

IMPLICACIONES DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA EN EL DERECHO DE FAMILIA CUBANO

Camila Bringas Gómez¹

1. Estudiante 4^o año de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Matanzas.

Resumen

En la actualidad el deseo de ser padre o madre no se ve interrumpido ni siquiera por la imposibilidad o infertilidad. Se habla fuertemente de una “desgenetización de la filiación” y comienza a primar el criterio de padre/madre voluntario/a ante el de padre/madre siguiendo aspectos biológicos. El uso de las tecnologías en la Medicina y Biología ha propiciado el desarrollo de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida. Entre dichas Técnicas se encuentra la Fertilización *in Vitro* Heteróloga que por la intervención del material genético de terceros reviste grandes retos para el Derecho de Familia Contemporáneo. El incremento de nacimientos a partir de estos métodos, su amparo constitucional y las muchas consecuencias jurídicas que entraña hace necesario dilucidar los efectos filiatorios que entraña la Fertilización *in vitro* en la que intervengan óvulos o espermatozoides donados.

Palabras claves: *Técnicas de reproducción asistida; fertilización in vitro; filiación.*

La infertilidad es un problema con repercusión social. Afecta no solo al ser humano desde el punto de vista laboral, psicológico e intelectual; sino también la dinámica e integridad familiar y las relaciones interpersonales de la pareja. Esta deficiencia biológica o natural puede ser suplida por las Técnicas de Reproducción Asistida, ampliamente desarrolladas gracias a los avances de la biotecnología. Pero procrear un hijo no es solamente un fenómeno biológico, es una decisión en la cual los participantes deben tener en cuenta las diversas consecuencias morales, económicas, sociales y jurídicas que entraña.

Con el objetivo de reducir los efectos del envejecimiento poblacional, fenómeno que viene afectando a nuestro país, y contribuir al incremento de la natalidad, el Ministerio de Salud Pública (MINSAP), desde el año 2012, se dio a la tarea de construir y desarrollar una red de servicios de atención a la pareja infértil, con 15 servicios provinciales de reproducción asistida, logrando en 2018 más de 3500 embarazos a partir de la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida.

El artículo 81 de la recientemente aprobada Constitución de la República de Cuba expone: “Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines.

Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.

La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley.”

Entre estas tipologías familiares se comprende la formada a partir de la utilización de estos avances científicos que procuran dar hijos a quien la naturaleza privó de condiciones biológicas a tales efectos. Pero aún queda mucho por legislar en tanto la utilización de estos procedimientos entrañan disímiles consecuencias jurídicas que van desde la filiación, presunción de maternidad y paternidad y legitimación para accionar un proceso de reconocimiento o impugnación de maternidad/paternidad hasta repercusiones en el ejercicio notarial y en el ámbito penal.

El Derecho tiene, como el resto de las ciencias sociales, un carácter interdisciplinario, en tanto necesita de los conocimientos de otras ciencias para la realización cabal de su objeto de estudio. Entre estos saberes de los cuales se apropian las ciencias jurídicas se encuentran los relacionados con las ciencias de la vida, específicamente la Biología y la Medicina, dando surgimiento a una nueva ciencia, el Bioderecho. Su concepto es relativamente nuevo pero necesario en el nuevo contexto de avances tecnológicos y vertiginosos descubrimientos científicos.

En un concepto más estricto se define como: “(...) la rama inter y transdisciplinaria del Derecho que estudia y regula las actividades tecnocientíficas o incidentales del hombre que intervengan en la composición genética, de manera directa o indirecta, de cualquier ser vivo, a corto, mediano o largo plazo, bajo condiciones de transmisibilidad o no a las generaciones futuras. Más allá de que no impliquen una intervención o modificación directa en el material genético, también se consideran incluidas en esta rama del Derecho la posibilidad de investigación criminalística o la facultad probatoria jurídica del ADN.” (Albarellos, 2011)

Con los avances biotecnológicos se resuelven muchos problemas sociales, pero surgen otros a los cuales el Derecho debe dar solución sobre la base del respeto a la dignidad humana como derecho supremo y para ello necesita hacer suyos presupuestos médicos y biológicos.

Se entiende por Técnicas de Reproducción Asistida o Reproducción no coital el uso de tecnología o métodos biotécnicos que sustituyen o complementan el contacto sexual para lograr la fecundación en aquellos casos en los que no se puede obtener por vía natural o

coital. También se utilizan con el fin de prevenir o evitar la continuación de enfermedades genéticas y se realizan con asistencia médica especializada. Aúnan diversos tratamientos entre los que se encuentra la Fertilización *in Vitro*, la Inseminación Artificial, Gestación Subrogada y donación de óvulos, espermatozoides y embriones.

La Fertilización *in vitro*, también conocida como artificial o extracorpórea es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre con el espermatozoide del padre fuera del útero y una vez lograda la fusión, se introduce en la madre para que se desarrolle por el curso natural. Esta técnica se utiliza para los casos de obstrucción total o parcial o ausencia de Trompas de Falopio o por deficiencia de la esperma. También se aplica en causas desconocidas de infertilidad o esterilidad y trastornos ovulatorios e inmunológicos.

Puede realizarse con semen fresco, es decir, aplicado inmediatamente luego de la eyaculación, con lo que se garantizan mayores probabilidades o con semen congelado, que permite analizar la calidad de la muestra y evitar infecciones a la mujer.

Puede ser también homóloga o heteróloga. La Fertilización *in Vitro* homóloga es aquella que se lleva a cabo con el semen del esposo o compañero de la mujer. En la que los aportes genéticos provienen de los cónyuges o pareja de hecho, es decir, intervienen un óvulo y espermatozoide fértiles, pero salva imposibilidades de fertilizar de forma natural como malformaciones en el cuello del útero o impotencia masculina por solo citar algunos.

La Fertilización heteróloga, por el contrario, es aquella en la que la muestra usada proviene de un tercero donante, ajeno a la relación conyugal o de hecho. Este hecho es en sí el que genera una serie de controversias y retos para el Derecho de Familia, específicamente en materia de filiación y se realiza en casos de infertilidad de uno de los miembros de la pareja o para evitar enfermedades genéticas presentes en uno de ellos. Intervienen en ella los sujetos donantes del material genético y los beneficiarios de dicha cesión.

El procedimiento se basa en fecundar el óvulo en un medio artificial que simule las condiciones uterinas ideales para que se llevara a cabo este proceso naturalmente y dicha muestra posteriormente se introducirá en el útero de la mujer para que el resto de la gestación y parto se produzcan.

El conflicto filiatorio se suscita en virtud de determinar la filiación de los sujetos nacidos bajo la utilización de Fertilización *in Vitro* con los beneficiarios del material genético que les dio origen. Al no coincidir la paternidad/maternidad genética con la paternidad/maternidad voluntaria debe sobresalir esta última dando pie a que surjan nuevos conceptos como “parentalidad voluntaria” naciente del consentimiento informado otorgado por los usuarios de la Fertilización *in Vitro* antes de la realización del proceder.

La Sentencia N° 862 de 30 de diciembre de 2005 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba enuncia: “la filiación es la relación jurídica que une a ciertas personas que pueden ser progenitores o no

con otras que pueden ser procreados o no y que determina en los primeros un conjunto de deberes y derechos encaminados en esencia al cuidado, protección, alimentación y educación de los últimos, (...).”

Otros autores expresan que “el vocablo filiación encierra diversos significados. En una primera acepción, implica el vínculo biológico entre una persona y sus progenitores. En un segundo sentido, desde una noción jurídica, entraña la relación entre el hijo con sus padres, lo que supone el emplazamiento de una persona en un estado civil y el establecimiento de un conjunto de derechos y deberes que nacen como consecuencia.” (Scotti, 2015)

La autora Lucia Muñoz Benito (2016), nos explica que el vínculo de filiación crea una serie de efectos como lo son: la determinación de los apellidos, la obligación de los padres de proveer el adecuado desarrollo de los menores; así como, la de proporcionar alimentos, y los consecuentes derechos sucesorios, y a una nacionalidad.

No cabe dudas de que esta es una institución asociada con la maternidad y la paternidad y los vínculos que generan respecto a los hijos y constituyen un elemento del estado civil de los individuos a la vez que determinan otros.

La Doctrina reconoce, hasta el momento dos tipos de filiación. La biológica o natural, determinada por el material biológico que se posee, por el aporte de óvulos y espermatozoides, quiénes son los progenitores biológicos. Y la filiación de tipo civil o adoptiva, por medio de la cual se crean vínculos filiatorios con plenos efectos jurídicos entre personas biológicamente extrañas. Surge mediante un acto jurídico de tipo administrativo o por resolución judicial. Es el caso de la relación de filiación que se reconoce entre adoptante y adoptado, a cual crea los mismos derechos y obligaciones que los presentes en la familia consanguínea.

En los últimos años comienzan a diferenciarse los conceptos de padre y progenitor, revistiendo mayor importancia el de padre. Se eleva el contenido jurídico, sociológico, cultural y afectivo del primero, ante la mera biología presente en el otro. Además, resulta evidente y problemática, la imposibilidad de recoger el vínculo que surge ante la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida Heterólogas en las variantes filiatorias antes expuestas, por lo que surge la necesidad de analizar una tercera tipicidad que las englobe y brinde un amplio amparo jurídico a los sujetos que intervienen, puesto que en las mismas no coincide la aportación genética con el rol parental o elemento volitivo, tomando este último la primacía por el deseo de ser madre/padre a pesar de la incapacidad natural. Se abre paso la actitud adoptada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña en la Sentencia N° 44 de 22 de diciembre de 2008.

“Cuando el nacimiento se produce mediante técnicas de reproducción asistida el principio de veracidad paterno-filial carece de toda relevancia, protegiéndose de forma lógica la estabilidad de la relación paterno-filial constituida (...) De este modo, además del orden familiar natural y de la filiación por adopción, tradicionalmente admitida en nuestro

derecho, se introduce la regulación de la filiación mediante el empleo de esta ciencia separando los conceptos de progenitor y padre legal (...). Consecuencia de esta legislación es que existan dos planos de regulación de la filiación: el realista basado en el principio de veracidad que pretende la total correspondencia entre la verdad biológica y la jurídica que posibilita la investigación de la paternidad y el de la ficción legal o voluntarista que basa en la voluntad y en el consentimiento del empleo de técnicas de fecundación artificial y consecuentemente la asunción de una paternidad no biológica resultado de las técnicas, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza.”

En la filiación por naturaleza el vínculo se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la reproducción asistida heteróloga no es así y hace que sea diferente su determinación y el régimen de impugnación. En la adopción el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo, mientras que en la Fertilización *in Vitro* el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad. (Lamm, 2012)

Al usarse el semen de un donante, el cónyuge o compañero de la mujer inseminada no sería el padre biológicamente hablando de la criatura concebida lo que hace necesario el consentimiento del marido para que le sea reconocida la paternidad y todos los derechos y obligaciones que esta entraña.

Por otra parte, la Fertilización *in Vitro* puede ser realizada con semen congelado, lo que da la posibilidad de que se realice una vez fallecido el cónyuge o pareja. Esto da lugar a que el hijo nacido de esta forma le sea imposible ser reconocido por su padre biológico en testamento y consecuentemente no poseerá derechos hereditarios sobre su padre, al no dar este su consentimiento por estar fallecido al momento de realizar el procedimiento. La fecundación homóloga con semen congelado puede ocasionar otro tipo de controversia, tal es el caso de cuando los cónyuges se divorcian o la pareja se separan y la ex cónyuge o pareja decide fecundarse con el semen del que hubiera sido su pareja dando lugar al nacimiento de un hijo sin el consentimiento del padre. A esto se le suma el hecho de que el hijo/a puede nacer fuera del tiempo que da la ley para que los hijos se presuman comunes de los cónyuges, esto es 300 días posteriores a la fecha de disolución de vínculo matrimonial de acuerdo con el artículo 74.2 del Código de Familia.

En este particular se plantea la interrogante de cómo deberá actuar el Tribunal que conozca de un caso en que un hijo/a nacido de esta manera, o su madre accione un proceso de reconocimiento de paternidad respecto al padre biológico del mismo/a o por el contrario, el padre, alegando la carencia de consentimiento, impugne la paternidad que le ha sido imputada. Ante esta interrogante la ley debe pronunciarse atendiendo al interés superior del menor pues, independientemente de la voluntad o no del padre de concebirlo, el hijo así concebido debe tener la protección legal correspondiente y por supuesto, derechos hereditarios, en caso de la Reproducción Asistida *post mórtem*. Además, se debe tener en

cuenta que el padre accedió a congelar su material genético, aportando un consentimiento inicial, el cual en algún momento su ex pareja podía utilizar.

La utilización de la fertilización *in vitro* suscita polémicas de índole ético y moral debido a que en muchas ocasiones genera riesgos para la salud de la mujer y pueden producirse embarazos múltiples, que obliga, en varios casos a practicar abortos selectivos de feto dentro de la mujer para que uno o dos de ellos sean viables, atentando contra el derecho a la vida de ese *nasciturus*, al cual se le reconocen todos los derechos bajo la condición de que nazca vivo.

Asimismo, cuando se ha realizado un procedimiento con éxito, los padres por lo general abandonan los embriones a la institución que los crioconservó para los fines que esta estime conveniente, adoptando estos la condición de “embriones sobrantes”. El destino de estos “sobrantes” resulta controversial en tanto se trata de una posibilidad real de generar vida humana y no deben ser destruidos ni quedar bajo la propiedad de laboratorios que los utilicen para fines industriales como la cosmética o ambiciosas pretensiones científicas alejadas de la reproducción. Además, se está hablando de ectogénesis como procedimiento para lograr la gestación artificialmente, fuera del claustro materno, violando de manera flagrante el principio de interés superior del menor y el derecho del mismo a una familia.

Tanto maternidad como paternidad han sufrido una re-conceptualización, pasando de ser instituciones basadas en el vínculo biológico a fundarse en vínculos sociales y jurídicos. Históricamente se asociaban con la procreación y por ello surgen los sistemas de presunción de las mismas. El Código de Familia cubano regula en el artículo 74 que se presumen hijos comunes de los cónyuges:

- 1) los nacidos durante la vida matrimonial;
- 2) los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias.

La relación existente entre la maternidad y el parto, que hasta hace unos años se consideraba incuestionable, por lo que la presunción principal de maternidad la dada el hecho cierto del parto, como queda expuesto en el artículo 76 del mencionado Código. “El principio tradicional que sigue el derecho *in genus* es el *mater semper certa est*, puesto que el parto debidamente acreditado es el hecho que atribuye de pleno derecho la maternidad. El parto sigue al vientre, *partus sequitur venter*, razón por la cual, la maternidad en sentido biológico es siempre cierta. Esto, [...], se sustenta en la suposición de que el parto culmina con el proceso iniciado con la fecundación del óvulo y desarrollado sin interrupción alguna.” (Varsi Rospigliosi, 2017)

Actualmente este principio *mater semper certa est* no es absoluto, estableciéndose como excepción la inseminación artificial, fertilización *in vitro* y transferencia de embriones heterólogos; es decir, con óvulos o embriones de donantes anónimas y la gestación

subrogada con óvulos igualmente donados. Por lo que a la presunción de maternidad cabría agregarle el aspecto volitivo presente en el consentimiento informado de la mujer que se somete a estos tratamientos.

La presunción de paternidad resulta un poco más complicada pues no existe el hecho del parto. Por esta razón, el sistema de presunción de paternidad es un poco más complejo. El mismo se expone en el artículo 75 del Código de Familia cubano:

ARTICULO 75. Se presumirá la paternidad:

- 1) cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado;
- 2) cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción;
- 3) cuando la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia.

El reconocimiento de paternidad es el resultado de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre de su relación sexual con la madre en el periodo de la concepción, generando una presunción *iuris tantum*, sobre la que cabe prueba en contrario por conducto de las acciones filiatorias previstas por ley.

La presunción de paternidad afronta el mismo problema que la de maternidad con el desarrollo de la fertilización heteróloga. Como el material genético proviene de donadores, biológicamente la persona que consintió la aplicación de estos procedimientos no es el padre del niño fruto de los mismos, debiéndose entonces, tomar en cuenta de igual manera, la voluntad declarada en el consentimiento informado.

Esto exige que se reconozca la paternidad y la maternidad fuera del aspecto consanguíneo. Resulta muy atinada la opinión de Francisco Lledó Llagüe (1988): “a quien de manera persistente ha ostentado con firmeza y sin interrupción un comportamiento como padre, deberá serle respetada dicha posesión de estado acreditada por un *tractatus* y *reputatio* ininterrumpida en su condición o función social (...). La relación de filiación hay que disociarla de su componente genético; es o debe ser ante todo, una relación socializante, de suerte que el vínculo biológico debe quedar desnaturalizado en favor de un *nexum* de integración cultural.”

Evidentemente se produce una disociación entre lo que históricamente se conocía como maternidad y paternidad y lo que representa en el siglo XXI. Pero el Derecho, por su carácter dialéctico, no puede verse alejado de la evolución social, cultural y científico-técnica, por lo que cabría entonces reelaborar los sistemas tradicionales de presunción de maternidad/paternidad en función de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Siguiendo la óptica de Benavente Moreda (Benavente Moreda, 2018): “es evidente el conflicto que se produce y aventuro que se seguirá produciendo, derivado de la aplicación “forzada” de las citadas reglas cuando la filiación tiene su origen en el uso de dichas técnicas de reproducción asistida y básicamente en los casos de fecundación heteróloga, fundamental y básicamente porque, salvo en los casos en los que la biología manda, es la voluntad y no la biología la que determina legalmente la atribución de la paternidad o maternidad. A partir de tal dato, resulta insostenible utilizar las mismas reglas de juego,”

Tanto el reconocimiento o reclamación como la impugnación de filiación son acciones filiatorias, pues se persigue con ellas un pronunciamiento judicial declarando o rebatiendo el vínculo filiatorio entre dos personas. Ambas acciones son reconocidas en el Código de Familia de la República de Cuba:

ARTICULO 77. La acción para reclamar el reconocimiento de los hijos corresponde a éstos y al padre o madre que ya los haya reconocido, con respecto al que aún no lo haya hecho.

ARTICULO 78. La inscripción del nacimiento del hijo (...) podrá ser impugnada por el cónyuge que no hubiera concurrido al acto. La impugnación sólo podrá fundarse en la imposibilidad de los cónyuges para haber procreado el hijo.

ARTICULO 80. El hijo reconocido durante su minoría de edad, sólo podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente a la fecha en que arribe a su mayoría de edad.

ARTICULO 81. La persona que se considere con derecho a inscribir como suyo, al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin.

Resulta evidente la necesidad de un análisis de estas acciones a la luz de la fertilización heteróloga. Cuestión medular lo es la voluntad expresada por el donante en el propio acto de donación, el cual renuncia a todos los derechos y obligaciones derivados de la filiación por no corresponderle a él, sino al otorgante del consentimiento informado la condición de padre/madre.

La excepción que se alega a lo expresado es la existencia de vicios en el consentimiento, cuestión que comenta Guzmán Ávalos y Valdés Martínez (2018) al reseñar que “quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo(a) no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.”

Aunque el anonimato del donante se respeta en virtud del derecho a la intimidad de este y al de los padres jurídicos, en función de la afectación que pudiera constituir para la dinámica familiar; se considera que dicho anonimato debe ceder ante casos extraordinarios de peligro para la vida o salud del hijo, haber arribado a la mayoría de edad o emancipación y contar con el consentimiento del donante, preferentemente expresa y exteriorizada en

documento público al momento de realizar la donación o por haber sido dispuesto por resolución judicial.

Sin embargo ello no modifica la situación filiatoria, ni involucra acciones judiciales al respecto, no genera efecto jurídico alguno, ni crea vínculo entre el progenitor biológico y el hijo, salvo el psicológico y moral que pudiera implicar dicho conocimiento. Bajo ninguna circunstancia conocer la identidad del donante implicaría la creación de vínculo filiatorio con los hijos procreados mediante su material genético. De esa forma prevalece el *status fili* a favor de quien otorgó su voluntad procreacional en el documento contentivo del consentimiento informado.

Por lo tanto, la presentación, por parte de un donante, de una demanda de reclamación o impugnación de filiación respecto al hijo producirá el rechazo de plano de la misma por falta de legitimación del promovente, cuestión que el demandado, en la contestación podrá exponer también proponiéndola como excepción perentoria.

Este tema resulta bastante controversial pues se antepone a la situación de anonimato en que se encuentran los donantes de óvulos, espermatozoides o embriones y el derecho que tiene toda persona a conocer su origen, derecho al cual puede aludirse invocando el interés superior del menor. Para solucionar esta problemática se desarrollan dos teorías principales.

En un primer plano se alzan las posiciones maximalistas que se inclinan a considerar que los nacidos bajo estas técnicas tienen el derecho de conocer la identidad de los donantes de su material genético con todas las implicaciones legales que esto conlleva, o sea, el reconocimiento de maternidad o paternidad y la impugnación de la filiación. Exponentes de este sistema lo son: Reino Unido, Holanda, Austria, Suecia, Suiza, Finlandia, haciendo valer el aforismo latino *vincit omnia verita*. La contraparte de esta corriente es la posición minimalista que apoya el que se preserve el anonimato total del donante; de manera que el nacido bajo esta figura de las Técnicas de Reproducción Asistida, no pueda acceder a ninguna información que lo lleve a tener conocimiento de quienes participaron y de su origen genético, utilizado en Dinamarca y Francia.

Ambas posiciones se configuran demasiado extremas, y dejan por solucionar algunas problemáticas, por lo tanto se erigen posiciones intermedias. Una de ellas, utilizada por países como: Bulgaria, Bélgica, Islandia y Argentina, permiten que la elección sea llevada adelante por los donantes o receptores, es decir, que la decisión escapa al niño y es tomada por los padres previo a su nacimiento. Se alza también una postura ecléctica o de anonimato relativo dada a que el nacido gracias a las técnicas en cuestión tenga conocimiento de su origen desde el punto de vista genético pero sin develar la identidad de sus padres biológicos y que el nacido conozca la identidad de el o los donantes pero sin mayores implicaciones en el ámbito jurídico. Se afilian a este criterio Portugal, República Checa, Grecia, España, Uruguay y Brasil.

Esto implicará –claro está- que el individuo nacido bajo estas condiciones tenga el derecho limitado a conocer parte de la información, con las consecuencias morales y jurídicas que se intuyen violatorias del elemental derecho de todo individuo a saber de dónde viene y hacia dónde puede seguir desarrollando libremente su personalidad en búsqueda de la propia felicidad.

La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida en España específicamente expone en su artículo 5 apartado quinto el carácter anónimo inicial de la donación, solo se puede acceder a datos generales, sin poner en peligro el anonimato del donante, el cual solo se violará en casos excepcionales:

“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”

Se observa que en la fertilización *in vitro*, así como en el resto de las Técnicas de Reproducción Asistida, el aspecto volitivo resulta determinante e indispensable, tanto en el caso de los donantes, los cuales deben estar de acuerdo con la donación; como de los miembros de la pareja, que deben manifestar conformidad con la técnica a implementar y con la utilización de material genético donado en caso de necesitarse. Esta voluntad se manifiesta a través del consentimiento informado y es exigido por las legislaciones, como el caso de Austria, donde ya se practica la inseminación artificial desde los años de 1988-1990 y exige Escritura Notarial donde conste el consentimiento formal ante un Notario, realizado en el caso de parejas de “hecho” que utilicen esperma de terceros.

Otro ejemplo de ello es España, que en la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida refleja como condición personal de la mujer para la aplicación de estas técnicas en el apartado 4 del artículo 3: “La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”

En caso de que la mujer estuviera casada también se necesita la manifestación positiva de voluntad del cónyuge a decir de su artículo 6 apartado 3: “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados

legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.”

La Legislación argentina la recoge de manera similar a la española al expresar en el artículo 7 de su Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo establecido en la ley (...), haya explicitado su consentimiento informado (...)”

En el consentimiento informado se expresa la capacidad y estado civil de la pareja o persona que decida someterse a los procedimientos, además del estatus filiatorio del ser por nacer. Por estas razones y por la trascendencia en el ámbito jurídico, es más recomendable que este consentimiento sea tramitado por operadores del Derecho.

El Notario, al ser un funcionario público nombrado por el Estado para concederle autenticidad y legitimidad a los actos jurídicos, resulta el más adecuado para elaborar el consentimiento informado con sus correspondientes consecuencias jurídicas. “Con su intervención se interpreta la voluntad de las partes y adecúa la misma a las exigencias legales, dando fe de la identidad, la capacidad y la legitimación de los otorgantes en relación con el acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar, controlando la legalidad y asegurándose de que la voluntad de las partes sea libremente declarada.” (Suárez Fernández & Pérez Orozco, 2019)

Las Escrituras Públicas poseen un alto valor probatorio, dado por el principio de indubitabilidad y aporta a los implicados mayor certeza y seguridad jurídica al ser impugnado solamente por vía judicial. El Fedatario Público “(...)Posee al tiempo la pericia necesaria para apreciar esa capacidad volitiva de los sujetos, que le permita autorizar el instrumento público, que en este caso en estricta técnica debe ser la escritura notarial, en tanto son el reservorio de los actos y negocios jurídicos, en el que la voluntad es presupuesto mismo de su existencia.” (Pérez Gallardo, 2014)

Al decir de Franco Di Castelnuovo (2016) La autenticidad que confiere la intervención del notario en los actos de los particulares y el estado en sus relaciones jurídicas, constituye un valor agregado para la prevención de litigios, siendo consustancial a su actividad, su carácter tutelar, de forma que se eviten contiendas que en algún momento pudieran generarse acerca de las instituciones familiares, especialmente la filiatoria.

Por lo expuesto anteriormente, deberá ser el Notario Público el funcionario facultado para otorgar, mediante escritura pública el consentimiento informado de aquellos que deseen someterse a fertilización *in vitro*. Aportando mayor certeza del lugar y fecha de otorgamiento, certificarán la filiación del niño que pueda nacer de la utilización de estas técnicas, acreditarán verazmente la capacidad de los otorgantes. Además, brindarán el asesoramiento técnico y legal necesario para que la pareja comprenda el alcance y

consecuencias de dicho consentimiento, dándole nacimiento a un acto plenamente eficaz, inimpugnable (solo por vía judicial) y con fuerza probatoria ante posibles conflictos.

Conclusiones

La filiación es una institución asociada con la maternidad y la paternidad y los vínculos que generan respecto a los hijos y constituyen un elemento del estado civil de los individuos a la vez que determinan otros. La Doctrina reconoce, hasta el momento dos tipos de filiación. La biológica o natural y la filiación de tipo civil o adoptiva. Sin embargo, en el mundo de hoy comienzan a diferenciarse los conceptos de padre y progenitor, revistiendo mayor importancia el de padre. Se eleva el contenido jurídico, sociológico, cultural y afectivo del primero, ante la mera biología presente en el otro. La utilización de Técnicas de Reproducción Asistida abre la posibilidad de hablar de un tercer tipo de filiación: la derivada de Técnicas de Reproducción Asistida ante la imposibilidad de comprenderla en alguna de las dos anteriores. En la Fertilización *in vitro* heteróloga se presenta la problemática de que al usarse el semen de un donante, el cónyuge o compañero de la mujer inseminada no sería el padre biológicamente hablando de la criatura concebida lo que generaría controversias si el donante decidiera reclamar la paternidad de la criatura nacida. Por otra parte, la realizada con semen congelado, da la posibilidad de que se realice una vez fallecido el cónyuge o pareja o una vez roto el vínculo en la pareja y transcurrido el término de 300 días para presumirse comunes los hijos. Cuestiones a las que se les deberá dar solución atendiendo al interés superior del menor independientemente de la voluntad del padre.

Se debe tener en cuenta que en los nacimientos a partir de Fertilización *in vitro* prevalece la voluntad de los solicitantes de convertirse en padres a partir de las mismas. Además, el vínculo afectivo que se crea entre estos y el bebé es incuestionable, en tanto son estos los que corren con su educación, cuidado y son los encargados de formar en ellos valores para afrontar la vida. Por esto, los donantes de material genético no poseen legitimación alguna para impugnar en sede judicial la paternidad/maternidad de los nacidos bajo esta técnica.

Referencias bibliográficas

ALBARELLOS, L. El entendimiento de una nueva rama jurídica: el Derecho Genómico.[en línea] [fecha de consulta: 15 de febrero de 2020] Disponible en: <http://derechogenomicoybioetica.blogspot.com>. 2011.

BENAVENTE MOREDA, P. Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida. *Oñati Socio-Legal Series*. España, 2018

DI CASTELNUOVO, F. La tridimensionalidad del fenómeno notarial en materia de familia. *Revista Notarial*.2016, pp.31-204.

GUZMÁN ÁVALOS, A., y VALDÉS MARTÍNEZ, M. Voluntad procreacional. [en línea]España: Oñati Socio-Legal Series [fecha de consulta: 10 de febrero de 2020] Disponible en:<<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Avalos-y-Valdes-Voluntad-procreacional.pdf>>.

LAMM, E. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Bioética y Derecho*. 2012, pp.76-91.

LLEDÓ LLAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Madrid, España: Tecnos S.A, 1988.

MUÑOZ BENITO, L. *La Filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*. La Rioja, España: Universidad de La Rioja, 2016

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, H. *Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Su repercusión en las instituciones del Derecho de Familia*. Iztapalapa, México, DF: Porrúa, 2015

PÉREZ GALLARDO, L. Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas. *Revista de Derecho*. 2014, pp. 395-440.

SCOTTI, L. La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. *Ars Iuris Salmanticensis*. 2015, 77-104.

Suárez Fernández, L., & Pérez Orozco, L. . Debates en torno a los efectos de la fertilización in vitro heteróloga en la filiación. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. 2017, 57-92.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. Determinación de la filiación en la procreación asistida. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*. 2017, pp. 9-23.

Jurisprudencia:

Sentencia N° 862 de 30 de diciembre de 2005 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Vid. Boletín del Tribunal Supremo Popular de Cuba, La Habana, 2006, p.92.

Sentencia No. 28 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo de Cataluña. (2007, septiembre 27). Retrieved febrero 2020, 11 disponible en:<https://www.iberley.es/jurisprudencia>

Legislación:

Constitución de la República de Cuba.

Código Civil de la República de Cuba.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 26.862 sobre reproducción médicamente asistida.