

Universidad de la Habana



Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil y Familia.

Trabajo de Curso

Tema: La filiación intencional y sus implicaciones desde la perspectiva del Derecho de Familia: Especial referencia a la gestación por sustitución.

Título: “Problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”.

Autor(a): Mabel Tejeda Torrecilla.

Tutor(a): Ana María Álvarez Tabío Albo.

La Habana, 2015.

*"El único verdadero viaje de descubrimiento consiste no en buscar nuevos paisajes,
sino en mirar con nuevos ojos"*

Marcel Proust

Resumen:

En el mundo actual, la reproducción humana no se produce solo a través de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, es por ello que su calificación como un hecho estrictamente biológico ha desaparecido casi del todo. El desarrollo científico alcanza todos los espacios donde se desenvuelve la vida del hombre, facilitando su existencia y garantizando su permanencia en el mundo. La medicina es uno en los que con más auge ha irrumpido el avance de la ciencia y en el ámbito reproductivo ha hecho posible el surgimiento de técnicas que suplen los problemas de infertilidad y esterilidad. El trabajo que a continuación se desarrolla aborda el análisis de las técnicas principales, haciendo especial énfasis en el fenómeno de la subrogación materna y en las consecuencias que desde el punto de vista jurídico acarrea su falta de regulación, así como las implicaciones éticas derivadas de su reconocimiento legal.

Palabras Claves:

Reproducción humana asistida, familia, filiación, maternidad sustituta.

Abstract:

In the actual world, human reproduction is not only produce through sexual relations between man and woman, that's why its qualification as an strictly biological fact has almost disappeared. The scientific develop reach every aspect in man life, simplifying its existence and ensuring his permanence in the world. Medicine is one of the aspects that has burst upon the scene with incredible strength, and in the reproductive sector has made possible the rise of techniques that override fertility and sterility. The work we are dealing with takes part and analyze one of the main techniques, emphasizing in the motherhood substitution phenomena and the consequences that carry on its lack of regulation, as well as the ethical implications strip from its legal recognition.

Key words:

Human assisted reproduction, family, affiliation, motherhood substitution.

Índice:

Introducción.....	1
Capítulo I Generalidades de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	8
I.1- Breve recorrido en la historia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida...	8
I.2- Definiciones y clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida....	10
I.2.1- La Inseminación Artificial.....	12
I.2.2- La transferencia intratubárica de gametos.....	13
I.2.3- Fecundación in Vitro (FIV).....	14
I.2.4- Inyección intracitoplasmática de espermatozoides.....	14
I.2.5- Diagnóstico Genético Pre implantatorio (DGP).....	14
I.2.6- Fecundación Post-Mortem.....	14
I.2.7- Maternidad subrogada o por sustitución.....	15
I.3- Riesgos derivados de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ventajas y desventajas en general.....	16
I.4- Implicaciones desde el punto de vista ético-social. Una mirada crítica al fenómeno de la Reproducción Asistida.....	17
Capítulo II- Especial referencia a la maternidad subrogada. Perspectivas para el reconocimiento de esta figura en nuestro país. Análisis comparado.....	22
II.1- El fenómeno de la maternidad subrogada. Aproximación al tema.....	22
II.2- Argumentos a favor y en contra del reconocimiento legal de esta figura.....	26

II.3- La institución de la Filiación en el Derecho de Familia cubano. Situación actual de cara al reconocimiento legal de la figura de la Maternidad Subrogada.....	28
II.3.1- Filiación y TRHA.....	30
II.3.2- Análisis de algunos preceptos del Anteproyecto de Código de Familia.....	32
II.3.3- El dilema de la Maternidad Sustituta.....	34
II.4- Reproducción Asistida y Derecho Comparado.....	38
II.4.1- Países que prohíben la figura de la Maternidad Sustituta.....	38
II.4.2- Países que permiten la figura de la Maternidad Sustituta o que la reconocen para casos específicos.....	39
Conclusiones	42
Recomendaciones	45
Bibliografía	46
Anexos	49

Introducción

El ser humano, máximo exponente del desarrollo biológico, no solo por sus características y por las complejidades que encierra, es el resultado de la reproducción natural¹. Sin embargo existen casos en que la infertilidad² impide el logro exitoso de un hijo por las vías habituales de concepción. Este es un serio problema de salud que afecta a numerosas personas a nivel mundial ya que puede poner freno no solo a los intereses de la pareja sino también a un instinto básico-me atrevería a decir- de toda mujer, la reproducción.

La Organización Mundial de Salud cataloga la infertilidad como una enfermedad y según datos estadísticos internacionales se ha verificado que sus causas se deben en el 21% de los casos a factores masculinos, un 33% a factores femeninos, un 40% se debe a causales mixtas³ y un 6% a causas no determinadas aún por la medicina. En sentido general muchos pueden ser los factores que inciden en su aparición, tales como factores genéticos, la edad avanzada, problemas de salud⁴, así como trastornos psicológicos, que pueden derivar en serias afectaciones a la salud y que son producto en muchos casos de los esquemas socialmente aceptables que establecen las sociedades modernas; tal es el caso de la anorexia, por el uso sostenido de hábitos alimenticios criticables.

El avance vertiginoso de la ciencia y la técnica en el último milenio ha propiciado el descubrimiento y desarrollo de nuevas técnicas en cada una de

¹ Por concepción tradicional nos referimos al embarazo como hecho biológico, que permite y garantiza la reproducción humana, resultado de la unión satisfactoria de los gametos femenino y masculino. Aunque como veremos más adelante el desarrollo de la medicina ha dejado atrás la afirmación de que es la vía natural la que, exclusivamente, hace posible la concepción humana.

² Como veremos más adelante, la ciencia ha logrado vencer los obstáculos que conlleva la infertilidad y con ello ha extendido la posibilidad de concepción más allá de la pareja, e incluso brinda alternativas a aquellos que aún y cuando pueden concebir un hijo naturalmente ello va en detrimento de su salud, o por quienes rechazan el parto por cuestiones de belleza. Como todo fenómeno social, este no se halla exento de influir en las relaciones que el Derecho regula por ello una correcta delimitación de los sujetos que deben acceder a las TRHA, teniendo en cuenta las circunstancias que motivan su uso así como los intereses y fines que persiguen cumplir, sería lo más atinado.

³ En este sentido puede darse el caso de que ambas personas de manera independiente sea fértil, pero la pareja como tal se ve imposibilitada de concebir sin asistencia médica, por incompatibilidades genéticas de la pareja.

⁴ En el caso de las mujeres, problemas tales como: diabetes mellitus, menopausia prematura, obstrucciones vaginales, etc., y en el caso masculino también puede provocarla la diabetes mellitus, varicocele, la fibrosis quística, el consumo de alcohol y drogas, entre otros factores.

las esferas de la vida y en materia de reproducción humana, una lucha inigualable contra la infertilidad, tema tan preocupante hoy, sobre todo por las consecuencias en materia de conservación de la especie, de ahí que dichas técnicas constituyan uno de los medios más efectivos para su tratamiento. Aunque la búsqueda de soluciones a esta problemática no es reciente, quizás los resultados más exitosos se han producido a partir del pasado siglo, con la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dichas técnicas constituyen una opción esperanzadora para aquellas parejas que no han logrado una concepción exitosa por la vía tradicional, pero a su vez imponen un replanteo no solo ético-social sino también jurídico, ya que sus resultados no quedan al margen de la ciencia y de la genética sino que trascienden al ámbito del Derecho de Familia por su estrecha relación con esta materia y las implicaciones que tienen en esta esfera del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que concierne a la filiación.

A partir de ello la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida rompen con las concepciones tradicionales que se tienen sobre la filiación⁵materna y paterna y con los principios que en esta materia se sustentan como base del Derecho familiar. En virtud de ello, influyen también, quizás de forma indirecta, en el ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación, la obligación de dar alimentos así como en la custodia, aspectos estos⁶que dependen para su efectivo ejercicio del reconocimiento de la filiación de los padres respecto a sus hijos⁷.

Este fenómeno debe ser analizado desde una óptica general y abarcadora que permita identificar todas sus incidencias, las cuales no se dan de manera homogénea ni tampoco en un mismo sentido, para lograr entonces una comprensión cabal del mismo y ofrecer criterios válidos que cuenten con un fuerte respaldo legal y doctrinal. En este sentido, no pueden perderse de vista los diferentes intereses en juego cuando dichas situaciones se dan en una

⁵Cuestión que será analizada *infra*.

⁶MESA CASTILLO, Olga. Derecho de familia. Editorial Félix Varela, La Habana, 2010.

⁷Cabe señalar que la determinación de la filiación influye no solo en los aspectos ya mencionados, que se circunscriben igualmente al Derecho de Familia, puesto que puede y de hecho incide en otros como en materia hereditaria (artículo 493, 514, 515 del Código Civil), en los casos de representación del ausente (artículo 33.2), responsabilidad por daños causados por el menor (artículo 89.1y 90) en el caso de la autorización para contraer matrimonio antes de los 18 años (artículo 3 del Código de Familia).

pareja determinada⁸, ya que no solo se incluyen estos intereses, sino que confluyen también los de la persona que dona su material genético⁹, cuando algún miembro de la pareja es infértil, o el de la mujer que ofrece su vientre para la gestación del niño durante los 9 meses. Pero sin lugar a dudas también se hallan involucrados los intereses del niño o niña, que son obviados en la mayoría de los casos y que son, en definitiva, los más afectados, puesto que no pueden defender por sí mismos sus derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior la aplicación de las TRHA pueden suponer criterios contradictorios ya que son varios los derechos en juego. Por ejemplo se contraponen el derecho a la procreación como un derecho personalísimo y el derecho a conocer la identidad biológica¹⁰, propio de la nueva criatura, ya que en los casos en que personas ajenas a la pareja brindan su material genético, estas se convierten en los padres biológicos, independientemente de que no sean los que críen al niño¹¹. Tampoco puede olvidarse que en estos procesos tan complejos la nueva criatura constituye el objetivo perseguido por los que se someten a estas técnicas y el resultado a obtener, de ahí que pueda pensarse en el niño o niña como un producto.

Los aspectos anteriormente mencionados obligan a un análisis teórico y consiguientemente legal de la influencia que podrían tener las técnicas de reproducción asistida. Con ello se impone también la necesidad de analizar y reformular las bases que sustentan nuestro Derecho de Familia con el fin de adaptar nuestras leyes a las circunstancias objetivas que la sociedad va pautando, en aras de lograr una verdadera legitimidad material y que las normas reflejen tal cual la realidad y los nuevos cambios sociales.

⁸Solo hago alusión a los casos de aplicación de las TRHA en parejas ya que es el caso más común, pero no debe perderse de vista que estas, a nivel internacional, también pueden ser utilizadas en madres solteras que desean concebir, o en parejas del mismo sexo que hallan en estas técnicas la única opción posible para llegar a tener descendencia portadora del material genético de alguno de los miembros de la pareja.

⁹Los intereses de esa persona pueden ser opuestos o no con los intereses de la pareja si opta en algún momento por el reconocimiento de la relación biológica con el hijo.

¹⁰ Puesto que se pierde todo vínculo con el donante, ya que las donaciones de material genético con fines reproductivos tiene como requisito el anonimato del sujeto dador.

¹¹De ahí la importancia de una correcta determinación de criterios específicos para establecer la filiación.

Nuestra legislación en materia de familia se halla aún ajena a estas nuevas realidades, ya que no se brinda un respaldo legal a estas situaciones y a las consecuencias que de ella derivan y que trascienden al Derecho de Familia, a pesar de no ser este un fenómeno del todo reciente y de estarse incorporando paulatinamente en otras legislaciones a nivel internacional, específicamente el tema que concierne a la gestación por sustitución. El Código de Familia vigente, como norma principal de esta rama jurídica nada establece al respecto, por lo que los criterios para determinar la filiación en estos casos siguen siendo los establecidos por el propio cuerpo legal¹²; tampoco se regulan los procesos de reproducción asistida ni el proceder legal a seguir, ni qué tratamiento jurídico brindar a los diferentes derechos en juego, más allá de los de la pareja. Estas circunstancias son algunas de las que motivaron la realización de la presente investigación, ya que se considera importante y necesario regular de manera específica en la normativa familiar lo relacionado con estos procedimientos, a fin de brindar seguridad jurídica a quienes en ellos intervienen, además de garantizar los derechos de los menores implicados y de acuerdo con la situación existente y con los principios éticos de nuestra sociedad, brindar la protección jurídica necesaria a aquellos que consideren vulnerados sus derechos. A partir de lo anterior, el reconocimiento jurídico de estas situaciones, constituyen en última instancia un instrumento eficaz para la defensa de los intereses personales, teniendo en cuenta el profundo contenido humano y ético de nuestro Derecho de Familia.

Igualmente la investigación se propone, desde una perspectiva innovadora, brindar una mirada global sobre este fenómeno y a partir de ello, entender las principales ventajas y problemáticas que suponen estos procesos, así como intentar dar respuesta a algunas de las problemáticas que en este ámbito se presentan, sobre todo las más directamente relacionadas con las regulaciones legales en materia de familia y haciendo énfasis específicamente en el fenómeno de la maternidad subrogada. La investigación se desarrollará en el período actual.

¹² Vid artículos 74-77 de la Ley 1289, Código de Familia.

Este es sin dudas un tema polémico y mediático actualmente por las consecuencias que genera sobre todo en las relaciones paterno-filiales y respecto a los hijos, ya que muchos autores que han tratado el tema mantienen en algunos aspectos, criterios diferentes, y la solución práctica que cada nación asume en sus legislaciones para dar solución al tema dista de las aplicadas en otras, por lo que vemos que no existe aún un criterio doctrinal y legal uniforme que brinde una solución jurídica también homogénea.

A partir de ello, el **problema de investigación** que se propone es el siguiente: ¿Qué consecuencias trae la ausencia de reglas específicas en el marco jurídico-familiar para la determinación de la filiación en los casos de la maternidad subrogada?

De acuerdo al problema planteado se establece la siguiente **hipótesis jurídica**:

La no previsión legislativa de esta figura en el ordenamiento jurídico cubano y la consiguiente ausencia en el marco familiar, de reglas específicas para determinar la filiación en el caso de la maternidad subrogada, crea un vacío legislativo ante la inaplicabilidad de lo establecido en el Código de Familia en este sentido.

Objetivo General:

- Argumentar la importancia del reconocimiento legal en nuestro Código de Familia, de criterios específicos para determinar la filiación, como base de las relaciones paterno-filiales, en los casos de maternidad subrogada.

Objetivos Específicos:

- Explicar en qué consisten las diferentes Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de acuerdo a los criterios doctrinales existentes al respecto.
- Analizar el fenómeno de la maternidad subrogada o el alquiler de vientres como variante de las TRHA.

- Valorar la necesidad de establecer criterios legales específicos que brinden tratamiento a estos procesos con especial referencia a la maternidad subrogada, a partir de un análisis comparado y de la realización de entrevistas.

Para la exitosa realización de la investigación serán empleados los métodos jurídicos siguientes:

- Método de Análisis Histórico: Este permite analizar cómo se han entendido las definiciones y procesos objetos de la investigación a través del tiempo, en qué momento histórico surgieron así como las causas que motivaron dicho surgimiento. Lo anterior es necesario además para hallar el fundamento de los mismos y también para entender el contexto de su surgimiento.
- Método Teórico-Jurídico: De gran importancia en la investigación dada su esencia ya que en la misma se analizan diferentes categorías tales como infertilidad, reproducción asistida, maternidad sustituta, etc. A partir de este método se entienden desde los conceptos, las características de estos y ayuda en la búsqueda de solución al problema planteado.
- Método Jurídico-Comparado: Permite realizar estudios comparados de otras legislaciones en lo referente al reconocimiento de normas aplicables a los procesos de reproducción humana asistida y en consecuencia analizar si es factible en nuestro contexto jurídico incluir estas formulaciones legales de acuerdo a nuestro desarrollo político-cultural y en concordancia con nuestros principios éticos y morales.
- Realización de entrevista a especialista en el tema: Ello ayudará a fundamentar y reforzar los criterios expuestos sobre la investigación y conocer con mayor profundidad cuál es la situación actual de nuestro país de cara al tema de la reproducción asistida. Los criterios del especialista son de vital importancia ya que pueden aportar elementos y datos estadísticos de utilidad, de ahí que la entrevista sea un modo de adquirir información valiosa para la investigación.

Igualmente fueron empleados métodos empíricos tales como:

- Revisión de documentos: A partir de la consulta de revistas, libros sobre el tema, artículos digitales, folletos de diferentes autores, lo cual permite profundizar en el tema a tratar, así como buscar diferentes criterios doctrinales. Posibilita también lograr una visión generalizada y global sobre el tema y es de vital importancia para lograr los objetivos propuestos y dar solución al problema científico planteado. Permite evaluar, interpretar y valorar los datos recopilados de las diversas fuentes consultadas.

La investigación constará de 2 capítulos que son:

Capítulo I- Generalidades de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Capítulo II- Especial referencia a la maternidad subrogada. Perspectivas para el reconocimiento de esta figura en nuestro país. Análisis comparado.

En el primer capítulo se realizará un breve recorrido histórico de las TRHA, cuándo surgieron y las causas que motivaron dicho surgimiento. Se establecerán los principales conceptos seguidos en esta materia, qué entender por reproducción asistida, en qué consisten cada una de las técnicas, todo ello de forma breve ya que no es el objetivo principal de la investigación; se realizará también una clasificación de estas técnicas y se analizarán las ventajas y desventajas que presenta su aplicación.

En el segundo capítulo se centrará la atención en la maternidad sustituta como variante de las TRHA, en qué consiste, sus causas y consecuencias. Se analizará brevemente el contrato de alquiler de vientre, si es acertado hablar de contrato en el ámbito del Derecho de Familia y las implicaciones éticas desde el punto de vista social para el reconocimiento de la figura. Las causas a considerar para una modificación a la normativa vigente a fin de incluir normas que regulen este proceso, así como reglas para determinar la filiación en estos casos, la inaplicabilidad de los artículos referentes a la determinación de la filiación. Se realizará además un breve estudio comparado con otras legislaciones que sí regulan el tema.

El trabajo consta además de Conclusiones, Recomendaciones y Bibliografía.

Capítulo I- Generalidades de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

I.1- Breve recorrido en la historia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La esterilidad ha sido uno de los problemas médicos que más impacto social ha causado desde el inicio de los tiempos, por sus incidencias directas sobre la perpetuidad de la especie. En los inicios de la civilización no solo constituía una amenaza para la supervivencia, sino también para el mantenimiento del poder y la estructura social. Los egipcios por ejemplo desarrollaron técnicas para el diagnóstico de la infertilidad que se aplicaron durante muchos siglos venideros, sin embargo no brindaron ningún tratamiento satisfactorio para ello.

La etapa medieval consideraba la fertilidad como necesaria y basados en los conocimientos griegos y egipcios desarrollaron también métodos para la detección de esta enfermedad, los cuales eran basados en los ritos y costumbres, por lo que no fue hasta el período renacentista que se dieron avances positivos en este campo de la medicina. En las etapas posteriores se fueron dando paulatinamente mejoras reales en esta materia, pero muchas de estas quedaban limitadas a describir las posibles causas que daban origen a la esterilidad e infertilidad, ya que los experimentos que ponían en práctica las técnicas de reproducción propiamente dichas, se realizaron en un inicio en animales¹³.

En principio, la infertilidad era atribuida únicamente a la mujer, no habiendo cabida para la infertilidad masculina. En el año 1677 John Hamafirmó que *la esterilidad también se podía deber a la ausencia de espermatozoides, todo tipo de esterilidades (...) eran atribuidas a las mujeres...*¹⁴. Durante la II Guerra Mundial también fueron llevadas a cabo prácticas que implicaban el uso de estas técnicas sobre todo en Estados Unidos e Inglaterra, ya que muchos

¹³ Las fuentes indican que ya en fecha tan temprana como 1332 se realizaron experimentos con yeguas, conejos, ratones, etc. Para más información *Vid* CANESSA VILCAHUAMÁN, Rolando Humberto. Problemas Jurídicos que plantean las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la legislación civil peruana. Tesis para optar por el grado de Máster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2008.

¹⁴QUINCOSA MÁRQUEZ, Rocío Mayrelle. Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México. José Antonio Yáñez Rosas, tutor. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho, área civil. Universidad La Salle, México D.F, 2010, p. 23.

esposos enviaban a sus esposas semen para ser utilizado por estas. Por su parte los primeros intentos de fecundación in vitro se realizaron desde finales del siglo XIX en animales pero estos no tuvieron éxito, fue en el año 1950 cuando se obtuvieron los primeros resultados.

Finalmente, el 25 de julio de 1978, gracias a la labor del gineco-obstetra inglés Patrick Steptoe y del genetista Robert Edwards, nace la primera niña en el mundo resultado de fecundación in vitro y reimplantación embrionaria, hecho que constituye un hito fundamental en la medicina reproductiva, dando paso a innumerables mejoras en las técnicas hasta el momento utilizadas. En 1983 se logran los primeros embarazos procedentes de ovocitos donados¹⁵, naciendo el primer bebé producto del espermatozoides del esposo y el óvulo del donante y con posterioridad a ello se consigue el primer embarazo con ovocitos donados mediante fecundación in vitro y transferencia embrionaria. En 1984, un grupo de científicos de la Universidad de Texas, introduce una nueva técnica terapéutica relacionada con los gametos mediante laparoscopia, esta técnica es conocida actualmente como transferencia intratubárica de gametos. Ello hizo posible en este mismo año el nacimiento de mellizos, obtenidos por una pareja con ocho años de infertilidad. En este año también nace el primer bebé de un embrión congelado, Zoe Leyland en Australia, que dio paso al surgimiento de una nueva técnica conocida como crioconservación de embriones.

El desarrollo paulatino de estas técnicas abrió la posibilidad de que en el año 1990 se usara por vez primera la FIV como método para seleccionar el sexo del futuro bebé en caso de enfermedades. En el año 1990 se fusionaron dos ramas científicas, las técnicas de reproducción asistida y la biología molecular, dando lugar a un área pionera, la del diagnóstico genético preimplantacional (DGP), la que brindó resultados de gran impacto nunca antes logrados, tales como el nacimiento de un niño sano tras DGP para la detección de fibrosis quística.

En el año 1992 también se da otro paso notorio en este campo con la introducción de la microinyección intracitoplasmática de espermatozoides,

¹⁵Posibilitó que en 1985 una mujer en Sudáfrica diera a luz a sus nietos.

dando la posibilidad de concebir a hombres con deficiencia espermática; en la actualidad es una de las técnicas más comunes para el tratamiento de los problemas de esterilidad masculina por esta causa.

No obstante el desarrollo que supuso la aplicación de estos métodos, hubo criterios contrarios a su puesta en práctica; en 1995 en Francia un grupo de científicos planteó las consecuencias negativas del congelamiento de embriones, susceptible de producir daños fisiológicos y morfológicos al feto y otras alteraciones que se manifiestan en la edad¹⁶. Estos estudios sobre las posibles reacciones adversas en la aplicación de las TRHA pusieron en tela de juicio sus beneficios como alternativa a la infertilidad y plantearon entonces una nueva problemática a tener en cuenta, ya que dichos métodos *además de los riesgos para el individuo, implican riesgos que podrían aparecer en las generaciones de descendientes*¹⁷.

En los Estados Unidos en 1987 se da a conocer el primer caso de maternidad sustituta, a lo cual no se le atribuyó un trascendental valor científico por las implicaciones ético-sociales que supuso y las polémicas que causó dentro de la comunidad científica y en la sociedad en general.

El número de técnicas de fertilidad existentes en la actualidad y sus constantes mejoras, no garantizan el éxito total de estos procedimientos, por lo que las investigaciones se continúan perfeccionando para brindar cada vez mayores posibilidades¹⁸. Si damos una mirada al pasado son notorios los avances en una materia en la que se creía imposible encontrar soluciones, por lo que el futuro es esperanzador en este sentido, a pesar de resultar incierto. No obstante las palpables mejorías en esta especialidad, el uso indiscriminado e irresponsable de estas técnicas pueden conllevar peligrosas consecuencias, por lo que tenemos hoy una tarea doble: la investigación eficiente y eficaz,

¹⁶Vid TARASCO MICHEL, Martha y HAMILL DE CORREA, Martha (Rev.). Documento técnico: Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Centro de análisis y propuesta estratégica de familia, México, 2011.

¹⁷*Ídem*. p. 12.

¹⁸A pesar de que el uso de las TRHA es fundamentalmente para el tratamiento de la esterilidad, no se limita a ello, ya que son también utilizadas en la medicina con fines investigativos. Los gametos u óvulos humanos fecundados, se utilizan en el tratamiento y prevención de determinadas enfermedades genéticas o hereditarias, así como en terapias para el diagnóstico pre-implantacional de embriones, aunque su uso más común es a los fines procreacionales.

capaz de brindar respuesta a las nuevas patologías, pero también llevar adelante con la ética y la seriedad necesaria estos procedimientos.

I.2- Definiciones y clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Se hace necesario antes de analizar las principales variantes que incluyen las TRHA, esbozar algunos conceptos que ayudarán a entender el tema en cuestión. En ocasiones se utilizan los vocablos esterilidad e infertilidad indistintamente, cuando no son necesariamente sinónimos; si bien ambos constituyen problemas morfológicos y funcionales de la persona que conllevan a la imposibilidad de culminar con éxito la función reproductiva, la esterilidad es definida como la incapacidad para concebir, mientras que la infertilidad se concreta en la imposibilidad de lograr un embarazo a pesar de que la fecundación haya tenido lugar satisfactoriamente y después de un año sin el uso de método anticonceptivo alguno; la infertilidad implica la imposibilidad de lograr hijos viables. Teniendo en cuenta lo anterior la esterilidad supone incapacidad total para procrear hijos de forma biológica, en tanto la infertilidad es una disfunción que, en dependencia de la causa que la origina, puede ser corregida con tratamiento médico.

Las TRHA comprenden el conjunto de métodos técnicos y biomédicos *que facilitan o sustituyen a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana sexual*¹⁹, y como se comentó *supra* su fin principal es suplir la deficiencia humana de procrear, posibilitando la descendencia a personas que no han podido obtenerla por medio de un embarazo. Dichas técnicas no tienen una finalidad terapéutica ya que no curan la incapacidad de procrear o de llevar a término el embarazo deseado, la persona sigue siendo infértil o estéril, teniendo que volver a recurrir a ella cuando desee nuevamente concebir.

Actualmente las TRHA siguen en proceso de desarrollo e implementación, en búsqueda de nuevos usos para tratar nuevas patologías. Para determinar el tipo de técnica a utilizar debe tenerse en cuenta las necesidades del paciente

¹⁹TARASCO MICHEL, Martha y HAMILL DE CORREA, Martha. *Ibidem*. Ob. Cit. p. 14

así como su padecimiento en aras de brindar el tratamiento adecuado para lograr el propósito que este persigue.

Las TRHA se clasifican:

Según el lugar donde se lleva a cabo el procedimiento²⁰:

- Intracorpóreas o *in situ*: Dentro de la que se encuentran la llamada Inseminación Artificial y una variante de esta, conocida como transferencia intratubárica de gametos.
- Extracorpóreas o *in vitro*: Son las llamadas técnicas de FIV (Fecundación in Vitro).

Según quienes aporten el material genético:

- Homólogas: Se utilizan los gametos de la pareja que desea concebir.
- Heterólogas: Los gametos son aportados por personas diferentes a la pareja interesada en concebir, indicada en los casos de esterilidad masculina, esterilidad por causas desconocidas o para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias y es la más recomendada para mujeres sin pareja, mujeres con trastorno ovárico o mujeres con la menopausia que desean tener descendencia.

I.2.1- La Inseminación Artificial.

Es una de las técnicas de reproducción asistida más utilizadas y consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural, o sea procesado manualmente, en el útero de la mujer para alcanzar la gestación a través de formas no coitales. Es quizás el método más frecuente y al primero que se acude ante la imposibilidad de concebir. Su finalidad además de aumentar las posibilidades de fecundación a través del tratamiento en el laboratorio del espermatozoides a introducir en el tracto de la mujer, es también la de contar con material genético del varón en caso de que este pueda ser sometido a

²⁰ En el caso de las técnicas intracorpóreas la fecundación se lleva a cabo en el interior del órgano reproductor femenino, por su parte en las técnicas extracorpóreas se lleva a cabo en fuera del órgano reproductor por lo que se hace posible la manipulación del embrión antes de implantarlo en el útero de la mujer, para el posterior desarrollo que requiere el feto a efectos del nacimiento transcurridos 9 meses.

tratamientos como la quimioterapia que puedan causar daños o alteraciones a sus espermatozoides. Puede variar en dependencia de donde sea colocado el semen del hombre, ya sea en la vagina, en el útero, en el cérvix, la variante intratubárica, etc, siendo la más común la inseminación intracervical. Con posterioridad a la implantación en el útero o en el canal cervical, la mujer es sometida a determinado tratamiento hormonal a fin de hacer más fácil o viable la fecundación. La efectividad de este método depende de la causa de la infertilidad de la mujer o de la pareja, de las condiciones del semen empleado y del proceso y los estudios llevados a cabo, así como de una exitosa implantación del semen. Esta técnica es efectiva en aproximadamente el 50-70% de las parejas que se someten a ella y su fracaso se debe a los factores ya mencionados.

La inseminación puede ser homóloga o heteróloga según se realice o no con el material de un donante o persona ajena a la pareja. Entre las causas más frecuentes que hacen recurrir a la inseminación artificial heteróloga, también conocida como inseminación artificial de donante (IAD), están la de evitar la transmisión de enfermedades genéticas procedente de algún miembro de la pareja, mujeres solteras con deseos de concebir y la incompatibilidad genética de los cónyuges²¹.

I.2.2- La transferencia intratubárica de gametos.

Es una técnica de inseminación que consiste en la captación de óvulos a través de laparoscopia²² y del espermatozoides del esposo y son introducidos ambos gametos, debidamente preparados en las trompas de Falopio. La transferencia se hace mediante un catéter que es llevado hasta la trompa por vía transvaginal para que una vez liberados ocurra la fecundación de modo natural. Esta técnica se recomienda para el tratamiento de esterilidad masculina, para la esterilidad sin causa aparente y en los casos de endometriosis, anovulación o factores inmunológicos. Su efectividad está entre el 35 y el 40% de los casos.

²¹ Vid CANESSA VILCAHUAMAN, Rolando Humberto. *Ibidem*. TARASCO MICHEL, Martha y HAMILL DE CORREA, Martha. *Ibidem*. HURTADO SÁNCHEZ, Francisca. Indicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida. Servicio de Obstetricia y Ginecología Hospital Universitario Virgen de las Nieves, Granada, 2008.

²² Es una técnica que permite obtener imágenes de la cavidad pélvica abdominal con la ayuda de un lente óptico.

Esta técnica varía en dependencia del lugar a donde sean transferidos los gametos²³.

I.2.3- Fecundación in Vitro (FIV).

Es la más común dentro de las TRHA extracorpóreas y permite la manipulación del embrión antes de ser implantado, ya sea para diagnósticos o con fines experimentales. Se utiliza para mujeres que poseen óvulos y un útero sin anomalías pero pese a ello no pueden llegar al embarazo por problemas en las trompas; la fecundación se realiza en un laboratorio y el embrión es implantado posteriormente en el útero del cónyuge o de una tercera persona. Igualmente varía, incluyendo: la FIV con transferencia de embriones (FIV-TE), la FIV con transferencia intratubárica de cigotos, etc.²⁴. Puede realizarse también con embriones previamente congelados.

I.2.4- Inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

Se lleva a cabo a través de la inyección de un espermatozoide en una zona específica del óvulo, generalmente en el citoplasma; si se produce la fecundación el embrión es transferido al útero o a la trompa para que el embarazo se desarrolle de modo natural. Se utiliza generalmente en parejas que ya se sometieron a FIV sin éxito y también en los casos de infertilidad masculina severa. La inyección puede ser intracitoplasmática (cuando se inyecta el espermatozoide en el citoplasma del óvulo) o sub zonal.

I.2.5- Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP).

Consiste en el análisis genético de los embriones obtenidos después de aplicar una TRHA antes de ser transferidos al útero. Permite la detección prenatal de anomalías graves susceptibles de ser transmitidas a los hijos, para lo cual después de analizados los embriones se escoge aquel más sano a los fines del embarazo. Da la posibilidad además de determinar el sexo del futuro bebé.

I.2.6- Fecundación Post-Mortem.

²³TARASCO MICHEL, Martha y HAMILL DE CORREA, Martha. *Ibidem*. Ob. Cit. p. 14

²⁴*Ibidem*. p. 15.

Se lleva a cabo en los casos de inseminación artificial de una mujer con semen del esposo fallecido. En estos supuestos solo es posible hablar de fecundación homóloga ya que en la heteróloga el donante no tiene ningún vínculo con el futuro hijo, asumiendo la paternidad el esposo de la mujer inseminada, por lo que no es trascendente para nada el hecho de hallarse este fallecido o no. En estos casos si el hombre consintió antes de su muerte a que se utilizara su material genético para la puesta en práctica de la inseminación, se entenderá entonces que el niño es hijo de la persona fallecida y se establecerán por tanto los vínculos legales y filiatorios derivados de ello²⁵. En los casos en que no exista consentimiento del esposo para la realización de la inseminación post-mortem la Dra. Ana María Álvarez Tabío en su artículo sobre filiación asistida analiza que *este caso puede acarrear dos consecuencias: una, que no haya existido tal aquiescencia para la inseminación artificial (...) y otro, al entender caducada esa voluntad con la muerte de quien lo dio, por no haberse prestado un consentimiento específico para después de la muerte sino sólo para la utilización de las técnicas, (...). En ambos casos la inseminación ha tenido lugar por decisión únicamente de la mujer y será con respecto a ella, y únicamente para ella, que se establecerán derechos filiatorios*²⁶.

I.2.7- Maternidad subrogada o por sustitución.

Es una variante de reproducción asistida de más reciente surgimiento y tiene lugar cuando una mujer no posee la capacidad de llevar a término un embarazo ya sea por una deficiencia uterina o física, por lo que se auxilia de otra que prestará su útero para el cumplimiento satisfactorio del embarazo²⁷. La finalidad de esta variante es la misma que la del resto de las técnicas antes analizadas y es válido señalar que en ellas se da necesariamente la aplicación de otra técnica de reproducción asistida, ya sea inseminación artificial o fecundación in

²⁵ÁLVAREZ TABÍO ALBO, Ana María. 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. s.e, s.l, s.f.

²⁶*Idem.* pp. 22-26.

²⁷ En estos casos los miembros de la pareja son los portadores del material genético del bebé, por lo que la mujer portadora solo se limita a llevar al niño en su vientre hasta tanto se produzca el alumbramiento. También puede darse el caso de que la portadora además de llevar al bebé sea la que brinda los óvulos ya que la mujer que desea al niño no puede generarlos o estos no son susceptibles de fecundarse.

vitro, para garantizar la inserción del embrión en el útero de la portadora, o procurar la fecundación.

Las técnicas anteriormente explicadas son algunas de las que con más uso se aplican para el tratamiento de la esterilidad y pueden darse en su variante tanto homóloga como heteróloga con las consecuentes implicaciones en el marco jurídico filiatorio que más adelante será objeto de análisis, específicamente en los casos de la maternidad subrogada.

I.3- Riesgos derivados de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ventajas y desventajas en general.

Como todo procedimiento médico, la aplicación de estas técnicas no es 100% efectiva y en muchos casos la mujer experimenta una serie de cambios y complicaciones debido a la manipulación propia del procedimiento y derivado también de los cambios hormonales que experimenta el cuerpo. Entre los efectos secundarios que percibe la mujer luego de haber sido sometida a estos tratamientos, se encuentra la inflamación de los ovarios y dolor abdominal severo, esto es lo que se conoce como síndrome de hiperestimulación ovárica y puede ser remediado fácilmente con analgésicos, no presentando mayores consecuencias, aunque puede resultar severo en raras ocasiones y originar enfermedades graves como insuficiencia renal, dificultades respiratorias agudas o causar incluso la muerte. Otros estudios científicos han demostrado que el uso de los fármacos que se utilizan en estas técnicas para inducir a la ovulación, puede provocar cáncer de cérvix, útero, mama, etc, ya que se produce un aumento de estrógenos; también estudios han probado que pueden ocasionarse riesgos de tipo genéticos para el futuro niño tal como malformaciones congénitas y alteraciones genéticas. Pueden darse además embarazos ectópicos a consecuencia de una implantación incorrecta del embrión, o sea, que esta se produzca fuera del útero.

Otras de las complicaciones que con más frecuencia se reporta en estos procedimientos es la hemorragia, producto de las aspiraciones para la extracción de ovocitos, la infección e inflamación pélvica, así como lesiones en esta área, debido al uso de agujas para las extracciones e inyecciones en el interior del aparato reproductor. En los casos de la fecundación *in vitro*, dada la

complejidad de este proceso, suelen ser implantados más de un embrión hasta un máximo generalmente de tres, pero en los casos que se sobrepase esta cifra la mujer deberá ser sometida a un proceso de reducción embrionaria a fin de hacer viable el embarazo, procesos que suele ser riesgoso ya que puede afectar la procreación y la vida misma de la paciente²⁸.

Los embarazos múltiples²⁹ son resultados frecuentes en este tipo de prácticas, a pesar de que estos son naturales en muchos casos, la aplicación de TRHA aumenta la probabilidad de que estos se produzcan; el embarazo múltiple puede ser peligroso ya que puede ocasionar diabetes y aumenta riesgo de nacimientos prematuros, como los riesgos más usuales.

Ante la existencia de tales riesgos, las parejas que acudan a un centro hospitalario con la finalidad de llevar a cabo alguno de los procedimientos anteriormente analizados, deben ser informados por su ginecólogo, para que puedan hacer una valoración crítica de las ventajas y desventajas que poseen y en base a ello tomar una decisión con completo conocimiento y responsabilidad sobre la práctica a enfrentar.

I.4- Implicaciones desde el punto de vista ético-social. Una mirada crítica al fenómeno de la Reproducción Asistida.

Una investigación de estas dimensiones dificulta la realización de un análisis exhaustivo de las complejidades que, desde el punto de vista ético-social, se desarrollan con estos procesos. Trataremos, muy a pesar de ello, referirnos brevemente a las de mayor trascendencia y actualidad.

Como se ha sido ampliamente debatido en la doctrina, no todo es positivo en la aplicación de las TRHA; existen riesgos que, como ya se analizaron, afectan mayoritariamente a la mujer que se ve expuesta a ellos, pero también se crean nuevos vínculos susceptibles de modificar todo el entramado social creado durante años y que son el sustento de la sociedad de hoy. Existen derechos en

²⁸MORALES CASTRO, Samuel. Trascendencia jurídica del acceso de los y las transexuales a las técnicas de reproducción asistida y su repercusión en la sucesión testada e intestada. S.e, La Habana, 2009.

²⁹Son frecuentes en la aplicación de las TRHA ya que generalmente son transferidos entre 2 y 4 embriones y en el 90% de los casos se producen embarazos gemelares. OEHNINGER, Sergio. Impacto de las técnicas de reproducción asistida en neonatología-pediatría. Archivo pediátrico, s.e, Uruguay, 2001.

juego y surgen otros nuevos, pero no debe perderse de vista que recurrir a esta vía para concebir, no debe ni puede en ningún modo interferir en los derechos de los hijos; la realidad es sin embargo, diferente, ya que se anteponen los deseos de los futuros padres en ser tales a los de los hijos, vulnerándose en ocasiones derechos fundamentales de estos últimos tales como el derecho a conocer la identidad biológica y el derecho a nacer dentro de una familia³⁰. Este derecho a convertirse en padres parte de un derecho más global conocido como el derecho a la salud sexual y reproductiva desarrollado en la Conferencia Internacional sobre población y desarrollo de las Naciones Unidas del año 1994³¹; tiene como fundamento la autonomía y libertad de un sujeto de decidir si desea o no tener hijos y en qué formas. También es manejable por parte de la doctrina foránea un derecho fundamental del hijo, que es el de ser procreado de forma digna y no a través de los medios artificiales ya tratados³².

Por otro lado existe un intenso debate en torno al momento de que puede hablarse realmente de una persona, por lo que existen diferentes corrientes para la determinación del status legal del embrión humano, futuro bebé³³. En cualquier teoría que se siga estamos hablando de una vida humana en desarrollo, por lo que sería erróneo considerarla como un producto y mucho menos como objeto contractual, como suele suceder en los casos de la maternidad subrogada sobre todo.

Otro aspecto también controversial es el de la aplicación de la variante heteróloga, cuando se utiliza semen u óvulos de donantes por una deficiencia en el material genético de algún miembro de la pareja, o en los casos de mujeres solteras. El criterio que apoya la aplicación de las TRHA se basa en

³⁰ Lo que no siempre sucede ya que muchas mujeres solteras deciden someterse a estos procedimientos para convertirse en madres, por lo que el niño carecerá de la figura paterna, o tendrá en última instancia una representación de ella. Por otro lado tenemos el caso de las parejas del mismo sexo, no consideradas dentro del “esquema tradicional de familia”, pese a la aceptación que tienen por alguna parte de las sociedades en general y en el caso de la cubana, los paulatinos avances que en enfoques de género se han logrado.

³¹ “El derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, (...) el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. En TARASCO MICHEL, Martha y HAMIL DE CORREA, Martha. *Ibidem*. Ob. Cit. p. 78.

³² *Ibidem*. SERRANO LA VERTU, Diana y LINARES PARADA, Ana María. Análisis de las nuevas técnicas de reproducción asistida, una perspectiva de género. S.e, s.l, s.f.

³³ Vid ALVAREZ TABÍO ALBO, Ana María. *Ibidem*. Ob. Cit.

que estas son una ayuda para lograr los objetivos reproductivos, cuando se implican solo a los miembros de la pareja, no recurriéndose a terceros que coadyuven en ello. En opinión de Martha Tarasco, *La técnica, en el ámbito de la procreación asistida, podría ser éticamente lícita, cuando no se sustituye o subrogan a los cónyuges, es decir, cuando representa una ayuda a facilitar el acto conyugal*³⁴. Siguiendo lo anterior, esta variante crea distorsiones a nivel social, por cuanto si el donante es el hombre, el esposo de la mujer asumirá la paternidad y a pesar de no ser el padre biológico del niño sí será el padre legal, de acuerdo a la voluntad procreacional de asumir como suyo un hijo que genéticamente no lo es, siguiendo entonces un criterio afectivo para la determinación de la filiación paterna³⁵, en estos casos se torna entonces imprescindible el consentimiento del esposo ya que se derivan de ello las correspondientes obligaciones derivadas del reconocimiento de la paternidad. Otro importante factor a considerar son los riesgos de que se transmitan enfermedades genéticas contenidas en el material genético del donante, pero esto no suele suceder ya que antes de ser seleccionado se analizan estas circunstancias.

Brindar el consiguiente respaldo legal a las TRHA es una tarea delicada y hay que considerar que su aceptación debe limitarse a determinadas personas y en casos específicos, ya que permitir su uso de manera deliberada, conllevaría extenderlo también como opción de parejas homosexuales o de mujeres solteras, o por personas en general con fines que no son propiamente el deseo de convertirse en padre o madre³⁶, todo ello con las correspondientes consecuencias que desde el punto de vista ético modifican la estructura social y la familiar.

³⁴ TARASCO MICHEL, Martha y HAMILL DE CORREA, Martha. *Ibidem*. Ob. Cit. p. 82

³⁵ Tener en cuenta además que al menos en el caso de la normativa cubana vigente al no reconocerse estas técnicas en la Ley familiar nada se establece respecto a la determinación de la filiación en estos casos.

³⁶ Entre los ejemplos que podemos citar que amparan este criterio, está el de recurrir a estos procedimientos con la finalidad de crear niños con valor terapéutico para un hermano enfermo portadores de características genéticamente manipuladas, o en los casos de que dicha manipulación genética pretenda obtener niños más fuertes, de una raza supuestamente superior, criterio este último donde subyacen notas de discriminación; a pesar de que se desea un hijo no se acepta tal y como pueda ser, sino que se busca crearlo a los criterios idealizados de sus padres.

Es necesario además no perder de vista la influencia que puede tener también en los hijos, sobre todo en los casos de mujeres solteras que opten por una TRHA, en cuyo caso el niño crecerá en una familia monoparental, carente, al menos en inicio, de la figura paterna, o en los casos de parejas del mismo sexo, que si bien son respetadas y no discriminadas en nuestra sociedad actual, el tema de si pueden efectivamente convertirse en madres y padres por la vía de la adopción o de la aplicación de una TRHA, resulta más polémico y discutido, no solo a escala nacional sino también internacional, sobre todo por la implicación de un menor y la disociación que se produce con la estructura socio-familiar existente y reconocida. Restringir el ámbito de aplicación sería a nuestro juicio lo más atinado, teniendo en cuenta los criterios anteriores, tal cual expresa Caridad Valdés al plantear *que su uso debe limitarse a las parejas heterosexuales unidas en matrimonio o en uniones de hecho y a las mujeres solteras en caso excepcionales*³⁷. Sin embargo, esta restricción podría suponer una vulneración del principio constitucional de igualdad (artículo 41 de la Constitución de la República) así como de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la intimidad que le asisten a todas las personas, sea cual sea su orientación sexual. En cualquier caso, son indubitables los derechos que le asisten a toda persona en materia reproductiva, pero ¿Supone ello el tener hijos a cualquier precio, siguiendo el viejo refrán de que el fin justifica los medios y, agregaríamos, las circunstancias? ¿En el caso que una pareja se someta a estos tratamientos y el hijo deseado resulte tener problemas, puede exigirse responsabilidad a los padres por el abandono del niño? ¿Respaldados en qué y hasta qué punto?

El avance tecnológico no puede ir en detrimento de la esencia humana, no puede dejar de apreciar su significado para valorar la vida de cada persona de acuerdo a sus capacidades reproductivas, no puede distanciar a una madre del proceso biológico que le es inherente por naturaleza. Una mala praxis jurídica en materia de TRHA, así como su nula regulación, puede implicar usos

³⁷VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Derechos inherentes a la personalidad, Bioética y Derecho de Familia. Algunas reflexiones jurídicas con especial referencia a la normativa". Citado en MORALES CASTRO, Samuel. Trascendencia jurídica del acceso de los y las transexuales a las técnicas de reproducción asistida y su repercusión en la sucesión testada e intestada. *Ibidem*, Ob. Cit.

desmedidos e incluso lucrativos y prácticas ilegales y por ende poco seguras, olvidando entonces que hay más de una vida en juego y que estamos hablando de seres humanos. Adaptarse a estas nuevas realidades es una tarea compleja, que supone reajustes paulatinos no solo de carácter intersubjetivo, sino también en el plano social y legal, este último a fin de legitimar la realidad objetiva y adecuarla a las leyes vigentes, como forma de garantizar el ejercicio efectivo los derechos que nacen a partir de estos nuevos cambios.

Capítulo II- Especial referencia a la maternidad subrogada. Perspectivas para el reconocimiento de esta figura en nuestro país. Análisis comparado.

II.1- El fenómeno de la maternidad subrogada. Aproximación al tema.

A la maternidad sustituta o alquiler de vientres³⁸, como también suele nombrarse, se le atribuye un surgimiento más o menos reciente, que data de los años 70 del pasado siglo, siendo la más joven de todas las variantes de TRHA. La posibilidad de recurrir a ella surge entonces en el marco del desarrollo de nuevas tecnologías, dejando de ser la gestación el resultado de una actividad íntima y exclusiva entre un hombre y una mujer. Los primeros acuerdos de maternidad sustituta se produjeron en el año 1976 en Estados Unidos, donde el abogado Noel Keane creó una institución para ayudar a las parejas que no podían concebir y ponerlas en contacto con madres sustitutas que ofrecían este servicio³⁹. En el año 1986 tuvo lugar uno de los casos más controvertido en esta materia, conocido mundialmente como caso “Baby M”, en el cual después de previo acuerdo sobre maternidad sustituida, la gestante se arrepintió de su decisión y decidió quedarse con el bebé que resultó ser una niña, hecho ante el cual la pareja contratante estableció demanda para eliminar los derechos de la gestante sobre la menor. Esta es solo alguna de las complejidades que ofrece la gestación por sustitución en el marco de la sociedad moderna y globalizada, donde existen numerosos intereses en juego, los cuales muchas veces pueden llegar a ser contradictorios amén de que exista un acuerdo precedente que prevea estas situaciones⁴⁰.

“Subrogar” es sinónimo de sustituir y se produce cuando se pone un objeto o persona en lugar de algo o de otra persona. Siguiendo el significado del

³⁸ Esta terminología a pesar de aludir al mismo fenómeno tiene otros presupuestos que más adelante analizaremos.

³⁹ ARTETA ACOSTA, Cindy. Maternidad subrogada. Revista Ciencias Biomédicas. Colombia, s.e, 2010.

⁴⁰ Más polémico resultan estos casos en los supuestos en que el semen es del esposo de la pareja contratante (en los casos que dicho acuerdo se firma entre esta pareja y la mujer gestante. Hago la salvedad puesto que ya vimos que aunque prima, no son estos los únicos que en sentido general pueden acceder a la maternidad sustituta) ya que si finalmente logra la gestante quedarse con la niña, tiene que de cualquier manera el esposo de la pareja, reconocer la paternidad legalmente. Lo polémico no queda al margen de estas determinaciones ya que pueden surgir otras complicaciones derivadas de lo anterior en cuanto a los derechos y obligaciones parentales.

vocablo estaremos en presencia de la maternidad subrogada cuando la madre genética es sustituida (por la existencia de un impedimento físico o una condición médica, que le haga imposible culminar el embarazo o que este se produzca) por una intermediaria que gesta y da a luz al concebido, mediando también el interés por la última de entregar al fruto de la concepción. Surge por tanto, un pacto con esta tercera persona, ajena totalmente a aquellos con la voluntad procreacional, que se compromete a entregar al hijo cuando nazca y serán los solicitantes de la subrogación los que se reconozcan como padres legales del niño y a partir de ello, ostentarán todos los derechos y consiguientes obligaciones resultantes de la situación filiatoria creada.

La subrogación materna es demandada en las condiciones actuales por una gran variedad de sujetos como parejas heterosexuales con problemas de infertilidad o con problemas orgánicos en la mujer (por ejemplo en los casos de embarazo de alto riesgo), por parejas del mismo sexo, por solteras/os o simplemente cuando se quiere evitar un embarazo por miedo de la mujer de perder su figura y ante la existencia de esta posibilidad que le permite lograr el hijo deseado sin el riesgo de la modificación de la apariencia física. Pero este tema no resulta ser en la práctica tan fácil como se esboza ya que pueden darse multiplicidad de situaciones en correspondencia con las necesidades y condiciones de cada persona⁴¹:

- Pareja que aporta el material genético en su totalidad y a la gestante se le implanta el embrión a fin de que lleve a cabo el embarazo y el nacimiento (fecundación homóloga). También se conoce como subrogación gestacional o total.
- Pareja en la que solo el varón aporta material genético siendo la gestante quien además de llevar a cabo el embarazo aporte el gameto femenino (fecundación heteróloga). También conocida como subrogación tradicional o parcial.

⁴¹ Haremos alusión solo a las variantes que se dan en pareja, pero ello no excluye que también suceda en los casos de mujeres u hombres solteros y en parejas de igual sexo.

- Pareja en la que la mujer⁴² lleva a término el embarazo pero no aporta los óvulos por no poder ser estos fertilizados (no es considerada por la doctrina como maternidad sustituta *strictu sensu* porque consideran la existencia de esta cuando quien tiene la voluntad procreacional no puede llevar al niño en su vientre estando obligada a que otra lo haga por ella)
- El material genético es aportado totalmente por terceras personas y puede la mujer de la pareja llevar o no al niño en el vientre (fecundación heteróloga).

El primer supuesto no presenta dudas ya que el niño es totalmente ajeno a la gestante, desde el punto de vista genético, siendo respecto a la pareja contratante con quien se establezcan los lazos genéticos, biológicos y los vínculos filiatorios. Sin embargo en los países en los que el criterio para determinar la filiación es el parto, sí suscita problemáticas el supuesto en análisis, creándose por tanto una contradicción al producirse un acuerdo de sustitución materna, casos para los cuales, ante la ocurrencia de estos supuestos específicos, se hace necesaria la existencia de una previsión legislativa específica. Con el segundo caso sí varía la situación sustancialmente ya que la gestante es también la portadora del óvulo y consiguientemente la madre biológica y legítima del menor, pero que a consecuencia del acuerdo de voluntades suscrito cede dicha condición a la esposa del padre biológico del nacido y con ello la custodia y la patria potestad del hijo, renunciando a cualquier reconocimiento legal de maternidad⁴³. En el último de los casos se reputa a la gestante como la madre biológica, pero al mediar acuerdo de voluntad con la pareja contratante, el nacido es entregado por la vía de la

⁴² Es quien tiene la voluntad procreacional.

⁴³ Pero cabe acotar que existen casos en que puede mediar no un contrato obligatorio que rompa todo vínculo futuro con el niño desde el punto de vista legal, sino un acto altruista y solidario de la gestante, sin que medie otro interés primario como el lucro, sino la intención de ayudar. En estos supuestos las relaciones con la gestante pueden quedar matizadas de acuerdo a lo que el propio ordenamiento jurídico de los países que reconozcan esta figura establezca, por lo que puede otorgársele a la madre gestante derechos de visita al menor y mantener la obligación de dar alimentos, puesto que en definitiva es ella la madre biológica a pesar de que se cree esta ficción jurídica a favor de la esposa del padre, que se convierte en madre legal por medio de la adopción. Lo anterior no resultaría posible cuando solo se permite la adopción plena y no la parcial, que es la referida, en cuyo caso se romperían definitivamente los vínculos de la madre gestante y portadora del material genético con el niño o niña una vez se produzca el nacimiento y la consiguiente adopción por la esposa del padre.

adopción, pudiendo oponerse a lo acordado y quedarse con el niño, sin que la pareja pueda entonces alegar algún vínculo biológico con el recién nacido.

Teniendo en cuenta lo anterior, el reconocimiento legal de la maternidad puede realizarse siguiendo alguno de los criterios siguientes⁴⁴:

- La madre gestante o portadora que es la que da a luz a la criatura.
- La madre biológica, que es la que aporta el material genético.
- La madre “comitente”, que es quien tiene la voluntad de tener descendencia y quien inicio el proceso, a pesar de no tener participación biológica en el mismo.

Para resolver esta problemática los estudiosos del tema han dejado sentado que la maternidad queda determinada por el parto, con independencia de la existencia de vínculo genético, y apoyados en el principio de “*mater Semper certa est*” (la madre es siempre conocida)⁴⁵. Pero como se analizó *supra*, la realidad social es más variada que el Derecho, de ahí que puedan surgir una serie de situaciones que la ley no regula expresamente, o que quizás no pueden resolverse aplicando fríamente la norma, sin analizar las circunstancias de hecho. Siguiendo la línea anterior, es de vital importancia tener en cuenta la voluntad de los intervinientes en estos acuerdos de maternidad subrogada, quienes desean realmente a la criatura, a pesar de que esta no sea portadora de las características genéticas de aquellos con la *affectio nasciturus*. Los criterios de la doctrina se hallan divididos, sustentando un grupo de estos que la madre legal será aquella con voluntad de tener el hijo, rol que no podrá asumir quien prestó su cuerpo para que el embarazo tuviera lugar pero no tiene el interés de asumir la maternidad⁴⁶. Pero también puede acontecer que la gestante vaya desarrollando sentimientos hacia la criatura y decide al final

⁴⁴ ÁLVAREZ TABÍAO ALBO, Ana María. Filiación asistida. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2010.

⁴⁵ En algunas legislaciones foráneas se halla refrendado como un principio del Derecho en materia familiar, en virtud del cual se entiende a la maternidad como hecho biológico evidente en razón del embarazo. Por lo que no se puede impugnar. En el ámbito paterno se sigue el principio opuesto “*pater semper incertus est*” el cual ha sido resuelto con la fórmula “*pater est, quem nuptiae demonstrant*”.

⁴⁶ ANSELM CABRAL, G.J. Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica, <http://www.biotech.bioetica.org.tb11>. Citado en ÁLVAREZ TABÍAO ALBO, Ana María. *Ibidem*. Ob. Cit.

tenerlo para sí, no entregándolo a los padres comitentes, o acontecer que el bebé nazca con determinadas dificultades físico-motoras y no ser querido por quien en un inicio lo deseaba y mucho menos por quien nunca tuvo la voluntad de tener un hijo. Es el criterio nuestro que un tema tan delicado no puede ni debe quedar en manos de un acuerdo voluntario entre las partes que lo suscriben, siendo inminente la intervención estatal, en aras de garantizar los derechos del menor de manera primordial⁴⁷, por lo que, para prevenir los casos en que por determinados motivos ninguno de los contratantes decida asumir la responsabilidad del menor, debe establecerse en la legislación familiar vigente una presunción de maternidad a favor de la gestante, aplicable a los casos de maternidad sustituta, complementada con las cláusulas contractuales que determinarán en cualquier caso, la maternidad y paternidad del hijo.

II.2- Argumentos a favor y en contra del reconocimiento legal de esta figura⁴⁸.

Entre los criterios a sustentar a favor de esta práctica, sin dudas el de mayor peso es la oportunidad que se brinda a las personas con problemas para concebir, pero aquellos que finalmente decidan llevar a cabo un acuerdo de este tipo deben estar muy seguros de la decisión a tomar, con la consecuente tarea de asumir una paternidad responsable pese a los obstáculos que se puedan presentar, sobre todo en los casos en que el niño presente al nacer alguna anomalía o problema de salud que requiera una atención especializada. Los criterios en contra de la protección jurídica de esta figura, son muy variados e inciden en diferentes esferas, desde la económica hasta la social⁴⁹; entre ellos podemos señalar que una total apertura supondría también el acceso a

⁴⁷ Muchos han sido los casos reportados de niños en estas situaciones que quedan abandonados o son transferidos a instituciones.

⁴⁸ A escala global las personas que suscriben un acuerdo de subrogación, plantean que es más ágil que un proceso de adopción cuyos trámites hacen que se demoren hasta algunos años, y muchos otros plantean que recurren a ello después de años de espera sin poder concebir, no quedando otra opción que esta.

⁴⁹ Las limitantes que se atribuyen a este fenómeno desde el punto de vista ético y moral, se deben entre otras cuestiones al hecho de que la aparición de esta figura rompe con la concepción tradicional de la familia que hasta entonces se concebía, induciendo necesariamente a cambios legales en materia familiar, específicamente en el régimen filiatorio, ya que vemos que no son únicamente los miembros de la pareja quienes intervienen en este procedimiento, haciéndose inaplicables entonces los criterios legales establecidos *a priori* sobre la filiación, por lo que debe quedar taxativamente establecidas las normas que regulen con el debido alcance y profundidad un tema tan complejo como lo es este.

parejas del mismo sexo y a mujeres solteras, el hecho de que el anonimato del padre o madre donante vaya en detrimento de los derechos del niño a conocer su fuente genética, los problemas legales para la determinación de la maternidad (criterio genético, afectivo o legal) así como los conflictos de intereses que pueden surgir y que son inherentes a todos los procesos de esta índole.

Pero sin duda, los que se oponen a su reconocimiento sostienen la posibilidad que existe de que la habitualidad en su aplicación, la convierta, a nivel social, en un negocio altamente lucrativo. Lo que puede haber comenzado como una práctica generosa se ha ido transformando en un nuevo negocio de alto coste, por personas inescrupulosas que poco les importa los sentimientos ajenos. Son muchas las mujeres jóvenes, que en la actualidad ofrecen su cuerpo para traer al mundo una nueva vida a cambio de una cantidad irrazonable, a veces, de dinero, convirtiéndose la persona en un objeto de comercio y la consecuente mercantilización de las relaciones familiares⁵⁰, sin dejar de lado el hecho de que en muchos casos las que se ofrecen son mujeres de países subdesarrollados en busca de mejoras económicas, lo cual conlleva en su gran mayoría, relaciones de explotación. Somos del criterio de que los acuerdos de maternidad sustituta deben tener un carácter gratuito, mediando la entrega de dinero solo para sufragar los gastos propios del embarazo, pero nunca para configurar un negocio contractual de carácter oneroso.

Como podemos apreciar, son estas relaciones incompatibles con el Derecho de Familia, donde quedan prohibidos los negocios contractuales, ya que involucra el tráfico, con fines más allá de los familiares, del propio cuerpo humano; se desnaturaliza la esencia humana y se pasan a valorar a las personas en el marco de sus capacidades meramente reproductivas. Negocio en el que habría que analizar además, su objeto, siendo este un determinado encargo, si se considera un contrato de prestación de servicios, donde la principal obligación de la gestante sería de resultado; si se considera por otro lado, un contrato de

⁵⁰ El auge de esta práctica a nivel internacional ha llevado a la aparición de términos como turismo de fertilidad, turismo procreativo y el conocido alquiler de vientre que lleva implícita esta intención o interés de lucrar con la actividad. *Vid* LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela. Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. S,e, España, 2012.

arrendamiento de vientre, su objeto sería entonces el uso del vientre materno donde la finalidad sería la obtención del hijo deseado.

No quisiéramos concluir el epígrafe sin aludir a un factor importantísimo que es también sostenido por aquellos que se oponen a la regulación legal de la figura en debate y es el factor psicológico, ya que en la gran mayoría de los casos la gestante se enfrenta a una serie de alteraciones psicológicas por tener que desentenderse de los hijos que han llevado en su seno, siendo ello causa de sufrimiento y depresión⁵¹.

II.3- La institución de la Filiación en el Derecho de Familia cubano. Situación actual de cara al reconocimiento legal de la figura de la Maternidad Subrogada.

La filiación constituye uno de los pilares esenciales sobre el que se sustenta el Derecho de Familia. La Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 222 de 31 de julio de 2009 expresó al respecto que *es la forma en que desde el punto de vista legal se concreta el hecho de la concepción biológica*⁵². Engendra por tanto una relación jurídica a partir del hecho biológico de la procreación⁵³ y en función de ella se establecen las consecuencias que genera todo parentesco, a saber: la obligación legal de dar alimentos, la configuración de la patria potestad, el derecho del hijo al apellido de sus padres, la configuración de impedimentos matrimoniales, la sucesión legal y en materia penal, la configuración de determinados delitos en los que se requiere de los sujetos el status de padre e hijo. Es a través del parentesco que se unen los miembros de un grupo familiar, pero no solo a los que descienden de otros, sino además a aquellos que tienen un ascendiente en común. Por tanto, a pesar de ser conceptos muy vinculados, el parentesco se torna más abarcador frente a la filiación referida solamente al vínculo directo que se genera entre los progenitores y sus descendientes.

⁵¹ Los estudios demuestran que más de un 10% de las mujeres que prestan su vientre necesitan terapia intensa para superar el estado depresivo por el que atraviesan. *Ídem*.

⁵² PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba. En Revista Jurídica de Derecho. (Ministerio de Justicia), Número 7, pp. 27-76, enero-junio 2011.

⁵³ Aunque el hecho biológico no es requisito *sine qua non* para determinar la filiación, pues a partir de la adopción también se genera una relación filiatoria, creada mediante una ficción jurídica, entre adoptante y adoptado y que no nace por tanto del acontecimiento natural sino de la voluntad de la persona.

A pesar de que nuestro Código de Familia, en materia filiatoria, no peca de dispar en cuanto al tratamiento que brinda a los hijos, sean estos nacidos fuera o dentro del matrimonio, situaciones ante las que son iguales en cualquier contexto⁵⁴, si lo hace de inconclusa, ya que como expresa Pérez Gallardo *el legislador ha regulado la filiación a medias, dejando un sinnúmero de lagunas (...)*⁵⁵ como es el caso de las TRHA en general.

El establecimiento de la filiación materna y paterna se realiza a través de las presunciones legales, por lo que en el artículo 117.a del Código de Familia se enfatiza que las personas que desciendan unas de otras serán parientes. Con tan solo tres artículos dedicados a la determinación de la filiación, de más esta decir que nos encontramos ante una regulación en extremo sucinta, la cual por demás no realiza una distinción elocuente entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, aunque el artículo 74 indica expresamente que se refiere a las personas unidas en matrimonio, por lo que no cabría hablar aquí de uniones de hecho, para las cuales se reserva el artículo 75 en el caso de la filiación paterna y el artículo 76 para la filiación materna.

Las presunciones anteriormente enunciadas tienen plena validez mientras no se presente prueba en contrario capaz de destruirla y por tanto cambiar la situación filiatoria creada, lo cual es posible a partir de la existencia de la acción impugnatoria, prevista en el artículo 81, considerada una acción mixta ya que se modifica la situación del hijo respecto a un tercero por el que ha sido reconocido como padre o madre legítimo y legal, impugnándose y se reconoce en consecuencia una nueva relación de filiación. Junto a ella nuestro Código de Familia reconoce la acción de reclamación⁵⁶, enunciada en el artículo 77 y más ampliamente desarrollada por la Ley de Registro de Estado Civil. Dicho reconocimiento es la vía fundamental a través de la cual se acredita el parentesco materno y paterno en nuestro país, mediante el acto jurídico de la inscripción en el Registro Civil. Pero hay que aclarar ya que, suele suceder,

⁵⁴ El Código Civil español vigente en Cuba durante mucho tiempo hasta su derogación por la actual Ley 59 de 1987, mantuvo una posición muy discriminatoria al diferenciar en legítimos e ilegítimos a los hijos de acuerdo a su nacimiento fuera o dentro del matrimonio respectivamente, lo cual trascendía al ámbito de los derechos, fundamentalmente los patrimoniales y que implicaba además un gran rechazo social.

⁵⁵ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. *Ibidem*. Ob. Cit. p.30.

⁵⁶ Encaminada esencialmente al reconocimiento de una filiación hasta el momento no determinada.

sobre todo en el contexto familiar cubano, donde priman las uniones de hecho no reconocidas sobre los matrimonios formalizados, que no siempre este reconocimiento implica ser biológicamente el progenitor del menor, por lo que dicho acto registral indica que la persona que inscribe, reconoce legalmente como suyo a un hijo al cual no le unen lazos biológicos. También es necesario apuntar que dicho reconocimiento solo surte efectos respecto al padre o la madre que lo ha realizado no comunicándose entre ellos, dichas consecuencias, teniendo el otro progenitor que concurrir al acto para hacer valer su parentesco con respecto al hijo; es además un acto puro ya que no depende para su realización de condición o término alguno, personalísimo e individual, que solo compete a los padres, en el sentido de que no puede existir un tercero representante que concorra por medio de estos⁵⁷.

Otra vía mediante la que puede determinarse la filiación es por sentencia judicial firme en los casos de litigios de esta índole en los cuales el Tribunal competente resolverá la demanda en caso de reclamación de paternidad o maternidad, determinando esta finalmente. Después de dar una breve panorámica de cómo se establece, según nuestra regulación legal, la filiación, se hace necesario analizar que sucede en los casos de aplicación de TRHA.

II.3.1- Filiación y TRHA.

A pesar de las adversidades a las que se enfrenta nuestro país como nación tercermundista, se halla a la vanguardia en el campo de la medicina, no solo desde la perspectiva del internacionalismo, sino también en los avances científico-tecnológicos, donde ha logrado grandes adelantos ya sea en el tratamiento de enfermedades y la búsqueda de nuevas curas, en el ámbito de la biotecnología, etc. Dicho avance también alcanza a la medicina reproductiva, práctica que a pesar de ser desarrollada internacionalmente desde hace más de 3 décadas, es de reciente aplicación en nuestro país, siendo las de más frecuente uso la inseminación artificial y la fecundación in Vitro, existiendo otras que no pueden realizarse dadas las limitantes propias que en este campo

⁵⁷ No confundir con lo anteriormente explicado de que puede reconocerse un hijo que no es biológico.

presentamos⁵⁸. Otro aspecto que conspira contra la correcta y completa aplicación de las TRHA es el hecho de no existir en el ámbito jurídico familiar una norma que refrende la posibilidad de aplicarlas como alternativa viable contra la infertilidad, a falta de tratamiento médico que permita la gestación, a pesar de que el Ministerio de Salud Pública (MINSAP), cuenta con un protocolo médico que a nivel nacional funge como guía para la implementación de los procesos de reproducción asistida⁵⁹. Igualmente nuestro Sistema de Salud cuenta con un documento de vital importancia que coadyuva a la atención responsable de la reproducción asistida; es el caso de las “Normas Éticas para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida”, del cual resulta interesante la regulación contenida en el artículo 1 donde se establecen las personas que podrán acceder a las TRHA⁶⁰ y se colige además las limitantes previstas para su uso. También se aboga por la protección de la mujer que se somete a una TRHA, así como por el bienestar del futuro bebé, por lo que estos procedimientos no se realizarán cuando sean evidentes o probables los riesgos a la salud de estos.

Consideramos por tanto que al ser el Derecho reflejo de la realidad política, social económica y también médica, debe expresar las relaciones que en estas esferas surgen, regularlas y ponerles límites, por lo que al no contar aún con un pronunciamiento legal en el propio Código de Familia, a pesar de que desde el

⁵⁸ Por ejemplo, no cuenta nuestro país con Bancos de Semen, lo cual dificulta la congelación de óvulos, así como la aplicación de técnicas como la criopreservación.

⁵⁹ Los procesos y actividades relacionados con la infertilidad y su tratamiento se encuentran regulados a través del “Reglamento para el funcionamiento de la Red en la atención a la pareja infértil en el Sistema Nacional de Salud”, del año 2010. En este se establecen los niveles de organización nacional, provincial y de base, a partir del cual se desarrollan los mecanismos instituidos que permiten a las personas con estos padecimientos recibir la atención y ayuda necesaria, así como las actividades a desarrollar en cada nivel de forma planificada y gradual, lo cual posibilita realizar los estudios que permitan identificar la causa originaria de la infertilidad y en consecuencia recibir el tratamiento afín.

⁶⁰ Tendrán acceso a las TRA:

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.
3. Las parejas infértiles que no tengan posibilidades de lograr un embarazo bajo otros tipos de tratamientos, y que procedan de las consultas especializadas de infertilidad, acreditadas por el Ministerio de Salud Pública de Cuba.

punto de vista médico MINSAP cuente con regulación sobre el tema, puede incidir ello en que desde el punto de vista del Derecho no se les de amparo.

Ello también incide en el marco legal, ya que no contamos actualmente con una Ley de Reproducción Asistida que respalde estos procedimientos, que establezca los límites de actuación tanto de las autoridades médicas como de los sujetos que a ellas se someten, cuestión que incide negativamente ya que como se analizó es esta una materia muy sensible, en la cual existen disímiles intereses en juego, en ocasiones, difíciles de conciliar. Pero también la aparición de nuevos hechos no previstos en un inicio puede modificar la voluntad de los sujetos, situación que hará más vulnerable la certeza y seguridad jurídica de los procedimientos al no contar con una Ley específica que aborde estos aspectos. No se protegen por tanto los derechos reproductivos en materia de TRHA desde el ámbito jurídico, ni tampoco los derechos de la futura criatura en juego.

La desprotección anterior propicia que desde la perspectiva jurídico-familiar tampoco se establezcan normas que expresamente indiquen como determinar la filiación en los casos que el parentesco se origine mediante la aplicación de una TRHA, y si analizamos las presunciones que nuestro Código de Familia establece, vemos que estas pueden resultar insuficientes para estos supuestos, porque en sede de reproducción asistida son disímiles las situaciones que pueden originarse, sobre todo en el caso de las técnicas de tipo heteróloga, por lo que dicha insuficiencia da origen a un vacío legislativo, carente aún de solución concreta.

II.3.2- Análisis de algunos preceptos del Anteproyecto de Código de Familia.

El Anteproyecto de Código de Familia, consciente de la necesidad de legislar sobre estas nuevas realidades que la innovación de la ciencia y la técnica brindan, dedica la Sección Séptima del Título II a la reproducción asistida, con 2 artículos, que si bien no logran completar totalmente la laguna existente en este sentido, ya que son artículos en extremo breves, al menos son pronunciamientos válidos que introducen el tema y brindan por tanto mayor

seguridad a los padres a la hora de reconocer a sus hijos concebidos mediante una TRHA.

Los artículos 88.4 y 89.4 también resultan innovadores ya que agregan dentro de las presunciones de filiación, una referente a los hijos nacidos de la aplicación de TRHA sea en matrimonio formalizado o reconocido judicialmente y en las uniones de hecho. El artículo 93 es uno de los más trascendentales a los efectos del tema en análisis, ya que se introduce la posibilidad de impugnar la maternidad cuando la mujer que pasa por madre del hijo inscrito como suyo realmente no lo es. Este artículo resulta sumamente esclarecedor en caso de aplicación de las técnicas de reproducción, específicamente en el caso de la heterólogas, que es donde más conflictos pueden darse por el aporte de los gametos femeninos por una donante que sí tiene vínculo biológico con el hijo, mas no legal.

El proyecto de Código de Familia, no vigente aún, brinda algunos atisbos al dedicar una sección, aunque solo con 2 artículos sumamente breves, a las reproducción asistida. El artículo 108 esbozado como principio esencial, en extremo general, con el único mérito de remitir a la ley algo que antes no encontraba regulación, a fin de dejar sentada las normas que regirán la determinación de la filiación de los nacidos al amparo de TRHA. El artículo siguiente persigue dar solución a conflictos comunes derivados de la aplicación de estas técnicas, sobre todo en sede de reclamación e impugnación, al dejar sentado en otras palabras el principio de que no se puede ir contra los actos propios; en este sentido el propio artículo niega la posibilidad de que el padre legal utilice la acción impugnatoria de su paternidad⁶¹ ni tampoco la madre puede reclamarla al padre biológico, o sea el tercero donante. El segundo párrafo del citado artículo sí permite ello, excepcionalmente, en el caso de la reproducción homóloga, fundado en el hecho, a diferencia de la reproducción heteróloga, de que el hombre es el propio donante de los gametos, no consintiendo una fecundación ajena y suponiendo por tanto que el semen

⁶¹ Teniendo en cuenta que es el padre legal el que desde el inicio al tener la voluntad procreacional pero estar imposibilitado de concebir, consiente en que su pareja sea fecundada por este tercero que aporta su material genético, conociendo de antemano esta situación, por lo que no podrá arrepentirse con posterioridad de algo que aceptó en un inicio.

utilizado es el propio, pudiendo impugnar la filiación constituida bajo falsa creencia de que el hijo es suyo y no de un tercero⁶².

A pesar de la breve y no tan profunda como se quisiera, regulación que el Anteproyecto realiza, se le atribuye como principal mérito ser la única norma que ha brindado amparo a la TRHA hasta el día de hoy. Dicho Anteproyecto explicita en la sección referente a la reproducción asistida que estas regulaciones se hacen necesarias dada la implicación y trascendencia de estos procesos para el Derecho de Familia; aclara, sin embargo, que el resto de características y especificidades de las TRHA para nuestro país no interesan a los efectos de este cuerpo legal, por lo que corresponderá al Ministerio de Salud Pública ser ente rector de las mismas, brindándole por tanto regulación, amén de las disposiciones normativas que corresponda dictar por la autoridad competente también trascendentes al Derecho relativas a temas tan polémicos como los sujetos que pueden acceder a ellas, en qué circunstancias, lo relativo a la confidencialidad de los procesos, etc.

II.3.3- El dilema de la Maternidad Sustituta.

La cuestión resulta ser aún más compleja cuando estamos en presencia de un caso de Maternidad Sustituta, por lo que el primer aspecto negativo del que hay que partir es del hecho de que ni el Código de Familia, ni el Anteproyecto ni las disposiciones médicas en materia de TRHA hacen mención de esta figura, ya sea permitiendo su uso o prohibiéndolo expresamente⁶³, cuestión que dificulta, o más que eso, impide, su consecuente regulación en una norma de alcance general y en la propia Ley familiar. Cuando ni siquiera se cuenta con una normativa que indique como proceder a determinar la filiación, qué hacer en los supuestos en que la madre donante de óvulos no coincide con la madre portadora, o cuando son 3 las que intervienen: la que aporta el material genético, la madre portadora que es la que se encarga de llevar a término el embarazo y la que inicia el proceso y que no aporta ni su vientre ni sus óvulos

⁶² Artículo 109 segundo párrafo del Anteproyecto de Código de Familia, apaisado febrero de 2010.

⁶³ Al no existir legalmente prohibición expresa ni tampoco se prevean las correspondientes medidas que sancionen la infracción de las mismas, pudiera valorarse la subrogación materna como opción válida para procrear siguiendo al igual que en el Derecho Civil la frase de que todo lo que no está prohibido está permitido. Es por ello que se hace énfasis en la correcta implementación del tema ya sea en sentido positivo o negativo.

pero es la que realmente desea tener un hijo y contrata con las otras dos, siendo estas las que posibilitaran que nazca el niño pero no desean ninguna ese hijo para sí. ¿Qué criterio es el correcto a seguir para determinar la maternidad cuando no existen reglas específicas que prevean estas situaciones o que determinen quien será la madre cuando concurren los supuestos de maternidad sustituta?.

Vemos por tanto que la falta de previsión por el legislador cubano en esta sede de reglas específicas que faciliten la determinación de la filiación en los casos de maternidad sustituta, acarrea consecuencias considerables, siendo la primera de ellas la laguna existente, haciendo inaplicables las reglas contenidas en los artículos 74-76, puesto que en estos supuestos intervienen generalmente más de una mujer y en ocasiones también más de un hombre.

En páginas anteriores se analizaron los criterios manejados por la doctrina en esta sede para la determinación de la filiación, observando, más que los inconvenientes y ventajas de uno u otro criterio, cual resulta ser el más factible a los efectos del menor en juego, quien puede quedar abandonado por sucederse un acontecimiento no previsto por aquellos que en un inicio si tenían la voluntad procreacional y tampoco por quien nunca tuvo entre sus planes tener un hijo, sino solo ayudar a otros a convertirse en padres prestando su útero o sus óvulos. Somos partidarios de que en un caso tan extremo como el anterior, la Ley debe establecer a favor de la gestante una presunción de maternidad respecto al hijo, a pesar de no tener la voluntad para asumir ese rol, previendo además el abandono del nuevo ser por quien en un inicio deseaba convertirse en padre o madre. El resto de causales que puedan acontecer, deben ser tratadas de acuerdo a lo que en el propio acuerdo entre las partes se establezca sobre la maternidad y la paternidad del niño⁶⁴. Es por ello que no consideramos del todo errada la posición asumida por nuestro Código de Familia al establecer en su artículo 76 *in fine*: *En los demás casos, la maternidad quedara probada por el hecho del parto y de la identidad del*

⁶⁴ Todo ello, en el supuesto de que la figura cuente con protección o reconocimiento y que se permita además la concertación de contratos en esta sede (contratos que no impliquen propiamente una contraprestación pecuniaria como pago por los servicios prestados, sino que medie solo para sufragar los gastos propios del embarazo, teniendo en cuenta el carácter altruista que debe primar en estos actos), cuestión que no sucede en nuestro entorno, en el cual no se reconoce ni esta figura ni la posibilidad de realizar los citados acuerdos.

*hijo*⁶⁵, como presunción de maternidad en el caso de uniones de hecho, de aplicación vital en caso de que la figura en análisis llegue a reconocerse algún día en nuestro entorno y muy a pesar de la tan citada frase de que la maternidad nunca está en duda.

Los países que aceptan en sus ordenamientos jurídicos esta figura la regulan ya sea por una Ley específica o por un contrato a través del cual se regulan las obligaciones de cada parte, cuando ocurra el nacimiento del niño, por lo que queda expresamente establecido que una vez que nazca la criatura la madre portadora debe entregarlo a la comitente, por lo que en caso de que se originen nuevas circunstancias que hagan variar la voluntad de las partes estas deberán atenerse a lo que pactaron de forma obligatoria, y en caso de no cumplirlo, puede ser de conocimiento por el tribunal competente para que resuelva la situación creada que ha hecho incumplir el contrato. Nuestro país, junto a otros como Alemania y España, prohíbe esta figura, basado en la tesis de la imposibilidad de aplicar las reglas de la contratación al ámbito familiar, así como la posibilidad que se abre de que tras su permisión se convierta en un negocio lucrativo capaz de desnaturalizar la institución familiar, ligado a otros aspectos éticos ya analizados que atentan contra la esencia misma de la procreación tal y como ha sido tradicionalmente concebida⁶⁶.

Sin negar lo que existe de cierto en lo anterior, no puede desconocerse sin embargo, que ser totalmente refractarios al reconocimiento legal de la maternidad sustituta tampoco es totalmente acertado, puesto que es esta también una forma de luchar contra los problemas de esterilidad e infertilidad que aquejan a tantas parejas en nuestra sociedad. Lo que si queda claro y debe ser una postura a mantener es la prohibición de la concertación de contratos en estos casos, lo cual no tiene por qué excluir la existencia de la figura en análisis, ya que como quedó expresado, esta puede sustentarse en un acuerdo voluntario pero de naturaleza solidaria, con una finalidad altruista, desligada de cualquier interés material de fondo. Ante ello, su aceptación se

⁶⁵Ley 1289 Código de Familia.

⁶⁶ También puede suscitar dilemas a lo interno de la propia familia, ya que en los caso en que se consienta su uso, puede un miembro cercano de la familia, servir de portadora para llevar el embarazo, como por ejemplo una tía y una hermana, situación en la que se convierte la primera en tía y madre biológica a la vez(si también aporta sus óvulos además del útero).

convertiría en una opción viable de parejas con problemas reproductivos (como pudiera ser el caso de mujeres carentes de útero), que no tienen que recurrir ni siquiera a un extraño, si tienen una hermana o familiar cercano que acceda a ello, aunque a pesar de que todo se desarrolle entre la propia familia no obsta para que surjan también aquí conflictos que puedan cambiar el acuerdo inicial.

Quizás por ello existe aún reticencia por parte de muchos para aceptar esta figura y darle la correspondiente protección legal y concebir a partir de ello, postulados que definan la filiación ante la concurrencia de estos supuestos. Abogamos entonces porque nuestro país retome su posición vanguardista y le brinde un espacio al menos de forma general al tratamiento de las TRHA ya sea en una Ley específica o incluido en el propio Código de Familia, incluyéndose los casos de maternidad sustituta, con las correspondientes limitantes, tal como se induce del artículo 109 del Anteproyecto de Código de Familia y como bien se refrendan en los protocolos y normas éticas para la aplicación de TRHA dictados por las autoridades médicas, que permite solo el acceso a las TRHA a las parejas heterosexuales ya sean de matrimonios formalizados o uniones de hecho⁶⁷.

Toda relación trascendente a los efectos del Derecho, queda amparada por este ya que da lugar a la modificación, nacimiento y extinción de otras relaciones de igual o diferente tipo. Las relaciones sociales que surgen en el marco de aplicación de las TRHA no quedan exentas de ello, si tenemos en cuenta que su inserción en la medicina conlleva un cambio en las concepciones que hasta el momento se tenían sobre la filiación, por lo que deben en consecuencia recibir el correspondiente resguardo legal, no solo con la finalidad de ofrecer protección sino para brindar además equilibrio a las mismas, sobre todo cuando se hallan involucrados derechos de los menores, como es el caso del derecho al conocimiento de la identidad biológica en las técnicas heterólogas, el cual debe armonizarse y conjugarse con el derecho de ese tercero de quedar en el anonimato⁶⁸. Partiendo del hecho de que la realidad y el Derecho deben marchar juntos en su dinámica y de acuerdo a la recíproca

⁶⁷ La *ratio* de este artículo se analizó *supra* en el epígrafe 4 del Capítulo I del presente Trabajo.

⁶⁸ ROSABAL LAM, Carmen. Disquisiciones teóricas en torno a la filiación en Cuba. Tutor: Olga Mesa Castillo. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2000.

relación que existe entre ambos, al ser uno reflejo del otro, somos del criterio de que un reconocimiento delimitado de las TRHA incluyendo la figura de la maternidad sustituta, sería positivo, siempre y cuando se realice con las correspondientes limitantes a fin de garantizar una debida protección de las relaciones familiares y a partir de ello, la necesaria implementación en nuestro Código de Familia de reglas concretas cada vez más necesarias para acompasar nuestro Derecho al ritmo del avance de la ciencia.

II.4- Reproducción Asistida y Derecho Comparado.

Los adelantos científicos obtenidos desde hace ya algunos años en materia de medicina reproductiva, han hecho medicamento posible la concepción sin la necesaria intervención de la relación íntima entre dos personas, mucho menos entonces entre un hombre y una mujer como tradicionalmente se realizaba. Hoy en día, es por tanto, difícil encontrar un país cuyo ordenamiento jurídico no plasme esta realidad tangible y deje de lado una situación que involucra intereses que necesariamente reclaman protección por la importancia que dentro de las relaciones de familia suscitan. Pero al analizar el alcance e intensidad con que la reproducción asistida es regulada por las diferentes naciones, se observan discrepancias, ya que no todos permiten, por ejemplo, la posibilidad de la subrogación materna⁶⁹, tema central de nuestro análisis.

II.4.1- Países que prohíben la figura de la Maternidad Sustituta.

Alemania

Alemania es uno de los países que de forma expresa prohíbe esta figura ya que establece en la Ley de 13 de diciembre de 1990 “Ley de Protección al embrión”, sanciona con prisión y multa a las personas que fecunden un ovulo con la intención de transferirlo a mujer distinta de la que se extrajo, sancionando con iguales medidas aquellas prácticas abusivas en caso de aplicación de TRHA, dentro de las que se incluyen los supuestos de subrogación de vientre. Lo anterior basado en el criterio de que su aplicación podría implicar peligros para la criatura así como la posibilidad de que su

⁶⁹ Se trata de una cuestión de intereses políticos de cada Estado, de lo que consideran o no como factible de acuerdo a la situación y necesidades de su territorio, pero también se involucran cuestiones de ética o de tradición de cada nación.

permisión pueda inducir a la comercialización de embriones y el comercio humano en general, el cual es ilegal. De acuerdo a ello la Agencia de madres de alquiler situada en Fráncfort fue suspendida del ejercicio de sus actividades⁷⁰.

España

Dentro de la Comunidad Europea España se eleva como país a la vanguardia ya que es el primero en contar con una Ley que de manera sistémica regula lo referente a la reproducción asistida. La Ley 14 del 26 de mayo de 2006 sobre las técnicas de reproducción asistida sí regula expresamente la maternidad sustituta, pero en sentido negativo, ya que la prohíbe, regulando en su Capítulo 2 lo referente a la gestación por sustitución y dejando sentado que los contratos de alquiler de vientres serán nulos de pleno derecho, para lo cual resuelve de forma clara los inconvenientes y desacuerdos que puedan surgir, al establecer que en estos casos la filiación quedara determinada por el hecho del parto. Deja sin embargo, abierta la posibilidad del padre biológico para reclamar la paternidad a través de la acción correspondiente. Sin embargo, a pesar de ser una Ley que regula el tema de la reproducción asistida de manera bastante minuciosa y completa, somos del criterio que en el caso de la maternidad subrogada se regula muy superficialmente el tema dedicándose al mismo solo 3 artículos, por lo que no se aluden a otros supuestos de hecho que pudieran darse como es el caso de que tenga lugar sin que medie contrato alguno.

II.4.2- Países que permiten la figura de la Maternidad Sustituta o que la reconocen para casos específicos.

Brasil

Este país no cuenta con regulación específica materializada en Ley u otra disposición normativa sobre la maternidad sustituta, pero si se observa en la práctica médica de este país que son varias las autoridades médicas que se han manifestado sobre esta práctica. La Constitución brasileña plantea en su artículo 199 que el cuerpo humano y sus componentes quedan fuera de las

⁷⁰En GAMBOA MONTEJANO, Claudia. Maternidad Subrogada, estudio teórico-conceptual y de Derecho Comparado (Primera parte). Centro de Documentación Información y Análisis Servicios de Investigación y Análisis Política Interior, México, 2010.

actividades mercantiles, de ahí que sea la gratuidad un requisito para la validez y legalidad de estos procesos. Por otro lado reviste especial interés en este análisis la Resolución 1358 del año 1992 del Consejo Federal de Medicina “Normas para la utilización de las TRHA” la cual regula el proceder y demás aspectos relacionados con la aplicación de las mismas; resulta interesante en este sentido lo referente al anonimato del donante y de los receptores respecto a este, con vistas a la protección del menor implicado y como forma de prevenir futuros problemas legales entre unos y otros⁷¹. Nada alude dicha regulación sobre si solo podrá ser utilizada por parejas heterosexuales, por lo que en los casos de mujeres solteras será legal su uso al no existir negación expresa de ello, aspecto criticable teniendo en cuenta que el niño nacería sin un padre, en una familia monoparental. Recientemente el gobierno brasileño ha realizado modificaciones a las disposiciones en materia de TRHA, aperturando su uso a parejas del mismo sexo y permitiendo otros procedimientos con material genético de personas fallecidas. En correspondencia con la regulación existente hasta el momento en la legislación brasileña respecto a la subrogación materna, las nuevas disposiciones dictadas se proclaman contrarias al alquiler de vientres, estableciendo que solo en los casos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (madres o hermanas) se podrá ceder el útero para el desarrollo del feto.

Estados Unidos

El caso norteamericano es sumamente controvertido, ya que además de ser uno de los países con más demanda de maternidad subrogada no solo local, sino también internacional ya que acuden miles de personas extranjeras en búsqueda de estos servicios no permitidos en sus países de origen, al ser un estado Federal existen una gran dispersión legislativa, al existir tantas Leyes como Estados hay, de ahí que pueda permitirse en unos y no en otros. Por tanto cada estado puede legislar en materia familiar lo que estime, sea o no aprobado por otros Estados, siempre y cuando no se contravengan o infrinjan la Constitución y demás leyes parlamentarias. De modo general es este un país

⁷¹ En los caso que el o la donante se arrepienta de la donación realizada y tenga intenciones de reclamar al hijo, o en casos de que el donante a partir de conocer la identidad de los solicitantes, pueda recurrir al chantaje respecto a la revelación de su identidad a cambio de dinero, entre otros ejemplos que pueden resultar también en extremo polémicos.

que muestra su tolerancia respecto a la aplicación de la subrogación materna basándose en el Derecho a la privacidad⁷², a pesar de que gran parte de los Estados no legisle específicamente sobre el tema. California, Nueva Jersey y Washington son algunos de los que lo prevén en sus legislaciones. Las diferentes propuestas legislativas de los Estados son variadas ya que mientras que unos lo prohíben totalmente, otros solo lo hacen en su variante comercial.

El panorama internacional actual en el que países son más permisivos mientras que otros se muestran totalmente en contra, hace que muchas personas extranjeras se desplacen hacia aquellos con mejor tratamiento legal en esta materia para hacer posible una realidad vetada en su país de origen, lo cual puede hacer surgir cuestiones de Derecho Internacional Privado de necesaria atención. Las opiniones sobre la subrogación de vientre siempre estarán divididas, pero la tendencia es que cada vez sean más los países que regulen el tema adecuando la realidad médica y social a sus leyes. El reto no está en el total desconocimiento de esta realidad, sino en la correcta instrumentación de las diferentes estructuras de cada nación a fin de lograr un manejo equitativo de las necesidades del hombre, los prejuicios sociales, la bioética y el desarrollo científico.

⁷² Regulado constitucionalmente, como derecho a decidir internamente respecto a asuntos familiares sin la intromisión del Estado.

Conclusiones

El desarrollo de la presente investigación nos ha permitido arribar a las conclusiones que a continuación se desarrollan:

PRIMERA: La esterilidad e infertilidad son problemas de salud que actualmente afectan a muchas personas a nivel mundial, cuestión que ha motivado la aparición de técnicas de reproducción asistida para suplir estas deficiencias biológicas y genéticas que impiden la procreación.

SEGUNDA: Las Técnicas de Reproducción Asistida a pesar del perfeccionamiento que han obtenido en los últimos años y su constante desarrollo, no garantizan el éxito al 100% estos procedimientos, ya que se han reportado casos que fallan una vez implantados los gametos en la mujer.

TERCERA: Estas técnicas pueden ser homólogas y heterólogas de acuerdo a la utilización o no de material genético de un donante. La variante heteróloga presenta más inconvenientes desde el punto de vista legal y ético como consecuencia de la implicación de terceras personas.

CUARTA: El consentimiento informado es de vital importancia en estos procesos. Contempla un constante intercambio de información, basado en la relación médico-paciente. Comprende el conocimiento de varios aspectos como el coste económico del procedimiento, el conocimiento y consentimiento tanto de la mujer que se va a someter a este, como del cónyuge en asumir la paternidad, así como la información médica necesaria que el especialista debe de brindar sobre los posibles efectos secundarios del proceso, además de servir de respaldo al especialista que interviene.

QUINTA: Las TRHA de uso más frecuente a escala mundial y también en nuestro país son la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro (FIV).

SEXTA: La aplicación de TRHA va en muchos casos en detrimento de los derechos fundamentales de los menores, los cuales son vulnerados en nombre del derecho y la libertad reproductiva.

SÉPTIMA: La igualdad y la libertad sexual y reproductiva se contemplan como derechos de todos los ciudadanos, no obstante debe ello armonizarse con las

circunstancias de acceso a las TRHA así como los sujetos que podrán someterse a ellas.

OCTAVA: La Maternidad Subrogada es un fenómeno de más reciente surgimiento. Su uso puede acarrear consecuencias negativas, principalmente el de la valoración de la mujer como un objeto de comercio y la mercantilización de las relaciones familiares.

NOVENA: Se hace necesaria la implementación legal de esta figura a fin de limitar no solo el acceso a ella, sino además otras consecuencias negativas que desnaturalizan la institución familiar, ya que puede convertirse en una actividad lucrativa que cree situaciones de explotación.

DÉCIMA: La subrogación materna tiene como principal ventaja el hecho de permitir la procreación a parejas con problemas médicos reproductivos.

DÉCIMOPRIMERA: Nuestro Código de Familia nada establece sobre reproducción asistida, específicamente sobre subrogación materna, lo cual se basa en la falta de reconocimiento expreso de la figura en el ordenamiento jurídico en general.

DÉCIMOSEGUNDA: Las reglas contenidas en el Código de Familia vigente sobre filiación son insuficientes para determinar la maternidad y paternidad del niño cuando esta se origina por la aplicación una TRHA.

DÉCIMOTERCERA: El Anteproyecto de Código de Familia a pesar de introducir el tema de la reproducción asistida, dada su trascendencia para el Derecho específicamente el familiar, no logra ser del todo acertada puesto que la regulación que sobre el tema ofrece no es suficiente para prever todas las situaciones y conflictos que pueden derivarse de su aplicación.

DÉCIMOCUARTA: Sería positivo el reconocimiento legal de la subrogación materna, como alternativa contra las deficiencias reproductivas que afrontan algunas parejas, pero sí debe rechazarse en nuestro contexto el contrato de alquiler de vientre y concebirse como acuerdo voluntario de carácter solidario y altruista. El reconocimiento legal de la figura debe realizarse con las

correspondientes limitantes a su acceso y el control administrativo requerido, a través de comisiones y organismos especializados creados a tales fines.

DÉCIMOQUINTA: La filiación tanto materna como paterna en sede de TRHA, específicamente en los casos de subrogación materna, debe quedar determinada siguiendo el criterio de la voluntad procreacional de los sujetos intervinientes, pudiendo no coincidir necesariamente la filiación biológica con la legal. En el caso de la maternidad, debe establecerse, no obstante, una presunción de maternidad, sustentada en el parto, como forma de resolver los problemas que puedan originarse y dejar en situación de desprotección al niño o niña.

Recomendaciones

Teniendo en cuenta las conclusiones expuestas emitimos las recomendaciones que consideramos pertinentes:

- I. Proponer la creación de una Ley que de modo general refiera el tema de la reproducción asistida, delimitando que personas y en qué circunstancias tendrán acceso a ellas, donde se describan además las ventajas e inconvenientes médicos que su aplicación conlleve, fortaleciendo con ello el consentimiento informado de las parejas que optan por estas técnicas.
- II. Introducir en la normativa familiar vigente criterios específicos para la determinación de la filiación en los casos de aplicación de TRHA, basados en el criterio de la voluntad procreacional, teniendo en cuenta además lo establecido a este fin en el Anteproyecto de Código de Familia, así como establecer las modificaciones pertinentes, dedicando un capítulo de nuestro Código de Familia al tema de la reproducción asistida.
- III. Que en los centros hospitalarios se fortalezcan las áreas que atienden la reproducción asistida a fin de que la población adquiera de forma más efectiva, información sobre el tema.
- IV. Realizar la correcta fiscalización y control sobre los centros que realizan estos procedimientos, velando por el bienestar y la integridad de la mujer que se someta a una TRHA.
- V. Que se reconozca legalmente la sustitución materna pero que en esta no medie la contratación con contraprestación pecuniaria y que se regule que los contratos onerosos que se realicen sean nulos de pleno derecho y sus participantes responsables penalmente por ello. Que se vele, en este sentido, por la correcta implementación del consentimiento informado, sobre todo del cónyuge en la aplicación de la variante heteróloga.

Bibliografía

Fuentes Doctrinales:

- ÁLVAREZ TABÍO ALBO, Ana María. *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*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2010.
- ARTETA ACOSTA, Cindy. *Maternidad subrogada*. Revista Ciencias Biomédicas. Colombia, s,e, 2010.
- BOZA DIBOS, Beatriz. *Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la 'reproducción humana asistida*. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, p. 72.
- CANESSA VILCAHUAMÁN, Rolando Humberto. *Problemas Jurídicos que plantean las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la legislación civil peruana*. Tesis para optar por el grado de Máster en Derecho con mención en Derecho civil y comercial. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2008.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *Maternidad Subrogada, estudio teórico-conceptual y de Derecho Comparado (Primera parte)*. Centro de Documentación Información y Análisis Servicios de Investigación y Análisis Política Interior, México, 2010.
- HURTADO SÁNCHEZ, Francisca. *Indicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida. Servicio de Obstetricia y Ginecología, Hospital Universitario Virgen de las Nieves, Granada, 2008*.
- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela. *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. S,e, España, 2012.
- MESA CASTILLO, Olga. *Derecho de familia*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2010.

- MORALES CASTRO, Samuel. *Trascendencia jurídica del acceso de los y las transexuales a las técnicas de reproducción asistida y su repercusión en la sucesión testada e intestada*. S.e, La Habana, 2009.
- OEHNINGER, Sergio. *Impacto de las técnicas de reproducción asistida en neonatología-pediatría*. Archivo pediátrico, s.e, Uruguay, 2001.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. *Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba*. En Revista Jurídica de Derecho.(Ministerio de Justicia), Número 7, pp. 27-76, enero-junio 2011.
- QUINCOSA MARQUEZ, Rocío Mayrelle. *Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México*. José Antonio Yáñez Rosas, tutor. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho, área civil. Universidad La Salle, México D.F, 2010.
- ROSABAL LAM, Carmen. *Disquisiciones teóricas en torno a la filiación en Cuba*. Tutor: Olga Mesa Castillo. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2000.
- SERRANO LA VERTU, Diana y LINARES PARADA, Ana María. *Análisis de las nuevas técnicas de reproducción asistida, una perspectiva de género*. S.e, s.l, s.f.
- SURROGATE MOTHERHOOD, Committee on Ethics Opinion, American College of Obstetricians and Gynecologists, N° 397, February 2008.
- TARASCO MICHEL, Martha y HAMILL DE CORREA, Martha (Rev.). Documento técnico: *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Centro de análisis y propuesta estratégica de familia, México, 2011.

Fuentes Legales:

- Ley No. 1289 Código de Familia de 14 de febrero de 1975.
- Anteproyecto de Código de Familia, apaisado 20 de febrero de 2010.
- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989.

- Conferencia Internacional sobre población y desarrollo de las Naciones Unidas del año 1994.
- Ley española No. 14 del 26 de mayo de 2006 sobre las Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley alemana de 13 de diciembre de 1990 “Ley de Protección al Embrión”.

Fuentes Digitales:

- [http://: www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) // www.bibliojuridica.org. Consultado el 16 de enero a las 12:25 pm.
- alquiler de vientres y sus problemas de filiación. [http://: monografias.com.htm](http://monografias.com.htm). Consultado el 16 de enero a las 12:41pm.
- pros y contras del alquiler de vientres. [http://: www.diariodigital](http://www.diariodigital). Consultado el 16 de enero a las 13:05 pm.
- madres de alquiler: ¿el fin justifica los medios? [http://: www.tribunadelderecho.com](http://www.tribunadelderecho.com). Consultado el 2 de febrero a las 11:22 am.
- vientres de alquiler, cuando lo ilegal se convierte en legal. [http://: www.diariodeaviso.com](http://www.diariodeaviso.com). Consultado el 2 de febrero a las 11:30 am.
- The American Surrogacy Center, [Http://Www.Surrogacy.Com](http://www.Surrogacy.Com). Consultado el 18 de febrero a las 3:43 pm.
- www.la.nacion.com. Consultado el 18 de febrero a las 3:56 pm.

Anexos

Entrevista realizada al Doctor Rogelio González, ginecólogo y especialista en fertilidad del Instituto Especializado “Ramón González Coro”.

Cuestionario:

- 1) ¿Qué se entiende por Reproducción Humana Asistida?
- 2) ¿Cuáles son las TRHA que más se utilizan en este centro? ¿En qué medida son efectivas?
- 3) ¿Cuál es el proceso a seguir para que una pareja con problemas de infertilidad acceda a estas TRHA?
- 4) ¿Existe algún protocolo médico sobre reproducción asistida?
- 5) ¿Se brindan estos servicios a mujeres solteras o a parejas del mismo sexo?
- 6) ¿Cuáles son las principales complicaciones o desventajas para la mujer en la aplicación de TRHA?
- 7) ¿Qué piensa usted desde el punto de vista médico sobre el alquiler de vientres? ¿Han acudido al centro personas solicitando este servicio?
- 8) ¿En qué rango de edad es aconsejable para las mujeres y las parejas en general acudir a estos tratamientos?
- 9) ¿Cuál es la situación actual en los hospitales e instituciones sobre la aplicación de las TRHA? ¿Cuáles son los principales problemas y perspectivas futuras en esta sede?

Respuestas:

- 1) La reproducción humana asistida está integrada por el conjunto de mecanismos, medidas y procedimientos que se llevan a cabo para lograr la reproducción y se produce desde que se conoce que la pareja tiene problemas para la concepción hasta tanto esta logre obtener un embarazo. La reproducción asistida, al contrario de lo que muchas personas creen, incluyen por tanto, todos los estudios y pruebas que se realizan a la pareja en búsqueda de las causas que motivan la infertilidad a fin de determinar su grado de complejidad y el tratamiento que se brindará para suplirla.
- 2) Se llevan a cabo la reproducción asistida de baja complejidad (Inseminación artificial) y la reproducción asistida de alta complejidad (FIV). Solo los institutos especializados realizan reproducción asistida de alta complejidad. El resto de los hospitales que prestan estos servicios realizan tratamientos contra la infertilidad y realizan inseminación artificial. Las tasas de fertilidad con la aplicación de IA son relativamente buenas, ya que el pasado año obtuvimos un 20% de éxito en la primera inseminación, teniendo en cuenta que se realizan hasta 4 IA antes de proceder a la FIV.
- 3) Las parejas con problemas para concebir deben dirigirse primeramente a los centros de atención primaria de salud (policlínicos), donde se les realizarán los estudios pertinentes y se les abre la historia clínica correspondiente. De acuerdo a los resultados que arrojen los análisis realizados y la causa que se determine como causante de la infertilidad se le da continuidad en el tratamiento en el propio centro o si dicha causa es de mayor complejidad se remite al segundo nivel de atención, correspondiente a los hospitales. Del segundo nivel las parejas pueden ser nuevamente remitidas al tercer nivel que son los casos de los institutos especializados, donde se brinda un tratamiento más riguroso; se aplica una TRHA en específico, sea una inseminación artificial o una FIV (pueden realizarse hasta 4 IA antes de indicar la FIV).

- 4) Sí, MINSAP ha dictado un Reglamento sobre atención a la pareja infértil, el último es del año 2010, en el cual se detalla cómo es la atención a cada nivel y como se procede en cada uno de los casos a tratar. También contamos con un documento que recoge las normas éticas en la aplicación de TRHA, referentes a la conducta a seguir por los especialistas en estos procedimientos, donde se le presta especial atención a la mujer sometida a estos métodos.
- 5) Sí se les brinda a mujeres solteras, siempre que concurren con el donante del semen, el cual debe comprometerse a asumir la paternidad del niño o niña. Tiene que firmar a este efecto un documento referente al consentimiento informado de los intervinientes, donde quede consignado que el donante asume la paternidad responsable del futuro hijo. No se le brinda a parejas del mismo sexo ya que la legislación vigente no lo permite, las normas éticas sobre reproducción asistida establecen taxativamente las personas que pueden acceder a las TRHA, entre las cuales no figuran las parejas del mismo sexo.
- 6) Las principales complicaciones en la mujer son la hiperestimulación producida por el empleo de fármacos para estimular la ovulación y conseguir el embarazo. También existen riesgos de embarazos múltiples, lo cual a su vez introduce el riesgo del nacimiento prematuro y del sangramiento post parto de la mujer. En los casos de mujeres mayores de 40 años de edad sometidas a la técnica de la ovodonación, por no tener sus óvulos la calidad necesaria para la fecundación, tienen riesgos de padecer diabetes, sangramiento y cáncer de mama y útero, lo cual es provocado por la presencia de estrógeno en el cuerpo que después de determinada edad puede ser perjudicial. Los casos de mujeres con trasplante de corazón o con diabetes sometidas a TRHA constituyen casos de alto riesgo por la presencia de estos factores o condiciones médicas.
- 7) El alquiler de vientre es una práctica que se ha generalizado a nivel mundial con el paso de los años, aunque existen algunos países que

no lo permiten. Es una práctica con la que no estoy en total acuerdo, sobre todo por el conflicto ético moral que se produce entre la aplicación de la medicina y lo socialmente aceptado, de ahí que sea un tema en extremo delicado a tratar no solo desde el punto de vista médico, sino además del legal. Han venido parejas solicitando el servicio, pero debemos decirles que no ya que aún no contamos con autorizo legal para llevar a cabo los procesos de alquiler de vientre.

- 8) Mujeres mayores de 20 años y hasta los 41 años para realizarle estudios normales. No es aconsejable recurrir a estos métodos a las pacientes mayores de 41 años ya que la calidad de los óvulos es notablemente menor comparado con una paciente de 25 años por ejemplo, y esto incide en el éxito de la técnica aplicada, por lo que a las mujeres que se encuentran en el rango de 41 a 45 años se les realiza la técnica de la ovodonación.
- 9) Actualmente existen limitantes para la reproducción asistida en nuestro país, debido sobre todo al coste de los recursos para llevar a cabo muchos de estos procedimientos, como es el caso de los estudios para la determinación del sexo del bebé. No se realiza tampoco la técnica de la crioconservación ya que Cuba no cuenta con bancos de Semen, aunque este es un tema que se halla en debate para su futura implementación. Los principales problemas que enfrentamos es la estabilidad en los abastecimientos, ya que la mayoría de los suministros proceden de los Estados Unidos y en lo cual inciden las relaciones que sostenemos con este país y el bloqueo económico. Existen también problemas en la transportación de estos recursos, la que en muchos casos se realiza de forma deficiente y ello va en perjuicio de la calidad de los suministros, los cuales en ocasiones llegan al país vencidos y ello ocasiona pérdidas cuantiosas dado su alto coste.

Las Comisiones de reproducción asistida se encuentran trabajando actualmente para la extensión de estos servicios a todas las provincias del país, evitando con ello el traslado de los pacientes

hacia el occidente del país y hacia institutos de cabecera ubicados en la zona oriental y central (solo contamos con 2 institutos para Centro y Oriente), lo cual hace que sean muchos los pacientes a atender por centro, haciendo mayor la demanda. También estamos en procesos de perfeccionamiento de la atención brindada a todos los niveles, abogando por un aumento en la educación médica de la población sobre las causas que originan la infertilidad, con lo cual queremos promover una sexualidad responsable en la pareja. Nuestro principal objetivo es el logro de mayores tasas de embarazos en el país, dada nuestra condición de población ostensiblemente envejecida; los esfuerzos de las Comisiones y especialistas están enfocados en el logro de esta compleja tarea.