los múltiples casos que se derivan de su aplicación, no se debe pensar sólo en los derechos reproductivos, sino que se debe considerar y valorar además los efectos que puede tener con respecto a los niños que van a nacer y que se verán afectados por las mismas. El presente trabajo trata acerca de la inseminación artificial heteróloga y las problemáticas jurídicas que de su aplicación se derivan, así como la determinación de los requisitos legales que constituyen garantías en su aplicación.

# ÍNDICE

	<b>Pág.</b>	
<b>INTRODUCCIÓN</b>		1
<b>CAPÍTULO I:</b> Las técnicas de inseminación artificial		6
1.1	Antecedentes históricos	6
1.2	Inseminación artificial. Concepto y clasificación	9
1.3	Definición de esterilidad e infertilidad	11
1.4	Derechos reproductivos	13
1.5	Voluntad de las partes de procrear	14
1.6	Capacidad jurídica y consentimiento para la aplicación de la inseminación artificial heteróloga	16
1.7	De la filiación en la inseminación artificial heteróloga	20
1.8	Derechos personalísimos del menor nacido de la inseminación artificial heteróloga	25
<b>CAPÍTULO II:</b> Problemáticas jurídicas que se derivan de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga		30
2.1	La inseminación artificial heteróloga en el Derecho comparado	30
2.2	Tratamiento jurídico de la inseminación artificial en Cuba	35
2.3	Requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga	36
2.3.1	Capacidad jurídica de las personas	37
2.3.2	Estado civil de los solicitantes	38
2.3.3	El consentimiento	39
2.3.4	Certeza de la filiación	42
2.3.5	Anonimato del donante de semen	44
2.4	Problemáticas jurídicas que se derivan de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga	45

<b>2.5</b>	Tratamiento jurídico de la inseminación artificial heteróloga en Cuba	46
<b>2.6</b>	Análisis de resultados	51
	<b>CONCLUSIONES</b>	53
	<b>RECOMENDACIONES</b>	54
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	55

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo científico-tecnológico es uno de los factores más influyentes en la sociedad y el Derecho de Familia no escapa de este vertiginoso desarrollo. Al analizar los múltiples casos que se derivan de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y de la inseminación artificial heteróloga como una de sus variantes, no se debe pensar solo en los derechos reproductivos; especial énfasis merece valorar las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación.

Núñez (2000) considera que: “el desarrollo tecnológico está alterándolo todo desde lo económico y lo político hasta lo psicosocial, la vida íntima de las personas, los patrones de consumo, la reproducción humana, la extensión de la vida y su límite con la muerte”.<sup>1</sup>

Goitzolo (2011) considera que: “las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), son una tecnología y como tal deben considerarse, se destinan a dar respuesta a las parejas con problemas de infertilidad femenina y masculina que no pueden procrear de forma natural y recurren a las técnicas no convencionales, a fin de lograr lo más querido para quienes acuden a su aplicación: un hijo”.

En la actualidad la palabra esterilidad queda renegada a un segundo plano, se prefiere por los estudiosos de la medicina hablar de infertilidad. Hasta hace poco, para establecer la filiación era imprescindible la unión sexual entre un hombre y una mujer para lograr un embarazo, y con el parto, un nacimiento. Así se establecen reglas lógicas y persuasivas que atribuyen la maternidad del hijo nacido a la mujer que lo pare.

La aplicación de la inseminación artificial heteróloga enfrenta al embrión a riesgos reales que requieren el respeto de algunos derechos fundamentales, como es el derecho a la vida y a la identidad, entre otros derechos predicables de todo ser humano, que en el orden jurídico tienen dificultad en atribuírselo de forma expresa durante los primeros momentos de su existencia, pues sobre él se realizan las actuaciones siguientes:

- Su selección.

---

<sup>1</sup> Núñez Jover. Ciencia, Tecnología y Sociedad.

- Su futura reinserción en estructuras familiares extrañas a las que se consideran idóneas para permitir su pleno desarrollo integral.
- El divorcio biológico y jurídico de las figuras parentales.
- La negación en los casos de intervención anónima de donante de semen en la aplicación, de la paternidad y del hijo así concebido.

El nacimiento de niños como resultado de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga no puede crear limitaciones en el derecho de los hijos así concebidos, cuando los nacidos por la vía natural y mediante inseminación artificial homóloga están protegidos en la legislación familiar cubana, razón por lo que amerita una protección jurídica especial.

La inseminación artificial heteróloga se realiza con la utilización de semen proveniente de donantes o terceras personas que se mantienen en el anonimato; es sólo de conocimiento del personal médico a fin de determinar las características fenotípicas similares a los solicitantes, y a su vez es la que trae aparejada grandes disyuntivas que deben ser resueltas por las normas legales.

No resulta lógico limitar o discriminar a las parejas con problemas de infertilidad en su deseo de procrear. La necesidad en Cuba de incrementar los índices de natalidad es real, por lo que la aplicación de esta tecnología aún y cuando no es elevada, propicia el incremento de la natalidad a estos fines y la satisfacción de la pareja de procrear, lo cual constituye una evidencia de que la ciencia y la tecnología están presentes en todas las facetas de la vida cotidiana.

Estas técnicas se presentan como remedio para hacer frente a la infertilidad; ofrecen a muchas parejas la posibilidad de procrear los hijos que la naturaleza les ha negado. El derecho a procrear encuentra sus límites en el respeto a la dignidad del ser engendrado, razón por lo que resulta necesario determinar cuáles son los requisitos legales que constituyan garantías en su aplicación.

Sin embargo, con la legislación actual no es posible prever soluciones rápidas a conflictos nuevos que se generan de la aplicación de la tecnología en la familia actual. El ordenamiento legal de Cuba en materia de Derecho de Familia carece de una normativa específica que establezca los requisitos que constituyan garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

En la búsqueda de antecedentes legislativos se constata que existen países, sobre todo europeos como España, Italia y Francia, que realizan estudios dirigidos a presentar posibles soluciones o alternativas a los problemas que de ellos surgen, y establecen los requisitos legales para su aplicación. Llama la atención que el enfoque que se preceptúa en su legislación civil se dirige a la defensa de los derechos reproductivos y a las libertades de procreación, pero deja en estado de indefensión a su sujeto más débil: niños. Por su parte, en el continente latinoamericano países como Argentina, Colombia y Cuba dirigen sus estudios al análisis crítico sobre los efectos genéticos en el bienestar del menor.

Sobre la base de los elementos anteriores, en el presente trabajo se propone como **problema científico** el siguiente:

¿Cuáles son los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga en Cuba?

**Objeto:** Los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

#### **Como objetivo general se propone**

Determinar los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga en Cuba.

#### **Como objetivos específicos**

1. Analizar doctrinalmente los referentes teóricos e históricos de la inseminación artificial heteróloga.
2. Comparar el tratamiento legal de la técnica de inseminación artificial heteróloga a la luz de legislaciones de otros países.
3. Identificar los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

#### **Hipótesis**

Los requisitos capacidad legal, estado conyugal de los solicitantes, certeza de la filiación, el consentimiento y el anonimato del donante de semen constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

## **Métodos de Investigación**

La metodología empleada es la cualitativa, se utilizaron diferentes métodos y técnicas.

**Histórico-Lógico:** en la búsqueda de las bases de preceptos de partida de la investigación.

**Analítico-Sintético:** se utilizó durante el procesamiento e interpretación de la información procedente de las fuentes consultadas. Permite determinar la dimensión en que se refleja el impacto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su variante heteróloga en las instituciones que componen el Derecho de Familia, y sintetiza lo esencial en las problemáticas jurídicas que de ello se derivan.

**Inductivo y Deductivo:** para inferir aspectos positivos y negativos para la toma de decisiones en cuanto a identificar los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga en Cuba.

**Teórico y Jurídico:** propio de la ciencia jurídica y se utilizó a los efectos de analizar teórica y jurídicamente los conceptos y categoría que se abordan para brindar protección al fruto de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga en Cuba.

**Jurídico-Comparado:** a fin de valorar cómo se determinan los requisitos legales que constituyen garantía en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga en otros países.

## **Métodos Sociológicos**

**Técnicas de la entrevista:** se aplicó a profesionales del Derecho, para complementar opiniones e inferir actitudes acerca de los aspectos estudiados.

## **Novedad del tema**

La novedad del tema radica en la necesidad de proteger jurídicamente al fruto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: niños, mediante la inclusión en el ordenamiento legal de los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, para lo cual se trata de poner el interés superior de los niños por encima de los derechos reproductivos y las necesidades de procreación, sin biologizar el Derecho de Familia ni perder lo afectivo en las relaciones jurídicas que regula.

El Informe se encuentra estructurado por: resumen, introducción, dos capítulos, conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

El Capítulo I titulado: Las técnicas de inseminación artificial; en él se hace un bosquejo de los antecedentes históricos del tema, se da el concepto de inseminación artificial y de sus dos variantes: homóloga y heteróloga, se definen los conceptos de infertilidad y esterilidad, se analizan los derechos reproductivos y de la voluntad de las partes de procrear, se hace alusión al consentimiento y la capacidad para la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, así como de la filiación biológica y jurídica y de los derechos personalísimos del menor nacido de esta técnica.

El Capítulo II titulado: Problemáticas jurídicas que se derivan de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga; se realiza un análisis del tratamiento ofrecido a las técnicas de inseminación artificial en Cuba y en el Derecho Comparado, se definen las principales problemáticas jurídicas que se derivan de su aplicación y se identifican los requisitos legales que constituyen garantías en su aplicación, así como el análisis teórico jurídico de los Anteproyectos del Código de Familia.

Seguidamente se plantean las conclusiones y las recomendaciones a que se llega con la investigación, las cuales constituyen el momento cumbre de la misma y a continuación se muestran la bibliografía y los anexos que complementan el desarrollo del trabajo.

### **El aporte teórico y práctico**

El trabajo aporta un marco teórico y práctico fundamentado en la insuficiencia del ordenamiento legal familiar en cuanto a la problemática que suscita la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, así como valora no solo la defensa de los derechos reproductivos y la necesidad de procrear, mediante la identificación de los requisitos legales, y de esta manera ofrecer garantías en la aplicación de la tecnología de referencia como forma de proteger al fruto de la inseminación artificial heteróloga: los niños y a la voluntad procreacional de las parejas con problema de infertilidad.

## **CAPÍTULO I: LAS TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

### **1.1 Antecedentes históricos**

La búsqueda de un camino para lograr la concepción de una nueva vida humana que sustituya alguno de los procesos biológicos por una intervención técnica, tiene sus orígenes científicos en el intento de Spallanzani de inseminar reptiles en 1777. Los primeros intentos con humanos se realizaron por Hunter en 1785 con el nacimiento de un niño en ese mismo año.

Entre 1850 y 1900 existen varios trabajos que indican la práctica de la primera Técnica de Reproducción Humana Asistida: la inseminación artificial; se comienza a utilizar donantes de semen en 1890 y se publica tal práctica de manera oficial en 1904. En 1954 aparece el primer trabajo en el que se informa de cuatro embarazos conseguidos con el uso de semen congelado.

En 1973, y después de años de práctica privada, en Inglaterra se recomienda que la inseminación con donante se realice dentro del Sistema de la Salud Pública, lo que contribuyó a una mayor extensión de dicha práctica. Junto a la difusión de esta técnica se ponen en funcionamiento diversas variantes de la misma. Tienen en común que la fecundación se origina en el interior del cuerpo de la mujer y se pueden considerar como técnicas extracorpóreas de reproducción asistida.

Junto al desarrollo de estas prácticas se acrecentó la búsqueda de la concepción de nuevos seres humanos de forma extracorpórea, con transferencia posterior a la mujer para la continuación de su desarrollo hasta el nacimiento. En la veterinaria era práctica ya conseguida la transferencia de embriones desde hacía años. Entre los diversos pasos a dar, el primero fue la puesta a punto en el laboratorio de aquellos procesos previos que tienen lugar en la fecundación natural para realizar ensayos in vitro con éxito.

Hitos importantes en esta tarea fueron el cultivo y maduración de ovocitos, la estimulación de los ovarios con determinadas hormonas para provocar superovulación y la técnica laparoscópica para extraer los ovocitospreovulatorios, aproximadamente de 35 a 36 h después de la estimulación del ovario. También se perfeccionó todo lo referente al gameto masculino, en lo fundamental para conseguir que los espermatozoides estén capacitados y sean de buena calidad, para lo cual se

desarrollaron diversas técnicas para su selección. Otro aspecto importante fue la creación de un medio de cultivo adecuado para el proceso de fecundación y las primeras divisiones del embrión.

Los grandes adelantos en la biología comienzan a ocurrir con el desarrollo de nuevas tecnologías y la creciente aplicación de las mismas a la patología humana. Con el tiempo y en años recientes se suscitan nuevos dilemas éticos que concentran la atención de los médicos y profesionales del Derecho, interesados en lo que se conoce como bioética, que complementa la ética médica y estudia la moralidad de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas, de manera particular en lo que se relaciona con el desarrollo tecnológico y la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Los métodos y procedimientos para llevar a cabo la inseminación no constituyen una novedad de los tiempos modernos. Los primeros ensayos se inician con vegetales, después con animales y desde el siglo XV se tiene noticias de intentos de inseminación artificial en humanos, pero el primer resultado se registró en Inglaterra por el médico Hunter.<sup>2</sup> (Brena, 2014).

En 1977, se aplicó un método terapéutico nuevo, la fecundación in vitro, que trajo como resultado el nacimiento de LouiseJoy Brown,<sup>3</sup> el primer bebé probeta. Desde entonces han nacido más de tres millones de bebés gracias a esta técnica. Estos hechos, entre otros, plantean la problemática moral acerca de algunas técnicas de procreación que hacen que el acto sexual deje de ser el único medio posible de procreación humana.

Las nuevas tecnologías reproductivas surgen de manera paradójica, a partir de investigaciones que se asocian a la problemática de cómo aumentar la producción de alimentos para una población mundial que se considera por algunos como supernumeraria. La ironía es que derivan en la aplicación del desarrollo de la biotecnología humana a los fines de resolver la problemática de la infertilidad. Es contradictorio que en algunos países en vías de desarrollo, la urgencia es el control

---

<sup>2</sup> De1728 –1793.

<sup>3</sup> El 25 de julio de 1978.

de la natalidad, en otros términos, frenar una explosión demográfica, que pone de manifiesto las injusticias de la distribución de la riqueza en las sociedades ricas (Brena, 2014).

La comunidad científica está de acuerdo en cuanto al lenguaje en que se expresan los problemas científicos, la forma de recoger y analizar datos, el uso de un estilo propio de lógica y la utilización de teorías y modelos serán diferentes en cada problema a tratar. Los tipos de Reproducción Humana Asistida constituyen un avance científico y una alternativa en el manejo de parejas estériles.

Dentro de esta tecnología se encuentra la inseminación artificial, procedimiento que se utiliza cuando la mujer tiene una trompa uterina permeable que no puede lograr un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Para llegar a la aplicación de la inseminación artificial se requiere un estudio minucioso a la pareja solicitante para verificar la aceptación de la tecnología. Primeramente se practica el examen del semen y con posterioridad se realiza un examen completo a la mujer, donde se analiza el moco cervical, el ciclo de ovulación, las trompas de Falopio y una serie de exámenes de laboratorio clínico, que son, en definitiva, los que permiten realizar el diagnóstico clínico y la necesidad de aplicación de la tecnología de referencia.

Desde el punto de vista médico, para iniciar el estudio y tratamiento de la pareja infértil se requiere que la misma mantenga relaciones sexuales estables por lo menos un año. La singularidad en las relaciones de la pareja también tiene gran importancia en cuanto al diagnóstico y tratamiento, pues de no cumplir este requisito se pueden presentar problemas para determinar el origen de la infertilidad.

La solicitud de aplicación de la inseminación artificial heteróloga está en relación con las causas que conducen al aumento de la infertilidad y la esterilidad, como son: el acceso a la maternidad en edades más avanzadas, el empleo indiscriminado de anticonceptivos, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, el estrés, la drogadicción, el alcoholismo, el tabaquismo, la automedicación, la imposición por los medios de difusión masiva de patrones de belleza que obligan a dietas estrictas y ejercicios extenuantes, en muchos casos sin asesoría médica, los malos hábitos

alimenticios, que conducen a la obesidad, así como la contaminación del medio ambiente (Gálvez, 2006).

## **1.2 Inseminación artificial. Concepto y clasificación**

La inseminación artificial consiste en la tecnología que permite depositar semen en el tracto reproductor femenino, de manera general, en el interior del útero. Para que el semen tenga la mejor potencialidad fertilizante se realiza una capacitación espermática, se seleccionan los espermatozoides con mejor movilidad y morfología, lo cual propicia su movilidad. Constituye una alternativa en el manejo de parejas infértiles; se aplica cuando la mujer y el hombre que sostienen relaciones sexuales no logran un embarazo.

López (1981) en su obra: Los médicos y el Código Penal, define la inseminación artificial como: “procedimiento por el cual se introduce espermatozoides humanos en el interior de los órganos genitales femeninos, con lo cual se prescinde de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de este”.

Por su parte, Albarrán (2002) la define como: “la inseminación artificial es la tecnología que consiste en depositar en la vagina o en el útero de la mujer semen del marido o de un tercer donante, para tratar de obtener el embarazo como recurso del tratamiento de la esterilidad masculina y femenina”.

En correspondencia con las distintas formas en que esto se lleva a cabo se puede plantear que existen clasificaciones:

Una primera clasificación la divide en:

- a) Propia: es la que sustituye completamente el coito sexual de la pareja.
- b) Impropia: proporciona una ayuda complementaria al coito natural de la pareja, con el fin de facilitar la penetración del espermatozoides en la vagina.

Otra clasificación, más común y conocida, es la que la divide en:

**Inseminación artificial homóloga:** consiste en introducir a la mujer semen de la pareja, obtenido por un medio diferente a la eyaculación normal de una relación sexual.

Entre los señalamientos que se hacen a este proceder están:

- a) Su eficacia es cuestionable, sobre todo en casos de infertilidad masculina de causa no bien definida.
- b) La preocupación de que la manipulación del semen se pueda utilizar para la selección del sexo, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, lo cual no se considera seguro ni ético.
- c) El riesgo de la tecnificación de la reproducción al separar la procreación de su expresión sexual.

**Inseminación artificial heteróloga:** es la tecnología donde el semen del varón no es obtenido de la pareja, sino de un tercer sujeto que es el donante (semen congelado de banco). Esta se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o si es portador de alguna enfermedad hereditaria.

Las principales preocupaciones que surgen con este proceder son:

- a) La posibilidad de crear problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y el donante, si este último se identifica o se conoce.
- b) El riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso de semen donado. El esposo también puede verse afectado.
- c) La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo del mismo donante.
- d) Los efectos psicológicos en el niño. Incluye la afectación de las relaciones interpersonales por la necesidad de querer mantener el secreto acerca del origen del niño. Puede haber afectación si en forma accidental llega a conocer su origen.

Alfaro y Díaz (1997) consideran que los estudios realizados determinan si la pareja tiene las condiciones requeridas para la aplicación de la inseminación en una de sus variantes: homóloga o heteróloga, la misma se realiza introduciendo el semen dentro de la vagina de la mujer para que sea fecundada. De acuerdo con los expertos, si

después de doce meses de aplicación de esta técnica la mujer no queda embarazada, es preciso pasar a otras como la fecundación *in vitro*.<sup>4</sup>

Como se indicó anteriormente, en la aplicación de esta técnica de reproducción heteróloga que difiere de la homóloga, se utiliza semen congelado de un donante. Esta tecnología se realiza cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria, que podría poner en riesgo al que está por nacer, por lo que no se recomienda usar semen fresco de donante por el riesgo de contraer alguna enfermedad, lo que evidencia la infertilidad o esterilidad de uno o ambos miembros de la pareja.

### **1.3 Definición de esterilidad e infertilidad**

En términos médicos la ginecología es la ciencia que tiene entre sus objetivos esenciales la reproducción humana y, por lo tanto, trata de resolver, entre otras muchas situaciones, el problema de la esterilidad conyugal. La esterilidad es un asunto que desde tiempos remotos afecta a quienes la padecen y en la historia de la humanidad existen muestras claves de las consecuencias, de diversa índole, en quienes la padecen.

Es necesario para cualquier incursión en el tema partir de las conceptualizaciones siguientes: en el estudio sobre infertilidad se debe distinguir muy bien los términos incapacidad para concebir e imposibilidad de llevar un embarazo a término, lo que bien puede ser un concepto local aislado en la terminología.

En este sentido, Veranes (2010) considera la esterilidad como la incapacidad de concebir, o sea, la imposibilidad de tener un embarazo. En la práctica se considera estéril a aquella pareja que, después de un año de mantener relaciones sexuales normales, sin usar ningún tipo de método anticonceptivo, no concibe. Con frecuencia se emplean como sinónimos los términos esterilidad e infertilidad, aunque, en sentido estricto, no tienen el mismo significado.

Infertilidad significa incapacidad para tener hijos, pero con posibilidad de embarazo, que por una u otra razón no llega a término. Por lo tanto, una mujer infértil será

---

<sup>4</sup>Es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre.

aquella que queda embarazada, pero no llega a tener hijos, mientras que la estéril no consigue el embarazo. Al respecto, se debe distinguir en:

- a) Infertilidad primaria: la mujer nunca concibió a pesar de la cohabitación y exposición al embarazo por un período de 1 año.
- b) Infertilidad secundaria: la mujer concibió con anterioridad, pero no logra embarazo con posterioridad, a pesar de la cohabitación y la exposición al embarazo por un período de un año; si la mujer amamantó a su hijo anteriormente, se debe calcular la exposición al embarazo desde el fin del período de la amenorrea de la lactancia.
- c) Pérdida del embarazo: la mujer es capaz de concebir, pero no logra un nacimiento vivo.
- d) Esterilidad sin causa aparente: sin identificarse la causa, el embarazo no se logra.

Estudios recientes aconsejan hablar de infertilidad y no de esterilidad, si se tiene en cuenta la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como la inseminación artificial.

En países como España, Suecia, Francia, Italia, Argentina y Colombia se aplica la inseminación artificial en sus variantes, estos poseen legislaciones que regulan las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la tecnología en la familia de estos días. Cuando se utilice semen de un donante, o sea, de un tercero ajeno a la pareja, del cual poco o nada se conoce, es necesario e imperativo establecer una serie de principios, no todos de carácter jurídico, pero se deben tomar en cuenta los elementos siguientes:

- a) Banco de datos: se debe crear un banco de datos de donantes cuando se deseen realizar métodos de reproducción humana heterólogos.
- b) Garantía y seguridad de éxito en la intervención: se permite y se somete a una mujer a la aplicación de un método de reproducción humana, solo cuando haya una posibilidad razonable de éxito y no suponga un riesgo grave para la salud de la misma o la posible descendencia.
- c) Información médica: los profesionales de la medicina deben ofrecer con carácter previo información y asesoramiento a quienes deseen recurrir y

someterse a la aplicación de las técnicas de reproducción, así como de las consecuencias sobre el riesgo de deformaciones físicas o taras.

d) Mayoría de edad y consentimiento: no se practicará ningún método de reproducción humana en personas menores de edad, las que deben gozar de un buen estado de salud física y mental.

e) Métodos heterólogos: en la aplicación de métodos de reproducción humana en forma heteróloga, los donantes de semen deben ser evaluados médicamente, para evitar con ello cualquier tipo de riesgo que afecte los derechos reproductivos de las parejas y su fruto, además del anonimato.

Los elementos de referencia no solo constituyen una garantía médica, sino que contribuyen al respeto de los derechos reproductivos de las parejas infértiles que acuden a su aplicación y que en modo alguno deben ser discriminadas por tal condición.

#### **1.4 Derechos reproductivos**

Para Urquiza (2011), las situaciones que se suscitan derivadas de los derechos reproductivos colisionan el derecho de todo hombre y mujer a tener descendencia y a procrear, y la confrontación con el derecho de todo niño a conocer su origen biológico y a desarrollarse en el contexto de una familia perfectamente estructurada, todo ello en el espacio de lo que se llama derecho reproductivo.

Por su parte, Gálvez (2006) considera que los derechos reproductivos se basan en: el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos, a decidir libre y de manera responsable su planificación familiar y sobre todo el número de hijos a tener, el espaciamiento o período de tiempo entre un nacimiento y otro, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones y violencias.

Este derecho se expresa en la forma de equilibrar el principio del anonimato del donante de semen, que solo deja de tener esta condición para el personal médico, quien sí debe conocer las características fenotípicas del mismo con respecto a la familia receptora. Esta posición, tanto doctrinaria como legislativa, protege no solo

los derechos reproductivos de la pareja, sino la decisión de la manifestación de voluntad de forma libre y espontánea en su deseo de procrear.

### **1.5 Voluntad de las partes de procrear**

La voluntad es la intención, disposición que tiene alguien para hacer o dejar de hacer algo. La capacidad que tiene una persona para decidir algo libremente y el acto que de ella resulta. Autonomía de la voluntad privada, propiedad que se expresa de forma consciente en el ser humano para realizar algo con intención.

Esa manifestación de voluntad privada se expresa en la intención de las parejas con problemas de infertilidad en que le sean reconocidos efectos jurídicos que constituyan garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga. La voluntad de los mismos queda trunca, toda vez que de su aplicación se derivan problemáticas jurídicas que deben ser tuteladas por el ordenamiento legal.

Para mejor incursión en el tema se hace necesario definir como autonomía: “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. La autonomía, en términos genéricos, significa autorregulación o autorreglamentación, o sea, es la capacidad que se le reconoce a alguien para autodictarse sus propias normas, con independencia de otra persona.<sup>5</sup>

Autonomía: es la facultad personal y libre de hacer o no hacer, libre albedrío o libre determinación, consentimiento, intención o deseo. También puede definirse como la facultad de decidir y ordenar la propia conducta.<sup>6</sup>

Voluntad, consiste en la facultad de decidir y ordenar la propia conducta. 2. Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola o aborreciéndola y repugnándola. 3. Libre albedrío o libre determinación. 4. Elección de algo sin precepto

---

<sup>5</sup> Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>6</sup> En el Diccionario de la Lengua Española. Vol.1 (1995). —p.33.

o impulso externo que a ello obligue. 5. Intención, ánimo o resolución de hacer algo. 6. Amor, cariño, afición, benevolencia o afecto. 7. Gana o deseo de hacer algo. 8. Disposición, precepto o mandato de alguien. 9. Elección hecha por el propio dictamen o gusto, sin atención a otro respeto o reparo. Propia voluntad. 10. Consentimiento, asentimiento, aquiescencia.<sup>7</sup>

La voluntad no es un término reducido a una sola consideración, sino que se tiene en cuenta durante todo el transcurso de la vida. A razón de ello, varios son los autores que con acierto se pronuncian de manera independiente sobre el tema. Se incluye igualmente la consideración de la autora del presente trabajo, quien concibe la voluntad como aquel deseo que tienen las parejas con problemas de infertilidad de procrear y acuden a formas no convencionales como la inseminación artificial heteróloga con plena garantía jurídica.

En el ámbito jurídico la voluntad se define como la aptitud legal para querer algo. Es uno de los requisitos de la existencia de los actos jurídicos. A través del ejercicio de ella, el hombre desarrolla su personalidad; despliega esa actividad creadora que es el derecho más elevado del hombre, que lo diferencia de toda otra criatura. Es el medio indispensable para su educación como ser moral, ya que solo se puede considerar que algo es creación de alguien cuando procede sólo de su personalidad, cuando todas sus potencias están en acto, precedidas de un acto de razón (Catardo, 1998).

La autonomía de la voluntad, en sentido general, es el poder de autodeterminación de las parejas con problemas de infertilidad para tomar decisiones en cuanto a la aplicación de la inseminación; para el Derecho Civil es el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, ya sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, o bien sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social, lo cual se hace extensivo a la aplicación de la inseminación artificial heteróloga (De Castro, 1967).

---

<sup>7</sup> Autonomía de la Voluntad. (2014, February 11). <http://www.monografias.com/trabajos78/autonomia>

La voluntad es la capacidad que tienen los seres humanos de hacer o no, cosas de forma intencionada. Para el Derecho de Familia la relación que surge entre la pareja con problemas de infertilidad a la que se le aplica la inseminación artificial heteróloga para lograr con ello el nacimiento de un niño, constituye la manifestación de la expresión de la voluntad para el ejercicio de sus facultades.

El contenido de la autonomía privada se encuentra compuesto por dos funciones fundamentales: como creadora de normas jurídicas del ordenamiento jurídico que pasan a conformarla junto a las demás; y como creadora de relaciones jurídicas concretas, reconocidas por el Derecho (De Castro, 1967).

La autonomía de la voluntad constituye una expresión en la aplicación de la inseminación artificial que crea una relación jurídica entre la pareja y el niño así concebido, y de la que se derivan relaciones jurídicas paterno filiales que requieren de determinados requisitos, tanto materiales como de forma, que constituyen garantías en su aplicación, entre los que se encuentran la capacidad jurídica y el consentimiento.

### **1.6 Capacidad jurídica y consentimiento para la aplicación de la inseminación artificial heteróloga**

La capacidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas, en este caso en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga (Valdés, 2006). La capacidad en la doctrina se diferencia en lo que se conoce como capacidad de derecho y la capacidad de obrar o de ejercicio, y resulta punto de partida para valorar las distintas manifestaciones de la capacidad civil. Por demás la capacidad de goce o adquisición de derechos. Este tipo de capacidad implica para las parejas con problemas de infertilidad la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad de derecho, constituye la esencia del sujeto y tiene que existir siempre, pues no se concibe a éste sin aquella. La capacidad de goce se puede ampliar o reducir según postulado legal extraordinario o excepcional, pero no podrá ser negada de modo absoluto a una persona (Urquiza, 2011). Puede, por ejemplo, exigirse que

la pareja con problema de infertilidad que desee que se le aplique la inseminación artificial heteróloga, no posea los 18 años de edad cumplidos, y por ello no tiene capacidad para adquirir este derecho hasta que no alcance la citada edad.

La capacidad de obrar, refiere Valdés (2006) “no es más que la aptitud para el ejercicio del derecho y realizar actos jurídicos eficaces, o sea, es la aptitud del sujeto para lograr por sí mismo, sin la intervención de un tercero, la creación, modificación o extinción de derechos, sobre la base de la realización de actos jurídicos válidos, y para lograr la defensa de esos derechos adquiridos”. La capacidad jurídica se puede definir como la aptitud de una persona, la que se desdobra en lo que se denomina capacidad jurídica de derecho, de goce o de adquisición, y la capacidad de obrar, de hecho, de ejercicio o de acción.

La capacidad de obrar es la aptitud para poder realizar actos con plena eficacia jurídica. Las únicas causas limitativas de la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho son la edad y la falta de aptitud de la persona, por enfermedad física o mental. Se establece dentro de esta categoría la distinción entre capacidad de hecho y capacidad de derecho, valoración de la cual se desprende todo lo relativo a la incapacidad de obrar. Al respecto, Díez (1992) considera que la capacidad se refiere a derechos y obligaciones determinados.

La capacidad de goce es la aptitud del sujeto para la tenencia, goce o adquisición de derechos. En esta capacidad no puede existir limitación absoluta y cualquier restricción tiene carácter excepcional; por su parte la capacidad de ejercicio, por requerir inteligencia y voluntad, elementos que no están presentes en todas las personas o que no se manifiestan de igual forma en todas, se puede ampliar o restringir y conlleva a diversas situaciones como la carencia total de capacidad, posesión parcial de capacidad o capacidad restringida o limitada y goce total o pleno de capacidad, la cual es necesaria para la aplicación de la tecnología de referencia (Valdés, 2006).

La capacidad de goce o de ejercicio se puede ampliar o reducir, pero no podrá ser negada de modo absoluto a una persona. Por otro lado la capacidad de obrar no

constituye esencia del sujeto; este tipo de capacidad no es más que la aptitud para el ejercicio de los derechos y realizar actos jurídicos eficaces (Valdés, 2006).

Gómez (2006) considera que en materia de capacidad de obrar se debe tener presente las consideraciones siguientes: “solo la tienen plena los mayores de edad”. En las personas mayores de edad se presume la capacidad. Como plantea Díez (1992) hay una presunción general de capacidad. La capacidad de goce es susceptible de restricciones, a título excepcional y por virtud expresa de la ley.

No todas las personas gozan de todos los derechos, algunos se conceden solo a partir de una determinada edad y otros se prohíben. Para la capacidad de derecho, de goce o de adquisición, basta la existencia de la persona, mientras que para la capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar se requieren inteligencia y voluntad (conciencia actual). Como estas condiciones no existen en todos los hombres ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad y en otras la limita y condiciona (Valdés, 2006).

Al margen de cualquier clasificación en cuanto a la valoración de la capacidad para ser sujeto de relaciones jurídicas, tendrá que ver la capacidad inherente, natural o civil de las parejas con problemas de infertilidad. Para disfrutar de determinados derechos subjetivos y la potestad para ejercitar el contenido de dichos derechos, la capacidad de obrar de las parejas con problemas de infertilidad se presume plena como principio general. “Las limitaciones deben estar de forma expresa establecidas (por ley o sentencia)” (Díez y Gullón, 1998).

Una cualidad intrínseca de la persona es la de ser sujeto de derechos y obligaciones. La capacidad no es un derecho en sí misma, sino condición y presupuesto de todos los derechos; está ligada a relaciones jurídicas concretas. Es oportuno dejar sentadas las diferencias entre incapacidad de obrar y prohibiciones legales para la realización de actos jurídicos, que también tiende a confundir. La incapacidad de obrar se relaciona con la situación personal del individuo, está en función de su estado civil, es general y, como regla, no se establecen de forma legal los actos para los cuales el incapacitado está limitado.

Las prohibiciones legales, por el contrario, afectan actos jurídicos concretos por determinadas circunstancias ajenas al individuo mismo, presuponen capacidad para realizarlos, se establecen de forma expresa y son de interpretación restrictiva. La limitación en el ejercicio de la capacidad genera divergencias que requieren definir la situación del individuo, ante la vulnerabilidad que implica estar en situación de desventaja en relación con sus semejantes (Valdés, 2006).

La capacidad jurídica para la aplicación de la inseminación artificial heteróloga es otro de los presupuestos necesarios para la realización de este acto, por parte de las parejas con problemas de infertilidad, ya que solo si se cumplen estos presupuestos se puede determinar la existencia del libre consentimiento de los solicitantes.

El consentimiento es un presupuesto material para la validez de la aplicación de la tecnología de referencia, que constituye una garantía a la protección jurídica que amerita la misma, para lo cual se requiere tener mayoría de edad. Cuando se habla de consentimiento de las partes se tiene en cuenta la voluntad individual de los miembros de la pareja con problema de infertilidad, expresión de su voluntad conocida de que le sea aplicada la inseminación artificial heteróloga, lo que se da en llamar voluntad o intención individual (Valdés, 2006).

El consentimiento es uno de los elementos más importantes que evidencia la voluntad de hacer de las personas; en el caso de la presente investigación se refiere a la realización personal de las parejas con problemas de infertilidad, que permite libremente ejercer sus derechos reproductivos y su voluntad procreacional, aún y cuando no se establecen de forma legal los requisitos para aplicar la inseminación artificial heteróloga, sino que su aplicación parte de un diagnóstico clínico.

La autora considera que se debe tener en cuenta la capacidad de los solicitantes y emitir por escrito el consentimiento como expresión de garantía en su aplicación, ya que la capacidad jurídica para que le sea aplicada la tecnología es uno de los presupuestos necesarios para la realización de este acto por parte de las parejas con problemas de infertilidad, puesto que solo si se cumplen estos presupuestos se puede determinar la existencia del libre consentimiento por parte de los solicitantes.

La voluntad individual de las parejas con problemas de infertilidad constituye una manifestación de respeto al derecho a la intimidad y a la libertad personal, que se traduce a libre elección de la pareja en que le sea aplicada la inseminación artificial heteróloga, unido a proteger los derechos personalísimos de su fruto, pues ello implica retos para el Derecho de Familia al modificar la familia monogámica patriarcal que se conoce desde el Derecho Romano en cuanto a instituciones como la filiación, el *status familiae*<sup>8</sup> y las relaciones paterno-filiales.

### **1.7 De la filiación en la inseminación artificial heteróloga**

Etimológicamente *filia* proviene de *filio*, que en nombre femenino expresa simpatía, afición o amor por alguna cosa. También posee otras acepciones como son:

- a) Procedencia, lazo de parentesco de los hijos con sus padres.
- b) Dependencia, enlace.
- c) Señas personales.
- d) Anotación que sienta plaza de soldado en un regimiento.<sup>9</sup>

La filiación, en sentido general, es reconocida como el vínculo jurídico que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra; si la relación se contempla de la madre al hijo se llama filiación materna, y por el contrario, si se contempla del padre al hijo se llama filiación paterna; la filiación es el punto de partida del parentesco.

El origen de la palabra filiación proviene del latín *filius*<sup>10</sup> y según muchos de los teóricos del Derecho, la filiación es una relación jurídica y los términos: paternidad, filiación, padre e hijo, expresan, sobre todo, categorías jurídicas estructuradas sobre roles culturales. Aún cuando el Derecho selecciona criterios para establecer la filiación, de los cuales los básicos son los biológicos, estos no siempre actúan

---

<sup>8</sup> Estado familiar.

<sup>9</sup> Diccionario ilustrado de la Lengua Española, Barcelona, Ediciones Spes, 1945.

<sup>10</sup> Hijo.

necesariamente, pues la doctrina refiere acerca del sistema de filiación, que la paternidad natural se basa en la verdad genética, mientras que la maternidad en la verdad biológica. El título de atribución de la paternidad corresponde al hombre que aportó el semen, mientras que el de la maternidad a la mujer que dió a luz.

El concepto de filiación es básico en las sociedades organizadas por parentesco, en la medida que permite a los miembros de una sociedad reconocer la pertenencia de una persona a un determinado segmento social, ya que permite a las personas conocer su verdadera procedencia biológica.

En la doctrina se pueden encontrar múltiples definiciones de las que se citan algunas que se consideran más apropiadas para el presente estudio. Bossert y Zannoni (2005) las definen como: “vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres”. Cuando ese nexo biológico se puede considerar acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas. Díez y Gullón (1998) lo definen: “tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”.

De la filiación materna, el parto permite conocer con certeza la relación biológica entre la madre y el hijo que da a luz, mientras que en el caso de la filiación paterna solo puede ser conocida a través de presunciones. Si hay disputa una vez que se pruebe la maternidad, una serie de circunstancias de tiempo y lugar permiten inferir que el hombre engendró a aquella persona cuya filiación se trata de establecer.

El origen de la persona, los nexos biológicos con sus ascendentes no solo constituyen una preocupación del hombre redundante a la propia existencia humana, sino que se reconoce como derecho fundamental y se convierte en precepto constitucional que responde al principio de seguridad jurídica. La institución de la filiación dentro del Derecho de Familia mantiene su esencia original basada en los nexos biológicos entre progenitores y procreados, con la consecuente declaración de voluntad que le otorga relevancia jurídica al nacimiento (Vercellone, 1988).

Para establecer la filiación era imprescindible la unión sexual entre un hombre y una mujer, y si ese ayuntamiento era fecundo, se daba el embarazo de la mujer, y con el

parto, un nacimiento; así se establecían las reglas lógicas y persuasivas que atribuyen la maternidad del hijo o hija nacidos a la mujer que lo paría, que sabía que genéticamente era hijo o hija suyos, y la paternidad del hijo o hija al marido de la mujer si estaban casados. Si por el contrario, no estaban unidos en matrimonio, se establecía con el reconocimiento, o por sentencia judicial que decretaba la paternidad y la maternidad, o por la presunción de los hijos nacidos en concubinato (Más y González, 2007).

En el mismo sentido, Vercellone (1988) considera que actualmente la relación sexual ya no es imprescindible para lograr la concepción del ser humano; hoy se puede tener descendencia en forma asexual, el hombre exterioriza su voluntad a este acto sustitutivo de la cópula y a veces, aunque no aporta gametos, decide el nacimiento porque desea un hijo o hija y es a quien se le atribuye la paternidad.

Por su parte, Lledó (1994) considera que en la inseminación artificial heteróloga un principio fundamental a tener en cuenta es la no vinculación de responsabilidades de parentesco al donante de gametos. La imposibilidad de la legitimación activa, en el progenitor, que es el donante de gametos, para iniciar un proceso de paternidad deriva por un lado en falta de la posesión de estado en la relación familiar, y por otro a la no imputabilidad en ninguno de los casos al donante del material embriológico, de vínculo de parentesco alguno con el hijo nacido en virtud de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El derecho a la filiación, con la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, se desvirtúa debido a que en sentido biológico la filiación es la relación de procedencia entre el generado y los generantes. En sentido jurídico, filiación es el vínculo que une al progenitor con el hijo, reconocido por el Derecho.

Cuando se aplica la misma, consentida por el matrimonio, la madre está unida al hijo por filiación biológica, pero en cambio, con el marido que consiente la inseminación se establece una filiación de lo que la doctrina moderna denomina voluntad procreacional, que es el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de la esposa es la fuente creadora del vínculo de filiación, independientemente de la verdad biológica con

todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero *status filial*.<sup>11</sup>(Lledó, 1994).

Los estilos de vida que se imponen en la sociedad, sus convulsiones hacia modelos menos convencionales y las constantes exigencias de la ley, provocan conflictos que alcanzan la determinación de la relación filiatoria, pues como pretensión procesal la filiación posee varias aristas que se corresponden no solo con la parte que ostente la condición filiatoria, sino con la constitución de un estado de filiación.

La filiación, como definición jurídica, es básica en las sociedades organizadas por parentesco, en la medida que permite a los miembros de una sociedad reconocer la pertenencia de una persona a un determinado segmento social, ya que la finalidad de esta es permitir a las personas conocer su verdadera procedencia biológica. Por ello es vista desde la filiación biológica y la filiación jurídica, las cuales se detallan a continuación:

**Filiación biológica:** se concreta al hecho natural que tiene su origen por la reproducción humana; en este contexto, todo humano tiene una filiación, ya que toda persona es hijo de alguien. Tanto para la biología como para el Derecho, la filiación de sangre es el vínculo que se da entre generantes y generados.

**Filiación jurídica:** hace alusión al vínculo jurídico que se constituye por el Derecho; es indiscutible que esta filiación es la que obviamente interesa al Derecho, ya que lo que importa es establecer el estatuto que crea y rige el estado jurídico de las personas, aunque de ello se acarreen las siguientes consecuencias lógicas:

a) Que para establecer la filiación jurídica sólo se puede atender a las normas jurídicas.

b) Que no se trata de una deducción desde la relación natural que se origina por la procreación, sino en una atribución o adjudicación normativa.

Azpiri (2005) enuncia que desde el punto de vista jurídico, existe filiación en la medida en que ese vínculo biológico pueda y es reflejado de manera efectiva en el

---

<sup>11</sup>Estado de filiación.

plano jurídico. Por lo tanto, es posible definir la filiación como: el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que la engendró y con la mujer que la alumbró. Para que se pueda hablar de filiación esa realidad biológica se tiene que trasladar al plano jurídico, puesto que si ello no ocurre no se generan los derechos subjetivos familiares que derivan de ese vínculo.

La filiación constituye el conjunto de derechos y deberes que la ley asigna a la relación entre los hijos y los padres. Dicha relación no corresponde de forma necesaria con una realidad biológica, ya que existe una posible falta de correspondencia entre lo que es la paternidad para el Derecho y para la biología.

Para el nexo biológico no cabe dudas que cada hijo tiene un padre y una madre; sin embargo, para el Derecho puede no constar uno de ellos o los dos, porque la procreación es un hecho biológico cuyos efectos son los que se reconocen de forma jurídica, pero entre estos no siempre se constituye un estado de filiación (Albarrán, 2002).

La determinación de la filiación no posee mayores reclamos a la verdad biológica, sino que se concreta como proceso de naturaleza altamente contenciosa en los casos de impugnación de reconocimiento de hijos, en los que los efectos jurídicos del proceso se encaminan a dirimir sobre el estado filiatorio (Borda, 2004).

A pesar de que no se refiere al principio de la verdad biológica como condición incuestionable para la determinación de la filiación, subyace en la interpretación de la norma que se presume aquello de lo que no se puede tener certeza. En esa misma condición existe una distancia epistemológica entre la presunción y lo cierto, ya que la presunción es un hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado, en este caso el hecho es el nexo biológico, así que de cualquier manera ello invoca a lo cierto como categoría intrínseca a esta verdad que es firme por irrefutable, como lo es el nexo biológico para la determinación de la paternidad (Borda, 2004).

De la aplicación de la tecnología de referencia se deriva la filiación paterna que en modo alguno puede ser causal de impugnación, toda vez que no solo se trata de la defensa de los derechos reproductivos y la libertad de procreación, sino que existen

derechos del menor que deben ser respetados si se tiene en cuenta la protección del *nasciturus o concepturus*<sup>12</sup> en sus derechos personalísimos.

### **1.8 Derechos personalísimos del menor nacido de la inseminación artificial heteróloga**

Este derecho derivado del impacto del desarrollo en materia genética y la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, genera situaciones nuevas no solo en la defensa de los derechos reproductivos y libertad de procreación, sino que origina problemáticas nuevas para el Derecho de Familia que deben ser resueltas con normas jurídicas también nuevas, sin perder lo afectivo de las instituciones jurídicas que la integran ni biologizar el Derecho, para lo cual siempre se debe tener presente el interés superior de su fruto: niños.

El derecho que posee todo niño a desarrollarse y vivir en un ambiente propicio en el que esté presente la dualidad de figura materna y paterna también está latente, razón por lo que la aplicación de la tecnología no debe ser aplicada a mujer soltera. Así como el estatuto del embrión supone el respeto a sus derechos personalísimos, los que serán ejercidos por todas las personas, por sí o a través de sus representantes legales, desde el acto mismo de la concepción y hasta la muerte natural. Quedan implícitos en la categoría de los derechos de la persona humana y son los siguientes:

- a) Derecho a la vida.
- b) Derecho a nacer.
- c) Derecho a gozar de salud física y psíquica.
- d) Derecho a gozar de integridad física y psíquica.
- e) Derecho al mantenimiento y preservación de los vínculos paterno-filiales y fraternales.
- f) Derecho a ser concebido, gestado, alumbrado y criado dentro de una familia, basado en la unión de varón y mujer, o en su defecto, ser adoptado en las mismas condiciones.
- g) Derecho a disfrutar del primer medio ambiente humano natural: el seno materno.

---

<sup>12</sup> Nacido o concebido.

- h) Derecho a ser tratado en condiciones de igualdad.
- i) Derecho a la intimidad.
- j) Derecho a recibir información adecuada a su nivel de comprensión acerca de las modalidades, necesidad, resultados y tiempo de curación esperados, contraindicaciones y efectos adversos posibles de todas las actuaciones que deban practicarse sobre su salud física y mental.
- k) Derecho a gozar de una identidad genética, biológica, social y jurídica indiscutible (Valdés, 2006).

Estos derechos, en sentido general, tienen características propias que las distinguen del resto de los derechos subjetivos, ya que se consideran como:

- a) Originarios o innatos: la persona los adquiere por el simple hecho de gozar desde su nacimiento de tal condición. Para su adquisición no es necesaria la producción de determinado acto jurídico.
- b) Absolutos: el sujeto tiene un comportamiento posible y la prerrogativa de exigir de otra persona una prestación o un determinado comportamiento y, en ambos casos, cuenta con la protección del ordenamiento jurídico.
- c) Necesarios: como derechos esenciales de la persona y directamente vinculados con su propia naturaleza, toda persona los posee al menos en principio, aunque el ordenamiento jurídico por razones de interés público, social o moral puede imponer algunas limitaciones.
- d) No patrimoniales o extrapatrimoniales: aunque en algunos casos traen aparejadas consecuencias económicas, fundamentalmente en aquellos supuestos en que su violación hace surgir la obligación de indemnizar daños y perjuicios, en esencia no son valorables en dinero.
- e) Imprescriptibles: el transcurso del tiempo no afecta su eficacia, o sea, el ordenamiento jurídico protege su ejercicio o su defensa en cualquier tiempo.
- f) Irrenunciables: la autonomía de la voluntad debe ceder ante intereses superiores como los públicos y sociales.

- g) Intransmisibles: estos derechos no pueden ser objeto de transmisión ni por actos *inter vivos*<sup>13</sup> ni por actos *mortis causa*,<sup>14</sup> o sea, no pueden ser objeto de pactos ni de enajenación.
- h) Personalísimos: su ejercicio es personalísimo, al menos en principio, aunque se admite la representación legal para su ejercicio y defensa en el caso de los menores e incapacitados (Valdés, 2006).

Estos son atribuidos a los niños nacidos de la inseminación artificial heteróloga. Cualquier acto de la vida humana conlleva consecuencias jurídicas que deben ser reguladas o previstas por la legislación vigente, por lo tanto, los cambios que se originen no pueden quedar marginados de la ley. No obstante, ninguna de las soluciones que se adopten debe cerrar las puertas a un análisis desde una perspectiva casuística e individual.

Las técnicas de inseminación artificial heteróloga tienen como punto de partida buscar un remedio a la esterilidad de la pareja. Se debe observar que cualquier acto de la vida humana conlleva consecuencias jurídicas que se deben regular por el Derecho Civil vigente. Los cambios que se originen no pueden quedar marginados de la ley, máxime cuando existe un tercero que es el donante del semen, con el cual se pretende lograr el embarazo deseado.

La persona es una de las instituciones fundamentales que integran el contenido del Derecho Civil, es su idea básica y central. En virtud de que el objetivo inmediato del derecho positivo es la regulación de la convivencia humana, por lo tanto, la persona humana es el punto de partida de dicha regulación social. El derecho de identidad se entiende como un atributo de la persona, derecho humano absoluto, personal, inalienable e imprescriptible, objeto de protección nacional e internacional.

Este derecho de identidad no es más que conocer cuál es el origen, el tronco común y la familia extendida. Se constituye por cada niño o niña en información imprescindible para configurar y definir el ser y estar en este mundo, pues es una tarea del desarrollo que cada persona debe cumplir para llegar a constituirse en un adulto integrado.

---

<sup>13</sup> Entre vivos.

<sup>14</sup> Causa de muerte.

El hijo nacido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial heteróloga, se debe considerar hijo del matrimonio, aún cuando en dicho tratamiento se utilice el semen de una tercera persona. Se hace necesario e imperativo que el donante del semen no tenga ningún derecho ni obligación sobre el nacido. Se evita así que se desvirtúe la institución de la filiación que vendría a complicar lo que hoy se conoce como identidad y filiación, así como su repercusión en la familia y el patrimonio.

El niño nacido mediante esta tecnología, desde el momento en que sus padres consienten que le sea aplicada la inseminación artificial heteróloga lo reconocen como suyo, estos adquieren la responsabilidad de velar por su integridad y desarrollo, deben cumplir las normas legales establecidas. Respecto al derecho de filiación que existe de forma biológica, pero no jurídica, entre el donante de semen, en una inseminación heteróloga y el niño concebido, por lo expuesto, hasta el momento no existen derechos ni obligaciones recíprocas entre el donante del semen y el fruto de la inseminación heteróloga.

Con la inseminación artificial heteróloga se crea un vínculo de filiación independiente de la verdad biológica, entre ella la creación de un nuevo *status filial*.<sup>15</sup> El fin de esta tecnología es otorgar la oportunidad de ser padres a las personas que desean un hijo, la paternidad no corresponde con la verdad biológica, razón por la que se necesita determinar los requisitos legales para que constituya una garantía jurídica en su aplicación.

### **Conclusiones parciales**

Los métodos y procedimientos para llevar a cabo la inseminación no constituyen una novedad de los tiempos modernos. Los primeros ensayos se inician con vegetales, después con animales y desde el siglo XV se tiene noticias de intentos de inseminación artificial en humanos.

La inseminación artificial consiste en la tecnología que permite depositar semen en el tracto reproductor femenino. En correspondencia con las distintas formas en que esto se lleva a cabo se encuentran la inseminación artificial homóloga que consiste en introducir a la mujer semen de la pareja y la inseminación artificial heteróloga donde

---

<sup>15</sup> Estado filiatorio.

el semen del varón no es obtenido de la pareja, sino de un tercer sujeto que es el donante.

El consentimiento informado, la confidencialidad y la no discriminación constituyen principios que deben ser respetados en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, ya que permite a las parejas con problemas de infertilidad ejercer sus derechos reproductivos y su voluntad procreacional. La aplicación de la tecnología de referencia es la fuente creadora del vínculo de filiación. Sin embargo, no existe un verdadero status filial respecto al padre, por ello es visto desde las filiaciones biológica y jurídica.

## **CAPÍTULO II: PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN DE LA APLICACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

### **2.1 La inseminación artificial heteróloga en el Derecho comparado**

El estudio del Derecho comparado y las referencias a sus ordenamientos se convierten en complemento necesario para la presente investigación. Los países europeos y del continente latinoamericano que se analizan, constituyen ejemplos de cómo se regula en sus ordenamientos lo referente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los requisitos legales: capacidad jurídica de las personas, estado civil de los solicitantes, consentimiento, certeza de la filiación y el anonimato del donante de semen.

En este capítulo se analiza la Ley española por constituir el antecedente del Sistema de Derecho en Cuba y por ser uno de los primeros países en crear una Ley sobre Reproducción Asistida; Suecia, por ser el único país con legislación acerca de la procreación humana asistida que niega el derecho del donante de semen al anonimato y Francia e Italia, por tener leyes específicas que regulan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. También Argentina, por ser uno de los pocos países de América Latina en aprobar una Ley de Reproducción Médicamente Asistida y Colombia, que no tiene una ley específica acerca de estas técnicas, pero que se regulan mediante Resolución del Ministerio de Salud Nacional (ver Anexo I).

El análisis realizado sirve de base para conocer y hacer el estudio comparado acerca de los requisitos legales que constituyen garantía en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como las propuestas de las disposiciones jurídicas para regular los procedimientos de estas técnicas en Cuba.

#### **España**

Fue uno de los primeros países en crear una Ley sobre Reproducción Humana Asistida: Ley 35 de 1988 y Ley 45 del 2003, que con posterioridad se deroga por la Ley 14 del 2006, de 26 de mayo. Entre sus artículos se establece:

En cuanto a la **capacidad jurídica**: toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la Ley. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. En cuanto al **estado civil de los solicitantes**: la mujer

podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

**Consentimiento:** las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se realizan siempre que la mujer preste el consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La aceptación de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida por cada mujer receptora de ellas deberá reflejarse en un formulario de consentimiento informado, en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. Los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. El consentimiento deberá efectuarse por escrito.

**Certeza de la filiación:** todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto a la identidad de los donantes, de los datos, así como las condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

**Anonimato del donante de semen:** la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad.

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

propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

## **Suecia**

Tiene una Ley sobre Reproducción Humana Asistida del primero de marzo de 1985. En sus artículos acerca de los requisitos legales de la inseminación artificial se dispone, en cuanto a la **capacidad jurídica de las personas**: es condición que el donante de semen se encuentre sano tanto física como psíquicamente. El médico tratante tiene la responsabilidad de evaluar, desde el punto de vista psicofísico, a la pareja solicitante.

**Estado civil de los solicitantes**: permite la inseminación de la mujer cuando esté casada o cohabite con el hombre en condiciones semejantes a las del matrimonio. Referente al consentimiento dispone que sea indispensable el consentimiento escrito del marido o compañero. En cuanto a la **certeza de la filiación**, el donante no puede tener responsabilidad alguna sobre el niño.

**Anonimato del donante de semen**: la Ley sueca reconoce el derecho del hijo nacido a conocer la identidad de su padre biológico, al alcanzar la mayoría de edad. Es el único país con legislación acerca de la procreación humana asistida que niega el derecho del donante de semen al anonimato, en favor de lo que considera un bien para el hijo.

## **Francia**

Tiene una Ley específica que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; entre sus artículos se establece, en cuanto a la **capacidad jurídica**, que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora de las técnicas reguladas en la Ley. En cuanto al **estado civil de los solicitantes** se establece que el hombre y la mujer que forman la pareja deben estar casados o en situación de aportar pruebas de una vida en común de al menos dos años. Respecto al **consentimiento** se establece que deberán dar de forma previa su consentimiento al Juez o al Notario.

**Certeza de la filiación:** precisa que en caso de reproducción asistida con un tercer donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre éste y el hijo nacido de la procreación. Expresa que los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercer donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al Juez o al Notario, quien les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación. En cuanto al donante de semen se establece que debe quedar en el **anonimato**.

### **Italia**

En el artículo 5 de la Ley 40 se establece con respecto a la **capacidad jurídica** que pueden acceder a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida las parejas compuestas por personas mayores de edad, en edad potencialmente fértil; en cuanto al **estado civil de los solicitantes:** casadas o convivientes, de sexo diverso y cuando éstas hayan prestado un consentimiento informado. Con respecto a la **filiación:** no podrá establecerse vínculo de filiación entre el donante y el hijo. Acerca del donante de semen se establece que debe quedar en el **anonimato**.

### **Argentina**

En la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida del año 2013 promulgada el 25 de junio, se establece acerca de la **capacidad jurídica** de las personas, que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad. En cuanto al **estado civil de los solicitantes** queda establecido que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido al estado civil de los destinatarios.

**Consentimiento:** toda persona que tenga derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida debe manifestar su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión en la mujer. Acerca de la **filiación** se establece que no podrá existir vínculo entre el donante y el hijo. Con respecto al donante de semen se establece que debe quedar en el **anonimato**.

## Colombia

Tiene un Proyecto de Ley 45 del 2000 acerca de Técnicas de Reproducción Asistida. No tiene una ley específica acerca de estas técnicas. El Ministerio de Salud Nacional mediante Resolución número 8514 de 1984 estableció con respecto a la **capacidad jurídica de las personas**, que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad. En cuanto al **estado civil**: pareja casada o con vida en común. Sobre el **consentimiento**, que los usuarios de métodos alternativos de regulación de la fertilidad deben emitir su consentimiento, el cual se debe materializar en un documento especial por parte de la correspondiente entidad de salud y firmado por el paciente ante dos testigos.

Se establece que para la inseminación heteróloga deberá constar el consentimiento voluntario, libre y consciente del donante con la institución. Se requiere además el consentimiento del cónyuge del donante de gametos, ya que esto pudiera ser causal de divorcio por infidelidad conyugal. Referente a la **filiación**, se establece que no podrá existir vínculo entre el donante y el hijo. Respecto al **anonimato del donante de semen**, mediante Resolución 3199 de 1998, el Ministerio de Salud Nacional en su Artículo 14 exige a todas las instituciones que realicen procedimientos de fertilización, llevar un registro confidencial de donantes.

En los países estudiados resulta coincidente el hecho de que para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquiera de sus variantes, se requiere como requisitos la existencia de una unión matrimonial, ya sea formalizada o no, el consentimiento previo de los solicitantes, el que debe constar por escrito como expresión de voluntad y libertad, así como de los donantes, además de poseer leyes independientes que regulen la aplicación de la tecnología de referencia. La mayoría de los países que las regulan establecen el anonimato del donante de semen, al considerar que prevalece la filiación jurídica sobre la biológica; solo Suecia reconoce lo contrario al justificar tal posición con el interés superior del menor.

En Cuba no existe una normativa jurídica que regule la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y por demás de la inseminación artificial heteróloga

como una de sus variantes. A cada caso en concreto se le aplica la norma vigente de forma análoga según lo establecido en el Código Civil o en el Código de Familia, en dependencia de la relación jurídica de que se trate.

A diferencia de los países estudiados, la tecnología de referencia se aplica en centros asistenciales públicos respaldados por la Ley No. 40 de 15 de agosto de 1983 de Salud Pública, la cual no refiere nada con respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, solo de procedimientos médicos; sin embargo, al ser determinado el diagnóstico clínico, en caso de que sea necesario aplicar la inseminación artificial, se le da a conocer a la pareja en qué consiste, las posibilidades de éxito y aunque no se establecen de forma legal requisitos previos para su aplicación, sí se requiere la aceptación de la pareja, pues se valora como un método terapéutico y no como una tecnología de las que se derivan problemáticas jurídicas.

## **2.2 Tratamiento jurídico de la inseminación artificial en Cuba**

En el caso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se hizo referencia a las normativas existentes en el mundo, porque en Cuba no existe, como ya se ha planteado, una ley en la que esté recogido todo lo que acerca de la materia se está realizando. La aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el territorio nacional se hace tomando como base los cuerpos legales existentes en materia civil y de familia fundamentalmente que, aunque su articulado ofrezca una posibilidad de interpretación de forma tal que pueda ser aplicable en estos casos, no ha sido la intención del legislador que fueran empleados en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

No obstante, para acceder a este procedimiento no se le exige a las parejas la certificación de matrimonio, dando por cierta la declaración que hagan estos sobre la estabilidad de su relación. Dicho documento no le brinda una tutela legal efectiva a este proceder, pues carece de la oficialidad que el hecho demanda. En la práctica, no se acude a un documento notarial, puesto que se considera suficiente la secretividad que la institución médica le brinda a dicho acto.

En Cuba, pese a no tener una ley que reglamente la reproducción asistida, ésta se realiza basándose en los demás cuerpos normativos como el Código de Familia, la Constitución, normas y directivas internas del Ministerio de Salud Pública, llevándose a cabo solo la inseminación artificial y una de las variantes que presenta la fecundación *in vitro*.<sup>16</sup> Pero el hecho de que se realicen éstas sin una ley específica no significa que no haya restricciones.

El Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil en Cuba, en el 2010 estableció el Reglamento para el funcionamiento de la Red en la Atención a la Pareja Infértil en el Sistema Nacional de Salud, en el que se considera que los procesos reproductivos forman parte del desarrollo individual y humano, y por tanto deben asumirse como deberes y derechos individuales y sociales.

### **2.3 Requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga**

La inseminación artificial heteróloga es una tecnología Pro-Vida al servicio de las parejas infértiles que desean tener hijos; su aplicación en general resulta ampliamente aceptada, pero el debate se plantea frente a ciertas aplicaciones que tienen implicaciones éticas, e incluso legales que trascienden a la tecnología misma y que constituyen una alerta constante para la comunidad científica, la sociedad y los Estados.

Los fines perseguidos con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y admitidos por Cuba son:

- a) La actuación médica ante la esterilidad humana mediante estas técnicas.
- b) La prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario.

El desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la aplicación de la inseminación artificial heteróloga como una de sus variantes, precisan de una normativa jurídica a tono con la realidad, en consonancia con la transformación científico-tecnológica que se suscita en el mundo de hoy, que permita dar solución a

---

<sup>16</sup>Es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre.

situaciones nuevas con normas jurídicas también nuevas; no obstante, se requieren requisitos legales que constituyan garantías en su aplicación los cuales son:

1. Capacidad jurídica de las personas.
2. Estado civil de los solicitantes.
3. Consentimiento.
4. Certeza de la filiación.
5. Anonimato del donante de semen (ver Anexo II).

### **2.3.1 Capacidad jurídica de las personas**

De acuerdo a lo que establece el Artículo 29.1 del Código Civil, “La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere:

1. Por arribar a la mayoría de edad que comienza a los 18 años cumplidos.
2. Por matrimonio del menor”.<sup>17</sup>

Se entiende que las parejas para tener acceso a estas técnicas deben cumplir como requisito previo la mayoría de edad, aunque se establece que la plena capacidad jurídica se adquiere también por matrimonio del menor, y si se tiene en cuenta lo establecido en el párrafo segundo del Artículo 3 del Código de Familia de Cuba, en lo referente a la autorización del matrimonio de menores, se debe considerar dejar excluida la solicitud que pueda realizar el varón con edad entre 16 y 18 años de edad y hembra entre 14 y 18 años de edad por razón biológica.<sup>18</sup>

También es necesario que las personas que van a tener acceso a estas técnicas estén psíquicamente aptas, se encuentren en plena capacidad mental y en edad potencialmente fértil.

Los donantes deben tener más de 18 años, poseer plena capacidad de obrar y buen estado de salud psicofísica; además deben cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, que incluya sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica

---

<sup>17</sup>Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 59/87: Código Civil.--aHabana, 1987.

<sup>18</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

existentes en el momento de su realización, que no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

### **2.3.2 Estado civil de los solicitantes**

El estado conyugal constituye un requisito indispensable si se tienen en cuenta los objetivos del vigente Código de Familia de Cuba, entre los que se encuentra fortalecer la institución de la familia como célula fundamental de la sociedad. Además se establece la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, por lo que se debe tener en cuenta el interés superior del menor.

El niño que va a nacer fruto de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe tener garantizado, junto con los medios de subsistencia, un ambiente familiar estable y acorde con los principios de la moral que rige la sociedad, a tenor de lo establecido en los Artículos 26<sup>19</sup> y 27<sup>20</sup> respectivamente del Código de Familia.

Podrán ser sujetos de estas técnicas las parejas casadas legalmente, según lo establecido en el Artículo 2 del Código de Familia “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común”, así como los que mantienen uniones consensuales que cumplan los requisitos de estabilidad y singularidad exigidos en el Artículo 18 del propio cuerpo legal.

Desde el punto de vista jurídico, se entiende por estabilidad la constancia y permanencia demostradas en el tiempo, en tanto que por singularidad, la unión no compartida con otra persona. En Cuba, la aplicación en un futuro de la inseminación artificial heteróloga deberá estar limitada a parejas en las que el hombre y(o) la mujer tienen problemas de infertilidad y por consiguiente la pareja es incapaz de procrear.

---

<sup>19</sup> Artículo 26. Ambos cónyuges están obligados a cuidar la familia que han creado y a cooperar el uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos.

<sup>20</sup> Artículo 27. Los cónyuges están obligados a contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado con su matrimonio, cada uno según sus facultades y capacidad económica.

La autora del presente trabajo considera que no se le debe aplicar la inseminación artificial heteróloga a mujeres sin parejas, aunque cumplan los requisitos de moralidad y solvencia económica que garanticen un ámbito favorable al recién nacido. Además se debe impedir el acceso a estas técnicas a las parejas que no presenten problemas de infertilidad, al igual que a mujeres solas.

La autora considera igualmente que la aplicación de la tecnología de referencia sólo se debe permitir a las parejas heterosexuales, atendiendo a lo establecido en el Artículo 2 del Código de Familia vigente y siempre que otros métodos de tratamientos de la infertilidad hayan fracasado, no ofrezcan perspectivas de éxito o no sean apropiados en el caso concreto.

### **2.3.3 El consentimiento**

El consentimiento previo es otro de los requisitos a tener en cuenta para la aplicación de la inseminación artificial heteróloga; lo deben emitir los matrimonios formalizados y las parejas de unión consensual que cumplen los requisitos de singularidad y estabilidad, así como los donantes de semen. Este consentimiento debe ser libre, voluntario, informado y tiene como fundamento la aquiescencia de los participantes: cónyuges y terceros donantes de gametos en su caso y después de haber sido explicados por especialistas médicos la técnica, las posibilidades de éxito, sus implicaciones y los eventuales riesgos.

El consentimiento se debe otorgar por escrito y con la expresión de su irrevocabilidad que asegure la no suspensión de la gestación ni el rechazo a la filiación que se genera. El donante, que debe ser anónimo al momento de la donación, indica que no desea establecer ningún vínculo con el menor que nazca y que no tiene interés en exigir el reconocimiento de su paternidad. Este es uno de los aspectos más conflictivos y que conlleva a mayores especulaciones en lo que se relaciona con la determinación de la paternidad de los niños nacidos.

En el Artículo 69 del Código Civil vigente, entre las causales de ineficacia de los actos jurídicos se encuentra, que la manifestación de voluntad se vicie por error, fraude o amenaza,<sup>21</sup> por lo que la autora de esta investigación considera que debe

---

<sup>21</sup>Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 59/87: Código Civil.--aHabana, 1987.

constar por escrito el consentimiento de ambos cónyuges antes de que se aplique la inseminación artificial heteróloga, así como el consentimiento del donante de semen de mantener el anonimato.

No se debe admitir el consentimiento presunto o tácito. Es indispensable la prestación del consentimiento de forma libre e informada después que la técnica se explique por médicos especialistas, así como las posibilidades de éxito, sus implicaciones y los riesgos eventuales. La importancia del consentimiento radica en que su otorgamiento conduce a la determinación de la paternidad; no se debe confundir con una transacción respecto del estado de los hijos, los derechos y obligaciones derivadas de él.

Es un consentimiento previo a la concreción de ese vínculo filial, es la expresión de voluntad que de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto equiparable, en este caso con la manifestación de la voluntad en la adopción. Se trata de un consentimiento complejo donde confluyen dos voluntades: la de la persona que desea que se le aplique la inseminación artificial heteróloga y la de su compañero o cónyuge que asumirá la responsabilidad paterna en su caso.

Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas. El consentimiento es esencial, pues el esposo debe aceptar que su esposa sea fecundada con espermatozoides de otro hombre; por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo o hija con quien no va a estar ligado por vínculos genéticos. Se considera que el consentimiento debe ser moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia, por ello puede impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre.

En este contexto el varón que consintió expresamente que su compañera fuera inseminada artificialmente con semen de otro, tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente, por lo que la autora considera que dicho consentimiento debe constar por escrito, de manera tácita, que servirá como título de determinación legal de la filiación, que es un reconocimiento previo del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena.

---

No obstante podrá impugnar la paternidad el cónyuge contra el que se haya actuado de forma engañosa o fraudulenta, o sea, que se haya vulnerado su voluntad y su consentimiento en la aplicación de la inseminación homóloga y utilizado semen de donante, es decir se haya aplicado inseminación artificial heteróloga.

Si el cónyuge no consiente en ser padre legal de la criatura, la Ley le da la posibilidad de impugnar la filiación según el Artículo 78<sup>22</sup> del citado Código de Familia cubano. Si acepta ser el padre legal, el padre genético tendrá la opción que el Artículo 81<sup>23</sup> del mismo Código y que lo establecido en el articulado de la Ley 51 del Registro del Estado Civil le ofrecen de impugnar la paternidad.

La capacidad para emitir el consentimiento constituye pieza clave para la inseminación artificial heteróloga. Esta capacidad se manifiesta en dos extremos:

- a) La aptitud para saber y entender el alcance de la voluntad manifestada, que debe ponerse en relación con la edad y con la ausencia de deficiencias psíquicas o físicas que le impidan comprender el alcance de su declaración de voluntad.
- b) El consentimiento para la aplicación de la inseminación artificial heteróloga es la manifestación de voluntad dirigida a que le sea aplicada la misma. La declaración del consentimiento debe ser presentada sin vicios, de manera libre, sin coacción, y emitida personalmente.

Dado el consentimiento, el autorizante reconoce la aplicación de la inseminación artificial heteróloga. Se debe tener un consentimiento por escrito de la pareja, especialmente de la mujer; ambos deben estar advertidos de todo el proceso de inseminación heteróloga. El consentimiento es fundamental y deben cumplirse requisitos especiales, tales como:

- a) Las consecuencias médicas de su aplicación.

---

<sup>22</sup>La impugnación sólo podrá fundarse en la imposibilidad de los cónyuges para haber procreado el hijo.

<sup>23</sup>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.

- b) Que la pareja esté consciente de que el semen que se utilizará es de un donante.
- c) La responsabilidad médica de utilizar el semen de un donante y que el mismo no represente ningún riesgo de enfermedad congénita o hereditaria.
- d) Que efectivamente no existirá relación alguna entre el donante del semen y el producto de la fertilización.
- e) La aceptación de la utilización de semen de un donante (inseminación heteróloga) se debe plasmar en una autorización debidamente legalizada, en la cual se expresen los derechos y deberes del donante y los derechos de la mujer receptora.
- f) Deberá obtenerse un historial clínico de la pareja y del donante, datos que serán de carácter reservado, debiendo guardarse el más estricto secreto de la identidad de la pareja y del donante, la esterilidad de los usuarios y las circunstancias concurrentes en el origen de los hijos así nacidos.

#### **2.3.4 Certeza de la filiación**

El debate acerca de la filiación adquiere un nuevo matiz cuando se aplica la inseminación artificial heteróloga. La filiación de un sujeto es un soporte que constituye a la persona en ser social, proviene de una convención que depende del vínculo natural con los padres, por lo que se infiere que la aplicación de la tecnología de referencia enfrenta a los juristas a la complejidad de las nuevas condiciones filiatorias.

Determinar la identidad del padre y la madre del niño es inscribirlo en la intersección de múltiples líneas genealógicas que establecen su filiación y por ende, su identidad. La filiación constituye una cualidad personalísima que a través de los apellidos determina la identificación del individuo y la relación que se establece entre padres, madre e hijo, de la que se derivan efectos jurídicos con repercusión para el Derecho de familia.

Es cierto que la filiación se entiende como un hecho natural que se basa en la procreación y como hecho jurídico del que se deriva el régimen jurídico de la filiación, o sea, la situación jurídica que una persona ocupa dentro de la familia en calidad de

hijo, por la situación que dentro de una familia le asigna el hecho de haber sido engendrado en ella.

La certeza de la filiación es uno de los aspectos más conflictivos y que se presta a mayores confusiones en relación con la paternidad y maternidad de los niños nacidos con la inseminación artificial heteróloga. En Cuba no se distinguen distintas clases de filiación, así lo establece el Artículo 65 del Código de Familia;<sup>24</sup> solo acepta una: la que sustenta y consagra la igualdad entre los hijos.

La aplicación de la inseminación artificial heteróloga impone de hecho un nuevo tipo de filiación: filiación por identidad genética, razón por la cual se le debe brindar especial protección a su fruto: niños. Como garantía del cumplimiento de las mencionadas disposiciones y principios, la Constitución de la República de Cuba establece que está abolida toda clasificación acerca de la naturaleza de la filiación.

Cuando se lleve a cabo la inseminación artificial heteróloga, con semen de donante, los nacidos por esta técnica tendrán el mismo tratamiento que los nacidos de embarazos normales a los efectos de determinar la filiación, según lo preceptuado en el Artículo 37<sup>25</sup> de la Constitución de la República y el Artículo 65 del Código de Familia vigente.

“Todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos con respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de estos”.<sup>26</sup> Aunque en este caso la paternidad genética y la jurídica no coinciden en las mismas personas, los hijos tendrán el mismo derecho y serán inscriptos de igual forma que los procreados de forma natural.

Esto genera una problemática nueva, de acuerdo al Artículo 74.1 del Código de Familia que regula: “se presumirá que son hijos de personas unidas en matrimonio los nacidos durante la vida matrimonial”.<sup>27</sup> Mientras el matrimonio no se extinga,

---

<sup>24</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

<sup>25</sup> Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.

Está abolida toda clasificación sobre la naturaleza de la filiación.

No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos.

<sup>26</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

<sup>27</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

siguiendo el principio *Paterestquemnuptiaedemostrant*, o, lo que es lo mismo, se presume que el padre es el marido de la madre, basado en todo caso en la obligación de convivencia y fidelidad de los cónyuges.

En el Artículo 24, párrafo primero, del Código de Familia, a cuyo tenor se impone a los cónyuges el deber de “vivir juntos, guardarse la lealtad, la consideración y el respeto debido”.<sup>28</sup> La presunción tiene su ratio en la naturaleza de las relaciones conyugales o sexuales, de donde se infiere que el marido tiene relaciones sexuales con su esposa y, en consecuencia, el hijo concebido durante ese tiempo es de él.

La presunción en si misma refiere Leonardo Pérez Gallardo supone un favor *sui iuris*<sup>29</sup> a favor de los hijos, al concedérseles el estado filiatorio, sin que importe mucho la coincidencia del dato biológico con el lazo jurídico.<sup>30</sup> El Artículo 81 del referido Código de Familia establece: “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”.<sup>31</sup> Padre genético biológico es el donante de gametos y padre jurídico es aquel que ostenta la posición de hecho del estado de padre.

### **2.3.5 Anonimato del donante de semen**

En virtud de la técnica de inseminación artificial heteróloga, el semen fecundante no proviene del marido; se plantea el problema de la identificación del progenitor (donante de gametos) de lo cual va a depender su reconocimiento como padre legal o no. En relación con este aspecto se sugiere el anonimato de los donantes porque se entiende que se trata no sólo de proteger al progenitor biológico, sino de proteger fundamentalmente al hijo mismo.

Se es partidario de que la relación paterno filial se debe establecer con el esposo de la gestante (padre jurídico) y no con el progenitor genético (proveedor de semen),

---

<sup>28</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

<sup>29</sup> De propio derecho.

<sup>30</sup> libro Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español-iberoamericano p428 ponencia primera Las presunciones filiatorias en el derecho familiar cubano.

<sup>31</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

ya que nadie dona sus gametos con la intención o idea de tener una relación con la persona que pueda nacer por esa vía. El marido en modo alguno toleraría esa práctica si no tuviera la intención de atribuirse la paternidad jurídica.

Es necesario precisar para quienes el donante será anónimo y en este sentido se recomienda que debe ser fundamental para el engendrado y su familia, así como para la sociedad; sin embargo, el personal médico que va a aplicar esta técnica tiene que conocer la identidad del donante, pues como condición previa se requiere el pesquisaje de afecciones como síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), la hepatitis B y defectos hereditarios; además, debe realizar su selección de entre el total de donantes, teniendo en cuenta las características fenotípicas de la familia receptora.

La autora es del criterio que el anonimato es un requisito indispensable, toda vez que de ello depende la consolidación de la vida familiar y el interés superior del menor, principios tutelados en la Convención Sobre los Derechos del Niño de la cual Cuba es signataria; en su Artículo 7 preceptúa: “el derecho del niño de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, en su Artículo 8 se establece que: “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

#### **2.4 Problemáticas jurídicas que se derivan de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga**

El vínculo matrimonial de la familia que decide por su expresa voluntad someterse a la inseminación artificial heteróloga, puede extinguirse por muerte de uno de sus miembros. Si el que muere es el padre y se trata de una de las variantes con gametos de terceras personas, la disolución del vínculo matrimonial en la etapa previa a la implantación del embrión en el útero materno da lugar a nuevas situaciones.

Cuando la muerte del padre ocurre en el periodo inmediato anterior a la implantación del embrión y luego de expresar previamente que así fuera, el concebido se presumirá hijo del fallecido, pues nacerá antes de los trescientos días, según lo que establece el Artículo 74.2 del Código de Familia, el que textualmente preceptúa: “se

presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial”.<sup>32</sup>

El Código de Familia por demás no contempla la posibilidad de que por razones técnicas o por deseo expreso de la pareja, la transferencia del preembrión sea demorada o pospuesta y en ese caso el nacimiento ocurra después de los trescientos días de fallecido el padre. Tampoco contempla la variante de que la muerte ocurra sin que previamente se haya acordado el destino del preembrión.

Se debe considerar que una forma de prever, o al menos disminuir las posibles consecuencias, sería que en el momento en que la pareja decide que le sea aplicada la tecnología de referencia deje decidido expresamente la conducta a seguir, en caso de disolución del vínculo por muerte del padre y se responsabilice al cónyuge sobreviviente con la toma de la decisión.

El Código de Familia de Cuba descansa en la filiación derivada del acto sexual. No existe norma directa que regule las diferentes situaciones que se pueden plantear, por lo que se niega de esta forma la debida protección y amparo al fruto: niños, a las personas que acuden a la aplicación de la inseminación artificial heteróloga y los deberes o limitaciones de quienes practican las mismas.<sup>33</sup>

## **2.5 Tratamiento jurídico de la inseminación artificial heteróloga en Cuba**

En Cuba no se aplica la inseminación artificial heteróloga, ya que se requiere un banco de semen que actualmente no existe por las condiciones económicas existentes en el país y en los Centros Asistenciales de Salud, pero se están creando las bases para su futura implantación. La inseminación artificial homóloga tampoco es regulada por el ordenamiento familiar de Cuba, por lo que se deben crear las

---

<sup>32</sup> Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley. No.1289: Código de Familia.--La Habana, 1988.

<sup>33</sup> Artículo 74. Se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio: los nacidos durante la vida matrimonial.

Artículo 75. Se presumirá la paternidad: 1) cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado. 2) cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción.

Artículo 76. Se presumirá la maternidad cuando la madre se halle en el caso del inciso1).

leyes para su protección, tanto para la aplicación de la homóloga como de la heteróloga.

Aunque en el país no existe una ley que reglamente la Reproducción Humana Asistida, ésta se realiza basada en los demás cuerpos normativos como el Código de Familia, la Constitución, así como las normas y directivas internas del Ministerio de Salud Pública mediante el Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil, en el cual se establece el Reglamento para el funcionamiento de la Red en Atención a la Pareja Infértil en el Sistema Nacional de Salud.

El Reglamento mencionado anteriormente establece como principios generales:

#### Artículo 1

Tendrán acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

1. Las personas mayores de 18 años de edad, atendiendo al alcance de la capacidad jurídica civil, según el Artículo 29, inciso a, del Código Civil.
2. Las parejas unidas en matrimonio formalizado y las unidas sin formalización, que se comprometan con el proceder para lograr la fertilidad y cumplan con los requisitos de maternidad y paternidad responsables, según lo establecido en el articulado del Código de Familia.

#### Artículo 6

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se realizarán únicamente a las parejas que han dado su consentimiento notificado de forma expresa y por escrito (ver Anexo III) a través de un proceso activo de elección informada que incluya:

- a) Información detallada acerca de los aspectos médicos relacionados con todas las circunstancias de aplicación de una Técnica de Reproducción Humana Asistida, así como los resultados que se han obtenido con anterioridad y las posibles complicaciones para la mujer.
- b) También se expondrán los aspectos de carácter biológico, jurídicos, éticos, económicos, psicológicos y sociales, relativos a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La inseminación artificial se lleva a cabo en su variante homóloga, no así la heteróloga, la que debe aplicarse en un futuro no lejano si se tienen en cuenta los resultados obtenidos por el Departamento Estadístico de Salud en cuanto al porcentaje de hombres con problemas de infertilidad, razón por la que la autora considera que debe ser objeto de estudio, toda vez que si bien es cierto que solo se aplica la inseminación artificial homóloga, ésta carece de una norma legal que le brinde tutela jurídica.

Estudios del Departamento de Estadísticas del Centro de Estudios Demográficos de Cuba que se realizaron en el año 2012, plantean que entre las principales patologías de infertilidad en la mujer se encuentran: la alteración en el moco cervical, la presencia de anticuerpos antiesperma, la estenosis (estrechez), las secuelas de conización y el tratamiento con láser o criocirugía, mientras que en el hombre se encuentran: las alteraciones en el semen como disminución del número de espermatozoides y(o) de su movilidad, la disminución en el volumen del semen, el aumento excesivo en el número de espermatozoides y las malformaciones anatómicas de su aparato reproductor, siendo estas las que arrojan el mayor porcentaje.

La limitación del acceso a la aplicación de la inseminación artificial heteróloga según el estado civil de los beneficiarios, se puede fundamentar en dos realidades que deben ser objeto de protección: la familia y su fruto: niños; para ello resulta necesario brindar protección jurídica mediante su inclusión en un Capítulo en el ordenamiento familiar de Cuba y donde se tengan en cuenta los requisitos legales que constituyen garantías en su aplicación, los cuales están presentes en las legislaciones de los países estudiados y se tratan en el trabajo de autos.

La mayoría de los estudiosos que investigan acerca del tema rechazan el criterio seguido por algunos países de exigir, además, el consentimiento del cónyuge del donante de gametos, puesto que se considera una falta a los derechos conyugales. La Ley española plantea en su artículo 5.6 que: "cualquier persona mayor de 18 años y en plena capacidad de obrar puede ser donante, siempre que además cumpla con

los requerimientos médicos de buen estado psicofísico y ausencia de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles”.<sup>34</sup>

Cuando se aplique la inseminación artificial heteróloga en un futuro se debe establecer, como uno de los principios fundamentales, el anonimato del donante, que de hecho es violado si se presenta un peligro inminente para la vida del procreado, que pueda evitarse con la identificación del donante, lo que constituye un reconocimiento del derecho a la vida del hijo concebido con la utilización de estatécnica. En este sentido la autora es de la opinión de que el donante debe ser mayor de 18 años, sin que sea de interés al respecto su estado conyugal.

Además, en los centros donde se lleva a cabo la inseminación con semen de un donante, se le hace firmar a los cónyuges un documento mediante el cual se exonera al grupo médico de cualquier situación legal que se pueda presentar respecto a las consecuencias de dicho tratamiento, tanto para la pareja, el niño o la sociedad. Este documento puede ser utilizado por la institución médica o por la madre en un proceso de impugnación de la paternidad interpuesto por el padre legal del menor (esta es una excepción al mencionado Artículo 74.2 del Código de Familia y evidentemente no está contemplada en la Ley).

No obstante, para acceder a la aplicación de la inseminación artificial no se le exige a las parejas la certificación de matrimonio, dando por cierta la declaración que hagan estos sobre la estabilidad de su relación. Dicho documento no le brinda una tutela legal efectiva a este proceder, pues carece de la oficialidad que el hecho demanda. En la práctica no se acude a un documento notarial, ya que se considera suficiente la secretividad que la institución médica le brinda a dicho acto.

Es válido aclarar que cuando se habla de normas que regulan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se refiere a las normativas existentes en el mundo, porque no existe una ley en la que se recoja todo lo que acerca de la materia se realiza en Cuba. Para la aplicación de la inseminación artificial se toma como base los cuerpos legales existentes en materia civil y de familia; aunque sus artículos ofrezcan una posibilidad de interpretación de forma tal que puedan ser aplicables en

---

<sup>34</sup>Ley 14 del 2006, de 26 de mayo sobre reproducción humana asistida.

estos casos, no es la intención del legislador que fueran empleados en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sus variantes.

En el Anteproyecto del año 2006 no se hace alusión alguna a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunque su aplicación era más restringida, pues sólo se realizaba en los Centros Asistenciales de la capital, lo cual no fue considerado por el legislador. En las capitales de provincias y de manera territorial se establecía el diagnóstico clínico y su seguimiento era en las instituciones de la capital del país, o sea, no todos los pacientes tenían acceso a la tecnología de referencia.

Por su parte, en el Anteproyecto del Código de Familia que se presentó en el año 2007 ya existe un capítulo dedicado a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero no se establecen los requisitos legales que constituyen garantías en su aplicación, solo se limita a establecer reglas de filiación y a la forma de emitir el consentimiento para impedir la impugnación de la paternidad en la variante heteróloga. Deja al sistema de salud lo relativo al anonimato del donante de semen, con lo cual no se le ofrece la protección que requieren las parejas con problemas de infertilidad que acuden a la aplicación de esta tecnología y a la protección de su fruto.

Ya en el Proyecto del Código de Familia del 2012 existe un capítulo que le ofrece tratamiento jurídico a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; llama la atención que establece reglas sobre su aplicación, y la forma en que debe ser emitido el consentimiento. En dicho documento se establece además la filiación jurídica, así como la facultad de impugnar la paternidad cuando existen vicios del consentimiento, o sea, en caso de fraude o engaño en la aplicación de la variante sobre la cual consintió o accedió el cónyuge.

Resulta novedoso que ya en este Proyecto se establezcan normas referentes a la donación de semen, pese a que es conocido que no se aplica aún la variante heteróloga. Se ratifica el principio de igualdad de los hijos con independencia de su origen, lo cual tiene respaldo constitucional al establecer que está abolida toda la clasificación sobre la filiación de estos.

## **2.6 Análisis de resultados**

Las entrevistas realizadas fueron aplicadas a personas con suficiente información en el tema objeto de investigación tales como: profesionales del Derecho (abogados civilistas, fiscales, profesores, notarios y jueces) del criterio en representación de todas aquellas que poseen información y conocimientos acerca del tema para la realización de la investigación. Aplicándose, por la importancia que tiene el tema, preguntas abiertas como forma de obtener una respuesta que responda a la realidad social estudiada (ver Anexo IV). Se realizaron para ello un total de 9 entrevistas.

Luego de aplicada las entrevistas se puede concluir que el 100% de los juristas coinciden en la necesidad de brindar protección jurídica en el ordenamiento familiar de Cuba, a las parejas con problemas de infertilidad y a los niños, de igual manera el 100% coincide en la necesidad de incluir los requisitos legales: filiación, capacidad legal de los solicitantes, anonimato del donante y el consentimiento como garantía en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

### **Conclusiones parciales**

En España, Suecia, Francia, Italia, Argentina y Colombia resulta coincidente el hecho de que para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquiera de sus variantes se requiere como requisitos la existencia de una unión matrimonial, sea formalizada o no, el consentimiento previo de los solicitantes, los que deben contar por escrito como expresión de voluntad y libertad, así como de los donantes; además de poseer leyes independientes que regulan la aplicación de la tecnología de referencia, establecen el anonimato del donante de semen, al considerar que prevalece la filiación jurídica sobre la biológica; solo Suecia reconoce lo contrario al justificar tal posición en el interés superior del menor.

En Cuba no existe una normativa jurídica que regule la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y por demás de la inseminación artificial heteróloga como una de sus variantes, razón por la cual no se establecen los requisitos legales para su aplicación. La capacidad jurídica de las personas, el estado civil de los solicitantes, el consentimiento, la certeza de la filiación y el anonimato del donante de

semen son los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

## **CONCLUSIONES**

1. De la comparación de las legislaciones de los países que se analizaron resulta coincidente el hecho que para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cualquiera de sus variantes se requiere como requisitos la existencia de una unión matrimonial, sea formalizada o no, el consentimiento previo de los solicitantes, los que deben contar por escrito como expresión de voluntad y libertad, así como de los donantes; además del anonimato del donante de semen.
2. En Cuba no existe una normativa jurídica que regule la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y por demás de la inseminación artificial heteróloga como una de sus variantes.
3. La capacidad jurídica de las personas, el estado civil de los solicitantes, el consentimiento, la certeza de la filiación y el anonimato del donante de semen son los requisitos legales que constituyen garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

## **RECOMENDACIONES**

### **1. AL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA:**

Regular legalmente las formas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aceptadas por la Ley en el país, así como dictar normas comunes para todos los centros asistenciales acerca del procedimiento a seguir en estos casos.

### **2. AL MINISTERIO DE JUSTICIA:**

Incluir en su política legislativa la inclusión en el Código de Familia de Cuba un capítulo dedicado a la Reproducción Humana Asistida, donde se establezca la capacidad jurídica de las personas, el estado civil de los solicitantes, el consentimiento, la certeza de la filiación y el anonimato del donante de semen como requisitos legales que constituyan garantías en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albarrán García, Rosa. (2002). *Filiación biológica y filiación jurídica, supuestos relevantes de su quiebra, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Académica Española.
- Alfaro Cortés, Luis y Díaz Jiménez, Maureen. (1997). *Análisis de la Normativa vigente e integral para la Reproducción Asistida*. (Tesis para optar por el grado de Licenciatura). San José, Universidad Panamericana.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (1987). *Ley 59/87. Código Civil* (pp. 26-30).
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (2002). *Constitución de la República de Cuba*.
- Autonomía de la Voluntad. (2014, February 11).  
<http://www.monografias.com/trabajos78/autonomia-voluntad/autonomia-voluntad2.shtml>, .
- Azpiri, Jorge Osvaldo. (2005). *Derecho de Familia* (1ª Edición.). Buenos Aires, Argentina.: Editorial Hammurabi.
- Bergel, Salvador D. (2003). *Bioética y Derecho*. Buenos Aires.
- Blanco, Luis Guillermo. (2002). *Bioética y Bioderecho*. Buenos Aires.
- Borda Guillermo A. (2004). *Manual de Derecho de Familia* (12ª Edición.). Buenos Aires, Argentina.: Editorial Abeledo-Perrot.
- Bossert Gustavo A y Zannoni Eduardo A. (2005). *Manual de Derecho de Familia*. (6ª Edición.). Buenos Aires, Argentina.: Editorial Astrea.
- Brena Sesma, Ingrid. (2004). *Segundas Jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología*. México: Editorial UNAM.
- Brena Sesma, Ingrid. (2014, Enero). Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial.  
[http://www.bvs.sld.cu/revistas/ems/vol17\\_1\\_03/ems01103.htm](http://www.bvs.sld.cu/revistas/ems/vol17_1_03/ems01103.htm), .
- Canessa Vilcahuamán, Rolando Humberto. (2008). *Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana*. (Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho civil y comercial.). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú.
- Catardo, Emmanuel. (1998). *Autonomía de la Voluntad Contractual*. Argentina.:

- Editorial Reus.
- Cervantes Villalta, Lic. Édgar. (2011). *Derecho de Familia*. Ciudad Judicial de San Joaquín de Flores.
- Consenso internacional sobre procreación asistida. (1998).  
[http://www.mnnet.tr/itts/e\\_artbis.htm](http://www.mnnet.tr/itts/e_artbis.htm), .
- De Castro, Federico. (1967). *El negocio jurídico*. Madrid.
- Derechos e intereses en conflicto ante el influjo de los avances de la ciencia y la técnica en el Derecho de Familia. Especial referencia a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (n.d.). <http://www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2011/10/PonenciaXIV.pdf>, .
- Díez-Picazo Luis y Gullón Antonio. (1998). *Instituciones de Derecho Civil, volumen II*. (2ª Edición.). Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.
- Díez-Picazo, Luis. (1992). *Sistema de Derecho Civil: Vol. I*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Engels, Federico. (n.d.). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Buenos Aires, Argentina.
- Espasa-Calpe. (2005). *Diccionario de la Lengua Española. Voluntad*. (Vol. Vol.1).
- EspinCanovas, Diego. (1981). *Manual de Derecho Civil Español. Volumen IV*. (Sexta Edición.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Gálvez Gálvez, Jorge William. (2006). *Consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de las técnicas de fertilización heteróloga respecto al derecho de identidad y filiación del niño o niña que nace del producto de su aplicación*. (Trabajo de diploma.). Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales., Guatemala. Retrieved from [http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/des\\_eti/16.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_eti/16.htm).
- Goitzolo Jiménez, Marisela. (2011). (tesis en opción al grado científico de máster en estudios sociales de la Ciencia y la Tecnología). Unversidad de Cienfuegos “Carlos R. Rodríguez,” Cienfuegos.
- Gómez Treto, Raúl. (Julio – Diciembre). Hacia un nuevo Código de Familia., (Revista Cubana de Derecho), 10-15.
- González P, Pérez A, Ocegüera JN. (1982). *Reproducción asistida. Consideraciones*

*a tener en cuenta para una legislación en Cuba* (Tesis de Grado.). Universidad de la Habana.

Ley 14/2006. (2006). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.

Ley No 40. (1983). *Salud Pública*.

Ley. No.1289. (1988). *Código de Familia*.

López Bolado, Jorge. (1981). *Los médicos y el Código Penal*. Buenos Aires, Argentina.: Editorial Universal.

Lledó Yague, F. (1994, March). La Filiación: Su Régimen Jurídico e Incidencias de la Genética en la Determinación de la Filiación.

Marcó, Javier. (2001). *Diez temas de reproducción asistida*. España.: Ediciones Internacionales Universitarias.

Más Díaz, Jorge. y González Hernández, Julio. (2007). Aspectos Éticos y Legales de La Reproducción Asistida.

[http://www.crmmt.cfm.org.br/biblioteca\\_virtual/des\\_etic/16.htm](http://www.crmmt.cfm.org.br/biblioteca_virtual/des_etic/16.htm) 27-03-2007, .

Mendiola Jaime, et.al. (2005). Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. *Revista Iberoamericana de Fertilidad.*, Vol. 22(No. 1), 15-22.

Peña Nina, Domingo. (n.d.). Aspectos legales de la reproducción asistida en República Dominicana. <http://www.monografias.com/trabajos46/reproduccion-asistida-dominicana/reproduccion-asistida-dominicana.shtml#ixzz2zcrGQuGI>, .

Rosell Roldán, Laura. (n.d.). Estudio ético-legal sobre la reproducción asistida. [www.Gibioética@edunet.es](http://www.Gibioética@edunet.es).

Urquiza Iglesias, Lic. Aynet. (2011). Impacto de las técnicas de reproducción asistida en el derecho de familia.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2006). *Derecho civil*. Cuba: Editorial Félix Varela.

Veranes, M. (2010). *Evaluación de la pareja infértil*. Capítulo 35.

Vercellone, Paolo. (1988). *Tratado di Distrito Civile italiano. La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial* (p. 137).

## ANEXO I

### REQUISITOS LEGALES DE LOS PAÍSES COMPARADOS

#### España

<b>Capacidad jurídica</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Consentimiento</b>	<b>Certeza de la filiación</b>	<b>Anonimato del donante</b>
Mujer y donante mayores de 18 años, con plena capacidad de obrar.	La mujer podrá ser usuaria o receptora, con independencia de su estado civil.	Emitido por la mujer y por el esposo si ella estuviera casada. El donante deberá emitir su consentimiento.	Los datos se recogerán en historias clínicas confidenciales respecto al origen de los hijos así nacidos.	La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de la identidad del donante.

#### Suecia

<b>Capacidad jurídica</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Consentimiento</b>	<b>Certeza de la filiación</b>	<b>Anonimato del donante</b>
La pareja y el donante deben estar sanos psíquicamente.	Mujer casada o que cohabite con el hombre en condiciones semejantes a las del matrimonio.	Consentimiento escrito del marido o compañero.	El donante no puede tener responsabilidad sobre el niño.	El hijo puede conocer la identidad del donante al llegar a la mayoría de edad.

#### Francia

<b>Capacidad</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Consentimiento</b>	<b>Certeza de la</b>	<b>Anonimato</b>
------------------	---------------------	-----------------------	----------------------	------------------

<b>jurídica</b>			<b>filiación</b>	<b>del donante</b>
Mujer mayor de 18 años, con plena capacidad de obrar.	Pareja casada o con vida en común.	La pareja deberá dar su consentimiento al Juez o al Notario.	No podrá establecerse vínculo de filiación entre el donante y el hijo.	El donante de semen debe quedar en el anonimato.

### Italia

<b>Capacidad jurídica</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Consentimiento</b>	<b>Certeza de la filiación</b>	<b>Anonimato del donante</b>
Parejas compuestas por personas mayores de edad.	Parejas casadas o convivientes.	La pareja deberá dar su consentimiento.	No podrá establecerse vínculo de filiación entre el donante y el hijo.	Debe quedar en el anonimato.

### Argentina

<b>Capacidad jurídica</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Consentimiento</b>	<b>Certeza de la filiación</b>	<b>Anonimato del donante</b>
Toda persona mayor de edad.	No se podrán introducir requisitos.	Consentimiento informado.	No podrá existir vínculo entre el donante y el hijo.	Debe quedar en el anonimato.

### Colombia

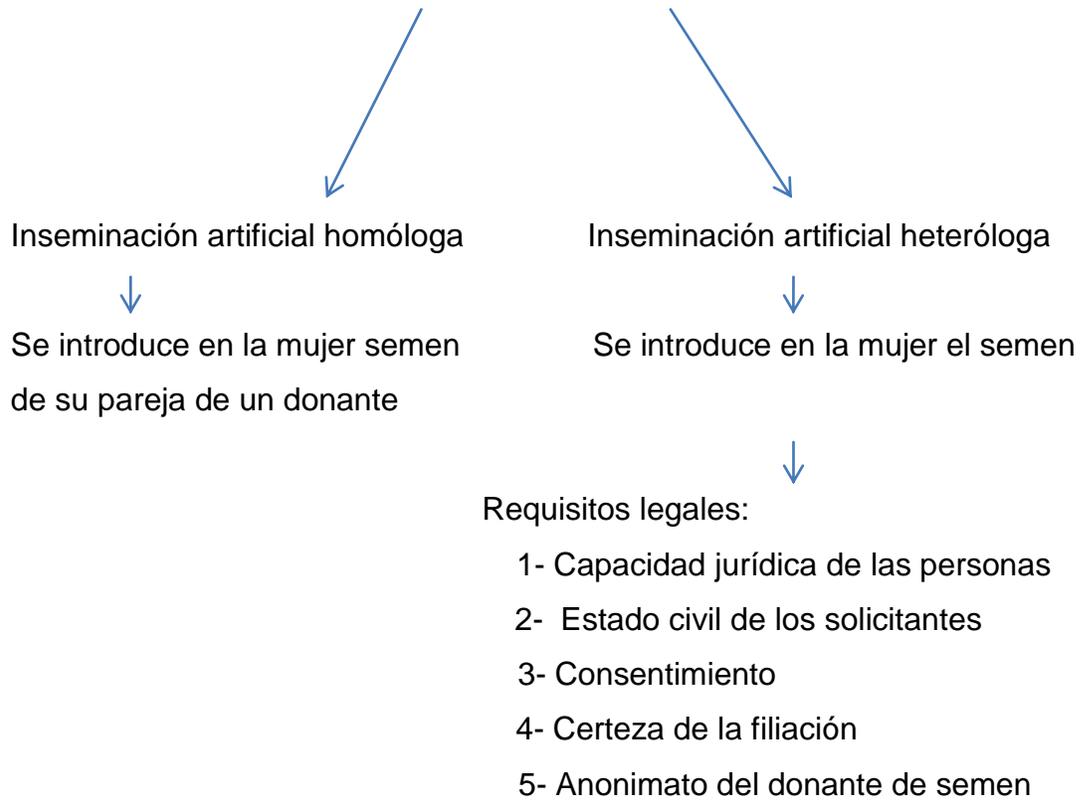
<b>Capacidad jurídica</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Consentimiento</b>	<b>Certeza de la filiación</b>	<b>Anonimato del donante</b>
Toda persona	Pareja casada	Los usuarios y el	No podrá	Debe quedar

mayor de edad.	o con vida en común.	donante deben emitir su consentimiento.	establecerse vínculo de filiación entre el donante y el hijo.	en el anonimato.
----------------	----------------------	---	---	------------------

**Fuente:** elaboración propia.

## ANEXO II

### Técnicas de Reproducción Humana Asistida



**Fuente:** elaboración por la autora.

### ANEXO III

#### MODELO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

A- Para las diferentes técnicas:

Para ser firmado por la pareja

Los abajo firmantes damos constancia de que hemos recibido la información pertinente con referencia a las Técnicas de Reproducción Asistida en general y a las que proponen ser utilizadas en nuestro caso, consistentes en \_\_\_\_\_ y hemos tenido la oportunidad de preguntar y aclarar todas nuestras dudas en relación al tratamiento.

Conocemos y aceptamos que podríamos retirarnos del Programa en cualquier momento y por cualquier razón.

En consecuencia aceptamos el procedimiento y entendemos que este consentimiento sólo es válido para este ciclo de tratamiento.

Hemos recibido copia de este documento.

Nombre

Firma

Nombre

Firma

(Ciudad y fecha)

**Fuente:** Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil. Septiembre 2010.  
MINSAP.

## ANEXO IV

### GUÍA DE ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

**Fundamento:** La entrevista se realizó a un grupo de profesionales del Derecho en representación de todos aquellos que poseen conocimiento acerca del tema objeto de investigación. Realizándose una breve introducción del tema, se aplicó un cuestionario para obtener información precisa acerca del mismo.

**Objetivo:** obtener información acerca de la necesidad de incluir los requisitos legales: filiación, capacidad legal de los solicitantes, anonimato del donante y el consentimiento como garantía en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, así como su tratamiento jurídico en la ley familiar de Cuba.

Personas entrevistadas.

Nombre y Apellidos	Años EJ	Cargo	Lugar	Fecha
Lic. Odalys Conde Morales	9	Fiscal Municipal	Fiscalía Cruces	09/3/14
Lic. Elia Rocío Mondeja Pérez	6	Fiscal	Fiscalía Cruces	09/3/14
Lic. Gustavo Rodríguez Duarte	15	Asesor jurídico	Empresa CIMEX	12/3/14
Lic. Vivian Del Sol Montero	19	Notaria	Dirección Municipal de Justicia	09/3/14
Lic. Edgar Arecio Ledón Pérez	10	Abogado	Bufete Cruces	12/3/14
Lic. Ana Mary Oliva Chaviano	21	Abogada	Bufete No. 2 Cienfuegos	12/3/14
Lic. Yissel López	7	Juez	Tribunal	09/3/14

Rodríguez			Municipio Cruces	
Lic. Yaima Melián Casas	5	Juez	Tribunal Municipio Cruces	12/3/14
Lic. Cecilia Fondín Enríquez	7	Directora Municipal	Dirección Municipal de Justicia	03/3/14

**Questionario:**

1. ¿Conoce qué es la inseminación artificial heteróloga?
2. ¿Domina cuáles son los requisitos legales que constituyen garantía en la aplicación de la inseminación artificial heteróloga?
3. ¿Cree que se debe incluir algún otro requisito?

**Fuente:** Elaboración por la autora.