

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



TRABAJO DE GRADO:

“REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*”

PRESENTADO POR:

PORTILLO DE MOLINA, GRACIA SARAÍ
SARAVIA DE MALDONADO, DINA ELIZABETH
MÁRQUEZ INTERIANO, TERESA DE JESÚS

PARA OPTAR AL GRADO DE:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

DOCENTE DIRECTOR:

LIC. MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA

CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, ENERO DE 2015

SAN MIGUEL

EL SALVADOR

CENTROAMERICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES:

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MS.D ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO

VICE-RECTORA ACADEMICA

MAESTRO OSCAR NOE NAVARRETE

VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA

SECRETARIA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA

FISCAL GENERAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES:

LIC. CRISTOBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ

DECANO

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ

VICE-DECANO

LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNÁNDEZ

SECRETARIO

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES:

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ

**JEFE INTERINO DEL DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES**

DR. ADOLFO MENDOZA VÁSQUEZ

COORDINADOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN

LIC. MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA

DIRECTOR DE MÉTODOLÓGIA

TRIBUNAL EVALUADOR DE TESIS DE GRADO

LIC. MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA

LIC. IRMA DE LA PAZ RIVERA VALENCIA

LIC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO

Por ser el centro de mi vida, el padre que me cuida y amigo que comprende, por extender la mano que me levanta después de las caídas, por darme la palabra que me alienta y concederme el regalo que me dio la vida eterna, por ser mi compañero en ésta etapa de la vida, donde hubieron muchos logros pero también fracasos que me enseñaron que, a los que aman a Dios todas las cosas les ayudan a bien, que los que esperan en él tendrán nuevas fuerzas, como las águilas correrán y no se cansarán, caminarán y no se fatigarán y por eso tú siempre me diste la fuerza, sabiduría e inteligencia necesaria, para continuar y lograrlo, porque Jehová da la sabiduría y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia y gracias a su bondad y misericordia, ha culminado con mucho éxito.

A mi familia

Mi madre Reina Elías a quien Dios dotó de la sabiduría, paciencia, tolerancia, cariño, comprensión, amor y todo lo necesario para ser madre y padre a la vez, para educar y formar a las personas exitosas que ahora somos; a mi abuela por toda su dedicación y atenciones para consentirme y por sus constantes oraciones es que Dios me cuida, y me llena de favores; A mis hermosas hermanas: Francia por ser un modelo de persona a seguir en mi vida, tu valentía me hace fuerte, tu paciencia me hace tolerante, tus grandes expectativas en mí me han dado la esperanza para no rendirme y seguir adelante, por confortarme siempre y confiar en mí, aun cuando yo perdía la fé; A mi gemela Kryss, mi hermana protectora, aunque ahora, la distancia nos separe siempre has sido y serás mi mejor amiga, mi confidente porque creciste a mi lado aprendiste a conocerme y a quererme como nadie;

Y mi querida hermana chiquita Mariel por alegrar mi vida con tus ocurrencias, siempre voy a cuidarte y a protegerte como a mi muñequita favorita.

Mis ángeles en el cielo

Que se adelantaron a esa vida gloriosa al lado de mi Padre Celestial, José Roberto Portillo, que siempre has estado presente a lo largo de mi vida, en mi mente y en mi corazón, mi ángel, que me cuida en cada paso y en cada sendero que voy y que ahora está cerca de Dios para pedirle por mí, y sé que de alguna manera estaría orgulloso de ver la persona que ahora soy, gracias papá por ser la estrella que ilumina este enorme cielo que es mi vida; Mi Tía Pacita que siempre compartió su cariño conmigo y estuvo en muchos momentos especiales, mi Tía Concepción, que me consentía y llenaba de sorpresas las vacaciones que pase a su lado, espero un día poder volver a verles y abrasarles en ese lugar con calles de oro y mar de cristal.

A mi esposo

Oscar Antonio Molina, gracias por haber sido el amigo incondicional y traer amor, ilusión y alegría a mi vida, porque "como un manzano entre los árboles del bosque, así es mi amado entre los hijos. He deseado apasionadamente su sombra, y allí me he sentado, y su fruto ha sido dulce a mi paladar". Por ese amor tan puro que me haces vivir, por el apoyo, la tolerancia, la comprensión y por cambiar para bien mi vida, por estar siempre conmigo en los buenos momentos, pero sobre todo en los malos, gracias Amor por compartir conmigo tu tiempo, tu espacio, tu mundo y tu vida.

Al amor de mi vida

Que aun sin conocerte ya te estaba amando, por ser ese ángel que irradio luz a mi vida y la razón más grande para creer que Dios me ama, al darme un hermoso regalo como tu Christopher Emmanuel, ruego a Dios cada

día para que me guíe y me haga a su voluntad para ser un buen modelo en tu vida, que me dé la sabiduría y la inteligencia para educarte y formarte en una persona de bien; gracias mi querido hijo porque aun con pocos meses de edad has sido mi más grande apoyo, porque cada vez que veo tus ojos, como dos hermosas gotitas brillantes de rocío, se ilumina mi existencia, la llenas de alegría, esperanza, sorpresa, felicidad, y me has regalado lo que siempre soñé, la presencia de un ángel en mi vida.

A mi familia política

Porque gracias a Dios he tenido el grato placer de conocerles y el honor de ser parte de su familia: a mi Suegro William Molina por estar siempre pendiente de mis asuntos, mi Cuñis Willy por apoyarme, Abuelo Andrés por sus importantes consejos y anécdotas interesantes que comparte conmigo, Tía Ana por todas las atenciones que nunca sabré como pagarle, Tío Douglas por haber estado siempre pendiente de mi bienestar, Abi, Gaby por sus ocurrencias, que siempre me hicieron reír hasta en momentos malos, a todos los que forman parte de esta hermosa y enorme familia les aprecio y agradezco de corazón por haberme compartido de su cariño incondicional.

A mis amigos y amigas

No me falta dar sus nombres y apellidos, ellos lo saben y se dan por aludido, gracias por seguir siendo parte de esta nueva etapa de mi vida apoyarme, aconsejarme, escucharme, reprenderme, protegerme, darme su cariño y apoyo incondicional, porque me conocen bien y me quieren como soy, gracias por todos los momentos buenos, malos, tristes alegres, cuando reímos y lloramos y también lloramos riendo, todas las aventuras que juntos disfrutamos y las que aún nos faltan y que quiero vivir junto a ustedes personas excepcionales que quiero llamar amigos, no son muchos pero sin duda Dios escogió lo mejor de lo mejor para mí.

A mis Docentes Universitarios

Por instruirme y formar a la profesional que soy y enseñarme más allá de los libros y teorías del derecho, por enseñarme la teoría de la vida real, y siempre tendré presentes sus palabras y la forma peculiar de cada uno de compartir sus conocimientos para lograr una exitosa vida laboral.

A mis compañeras de tesis

Que me han acompañado a lo largo de esta difícil, pero no imposible trayectoria de la vida, por los momentos buenos y malos que pasamos y que solo gracias a Dios conseguimos superar y salir adelante y lograr concluir con éxito este trabajo.

Y por último pero no menos importante, a todas aquellas personas que Dios puso en mi camino y que de alguna manera formaron parte de este proceso, siendo de gran ayuda. Todos aquellos que fueron de apoyo moral y creyeron que podía lograrlo, a ellos dedico mi triunfo y a Dios sea la gloria.

**De las misericordias de Jehová hare memoria,
De las alabanzas de Jehová,
Conforme a todo lo que Jehová nos ha dado
Y a la grandeza de sus beneficios.
Isaías 63: 7**

Les aprecia en el amor del Señor Dios....

Gracia Saraí Portillo de Molina

AGRADECIMIENTOS.

Al Eterno Dios, por haberme dado la vida y por permitirme alcanzar este logro, fruto de gran esfuerzo, dedicación y sacrificio. Estoy convencida que en todos los momentos felices; así como los amargos y dolorosos, estuvo a mi lado dándome las fuerzas que he necesitado para seguir, y llegar al final. Nunca me cansaré de agradecerle por su infinita misericordia porque sé que me amó desde antes que yo supiera su nombre.

Al amor de mi vida, mi esposo, Jairo Gamaliel, Por su apoyo incondicional, su comprensión y su sacrificio porque desde el inicio de esta aventura estuvo a mi lado animándome y esforzándose para que alcanzara este sueño, esperando en Dios que luego de esta bendición vengan muchas más y para compartirlas juntos hasta siempre, pues esta historia no tendrá fin.

A mis hijos, Jairo y Ariana por su comprensión por el tiempo que no estuve a su lado, por ocuparme de mis asuntos educativos, por su amor incondicional por ser la fuerza que me impulsa a seguir superándome para darles un mejor futuro. Y a mi hija Marcela que aunque no esté a mi lado la llevo conmigo en mi mente y mi corazón.

A mis padres y hermanos, Alonso y Carmen por haber cuidado de mí y por ser mis guías, enseñándome principios cristianos y éticos que han sido mi sostén para desarrollarme en la vida, y mis hermanos Elmer, Alma, Yesenia por ser parte de mi familia donde compartimos muy bellos momentos. Y especialmente a Silvia, Ana, Glenda y Nohemy por haber estado al tanto de mí; por su apoyo, sus oraciones y sus consejos que me motivaron a seguir adelante.

A personas muy especiales, Además de familia han sido un apoyo muy importante Oscar Yancarlos Amaya y Marleny Maldonado que a pesar de no

haber nacido de los mismos padres han sido más que hermanos para mí nunca podré agradecerles lo suficiente por su amor y apoyo.

A mi familia, mis Suegros María Elena y José Maldonado por el sostén que han sido para nosotros por sus palabras de aliento y consejos por estar ahí cuando los necesité. A mis cuñadas Rina y Lucerito por su apoyo y sus palabras motivadoras cuando sentía que la carga era muy pesada. Y a mí demás familia tíos, tías y primos por sus consejos y sus oraciones.

A mis hermanos en cristo, que con sus oraciones velaban por mí en momentos de dificultades y en momentos de alegrías compartieron conmigo.

A mis compañeras de tesis: Tere y Sara; porque a lo largo de nuestra carrera estuvimos juntas cosechando tristezas y alegrías; apoyándonos y ayudándonos mutuamente, gracias por su amistad y cariño, las quiero mucho.

A mis amigos: Por su compañía, sus palabras de aliento y consejos

A mis maestros: A todos mis maestros, quienes me enseñaron a leer y a escribir las primeras palabras hasta los que me enseñaron los conceptos más complejos, los que me dieron buenos ejemplos y grandes enseñanzas, los que me han ayudado a ser la persona que soy inculcándome principios y valores. Gracias de todo corazón.

A mis compañeros de estudio: Porque con ustedes aprendí tantas lecciones, viví muchas alegrías triunfos y derrotas; a los que estuvieron a mi lado cuando los necesité.

“...No tenemos nada que temer del futuro, a menos que olvidemos la manera en que el Señor nos ha conducido, y lo que nos ha enseñado en nuestra historia pasada...”

Notas Biográficas de Elena G. de White, 216 (1902). {EUD 64.1}

Dina Elizabeth Saravia de Maldonado

AGRADECIMIENTOS

- **A DIOS:** doy gracias a mi creador por la vida, y en esta ocasión también por haberme permitido lograr uno de mis sueños , que durante varios años me ha dado la fuerza para poder seguir adelante a pesar de todas las dificultades que se me han presentado durante caminaba en busca del cumplimiento de este sueño.
- **A MIS PADRES:** a mi madre María Teresa, y a mi padre Rafael Márquez, en primer lugar por haberme concedido traerme a este mundo, además por el apoyo incondicional que me han brindado hasta ahora, para poder estudiar, porque gracias a ellos he podido terminar de lograr uno de mis sueños,; solo me queda decir: gracias mi Dios por haberme bendecido y regalado estos padres tan maravillosos.
- **A MIS HERMANOS:** Rigoberto, David, Lupi, Briselda, Francisco y Estela, por apoyarme en todo lo que les fue posible, que para mí son lo mejor que puedo tener en la vida, gracias por su ser.
- **A TODA MI FAMILIA:** abuelos, y abuelas, a mis tíos, tías, primos, primas, a mi sobrino, en fin a toda mi familia por haberme ayudado a seguir adelante durante todo este tiempo, apoyándome, y llevándome en sus oraciones, que son las bendiciones más grandes, porque Dios le ha concedido lo bueno que me han deseado.
- **A PERSONAS TAN ESPECIALES EN MI VIDA:** por haber estado conmigo en momentos alegres y tristes durante el tiempo de mi carrera, por su apoyo incondicional, y palabras de aliento para poder seguir a pesar de las dificultades que durante este tiempo he tenido.
- **A MIS AMIGOS:** que de alguna manera contribuyeron para que fuese posible este logro tan importante en mi vida.

- **A MIS AMIGAS Y COMPAÑERAS DE EQUIPO DE TESIS:** Gracia Saraí, Dina Elizabeth, gracias por la amistad que me han brindado, por haber confiado en mí, por la comprensión; que a pesar de las dificultades que cada una de las tres tuvimos en diferentes momentos y situaciones, juntas hemos logrado seguir adelante y que gracias a Dios pudimos eliminar las barreras que se pusieron en nuestro camino, además por la motivación que unas más que otras hemos tenido para poder terminar con el trabajo de tesis, no me queda decirles más que muchas gracias por el apoyo y comprensión que se ha tenido las unas a las otras.
- **A MIS ASESORES DEL TRABAJO DE TESIS:** Lic. Miguel Antonio Guevara, Carlos Armando: por compartir sus conocimientos y aportar su esfuerzo para que pudiéramos desarrollar y terminar nuestro trabajo de tesis, y por el tiempo dedicado para que todos pudiéramos alcanzar la meta que nos habíamos propuesto,
- **A TODOS MIS MAESTROS:** y en especial a los catedráticos de derecho de la Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador: gracias a todos por haber compartido sus grandes conocimientos, y porque este triunfo no hubiese sido posible sino por ustedes, gracias por su existencia.

La felicidad del sabio.

Feliz el que se dedica a la sabiduría y puede responder al que lo interroga, que hace suyos los caminos de la sabiduría y profundiza sus secretos; que sale a cazarla y acecha su paso. **-SIRACIDA: 14, 20-22-**

Teresa de Jesús Márquez Interiano.

INDICE

CONTENIDO	PAG
Glosario-----	I
Abreviaturas-----	1
Introducción-----	3
 PARTE I	
Presentación del proyecto de investigación	
1. Título -----	7
2. Resumen -----	7
3. Justificación -----	9
4. Planteamiento del problema -----	11
4.1 Situación problemática -----	11
5. Objetivos e hipótesis -----	14
5.1 Objetivos de la investigación-----	14
5.2 Hipótesis de la investigación-----	15
6. Propuesta capitular -----	17
7. Métodos -----	18
8. Alcances de la investigación-----	19

8.1 Alcance doctrinario-----	19
8.2 Alcance normativo-----	21
8.3 Alcance temporal-----	21
8.4 Alcance espacial-----	21
9. Limitantes-----	22
9.1 Limitante documental-----	22
9.2 Limitante de campo-----	22
10. Materiales -----	23
11. Presupuesto -----	23

PARTE II

Desarrollo del proyecto de investigación

CAPITULO I

Cuadro sinóptico del problema

1.1 Cuadro sinóptico del problema-----	26
1.2 Resumen del cuadro sinóptico-----	27

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 Base histórica-----	33
2.1.1 Edad antigua -----	34

2.1.1.1	Civilización egipcia: Diagnóstico y atención a la infertilidad de la medicina egipcia.-----	34
2.1.1.2	Civilización hebrea: La infertilidad como castigo divino y el embarazo como regalo de Dios -----	36
2.1.1.3	Civilización griega: tratamientos para la infertilidad a base de métodos naturales -----	37
2.1.1.4	La civilización romana: se basaba en métodos religiosos y mágicos, en la práctica médica-----	38
2.1.1.5	Edad media: la procreación como forma de preservar el bien de las especies -----	40
2.1.1.6	El progreso científico del renacimiento: -----	40
2.1.3	Edad moderna -----	42
2.1.4	Edad contemporánea -----	43
2.2	Base teórica-----	47
2.2.1	Reproducción humana -----	47
2.2.1.1	Reproducción Humana Asistida (RHA) -----	48
2.2.1.2	Tipos de Reproducción Humana Asistida -----	49
2.2.1.3	La reproducción humana en El Salvador sus causas y efectos jurídicos.-----	56
2.2.2	Concepto de persona -----	61

2.2.2.1 Contexto filosófico -----	62
2.2.2.2 Contexto Sociológico, fisiológico, psicológico -----	62
2.2.2.3 Definiciones de persona -----	63
2.2.2.4 Clasificación de personas naturales -----	65
2.2.3 Teorías sobre el inicio de la vida humana -----	66
2.2.3.1 Teorías antiguas -----	67
2.2.3.2 Teorías modernas -----	72
2.2.4 Aspectos éticos de la reproducción asistida-----	78
2.2.4.1 Enfoque religioso sobre RHA-----	83
2.2.5 Derechos y responsabilidades en la práctica de las técnicas de RHA-----	85
2.2.5.1 Derechos del <i>nasciturus</i> -----	85
2.2.5.2 Derecho a la procreación -----	90
2.2.5.3 Responsabilidad jurídica de los donantes -----	92
2.3 Base normativa-----	95
2.3.1 Instrumentos normativos relacionados a la RHA -----	96
2.3.1.1 Instrumentos nacionales -----	96
2.3.1.1.1 El derecho a la vida en la RHA protegido por la Constitución de la Republica de El Salvador-----	96

2.3.1.1.2 La familia y la RHA en el Código de Familia salvadoreño-----	101
2.2.1.1.3 La garantía de salud en las técnicas de RHA que se abordan en el Código de Salud de El Salvador ---- -----	104
2.3.1.1.4 Protección de la vida e integridad del nasciturus en el Código Penal salvadoreño-----	106
2.3.1.1.5 Derechos del hijo establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia-----	110
2.3.1.1.6 Jurisprudencia de El Salvador-----	112
2.3.1.2 Instrumentos internacionales -----	115
2.3.1.2.1 Sistema universal-----	116
2.3.1.2.2 Sistema europeo-----	118
2.3.1.2.3 Sistema americano-----	120
2.3.1.2.4 Jurisprudencia internacional -----	121
2.3.2 Regulación de la RHA en el en el derecho comparado -----	124
2.3.2.1 Regulación de la RHA en el Reino de España -----	128
2.3.2.2 Regulación de la RHA en los Estados Unidos de América –	137
2.3.2.3 Semejanzas y diferencias en cuanto a la regulación salvadoreña -----	139

CAPITULO III

Metodología de la investigación

3.1 Operacionalización de las hipótesis -----	142
3.1.1 Hipótesis generales -----	142
3.1.2 Hipótesis específicas -----	144
3.2 Técnicas de investigación -----	147
3.2.1 Técnicas de investigación documental -----	147
3.2.2 Técnicas de investigación de campo -----	148
3.3 Formula de aplicación -----	150
3.4 Conceptos fundamentales -----	151

CAPITULO IV

ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

Parte I

4.1 Representación y descripción de los resultados -----	158
4.1.1 Resultados de la guía de observación -----	158
4.1.2 Resultados de la entrevista no estructurada -----	161
4.1.3 Resultados de la entrevista semi estructurada -----	169
4.1.4 Resultados de la encuesta -----	177

Parte II

4.2. Análisis e interpretación de resultados -----	188
4.2.1 Descripción y verificación -----	188
4.2.2 Logro de objetivos -----	215

CAPITULO V**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS**

5.1 Conclusiones generales -----	197
5.2 Conclusiones específicas -----	203
5.3 Recomendaciones -----	204
5.4 Propuesta -----	207
Bibliografía-----	218

ANEXOS

Anexo 1 -----	226
Anexo 2 -----	228
Anexo 3 -----	232
Anexo 4-----	262

GLOSARIO

- **Anomia:** se denomina anomia a la falta de normas o a la incapacidad de la estructura social de proveer a ciertos individuos lo necesario para lograr las metas de la sociedad. Se trata de un concepto que ha ejercido gran influencia en la teoría sociológica contemporánea. También ha ofrecido una de las explicaciones más importantes de la conducta desviada. El término de anomia se emplea en sociología para referirse a una desviación o ruptura de las normas sociales, aunque no de las leyes. El término fue introducido por Émile Durkheim "La división del trabajo social y "El suicidio" y Robert K. Merton "Teoría social y estructura social".
- **Concepción:** se define como el comienzo del embarazo, abarcando la unión del óvulo y el espermatozoide, y en anidamiento o implantación del huevo en el útero. Su origen viene del latín "con- unión, contacto, acción completa. Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.
- **Embrión:** Estadio que va desde la creación del cigoto hasta la formación de los órganos y tejidos que constituyen el feto; es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el huevo o en el útero de la madre. En el caso específico del ser humano, el término se aplica hasta el final de la octava semana desde la concepción. A partir de la

octava semana, el embrión pasa a denominarse feto. En los organismos que se reproducen de forma sexual, la fusión del espermatozoide y el óvulo en el proceso denominado fecundación determina la formación de un cigoto, que contiene una combinación del ADN de ambos progenitores.

- **Fecundación:** es el proceso por el cual dos gametos - masculino y femenino se fusionan para crear un nuevo individuo con un genoma derivado de ambos progenitores. Los dos fines principales de la fecundación son la combinación de genes derivados de ambos progenitores y la generación de un nuevo individuo.
- **Fecundación in vitro:** - FIV o IVF por sus siglas en inglés - es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. La FIV es el principal tratamiento para la esterilidad cuando otros métodos de reproducción asistida no han tenido éxito. El proceso implica el control hormonal del proceso ovulatorio, extrayendo uno o varios ovocitos de los ovarios maternos, para permitir que sean fecundados por espermatozoides en un medio líquido. El ovocito fecundado puede entonces ser transferido al útero de la mujer, en vistas a que anide en el útero y continúe su desarrollo hasta el parto.
- **Gametos:** son las células sexuales haploides de los organismos pluricelulares originadas por meiosis a partir de las células germinales - o meiocitos en el caso de células diploides-.
- **Gestación:** período de treinta y ocho semanas de duración, en el que tiene lugar el desarrollo del embrión hasta su formación completa y durante el cual tiene lugar la formación de todos los órganos.
- **Inseminación artificial:** es todo aquel método de reproducción asistida que consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural en la mujer o hembra mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que reemplazan a la copulación, en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio, con el fin de conseguir un embarazo.

- **In Vitro: latín:** - dentro del vidrio - se refiere a una técnica para realizar un determinado experimento en un tubo de ensayo, o generalmente en un ambiente controlado fuera de un organismo vivo. La fecundación in vitro es un ejemplo ampliamente conocido.
- **Inyección intracitoplasmática de espermatozoides o ICSI:** -del inglés intracytoplasmic sperm injection- es una técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación de los ovocitos por inyección de un espermatozoide en su citoplasma mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos con el fin de obtener embriones que puedan transferirse al útero materno.
- **Lege Ferenda:** Expresión latina que significa "para una futura reforma de la ley", o "con motivo de proponer una ley". Es decir, recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa.
- **Ley:** es una norma jurídica dictada por el legislador, es decir, un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia cuyo incumplimiento conlleva a una sanción.
- **Madre subrogada:** es una mujer que acepta, por acuerdo, quedar embarazada mediante técnicas de reproducción asistida, con el objetivo de engendrar y dar a luz un niño que será criado como propio por una pareja o por una persona soltera. Es una maternidad por sustitución mediante un contrato de gestación, también denominado - útero/ventre de alquiler-, - maternidad subrogada -, - gestación subrogada -, - subrogación gestacional- o -gestación por sustitución-.se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso.

- **Nasciturus:** - el que va a nacer, participio de futuro en latín - es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.
- **Persona humana:** de acuerdo a la teología cristiana y a las filosofías de tal inspiración, un individuo de naturaleza racional, portador de potencialidades que se desarrollan a través de la vida, en el seno de la familia y de la comunidad.⁴ o, tal como lo señalan otros autores, es "un ser corpóreo y espiritual al mismo tiempo. Es una unidad sustancial de alma -o espíritu- y cuerpo. Decimos unidad sustancial, no accidental, porque la unión entre el alma y el cuerpo resulta en un solo ser: el ser humano, la persona humana.
- **Reproducción asistida:** es el conjunto de técnicas o métodos biomédicos, que facilitan o sustituyen a los procesos naturales que se dan durante la reproducción.

ABREVIATURAS

AMM	Asociación Médica Mundial
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CF	Código de Familia
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia
CS	Constitución salvadoreña
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DGP	Diagnóstico genético preimplantacional
DIRGAT	Transferencia directa de gametos (Direct Gametes Transfer)
DO	Diario Oficial (El Salvador)
FIV	Fertilización <i>in vitro</i>
FIVET	Fecundación <i>in vitro</i> con transferencia de embriones
GIFT	Transferencia intratubárica de gametos (Gamete intrafallopia transfer)

HCG	Gonadotrofina coriónica humana
IAD	Inseminación artificial con donante
IAH	Inseminación artificial homóloga o conyugal
ICSI	Inyección intracitoplasmática de espermatozoides
ISDEMU	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer
ISNA	Instituto Salvadoreño de Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia
IUI	Inseminación artificial intrauterina
LH	Hormona luteinizante
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PZD	Disección zonal parcial (Partial zonal dissection)
RHA	Reproducción humana asistida
SHO	Síndrome de hiperestimulación
SUZI	Insertión esperma sub-zonal (Subzonal sperm insertion)
TRA	Técnicas de reproducción asistida
TE	Transferencia embrionaria
ZIGT	Transferencia intratubárica de cigoto (Zygote intrafallopian transfer)
ZP	Zona pelúcida

INTRODUCCION

La presente investigación tiene por objeto hacer un estudio ético-legal acerca de la “reproducción humana asistida con una propuesta de ley -*Lege Ferenda*¹- y regular así un tema de suma importancia para la sociedad, teniendo como base todos aquellos defectos o fallos en el marco legislativo.

La investigación consta de dos partes, que se han sistematizado de la siguiente manera: la parte I donde se desarrolla la respectiva presentación del proyecto de investigación; la parte II en la cual se lleva a cabo el desempeño de la investigación en cinco capítulos, que se han estructurado en un diseño metodológico que pretende integrar el aspecto monográfico y el aporte propio del grupo investigador, los que se dividen de la siguiente forma:

Capítulo I donde se desarrolla un esquema sinóptico sobre el problema planteado en la investigación, a través de los enunciados en base a interrogantes planteadas al inicio de la investigación que servirán de clave para ir desarrollando y despejando cada una de estas dudas, seguidamente se hace un breve análisis sobre cada uno dichos enunciados tomando como base el tema principal que plantea cada uno de ellos.

En el Capítulo II denominado “Marco Teórico” comprende los antecedentes, donde se expresa la evolución histórica de las diferentes técnicas de Reproducción Humana Asistida, -en adelante RHA-, desde la edad antigua hasta la edad moderna a nivel internacional y posteriormente nacional. Base Teórica en donde es necesario presentar de una forma general en que consiste la RHA desde el punto de vista de los derechos humanos, como se concibe el término persona y desde qué momento puede

¹ *Lege Ferenda* cuyo significado proviene de una expresión latina que significa "para una futura reforma de la ley", o "con motivo de proponer una ley". Es decir que se trata de una recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa.

considerarse al ser en formación como tal de acuerdo a diversas teorías, se describe también cada uno de los métodos de reproducción asistida y todo lo que este tema abarca tanto en la ciencia de la medicina, como en la disciplina del Derecho, para poder comprender la necesidad inminente de la creación de un marco jurídico que regule todas las conductas relacionadas con el tema. Es en este capítulo donde se hace un análisis, social, cultural, religioso y legal de la temática.

El Capítulo III contiene la elaboración de Hipótesis, mismas que han sido verificables en el desarrollo de la investigación, se define el tipo de investigación, la técnica e instrumento a utilizar así como la población y muestra que se tomó en cuenta para la investigación de campo siendo ésta la siguiente: Personas conocedoras del tema, de manera directa como: Doctores en medicina general, ginecólogos, infertólogos, a personas especialistas en las ciencias jurídicas como: profesionales del derecho, diputados de la Asamblea Legislativa, entes asesores del área jurídica de diferentes instituciones del Estado como el Ministerio de Salud, CONNA, ISDEMU, PGR, ISNA, entre otras, se tomó en cuenta para las encuestas a la sociedad en general dividida en sectores como la población estudiantil, de quinto año de las carreras de Ciencias Jurídicas y Medicina de la Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental.

El Capítulo IV muestra el análisis e interpretación de los resultados obtenidos por medio de las entrevistas y encuestas, los cuales son expuestos estadísticamente mediante gráficos, a fin de obtener una mejor comprensión, seguidamente se muestra un análisis a la solución del problema, planteado en los enunciados que tuvieron lugar anteriormente según el cuadro sinóptico.

En el Capítulo V contiene las conclusiones y recomendaciones a las que el equipo investigador a considerado pertinentes una vez conocidas las

diferentes opiniones de los peritos del tema y de la percepción que tiene la población de esta temática, sin olvidar la aplicación de la normativa que guarda alguna relación referente a la RHA, así mismo la respectiva propuesta de la creación de una ley que comprenda los elementos necesarios para eliminar los vacíos legales, que hasta ahora han dejado en duda muchas decisiones judiciales respecto al tema; por último se incluye la bibliografía que el equipo investigador ha consultado para la elaboración del trabajo de Investigación.

Y en la tercera y última parte del trabajo se incluyen los anexos correspondientes.

PARTE I

**PRESENTACION DEL
PROYECTO DE
INVESTIGACION**

1. TITULO:

**“LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: UNA PROPUESTA DE
LEGE FERENDA”.**

2. RESUMEN:

En el desarrollo del presente trabajo se realizará el estudio de una temática de mucha trascendencia en la actualidad, investigación que se ha denominado: “LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA: UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*”, haciendo un análisis doctrinario, teórico y jurídico, el cual se detalla a continuación:

A. Presentación Doctrinaria

Este apartado comprende los antecedentes donde expresa la evolución histórica de la RHA, desde la edad antigua, edad contemporánea hasta a edad actual o moderna, debido a la importancia que merece este asunto y para conocimiento exacto de los investigadores debe tomarse en cuenta donde surgió, cuando y como ha evolucionado hasta la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional.

B. Presentación Teórica:

En este apartado se desarrolla las posturas desde los métodos científicos, en la disciplina de la medicina en primer lugar, debido a que son los avances tecnológicos los que han logrado a través de experimentos, llegar a descubrimientos importantes en la medicina reproductiva, basándose en su iniciativa de mejorar con estos aportes a la sociedad. De esta manera se hará un estudio desde el punto de vista religioso, para comprender como se percibe esta situación ante los grandes pensadores y representantes de estas instituciones importantes

para la sociedad y las iglesias, ya que son quienes imponen las costumbres y tradiciones de un país.

C. Presentación Jurídica:

En este apartado se pretende introducir las disposiciones normativas, primeramente y posteriormente internacionales, que regulan la temática en estudio, para poder identificar de qué manera se sistematiza legalmente en los diferentes países la reproducción asistida y conocer lo que se encuentra como prohibido y permitido, para lograr una debida comprensión y de esta manera emitir las respectivas conclusiones y ulteriormente realizar el concerniente estudio de la legislación salvadoreña, a fin de descubrir las diferencias y similitudes comparado con otras legislaciones.

Vale la pena aclarar que no se encuentra en El Salvador una regulación específica de esta actual e innovadora ciencia que asiste a la reproducción y a pesar de ello, ya es una realidad que se practica y se encuentra desarrollada casi en su totalidad en este país, habiendo clínicas y especialistas trabajando en estos procedimientos de esta ciencia, sin embargo no se le ha regulado específicamente.

Una Propuesta *Lege Ferenda*: Tomando en cuenta que, el Derecho no es una ciencia estable, sino cambiante conforme a las realidades sociales, se ha tomado a bien hacer una propuesta sobre la creación de una ley que regule todo lo referente a esta situación en el país, ya que es sumamente necesario un parámetro que dicte lo que está permitido y lo que está prohibido, con respecto a estos nuevos avances y cambios que van surgiendo en la sociedad.

3. JUSTIFICACION

La presente investigación pretende dar un aporte técnico, teórico y jurídico sobre la RHA y así contar con los elementos de juicio, para estructurar las políticas y estrategias necesarias que permitan la solución de los problemas que por la falta de regulación legal sobre el tema.

Dicho estudio pretende aportar a la sociedad, una fuente beneficios entre los cuales van desde los conocimientos necesarios sobre el avance científico de estas tecnologías, hasta los conocimientos jurídicos que comprende los derechos que les pueden ser afectados.

A fin de garantizar la seguridad jurídica, tutela y protección de estos derechos que se encuentran en inminente peligro, se ha tomado a bien hacerlo a través de una iniciativa por parte del equipo investigador de realizar una propuesta de ley, además de eso beneficiaria al sistema legislativo de El Salvador, pues estaría enriqueciendo el cuerpo normativo ya existente, en su deber de protección y defensa de los derechos en intereses de la sociedad.

Cuando se menciona anteriormente sobre derechos que se encuentran en inminente peligro nos referimos a primeramente el derecho a la vida del *nasciturus* puesto que es él, la parte más vulnerable en cuanto a la afectación de intereses se habla, en estas prácticas.

Jurídicamente la noción de vida involucra varios aspectos; la vida humana en sus formas corporales y psíquicas, la vida social de las personas por medio de la cual estos realizan obras en común y la vida de la naturaleza que relaciona a los seres humanos con las demás especies vivientes.

Entonces cuando este derecho es regulado son tomados en cuenta tres aspectos que, aunque están divididos, se fusionan como un todo al momento de ser reguladas, es decir, la vida del hombre desenvuelta en un entorno

tripartita como éste, hacen que el ser humano no solo sobreviva teniendo funciones vitales, sino que viva plenamente, que sugiera una integridad y goce pleno de todas sus facultades.

Entre los derechos del hombre, sin duda el más importante es el derecho a la vida, pues es la razón de ser de los demás, ya que no tendría sentido garantizar la propiedad, la religión o la cultura, si el sujeto al que se los concede está muerto.

La RHA, tratándose de una novedosa y no natural manera de reproducir seres humanos utilizando los mismos elementos como son los gametos femenino y masculino, pero interviniendo la ciencia para su optimización y el logro del objetivo principal; la concepción.

El problema no radica en el hecho de favorecer a la reproducción humana a través de la ciencia, sino que con el fin de alcanzar este ideal se violenten derechos, y es que debido a la no regulación de los procedimientos y de las instituciones que realizan estas prácticas se vulneren derechos considerados como humanos y fundamentales, tales como es el derecho a la vida, puesto que al momento de realizarse algunos procedimientos de este tipo se crean más embriones de los necesarios, embriones que son congelados y almacenados para efecto de que, la pareja decida disponer de ellos en algún momento futuro, y si no son desechados.

Por lo tanto, este estudio tiene como visión realizar un aporte científico académico, formando la base de futuras investigaciones que beneficien a los estudiantes, profesionales y sociedad en general que se interese por el tema.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4.1 Situación problemática.

En este apartado se pretende identificar una situación dentro de la temática de reproducción asistida que genera un problema para la sociedad, comenzando por describir todo lo que comprende dicha materia, desde un punto de vista técnico -sobre conceptos básicos- hasta llegar a desarrollar la parte jurídica y así lograr una mejor comprensión sobre el problema en sí, existente en la RHA.

La RHA que data del año 1978, momento en que se dio el acontecimiento más importante que revolucionó la medicina reproductiva, y ésta ha encontrado un lugar en cada sociedad y en cada país de una manera diferente, convirtiéndose en un beneficio, debido a que, en la actualidad la gestación de un hijo ya no es, necesariamente, el resultado de una relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer, que han decidido constituir una familia. Por el contrario, es evidente que han cambiado profundamente los parámetros fundamentales de esta realidad: Por un lado, el hijo puede considerarse como un elemento más por el que se opta, o no, en el contexto de estilos de vida propios de una sociedad de consumo; por otro, la concepción natural puede ser sustituida por un proceso de producción del hijo y, en consecuencia, subordinado a las reglas de la técnica e, incluso, del mercado.

Para permitir esta difícil transformación, la sociedad ha sido muy permeable a cambios antropológicos y éticos, habitualmente seguidos de modificaciones innovadoras.

En un proceso como este, con frecuencia la realidad es reinterpretada y designada con nuevos términos. López Moratalla² mantiene que en el ámbito de la reproducción artificial se ha creado un nuevo lenguaje en el que, por ejemplo, para describir la transmisión de la vida humana el término “procreación” ha sido sustituido por el de “reproducción”.

De esta manera, la modificación del lenguaje no queda en un mero cambio superficial, sino que implica -y persigue decididamente- provocar un cambio profundo en el modo de entender la realidad.

Las actuales modificaciones, o modalidades, que se presentan actualmente en el ámbito de la reproducción humana son muy variadas. Muchas de ellas responden a deseos e intereses individuales que han conseguido adquirir solo una pantalla de legitimidad social y jurídica. En muchos casos, se caracterizan por la primacía del interés o deseo de la persona adulta, sobre los derechos y bienes más fundamentales de los hijos.

Es por ello que debemos fundamentar la situación problemática en aspectos tales como:

- En primer lugar, se puede excluir o prescindir del marco de la complementariedad varón-mujer para concebir y educar a una nueva vida, es decir que con estas técnicas, en la actualidad existe una variada gama de posibilidades que sustituyen al contexto tradicional, por ejemplo: Parejas de varones, parejas de mujeres, varones solos o mujeres solas, además de esto se puede añadir la intervención de terceras y cuartas personas, ya que desde las nuevas uniones poliamor³, a la posibilidad de gestar con gametos

² Vid, LOPEZ MORATALLA, Natalia “*El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano*”, en la revista de Persona y Bioética, vol. 14, núm. 2, julio-diciembre 2010, Universidad de la Sabana (Colombia), pp. 120-140.

³ Poliamor es un neologismo que significa tener más de una relación íntima, amorosa, sexual y duradera de manera simultánea con varias personas, con el pleno consentimiento y conocimiento de todos los amores involucrados. El individuo que se considera a sí mismo

ajenos a los de la pareja (la mujer puede recibir el espermatozoides de otro varón, dar el suyo para que con un gameto masculino -de su pareja o de un banco de semen- puedan ser transferidos a una madre de alquiler, etc.)

- En segundo lugar, puede verse que en muchos casos, también se pierde el carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación, es decir, no se procrea tras una relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que esa reproducción es, como ya se ha indicado, resultado de la técnica -se realiza sin acto sexual, en soledad, en la camilla de una clínica-.

Una realidad como ésta ha dado lugar a un nuevo escenario, en el que ciertos términos, por ejemplo, madres “de alquiler” o madres “subrogadas”, “bancos de espermatozoides”, “crio-conservación de embriones”, entre otros, han irrumpido con fuerza y como consecuencia de ello, se han introducido en el mercado variadas “ofertas” reproductivas en el marco de la “industria de la fertilidad”⁴ e, incluso, del denominado “turismo” de la reproducción.

Es por todo lo anteriormente declarado, que deberíamos preguntarnos cómo se ha llegado a esta situación, y si realmente estamos ante un beneficio, o un riesgo, para el ser humano, para la sociedad en su conjunto e, incluso, para las futuras generaciones.

Lo que debemos comprender en esta situación es que son muchos, y muy complejos, los factores que han propiciado desembocar en esta

emocionalmente capaz de tales relaciones se define a sí mismo como poliamoroso, a veces abreviado como “poli”. Puede verse al respecto en: MILLER, B., “La orientación sexual y la regulación legal del matrimonio”, en Aparisi (edit.), *Persona y Género*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2011.

⁴ Se puede elegir el donante de espermatozoides por catálogo, incluso por internet. En dichos catálogos se puede acceder a datos muy precisos del donante: peso, altura o etnia, etc. El “pedido” sigue el mismo procedimiento empleado para, por ejemplo, la compra de un libro en la biblioteca virtual o un vestido en una de las grandes tiendas online.

realidad: Entre ellos estaría la progresiva irrupción de una sociedad tecnológica, en la que la técnica, presentada siempre como un progreso indiscutible, puede llegar, incluso, a imponerse al ser humano.

Por eso decimos que se produce una primacía de la poiésis, es decir una producción técnica, sobre la praxis -ética-, propia de la modernidad, lo cual a su vez, conecta con una nueva forma de practicar la medicina, por ejemplo, la denominada medicina del “deseo” o del “cliente”.

La dificultad encontrada aquí radica en la situación ético legal que posee, pues si bien es una ventaja, también es una fuente de vulneración de derechos humanos, pues al verse todo lo relacionado con ésta como un comercio y al embrión como mercancía, recae sobre lo inmoral e ilícito, que dentro de un orden social debe controlarse para prohibirse conductas que sean antijurídicas o que violenten derechos e intereses protegidos en el rango constitucional.

5. OBJETIVOS E HIPOTESIS

5.1 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Para poder empezar un camino, es necesario plantearse metas, fines o lo que entenderemos en nuestro trabajo de investigación como objetivos, ya que estos nos servirán de guía para no perder de vista el punto principal que queremos lograr con nuestro trabajo en esta investigación.

Es por ello que hemos tomado a bien trazar dos objetivos de carácter general y tres de carácter específico, esperando hacer todo lo posible para cumplirlos a cabalidad, al dar por finalizada nuestra investigación y son los siguientes:

GENERALES:

- Conocer en que consiste la Reproducción Humana Asistida.
- Analizar las bases legales de la Reproducción Humana Asistida.

ESPECIFICOS:

- Verificar el grado de conocimiento en la población de El Salvador sobre la Reproducción Humana Asistida.
- Identificar la existencia o no de violaciones de Derechos Humanos y Fundamentales en la Reproducción Humana Asistida.
- Elaborar una propuesta de Ley que regule, la Reproducción Humana Asistida en El Salvador.

5.2 HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION

Las hipótesis nos indican lo que estamos buscando o tratando de probar y se definen como explicaciones tentativas del fenómeno a investigar, formuladas a manera de proposiciones, su validez depende del sometimiento a varias pruebas, partiendo de las teorías elaboradas y para el estudio de esta investigación, se han planteado las siguientes:

GENERALES:

- La RHA ha contribuido a facilitar procesos naturales que se dan durante la reproducción; Sin embargo es un tema nuevo para la

población puesto que no hay muchos medios de orientación disponible para que la población se informe al respecto.

- La RHA no está completamente estructurada en un cuerpo de normas específicas que le sirvan de base legal; por lo tanto no existen bases de reconocimiento de derechos, de responsabilidades, de comportamientos y de procedimientos en cuanto a RHA.

ESPECIFICAS:

- La población tiene conocimientos generales, mas no tiene información a fondo sobre las técnicas de RHA; por lo tanto no conoce de las ventajas, desventajas, los derechos y responsabilidades que estas prácticas conllevan.
- Los derechos existen por sí mismos, pero deben ser reconocidos en una norma para ser tutelados; Sin embargo la RHA no se encuentra regulada en el país y ello da lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el derecho a la vida.
- En El Salvador ya es una realidad las prácticas de las técnicas de RHA; por lo tanto con la elaboración de una propuesta de Ley sobre esta temática se toman las riendas de este contexto para evitar o solucionar conflictos jurídicos que se susciten y así resolver los vacíos legales existentes.

6. PROPUESTA CAPITULAR

El reporte final constará de cinco capítulos que se han estructurado en un diseño metodológico que pretende integrar el aspecto monográfico y el aporte propio del grupo investigador, los cuales se dividen así:

Capítulo I, en el cual se desarrolla un cuadro sinóptico donde se puede identificar una situación que genera problema en la sociedad, lo cual se presenta como una serie de interrogantes a las que se dará un resultado certero en el trascurso de la investigación.

En el capítulo II, denominado “Marco Teórico” este comprende: Antecedentes, donde se da a conocer la evolución histórica de la RHA, en la edad contemporánea hasta la modernidad, comprende también la base teórica, donde se presentan las diversas opiniones de pensadores muy renombrados en este entorno donde se desarrolla el inicio y evolución de la temática, tanto de entes especializados en el tema como lo son los médicos infertólogos, como de gobierno, la opinión de la iglesia respecto al tema, así como desde el punto de vista más importante en nuestro estudio, que es el jurídico.

El capítulo III, contiene la elaboración de hipótesis, mismas que serán verificables en el desarrollo de la investigación, se define el tipo de investigación, la técnica e instrumento a utilizar así como la población y muestra que se tomara en cuenta para la investigación de campo siendo ésta la siguiente: médicos generales, doctores infertólogos y demás empleados de clínicas de fertilización, para adquirir conocimientos específico ya que estos por su labor diaria tienen un mayor acercamiento a la práctica de esta temática; a diputados, miembros de unidades de salud, para efectos de conocer de qué manera puede promoverse una futura ley que regule la práctica de la reproducción humana asistida en El Salvador; a los

sacerdotes, y otros representantes de las diferentes iglesias, para conocer los diferentes puntos de vista religioso sobre la temática.

En el capítulo IV, muestra el análisis e interpretación de los resultados obtenidos por medio de las entrevistas y encuestas, los cuales serán mostrados estadísticamente mediante cuadros y gráficos para efectos de obtener una mejor comprensión.

En el capítulo V contiene las conclusiones y recomendaciones a las que el grupo investigador ha considerado oportunas una vez conocidas las diferentes opiniones de los conocedores del tema y de la percepción que tiene la población de ésta práctica de la RHA.

Se debe resaltar la falta de regulación normativa en El Salvador acerca de la RHA, por ello se comprende aquí una propuesta de ley que regule las prácticas de ésta disciplina en el país. Por último se incluye la bibliografía que el grupo investigador ha consultado para la recopilación de datos pertinentes para la elaboración del trabajo de investigación y anexos correspondientes.

7. METODO

Para el desarrollo del tema objeto de estudio se tomara el método científico por todos los esfuerzos sistemáticos de comprensión, provocado por una dificultad o una necesidad de la que se ha tomado conciencia dedicado al estudio de un fenómeno complejo; cuyo interés supera las preocupaciones personales e inmediatas, nacionales e internacionales, siendo planteado el problema en forma de hipótesis tendiente a una explicación general, hacia una ley dedicada a un estudio riguroso del desarrollo de los procesos en casos concretos, particulares en su originalidad

irreducible, que se desarrolla a través de procedimientos que nos permite descubrir las condiciones en la cual se presentan sucesos específicos caracterizado personalmente por ser tentativo, verificable, de razonamiento riguroso y observación empírica, siguiéndose una sucesión de pasos que debemos dar para descubrir nuevos conocimientos.

Teniendo una estructura que se constituye desde la formulación del problema, definición de los objetivos, marco doctrinario, planteamiento de las hipótesis, un cronograma de actividades entre las cuales incluirá la investigación de campo, comprobando así las hipótesis, análisis de los resultados, donde se contrasta estos con las hipótesis, conclusiones recomendaciones y propuestas al trabajo realizado.

8. ALCANCES DE LA INVESTIGACION

En todo trabajo de investigación que se pretenda alcanzar cierto grado de cientificidad, es necesario establecer los alcances de la misma con la finalidad de no desviarse de los lineamientos metodológicos establecidos para obtener un resultado satisfactorio mediante la efectiva y eficiente operatización.

8.1 ALCANCE DOCTRINARIO

En este apartado se pretende plantear la trayectoria doctrinaria del desarrollo de nuestro tema, señalando como su origen el nacimiento de Louise Brown, la primera bebé probeta de la historia, el 25 de julio de 1978⁵ su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación *in vitro*.

⁵ Se puede ver más sobre esto en la página web de <http://www.fertilab.net> (consultado el 4 de Mayo de 2014).

Los especialistas extrajeron un óvulo de su madre y lo unieron a un espermatozoide en una placa de laboratorio. Dos días y medio después, el huevo se había dividido hasta formar una pequeña masa de ocho células microscópicas, por lo que fue implantado en el útero materno y se inició una gestación normal. El nacimiento de Louise abrió una página totalmente nueva en el tratamiento de la esterilidad.

El éxito de la fecundación *in vitro* dio impulso a las actuales técnicas de reproducción asistida, que comprenden todos los tratamientos de la esterilidad en los que se manipulan óvulos y espermatozoides. Así, en 1984 nació en California (EE.UU.) un niño concebido con un óvulo donado, y en Australia, una mujer dio a luz un bebé procedente de un embrión congelado.

En 2010 fue galardonado Nobel Robert Edwards con el premio Nobel en Fisiología y Medicina por el desarrollo de la técnica de fecundación *in vitro* que supuso un hito en la historia de la medicina y contribuyó a solucionar los problemas de fertilidad que afectaban en ese entonces al 10% de las parejas.

Por otro lado, los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana y a la identidad, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia.

Es por ello que en las técnicas de RHA debe haber un más amplio campo doctrinario para que la sociedad pueda adquirir mayores

conocimientos e informarse de los actuales avances de la ciencia tanto en El Salvador como en el mundo.

8.2 ALCANCE NORMATIVO

- La investigación se fundamenta en primer lugar en la Carta Magna, en el Título II, Capítulo I Art. 2 que establece los Derechos y Garantías Fundamentales de la persona y en primer lugar se encuentra el derecho a la vida.

- El Código Penal salvadoreño presenta en su Libro Segundo, Título I sobre los delitos relativos a la vida capítulo II De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación.

- La normativa Internacional también forma parte de nuestro tema, El derecho a la vida está plasmado en el artículo 3° de la DUDH, el cual se complementa con el artículo XXX, que cierra la misma Declaración, asimismo viene recogido en el artículo 2° de la Carta de los DFUE.

8.3 ALCANCE TEMPORAL

Las técnicas de RHA sus diversos métodos y procedimientos, así como la legislación existente relacionada con dicha temática, será investigado principalmente en el plazo de tiempo comprendido entre Enero 2011 a Noviembre 2013.

8.4 ALCANCE ESPACIAL

En esta investigación se ha destinado un ámbito espacial un poco reducido, ya que es un tema un tanto reciente en la sociedad salvadoreña y por ello no ha sido parte de la mayoría de los sectores del país,

concentrándose principalmente su desarrollo en la capital y se tratara de verificar la incidencia que tiene en la zona oriental.

9. LIMITANTES

En desarrollo de nuestra investigación se presentan una serie de inconvenientes que dificultaran la óptima realización del proyecto de trabajo planeado es por ello que trataremos de establecer las limitantes que han sido posible prever, esto con el fin de planificar la estrategia más favorable para superarlas satisfactoriamente.

9.1 LIMITANTE DOCUMENTAL

Las técnicas de RHA, sus diversas modalidades, procedimientos y la manera en que se desenvuelve en la población salvadoreña, a pesar de ser un fenómeno de trascendencia social, existe poca literatura lo cual vendría a ser una dificultad para nuestra investigación por lo cual nos abocaremos a otros medios utilizando literatura extranjera y otros documentos.

9.2 LIMITANTE DE CAMPO

Nuestra investigación se encuentra con una limitante de este tipo, pues a pesar de ser una investigación a nivel internacional, no se tienen los medios para profundizarlas en espacios fuera del país, pero encontraremos la forma de desenvolvernos fuera de nuestras fronteras aunque no se haga de manera personal.

10. MATERIALES

Para la realización de esta investigación las herramientas a utilizar son:

- ✓ Instrumentos para obtener información que sea útil para nuestra investigación como libros, revistas, tesis, u otros documentos referentes a nuestro tema, así como también medios digitales como páginas web, libros, documentales, noticias entre otros.
- ✓ Equipos técnicos como la computadora para la respectiva digitación del desarrollo de nuestro trabajo, impresora, unidades de almacenamiento, cámaras de video, cámaras digitales, grabadoras y todo lo necesario para hacer la respectiva investigación de campo.
- ✓ Papel, tinta, para imprimir los avances de la investigación, cuadernos para apuntes sobre los avances de la investigación.

11. PRESUPUESTO

Para el desarrollo de esta investigación no se cuenta con un detallado presupuesto pero si se puede realizar un recuento aproxima de lo que podrían ser las áreas en las cuales se pretende invertir de manera económica y se puede describir de la siguiente manera: el costo de las impresiones y demás formalidades de los avances materializados en cada fase de la investigación, de los viáticos para trasladarnos a realizar la respectiva investigación de campo, así como los preparativos de los ejemplares finales y finalmente la ceremonia de defensa de tesis, desde la invitación y atención que se les dará a cada uno de los que se hagan presentes así como a nuestro tribunal evaluador.

PARTE II

**DESARROLLO DEL
PROYECTO DE
INVESTIGACION**

CAPITULO I

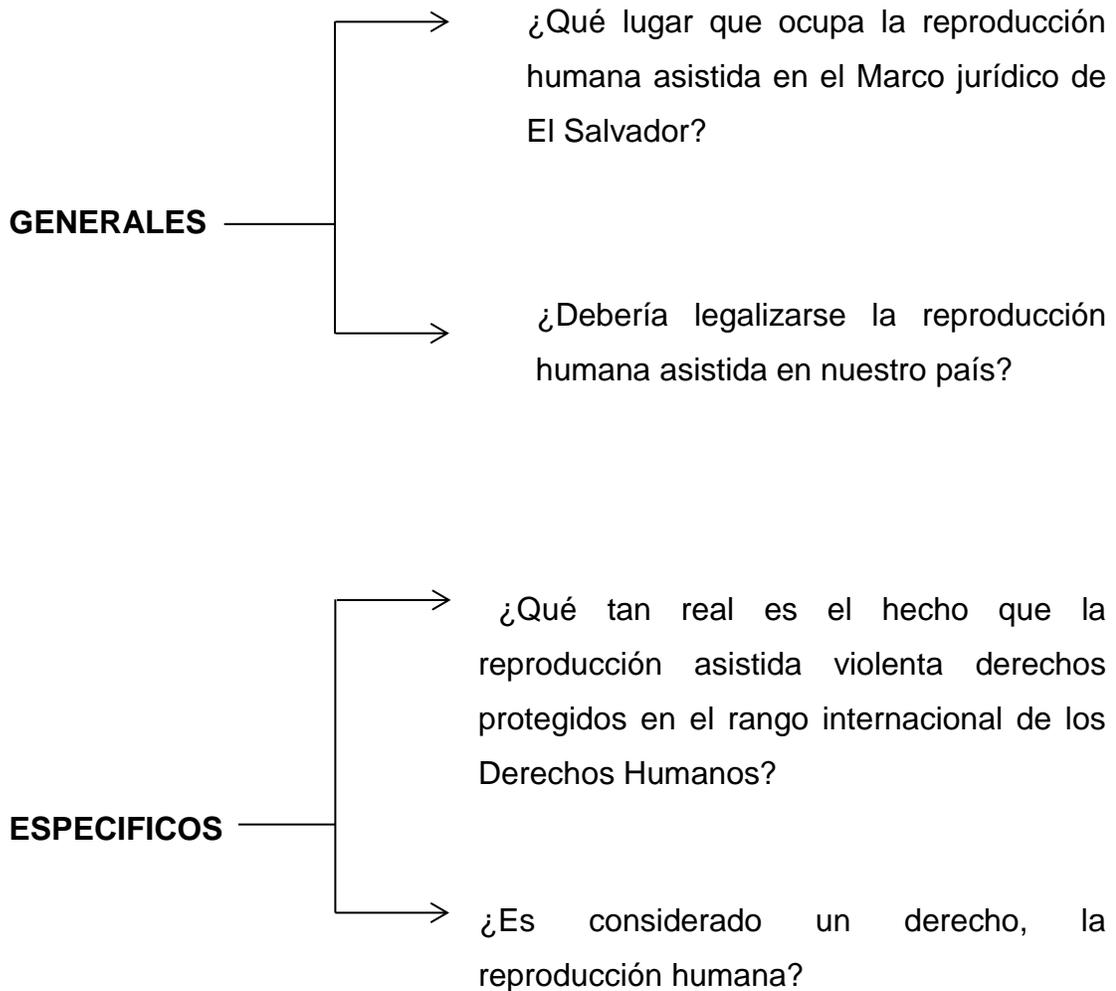
CUADRO SINÓPTICO DEL

PROBLEMA

CAPITULO I

1.1 CUADRO SINÓPTICO DEL PROBLEMA

Con el fin de orientar la presente investigación, el equipo de trabajo propone enunciar una serie de interrogantes que serán determinantes en el desarrollo de la misma.



1.2 RESUMEN DEL CUADRO SINOPTICO

En este apartado se hará una síntesis sobre el tema principal que comprende cada uno de los enunciados planteados anteriormente, a fin de esclarecer el rumbo de la investigación en base a estos cuestionamientos sobre el tema.

Lugar que ocupa la RHA en el Marco Jurídico Salvadoreño

A través del tiempo los derechos humanos se han venido transformando y ampliando por medio de cartas, convenios y declaraciones en las cuales los países suscriptores se comprometen a cumplir y hacer cumplir las normas que en ellas se establecen y crean de esta manera instituciones que velen por el respeto de los así llamados derechos humanos.

Tales derechos deben ser reconocidos por normas para que garanticen su protección y tutela, pero nos encontramos ante una problemática de suma importancia para toda sociedad, y es que no existe dicho cuerpo de leyes que configure un especial resguardo a derechos implícitos en la RHA como: El derecho a la vida, a la reproducción, a conocer el origen propio.

El Salvador cuenta con un vacío legal en este tema y en algunos casos ello obliga a dar repuesta de acuerdo con los principios generales del derecho y hacer referencia a la legislación comparada.

Legalización de la RHA en El Salvador

En la actualidad por no existir un cuerpo de leyes respecto a RHA, se ha tomado a bien, incorporar en la presente investigación un proyecto de ley

que unifica y moderniza el sistema legislativo, así como otras leyes ya existentes, como: El Código de Familia, Penal, entre otros.

Dicho proyecto actualiza la legislación mediante la incorporación de las técnicas de RHA, regulando expresamente aspectos como: El consentimiento informado, los requisitos del procedimiento a emplear, la prevalencia de la voluntad procreacional y la equiparación de la filiación por dichos medios de reproducción humana con la natural y la adoptiva plena.

Existen temas de trascendental importancia que deben regularse en una norma para determinar la situación jurídica que tienen en el país, situaciones como: Determinar el comienzo de la vida de una persona de existencia visible en el ámbito jurídico que trae aparejado la protección jurídica que la acompañará durante toda su vida.

El bien que se busca proteger es la vida misma. El derecho de vivir, por imperio de la propia Constitución, se encuentra garantizado y tutelado desde la concepción.

Sucede que en el siglo XIX no existían los actuales avances científicos y tecnológicos en el campo de la genética humana que hubieran posibilitado conocer con precisión el momento a partir del cual un ser humano comienza su existencia; pero al interpretar nuestro ordenamiento positivo podemos ver que la intención de la creación de los cuerpos normativos ya existentes era de proteger la vida humana desde que se origina, y esto se produce con la fusión cromosómica de las células reproductivas (el óvulo y el espermatozoide).

Las nuevas realidades indican que la RHA no cesa a pesar de no contar con una legislación propia, poniendo en riesgo la salud y la vida del *nasciturus* y la madre. Y es por la falta de legalización de esta práctica que

puede percibirse la clara y evidente violación a derechos humanos de forma arbitraria.

Violación Derechos Humanos en la RHA

En relación a los nuevos avances científicos en materia reproductiva, podemos afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el lema genérico de “ideología de género”⁶ ha propiciado, en los últimos años, el recurso a las mismas, en el contexto de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”.

Así, por ejemplo, se reclama el reconocimiento de un derecho a la subrogación del vientre materno o, lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, previo acuerdo contractual remunerado.

En este sentido la práctica de las técnicas de reproducción asistida se podría llegar a encontrar con una serie de discrepancias con respecto a las leyes ya existente en El Salvador, que protegen derechos que se encuentran siendo vulnerados por no existir un parámetro de control que garantice el respeto y protección de los mismos.

Existen derechos vulnerados de trascendencia internacional como el derecho a la vida, la integridad física de la persona en formación, o de la madre cuyo vientre es utilizado como alquiler, de los intereses de los hijos procreados por medio de éstas técnicas, protegidos por la Constitución salvadoreña y demás leyes secundarias, tratados internacionales e

⁶ Conviene matizar que el “movimiento de género” nunca ha constituido un pensamiento uniforme, ni tan siquiera una corriente organizada. Es más bien el resultado de diversas aportaciones de carácter interdisciplinar, entre las que se incluyen trabajos científicos, contribuciones provenientes de la sociología, la antropología, la filosofía, etc. Sobre la justificación y el significado de la expresión “ideología de género”, *vid.* Aparisi, A. “Persona y género: ideología y realidad” Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

Instrumentos de Derechos Humanos firmados y ratificados en El Salvador, como más adelante se va profundizar en el área normativa.

Derecho a la reproducción

Para entender mejor este apartado debemos aclarar que significa procrear y según el Diccionario de la Lengua Española⁷, procrear viene del latín *procreāre*, y significa engendrar, multiplicar una especie, es por ello que a la procreación la entendemos como la posibilidad de tener o engendrar hijos, pero el dilema hasta este punto es, si podemos considerarlo o no como un derecho y como es evidente que para darle eficacia al reconocimiento de un derecho necesita su incorporación en un instrumento ya sea de trascendencia internacional o un ordenamiento jurídico interno y que con ello se fije en alguno de ambos un mecanismo para su protección.

Como es sabido, debido a la íntima relación que existe entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, es que éstos tienen reconocido en el ordenamiento jurídico el máximo nivel de protección y garantía⁸. Lo que cobra especial valor en el marco de la discusión que nos ocupa⁹. El inconveniente que se quiere proyectar sería establecer, si el derecho ya reconocido que tiene una persona a “fundar una familia”, sobrelleva consigo un derecho a la procreación.

Creemos que el verdadero debate debiera centrarse en las circunstancias que rodean a las personas que sufren esterilidad, como los

⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, en la voz “procrear”, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

⁸ Con esto debemos entender que, los derechos fundamentales son de aplicación directa y debido a esto, vinculan a todos los poderes públicos, y solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Vid., FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., (Coord.), et. al., Diccionario jurídico, cuarta edición, en la voz “Derechos fundamentales”, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

⁹ Vid., BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ- ORUS, J., BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 292.

principales sujetos de protección en estos casos. Como hemos visto a la largo de estas líneas, ni la doctrina o la jurisprudencia moderna reconocen la existencia de un derecho a la procreación, pero sí el derecho a someterse a tratamientos médicos en caso de sufrir infertilidad¹⁰.

¹⁰ WARNOCK, M., Fabricando bebés, ¿existe un derecho a tener hijos?, primera edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 65.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 BASE HISTORICA

La esterilidad e infertilidad¹¹, siempre han sido un tema de atención en la práctica médica y también en el plano social, ético, político y religioso. En esta ocasión realizamos un breve resumen histórico sobre tales, identificando los momentos y lugares donde se encontraron los primeros indicios, así como su evolución y los descubrimientos científicos relacionados con ésta y que han aportado mejoras en este tipo de tecnología perfeccionándola día a día, dichas circunstancias más remotas de la historia se desarrollaran a continuación como antecedentes mediatos.

También se identificarán los primeros momentos en que tuvo lugar la RHA en El Salvador, a partir de qué momento y cómo se ha desarrollado, de qué manera ha sido aceptada en la sociedad esta técnica nueva y muy avanzada, todo esto en los antecedentes inmediatos que se desarrollaran posteriormente.

A través de la historia y sus civilizaciones, la mujer siempre ha sido el símbolo de fertilidad. Ya en la prehistoria hay numerosas pinturas rupestres y figuras femeninas redondeadas, representando numerosas “venus”, que invocaban a la fertilidad y prosperidad.

¹¹ Vale aclarar en este punto lo que debemos entender por los conceptos de infertilidad y esterilidad debido a que erróneamente se conciben como términos iguales o similares y lo cierto es que, la esterilidad es la incapacidad para concebir y la infertilidad la imposibilidad para finalizar la gestación con el nacimiento de un niño sano. Esta diferencia no es solo conceptual porque los estudios encaminados a conocer las causas y los tratamientos orientados a su solución son totalmente diferentes. No es lo mismo aquella pareja que ve que no puede concebir, que aquella pareja que concibe, a menudo, sin dificultad pero comprueba tristemente como la gestación no es evolutiva, se puede ver más acerca del tema en el sitio: www.institutobernabeu.com (consultado el día 13 de junio de 2014).

La infertilidad, por el contrario, ha sido uno de los mayores problemas sociales y médicos desde los albores de la humanidad, vivida como una amenaza para la supervivencia del clan y precisa para la transmisión del poder y el mantenimiento de las estructuras sociales.

2.1.1 EDAD ANTIGUA

2.1.1.1 Civilización egipcia: Diagnóstico y atención a la infertilidad con la medicina egipcia

Empezaremos hablando de los egipcios, puesto que los registros de otras civilizaciones más antiguas como los sumerios - 3200-2000 AC - son muy difíciles de analizar debido a la escasez de datos existentes.

El estatus legal de la mujer era semejante al de un hombre, posición privilegiada en civilizaciones antiguas. Las parejas eran prolíficas y la infertilidad era un problema real y cotidiano, no considerada un castigo divino, como en otras civilizaciones, sino una enfermedad que debía ser diagnosticada y tratada.

Los papiros¹² son nuestra principal fuente de conocimientos acerca de la medicina Egipcia. Los papiros que están particularmente relacionados con la ginecología y la fertilidad: el papiro Kahoun, el texto médico Egipcio más antiguo conocido, y en verdad el primer tratado de ginecología - 1900 AC - y el papiro Ebers, el cual fue escrito en la XVIII dinastía -1550 AC- y es el texto médico más famoso de la época.

¹² La palabra papiro proviene del término griego πάπυρος papiros, que en latín es *papyrus* (el plural es *papyri*). Está tomada del antiguo término egipcio, que significa 'flor del rey', pues su elaboración era monopolio real. También es el origen de la palabra papel. se usaba para transmitir cosas y expresiones. Ver al respecto en el sitio: <http://es.wikipedia.org/wiki/Papiro> (consultado el 28 de Abril de 2014).

El conocimiento de los egipcios sobre anatomía en aquel tiempo probablemente sería algo somero. Se utilizaban alrededor de una centena de términos anatómicos, incluyendo cuatro para el tracto genital: útero, vulva, labios y tal vez cérvix.

Los egipcios fueron sobresalientes en el desarrollo del diagnóstico temprano del embarazo tratando granos de trigo con la orina de las mujeres embarazadas. La técnica consistía en que las mujeres grávidas debían orinar sobre una mezcla de trigo y cebada combinada con arena y dátiles; si los granos germinaban, estaba embarazada: si sólo crecía el trigo el hijo sería varón, si sólo crecía la cebada sería mujer.

Este método, que tienen una precisión del 40%, se mantuvo durante largo tiempo, puesto que Hipócrates lo adoptó y se utilizó en algunas partes del mundo hasta el siglo diecinueve.

En esta época era importante saber si una mujer era fértil o no, y los egipcios desarrollaron métodos para el diagnóstico de las mujeres infértiles. No obstante, sabían que no todos los casos de infertilidad eran de origen femenino, puesto que en varios relatos e historias mitológicas se alude a la infertilidad masculina.

Los exámenes que realizaban los egipcios se basaban en el concepto de que los órganos genitales estaban en continuidad con el resto del cuerpo y, en particular, con el tracto digestivo en mujeres fértiles.

Esta idea se recogió por los griegos y se mantuvo hasta la Edad Media. No se concluía ningún tratamiento de los diagnósticos que se basaban en la observación de signos clínicos como vómitos, flatulencias, etc. Por tanto, la medicina Egipcia mostró una considerable atención al problema de la infertilidad y a su diagnóstico, aunque no proporcionó ningún tratamiento satisfactorio.

2.1.1.2 Civilización hebrea: la infertilidad como castigo divino y el embarazo como regalo de Dios.

Siguiendo con el devenir histórico, pasaremos a la civilización Hebrea. Una de las principales fuentes de conocimiento, relacionada con la medicina Judía es la Biblia¹³. La noción del pecado original predominaba y las mujeres tenían pocos derechos y libertades, incluso los varones podían repudiar a sus mujeres.

“Ser fructíferos, multiplicaos, y repoblar la tierra” es la orden de Dios a Adán y Eva al comienzo del Libro del Génesis - Génesis 1,28 -. En este contexto se puede entender que la infertilidad fue un castigo divino, al tiempo que la infertilidad masculina no fuera reconocida. Sin embargo, Dios podría privar de descendientes a una pareja para castigarles de un pecado.

Esto le pasó a Conías, el cual fue maldecido y privado de descendencia cuando llegó a ser rey de Judea - Jeremías 22,30 -. En el Libro del Génesis - Génesis 30,2 -, cuando Jacob se enfada con su mujer Raquel, él dice: “¿soy yo acaso Dios?, que te impidió el fruto de tu vientre”. Pero sobre todo el embarazo es un regalo del Señor, Eva dice “Yo he recibido un hombre del Señor” - Génesis 4,1 -. En el Antiguo Testamento varios versos cuentan la historia de la mujer infértil que concibió gracias a la intervención divina: por ejemplo Sara la mujer de Abraham - Génesis 20,18 - o Rebeca la mujer de Isaac -Génesis 25,21 - o en el Nuevo Testamento, Isabel -Prima de la Virgen María- la mujer de Zacarías -Lucas 1,5-24-.

En la Biblia por tanto, la infertilidad a menudo se asocia con distintas ideas, como el castigo divino en el Antiguo Testamento, reflejando la posición de sumisión de la mujer en la sociedad Hebrea, o el embarazo como regalo de Dios.

¹³ La Sagrada Biblia. Versión de Casiodoro de Reina (1569). Sociedad Bíblica; Madrid, 2001.

2.1.1.3 Civilización griega: tratamientos para la infertilidad a base de métodos naturales.

El siguiente apartado lo dedicaremos a la civilización Griega. La medicina occidental encuentra sus primeras bases en Grecia. Las prácticas sagradas y profanas en medicina coexistían. En aquel momento probablemente ya circulaban textos médicos, pero conocemos muy poco los conceptos médicos pre-hipocráticos.

Además, el cambio realmente importante vino con la escuela de Hipócrates, que nació alrededor del año 460 AC en la isla de Cos. Él quiso romper con la medicina que se estaba practicando en su tiempo, la cual estaba más cercana a la magia que a un sistema de observación, y de construir un sistema médico coherente con el racionalismo de los filósofos Griegos.

Estos tratados se basan en un examen y cuestionario clínico que permite la realización de un diagnóstico seguido de un tratamiento apropiado. En varios tratados se comentan patologías ginecológicas y obstétricas: “The Book of Women’s Diseases”, “The Book on the Nature of Women” o “The Excision of the Fetus”¹⁴. Hipócrates estaba muy familiarizado con el problema de la infertilidad y tenía varias recetas inspiradas en los egipcios para diagnosticarla.

Para Hipócrates la infertilidad podría deberse a distintas causas como: la mala posición del cérvix, debilitación de la cavidad interna debida a un origen congénito o adquirida subsecuentemente a una cicatrización tras úlceras, obstrucción del orificio uterino debido a una amenorrea, flujo menstrual excesivo - haría al útero incapaz de fijar la semilla-, prolapso uterino.

¹⁴ Hipócrates.: (trad. Lourdes Sanz) Tratados Hipocráticos (IV). Sobre las enfermedades de las mujeres. Ed. Gredos; Madrid. 1988. P.8

Los tratamientos eran numerosos: “Cuando el cérvix está demasiado cerrado el orificio interno debe ser abierto mediante una mezcla especial compuesta por nitro rojo, comino, resina y miel”.

Los griegos también usaban una técnica que consistía en dilatar el cérvix e insertar una sonda de plomo a través de la cual vertían al útero sustancias emolientes. Esta técnica probablemente sí causaría infertilidad, debido a una más que probable salpingitis secundaria¹⁵.

2.1.1.4 La Civilización romana: se basaba en métodos religiosos y mágicos, en la práctica médica.

El papel de los dioses era tan importante como en la época Griega, de hecho las patricias jóvenes que querían quedarse embarazadas iban al Templo de Juno. Aquí los sacerdotes del dios Pan o Luperques las recibían y, desnudas y postradas, las flagelaban con un látigo de piel de macho cabrío, conocido por su potencia sexual.

Uno de los grandes ginecólogos y obstetras de la antigüedad fue sin duda Sorano de Efeso - 98-177-. De origen Griego, se formó en la Escuela de Alejandría y practicó la medicina en Roma en tiempos de Trajano y Adriano.

Sorano fue el primero en proporcionar una formación real y estructurada a las comadronas. Esta enseñanza cubría anatomía, fisiología y patologías obstétricas y ginecológicas¹⁶. Sorano tuvo el considerable mérito

¹⁵ Salpingitis: Inflamación crónica o aguda de las trompas de Falopio. Generalmente está provocada por una infección secundaria a otra infección procedente del endometrio o de la vagina. Las salpingitis de tipo crónico pueden proceder de una salpingitis aguda mal curada o tras otros trastornos como abortos espontáneos o provocados, la presencia de dispositivos intrauterinos (DIU), pacientes que han sido manipuladas internamente con instrumentos o en aquellos sujetos muy promiscuos sexualmente. Puede verse más información sobre este tema en el sitio <http://salud.doctissimo.es/diccionario-medico/salpingitis.html>. (Consultado el 30 de Abril de 2014).

¹⁶ Brabkin IE.: “*Sorano y su sistema de medicina*”. Bull Hist Med 1951; p. 503-518.

de distanciar su trabajo de métodos religiosos y mágicos, los cuales estaban profundamente enraizados en la práctica médica de aquellos tiempos.

Otro de los grandes médicos tras Hipócrates fue Galeno cuyos estudios anatómicos en animales y observaciones sobre las funciones del cuerpo humano dominaron la teoría.

Pasando página en el tiempo realizamos un salto histórico hasta el nacimiento de la escuela árabe - 700- 1200 -, una vez comenzado el declive de la era Bizantina.

El médico más afamado y prestigioso de esta escuela fue Avicena - 980-1037 -, el cual escribió alrededor de 30 tratados médicos, de hecho sus conocidos “Canones” fueron los que dominaron toda la práctica médica medieval. Para Avicena la infertilidad podía tener un origen masculino o femenino, relacionado con una anomalía de los “espermias” producidos por el hombre o la mujer. También podía deberse a una anomalía del tracto genital o problemas psicológicos – melancolía - .

Avicena se inspiró en los egipcios para formular varios de sus tratamientos, y en general uno de los grandes méritos de la medicina árabe fue preservar para el futuro los textos médicos griegos que no habían desaparecido hasta entonces.

En la época medieval la procreación se consideraba necesaria, de hecho Santo Tomás de Aquino - c.1225-1274 -, el mayor teólogo cristiano del siglo trece que influyó sobre el pensamiento medieval, dijo que “la naturaleza busca la generación de descendientes para preservar el bien de las especies”.

2.1.2 EDAD MEDIA

Los médicos en la Edad Media utilizaron distintas recetas para diagnosticar el origen de la infertilidad. Una de éstas, inspirada en los Egipcios y adoptada por el médico valenciano Arnau de Villanova - c.1240-1311 - consistía en insertar un diente de ajo en la vagina, si el olor se transmitía a la boca de la mujer entonces era fértil.

Una vez había establecido el diagnóstico, la causa de la infertilidad debía buscarse por: obesidad, “la grasa asfixia la semilla del hombre” decía Arnau de Villanova. El excesivo calor o humedad también podía ser una causa puesto que “la gran humedad que está en la madre puede asfixiar el esperma que recibe cuando está muy caliente la madre recibe la semilla y la quema con lo que no puede concebir”. También una desproporción de los órganos genitales podía ser una causa de infertilidad, debido a un orificio del útero demasiado estrecho, abierto o grande.

La medicina medieval se basaba en la griega, tanto en sus conceptos fisiológicos como en los métodos de diagnóstico y tratamiento. Esto desembocó en un estancamiento parcial del conocimiento, así como del estatus social de la mujer. Los tratamientos sobre la infertilidad estaban más cercanos a los ritos o las costumbres, y no fue hasta el Renacimiento cuando los avances en anatomía y ciencias médicas proporcionaron ideas y tratamientos para un progreso real.

2.1.2.1 El progreso científico del renacimiento.

Uno de los centros de este progreso fue Italia. Allí trabajaron brillantes anatomistas como Vesalio - 1514-1564 - o Leonardo da Vinci (1452-1519), los cuales, gracias a la observación y a las disecciones, proporcionaron unos nuevos cimientos a esta ciencia. Vesalio publicó en 1543 su conocido

“*Humani Corporis Fabrica*”, el cual incluye secciones anatómicas de los órganos genitales femeninos.

Nueve años después, uno de sus discípulos llamado Bartolomeo Eustachio dibujó el útero y sus vasos y recomendaba a los maridos que tras el acto sexual metieran el dedo en la vagina para favorecer la concepción. Este fue el ancestro de la idea de inseminación artificial.

Hacia 1600, emergieron otros médicos que hicieron importantes descubrimientos. Ambroise Paré - 1517-1590 - fue un famoso cirujano real que sirvió a cuatro reyes de Francia, defendía la dilatación del cérvix para el tratamiento de la infertilidad y fue el primero en seccionar un septo vaginal en una mujer infértil. El anatomista y botánico italiano Gabriel Falopio -1523-1562 - profesor de la escuela de medicina de Padua, describió las trompas junto con el clítoris, la vagina y la placenta.

En 1651 el conocido médico y anatomista inglés William Harvey - 1578-1657 - presentó una nueva teoría acerca del desarrollo embrionario humano. Hasta ese momento se pensaba que el futuro bebé preexistía como un ser humano preformado diminuto, llamado homúnculo, dentro del gameto del varón. Esta teoría se conocería con el nombre de preformacionismo. Harvey postuló, siguiendo a Aristóteles, que las estructuras especializadas que un individuo desarrolla paso a paso - crecimiento y diferenciación - provienen de estructuras no especializadas a partir del ovocito. Esta teoría se conocería como *epigénesis* y Harvey resumió su investigación con una famosa frase “ex ovo omnia” - todo proviene del huevo -.

2.1.3 EDAD MODERNA

En el siglo XVII: se publicaron más trabajos acerca de la infertilidad: En 1609 Jean Hucher - 1570-1630 - “De Sterilitate Utriusque Sexus” -La esterilización de ambos sexos -, y Louise Bourgeois - 1564-1644 - “Observations diverses sur la stérilité” - Varios comentarios sobre la infertilidad -. Otro médico francés contemporáneo Francois Blondel - 1603-1703 - mantenía que las mujeres delgadas eran más fértiles que las mujeres obesas. En 1672 Reignorius De Graaf - 1641-1673 - escribió “De Mullerium Organis”, en el cual rechaza las teorías aristotélicas sobre la fecundación y describe el ovario y el ciclo folicular.

En el siglo XVIII: el razonamiento médico sufrió una completa transformación y a partir de ese momento comenzó la verdadera metodología científica. El científico holandés Anthony Van Leeuwenhoek - 1632-1723 - en 1677, y su asistente, Hamm, fueron las primeras personas que visualizaron espermatozoides, a los cuales llamaron “animálculos”. Leeuwenhoek no tenía una educación formal avanzada, no había estudiado latín, la lengua científica oficial de la época. Fue capaz de construir unas lentes tan precisas - aún existen todavía con 270 aumentos - que permitieron ver espermatozoides.

A pesar de los avances obtenidos, la infertilidad se atribuía a la mujer. Era extraño que se implicara al varón, aunque hay alguna excepción. En 1769 en un trabajo titulado “The Seats and Causes of Diseases” - Los Asientos y causas de las enfermedades -, el anatomista italiano Giovanni Battista Morgani - 1682-1771 - sumó otras posibles etiologías a la infertilidad y esterilidad como: ausencia o agenesia folicular, anomalías de la vagina o de los órganos genitales externos, aplasia uterina y derivaciones del útero.

2.1.4. EDAD CONTEMPORÁNEA

La primera inseminación con éxito en mamíferos fue llevada a cabo por el médico sacerdote italiano Lázaro Spallanzani - 1729-1799 - en 1784 en perros, la hembra tuvo tres cachorros 62 días después. Hacia 1785 el cirujano escocés John Hunter - 1728-1793 - realizó los primeros intentos de inseminación artificial humana, resultando en el nacimiento de un niño sano ese mismo año. El caso consistía en un comerciante adinerado, era sobre tejidos que presentaba hipospadia¹⁷, al cual Hunter le propuso recoger su semen en una jeringa caliente e inyectarlo en la vagina de su mujer.

Los siglos diecinueve y veinte estuvieron marcados por un inmenso progreso en medicina, junto con el descubrimiento de sustancias con efectos terapéuticos.

En el siglo XIX: se dieron varios pasos decisivos en el campo de la infertilidad y la esterilidad. Uno de los padres de la ginecología Americana, Marion Sims - 1813-1883 -, publicó en 1866 su principal tratado llamado: "Notas clínicas sobre Cirugía uterina con especial referencia a la Administración del Estado estéril". En este trabajo Sims explica que la infertilidad y la dismenorrea tienen un origen común, la estenosis cervical. Así pues, recomienda que la esterilidad se debía tratar dilatando el cérvix, bien usando dilatadores o quirúrgicamente, realizando una incisión en el mismo.

También pensaba que la mala posición uterina contribuía a la infertilidad, pero prefería métodos clásicos – pesarios - para tratarla, dejando la cirugía para los casos más extremos. La endocrinología era todavía desconocida en estos momentos y él pensaba que el periodo de tiempo más

¹⁷ Se trata de una rara anomalía presente al nacer (congénita) que se localiza en la abertura de la uretra, En esta afección, la uretra no se transforma en un tubo completo y la orina sale del cuerpo desde un lugar equivocado, puede verse más al respecto de este tema en el sitio: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001285.htm>. (Consultado el 29 de Abril de 2014).

adecuado para la fertilidad era durante los 10 días tras la menstruación. Durante este periodo también llevó a cabo inseminaciones artificiales con éxito.

En 1868 publicó “The Microscope as an Aid in the Diagnosis and Treatment of Sterility” - El microscopio como una ayuda en el diagnóstico y tratamiento de la esterilidad -, en el que defiende el papel fundamental que juega el examen bajo el microscopio de la calidad espermática para entender la infertilidad.

En el año 1884 en Filadelfia - USA - se produjo el primer caso confirmado de inseminación artificial de donante - IAD -, llevada a cabo por William Pancoast en el Jefferson Medical College. Un adinerado comerciante le expuso al notable doctor su imposibilidad para procrear y éste vio una oportunidad única para probar un nuevo procedimiento. Tiempo después, la esposa del paciente fue anestesiada y ante una audiencia de estudiantes de medicina, la señora fue inseminada usando el semen del miembro más guapo de la clase. Nueve meses más tarde nació un niño.

En 1891 Walter Heape fue el primer científico en recuperar un embrión preimplantatorio mediante el lavado del oviducto de una coneja, el cual fue transferido posteriormente a una receptora en la cual continuó su desarrollo normal. Su trabajo alentó a la comunidad científica a desarrollar el cultivo de embriones en el laboratorio.

Siglo XX: empezó a desarrollarse la endocrinología reproductiva, además de eso se utilizaron gonadotrofinas¹⁸ para realizar estimulaciones e

¹⁸ Las gonadotropinas o gonadotrofinas son una serie de hormonas secretadas por la hipófisis (glándula pituitaria), gracias a la hormona liberadora de gonadotropinas (Gn-RH), y están implicadas en la regulación de la reproducción en los vertebrados. Hay tres gonadotropinas: la hormona luteinizante (abreviada HL o LH), la hormona estimulante del folículo (abreviada HFE o FSH) y la gonadotropina coriónica humana (abreviada GCH o HGC). Estos Conceptos pueden ser consultados en la enciclopedia disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Gonadotropina>. (Consultado el 29 de Abril de 2014).

inducciones ováricas. En 1929 es el primer año en el cual se realizan recuentos espermáticos. A partir de esta época ya empiezan a desencadenarse una sucesión frenética de avances en medicina reproductiva que será imparable y prolífica.

En 1944 se crea la Asociación Americana de Medicina Reproductiva - ASRM - y el equipo de John Rock en Harvard comunica uno de los avances más importantes en medicina reproductiva, la fecundación *in vitro* - FIV - de ovocitos humanos. Los embriones resultantes no fueron nunca transferidos al útero materno, pero fue el primer experimento de fecundación *in vitro* en Estados Unidos.

En 1951 tiene lugar la primera transferencia satisfactoria de embriones bovinos y se descubre la capacitación espermática, así como se publican novedosos trabajos sobre FIV y desarrollo embrionario en conejos.

Dos años después se publican los primeros cuatro embarazos conseguidos tras el uso de espermatozoides criopreservados en hielo seco - a -80°C - usando glicerol como agente crioprotector.

En 1958 se administran los primeros extractos de gonadotrofinas pituitarias humanas conteniendo hormona folículo-estimulante - FSH - y hormona luteinizante -LH -, consiguiendo inducciones ováricas satisfactorias. Además, también se introduce el citrato de clomifeno como medicación oral para la estimulación ovárica controlada. Posteriormente, en 1966, se obtienen los primeros ovocitos humanos mediante la técnica laparoscópica y se publican varios métodos para monitorizar la inducción de la ovulación.

Pero, no es sino hasta el año de 1978, cuando en el Oldham Hospital de Gran Bretaña, nace Louise Brown, el primer ser humano que fue concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en la probeta de un laboratorio.

A partir de ese momento, los casos se han multiplicado, particularmente en Australia, Estados Unidos, Inglaterra y España, resultando celebres los siguientes:¹⁹

En 1983, nace en Inglaterra Clare Fareswam, primer bebé gestado *in vitro* por un matrimonio mixto: una inglesa rubia y un jamaicano negro.

En 1984, nacieron en Barcelona, España, los primeros gemelos fecundados en laboratorio y en California Doron Blake, primer niño procreado con semen de un donante premio Nobel; y en 1986, nacieron en Argentina, Pablo y Elinana de la Ponte, primeros mellizos gestados *in vitro*.

En 1987 se publica un nuevo método que aúna la ecografía transvaginal y una guía de biopsia para la recogida ovocitaria, relegando por tanto la laparoscopia al olvido para este procedimiento.

En 1988 se comunica el primer embarazo utilizando una nueva técnica denominado inserción esperma sub-zonal o SUZI la cual consiste en inyectar uno o varios espermatozoides directamente a través de la ZP – zona pelucida- y depositarlos en el espacio perivitelino. Al año siguiente se describe otra nueva técnica para facilitar la penetración de los espermatozoides en los ovocitos. Se le da el nombre de disección zona parcial o PZD y consiste en realizar un pequeño agujero en la ZP para facilitar la entrada espermática.

En 1992 tiene lugar una verdadera revolución en el campo de la medicina reproductiva con la introducción de la ICSI. Esta técnica consiste en

¹⁹ Vid Mendiola J., Ten, Vivero, Roca M. Bernabeu, “Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica” de la revista Iberoamericana de fertilidad del Instituto Bernabeu de Fertilidad y Reproducción Humana. Cartagena. España; en el sitio <http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Ferti-En-Feb05-Trabajo1.pdf> (consultado el 12 de Mayo de 2014).

la inyección intraovocitaria directa de un único espermatozoide viable y posibilita el embarazo a varones que presentan deficiencias espermáticas.

La aparición de las técnicas de RHA en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

2.2 BASE TEORICA

2.2.1 Reproducción Humana

La RHA podemos encontrarla en el marco del Derecho de Familia puesto que una de las funciones de esta es la reproducción de la especie, por ello debemos entender por reproducción aquel proceso mediante el cual se generan nuevos seres vivos a partir de los organismos ya existentes, así aseguramos el mantenimiento de la vida.

Los nuevos individuos se originan a partir de las células sexuales. Estas células pueden ser masculinas o femeninas y se forman en el aparato reproductor masculino y femenino, respectivamente. Al juntarse dos células procedentes de distinto sexo, mediante la fecundación, se origina un nuevo ser.

Esta clase de reproducción se da entre dos individuos de distinto sexo (hombre y mujer). La reproducción humana emplea la fecundación interna y su éxito depende de la acción coordinada de las hormonas, el sistema nervioso y el sistema reproductivo. Las gónadas son los órganos sexuales que producen los gametos.

Las gónadas masculinas son los testículos, que producen espermatozoides y hormonas sexuales masculinas. Las gónadas femeninas son los ovarios y producen óvulos y hormonas sexuales femeninas.

La reproducción humana en vista del desarrollo tecnológico de las nuevas generaciones se ha encontrado alterada, es decir que ya no solo se da por la unión de un hombre y una mujer como consecuencia del matrimonio o simplemente de una unión amorosa no matrimonial, sino que encontramos hoy en día una serie de formas de reproducirse aun de manera singular, y es a todo esto, que va muy por aparte de ser una reproducción natural, a lo que llamaremos reproducción humana asistida.

2.2.1.1 Reproducción Humana Asistida

La RHA o fecundación artificial es el conjunto de técnicas o métodos biomédicos, que facilitan o sustituyen a los procesos naturales que se dan durante la reproducción.²⁰ Según el autor Abellán quien expone estos postulados que seguiremos en adelante, referentes al tema en mención.

Hoy en día los habitantes de El Salvador conocen en que consiste la RHA a pequeños rasgos y concluyen que es una solución ideal aunque costosa a problemas de reproducción, además se considera casi imposible, que una dificultad reproductiva no tenga solución y es que a través de la ciencia, un hombre y una mujer declarados incapaces de reproducir de forma natural, pueden ser padres, y eso se logra únicamente a partir de células germinales, suprimiendo así el acto sexual.

²⁰ ABELLAN, Fernando, "Bioética y Ley en reproducción humana asistida: Manual de casos clínicos", Editorial: Comares, Málaga, Santa Lucia, España, 2009.

Aunado a estos avances es necesaria una legislación que prevea aquellas situaciones especiales que se generan, problemas como los embriones sobrantes y su conservación, la elección de los mismos, los donantes, la madre sola y otros muchos, generan una gran cantidad de inconvenientes éticos que junto con los legislativos conforman un importante debate social.

A nivel jurídico también se necesitan muchos avances, debido a lo que representa el hecho de prescindir de la actividad sexual para reproducirse, siendo esto lo que causa las nuevas formas o métodos de RHA, teniendo como efecto el desbordamiento de las estructuras jurídicas existentes.

Es importante que las legislaciones se vayan actualizando acorde a la realidad social cambiante que se vive y en este caso debido a que las nuevas técnicas de RHA pueden originar alteraciones en el derecho de la persona, de la familia y de las sucesiones, debe haber en todos los casos en que se practiquen tales técnicas una regulación pertinente.

Otra perspectiva o punto de discusión es la desconsideración legal al matrimonio como institución social y jurídica, puesto que se permite la inseminación a mujeres solas con el consiguiente nacimiento de hijos que jamás podrán tener un padre legal.

2.2.1.2 Tipos de Reproducción Humana Asistida

La RHA siguiendo en estos postulados al autor Abellan²¹ puede ser llevada a cabo empleando diferentes técnicas y la más adecuada a emplear en cada caso, dependerá de las circunstancias y problemas particulares de cada pareja. Sin embargo la secuencia de técnicas a emplear, de menos a más compleja e invasiva, es la siguiente: coitos programados, inseminación artificial y fecundación in vitro, transferencia de embriones.

²¹ *Ibíd.*

1. Coitos programados

Es una técnica de reproducción indicada para parejas que no consiguen el embarazo y no tienen diagnosticada esterilidad, o su esterilidad es por causa desconocida. En esta técnica de reproducción se sincroniza la ovulación de la mujer con las relaciones sexuales.

Está indicado en parejas muy jóvenes (menores de 35 años), que lleven poco tiempo intentando quedar embarazada (menos de 6 meses), presenten poca ansiedad y la causa de la esterilidad sea de origen desconocido ya que todas las pruebas básicas a las que han sido sometidos han dado resultados normales. Al paciente se le puede mantener su ciclo natural (no es sometido a estimulación) o ser inducida la ovulación de forma controlada. Dentro de ésta se encuentran los siguientes tipos:

a) **Ciclo natural:** Está indicado en parejas con alergia a medicamentos o convicciones éticas o religiosas que les llevan a rechazar cualquier otra técnica de reproducción asistida que no sea natural. En esta técnica la paciente no recibe ningún tipo de medicación, sino que simplemente se controla el crecimiento del folículo²² dominante.

El momento de las relaciones sexuales viene determinado por el pico de LH²³, que ocurre 24 horas antes de la ovulación espontánea. Debe ser

²² **Los folículos ováricos** son las unidades básicas de la biología reproductiva femenina. Consisten en una célula gamética, rodeada de células diploides denominadas células de la granulosa, y por fuera de estas están las células de la teca. Los folículos se encuentran en el interior del ovario. Puede verse en el Diccionario Enciclopédico en la voz “folículos (en general)” Diccionario Océano Uno Color, Océano Editorial, 2000.

²³ **La hormona luteinizante (LH)** o luteoestimulante, también llamada lutropina, es una hormona gonadotrópica de naturaleza glicoproteica que, al igual que la hormona foliculoestimulante o FSH, es producida por el lóbulo anterior de la hipófisis o glándula pituitaria. En el hombre es la hormona que regula la secreción de testosterona, actuando sobre las células de Leydig en los testículos; y en la mujer controla la maduración de los folículos, la ovulación, la iniciación del cuerpo lúteo y la secreción de progesterona. La LH estimula la ovulación femenina y la producción de testosterona masculina. “Océano Uno Color Diccionario Enciclopédico” Océano Editorial, 2000.

monitoreada desde el noveno día después de la regla, para ello existe un kit de orina muy sencillo y cómodo de usar para la paciente.

b) **Inducción de la ovulación:** Para evitar el seguimiento del peak endógeno de LH, necesario en la técnica anterior, los médicos se adelantan con la administración

c) intravenosa de 5000 UI (unidades internacionales) de hCG en el momento en que se constata mediante ecografía la existencia de un folículo maduro ovulatorio. Tras la administración de 5000 y 10000 UI hCG, el folículo ovulará entre 37 y 38 horas más tarde.

La HCG²⁴ y la LH son hormonas muy similares ya que provocan y mantienen la luteinización. La hCG se elimina más lentamente y su actividad biológica es mayor (se requiere menos unidades). La LH produce menos complicaciones (síndrome de hiperestimulación, SHO) pero la presentación comercial impide usar miles de UI (15 y 30000 UI).

Esta técnica permite un mayor control sobre el momento de la ovulación, lo que permite programar el coito (0 y 48 horas), la inseminación (24 y 48 horas) o la aspiración folicular (por las mañanas 36 horas después). De esta forma se facilita la planificación de la clínica y sobre todo del laboratorio FIV.

d) **Estimulación ovárica controlada:** Con esta inducción y estimulación de la ovulación se intenta aumentar las posibilidades de gestación gracias al aumento de la calidad y número de ovocitos maduros disponibles.

²⁴ La beta HCG, gonadotropina coriónica humana, es una glicoproteína (proteína combinada con azúcares) formada por dos subunidades: la alfa y la beta. *Ibíd.*, notas al pie núm. 2- 3, p.4

2. Inseminación artificial

La inseminación artificial permite que la fecundación se realice de forma natural. Al introducir el espermatozoide en el útero, éste debe buscar su camino hacia el óvulo maduro e insertarse por su propia cuenta, tal como ocurriría en un embarazo tradicional. La gran diferencia y ventaja de la inseminación artificial es que el recorrido del espermatozoide es más corto y menos riesgoso.

Se trata entonces de la introducción médica del semen o esperma en la vagina de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación. Normalmente, con esta técnica, de cada 100 ciclos de inseminación 13 resultan en gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación. De todos los embarazos conseguidos, un 15-20% son gemelares y otro 15% se malogran.

Para poder someterse a un ciclo de inseminación artificial se han de cumplir una serie de requisitos: las trompas de Falopio han de ser permeables, el semen ha de ser de buena calidad, y se han de considerar otros factores como la edad de la mujer, el tiempo de esterilidad y los ciclos de inseminaciones anteriores para decidir si es conveniente realizar un nuevo ciclo de inseminación artificial o por el contrario sería más recomendable someterse a otra técnica más compleja como la fecundación in vitro y transferencia de embriones, la cual ofrecería más garantías de éxito.

Se distinguen dos situaciones según el origen del semen:

a) **Inseminación artificial homóloga o conyugal (IAH):** el semen procede de la pareja. Se lleva a cabo la inseminación de manera artificial cuando hay alguna dificultad para que se deposite el esperma en la vagina de la mujer de manera natural (el coito), por ejemplo debido a problemas de eyaculación precoz, vaginismo, impotencia o eyaculación retrógrada.

También puede recurrirse al IAH cuando la mujer presente malformaciones uterinas, un moco cervical demasiado espeso, disfunciones ovulatorias, etc... o simplemente cuando la causa de esterilidad en la pareja sea desconocida (34% de los casos).

b) **Inseminación artificial con donante (IAD):** el semen proviene de un donante anónimo. Se recurre a un banco de semen cuando el integrante masculino de la pareja presenta azoospermia, una enfermedad genética hereditaria o una enfermedad de transmisión sexual, cuando la paciente es una mujer sin pareja... y cuando ya ha fallado la técnica ICSI, ya sea por fallo de fecundación o por mala calidad de los embriones (genética o morfológica)

La inseminación artificial consta de tres fases:

- a) estimulación hormonal del ovario, para aumentar el número de ovocitos maduros.
- b) preparación del semen, seleccionando y concentrando los espermatozoides móviles.
- c) inseminación de la mujer, que se realiza en una consulta.

3. Fecundación *in vitro* (FIV)

Se trata de la extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Tras la fecundación, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer.²⁵

²⁵ Según sentencia de 28 de noviembre de 2012, de la CIDH sobre el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, define que la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la

La FIV consta de seis fases:

1. Estimulación del ovario con hormonas.
2. Extracción de ovocitos; en el caso de infertilidad femenina, se puede recurrir a la donación de ovocitos.
3. Inseminación de los mismos, que puede producirse:
 - de forma clásica, poniendo juntos los ovocitos y los espermatozoides previamente seleccionados y tratados.
 - mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) en el caso de que los gametos masculinos presenten problemas de movilidad.
4. Cultivo *in vitro* del embrión; durante el periodo de cultivo el embrión pasa por diferentes estados de desarrollo. Habitualmente los embriones permanecen en cultivo un total de tres días. En algunas ocasiones, es conveniente prolongar el cultivo de los embriones en el laboratorio hasta el estadio llamado de blastocisto (6 días).
5. Transferencia embrionaria; se puede realizar bien en el útero o en las trompas y tiene lugar por vía transcervical, sin anestesia. Las tasas de embarazo con FIV e ICSI están alrededor del 50%, siendo superiores al 60% en el caso de donación de ovocitos.
6. Congelación y descongelación de embriones en su caso; una vez que se ha transferido el número de embriones adecuado para cada caso, los embriones viables sobrantes se someten a un proceso de congelación, lo que permite conservarlos durante un tiempo. De esta forma, estos embriones están disponibles en el momento en que sean requeridos por la pareja.

ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida.

Las tasas de éxito con transferencia de embriones congelados son similares al resto de los tratamientos, superando el 40%, sin aumento del riesgo de aborto o malformaciones. En la actualidad la reproducción asistida (in útero o *in vitro*) es una práctica muy común, aunque dependiendo de los centros, los resultados pueden cambiar.

4. Gestación subrogada

La Gestación subrogada se trata de que una mujer acepta gestar y dar a luz al hijo de otra pareja o persona soltera.²⁶

Normalmente la gestante no tiene un vínculo genético con el niño que dará a luz, ya que este es fruto de una fecundación *in vitro*. Los padres pueden aportar el propio material genético (óvulo y esperma) o en su defecto se recurre a un donante de óvulos y/o esperma.

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”

En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo

²⁶ LOPEZ GUZMAN, José “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada” Universidad de Navarra. Campus Universitario s/n Pamplona, en el sitio de <http://www.aebioetica.org> (consultado el día 5 de junio de 2014)

encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.²⁷

2.2.1.3 La reproducción humana en El Salvador sus causas y efectos jurídicos

Las técnicas de fertilización son algo nuevo en la ciencia, se produjo como anteriormente lo explicamos en otros países más desarrollados científicamente, en El Salvador se implementó un poco más tarde, es por ello que son pocos los casos que se conocen y escasos también los especialistas en esta área, debido a que es una ciencia nueva, los médicos deben estudiar más a fondo y especializarse en ésta, así como obtener los medios e instrumentos adecuados para realizar este tipo de prácticas.

Los métodos de reproducción asistida como la fertilización *in vitro* reta al sistema legal salvadoreño al romper los esquemas de la reproducción humana natural, la fertilización *in vitro* desató la polémica ética, el avance científico, legal y lo moral entran de lleno a la discusión.

Cuando se habla de RHA nos encontramos ante ciertos aspectos que deben tomarse en cuenta para una futura regulación y derechos contrapuestos, como el derecho a la vida privada y familia, derecho a la reproducción versus, derecho a la vida del ser humano en formación.

La situación en concreto se trata de, si las nuevas tecnologías reproductivas son un bien, o no, para el ser humano, podemos responder

²⁷ En El Salvador madre subrogada se conoce también bajo el termino de madre sustitutiva o vientre de alquiler, este proceso implica que existe un contrato, ahora, en cuanto a la legalidad o no del contrato entre la mujer y el matrimonio X, se podría decir que el vínculo de filiación por consanguinidad denominado maternidad es indelegable (art. 133 Código de Familia, en adelante.) por lo que aplica un proceso de adopción cuando existen voluntades expresas sobre el particular.

Debido a que la persona humana no es un bien o mercancía (por razones de buen sentido, art. 9 C. Fam.), por lo que este tipo de "contratos" están fuera del Derecho de Familia y del Derecho Mercantil. Los supuestos que puedan ocurrir serían sujetos a impugnaciones de la paternidad o maternidad (arts. 151ss y 162ss C. de Fam.)

que, a primera vista sí, partiendo de lo que se observa en la sociedad, la aceptación que ésta le ha dado, atribuyéndole más beneficios que perjuicios.

Lo más notable en relación a la práctica de la RHA es una profunda modificación de las relaciones interpersonales, especialmente en el ámbito familiar. Dicha modificación puede, incluso, provocar un cambio en la forma de comprendernos a nosotros mismos. Por ejemplo, los progenitores, en muchos casos, se convierten en simples y eficientes donadores de gametos

De esta forma, surge toda una nueva tipología de posibles “padres”: los padres biológicos -que han colaborado con sus gametos-, los padres sociales -que hacen las funciones de padres, pero no lo son biológicos-, la madre portadora -que gesta al hijo, pero lo entregara a otra persona-, la mujer padre -mujer lesbiana que desempeña el rol social de padre-, etc.

Estas nuevas modalidades de ser padre o madre configuran, a su vez, un nuevo escenario social, con notable repercusión en el desarrollo de los propios sujetos y de su descendencia.

La diversa problemática que genera la admisibilidad ética y jurídica de los embriones sobrantes y la maternidad por subrogación, se trata, ciertamente, de temas que revisten una gran complejidad y actualidad. Frente a la opción de profundizar en alguno de los problemas o perspectivas que plantea la cuestión, aspectos antropológicos, jurídicos, sociopolíticos económicos, entre otros.

Situación de la madre Subrogada

Las técnicas de RHA han sido aceptas por la sociedad debido a que ofrecen la posibilidad de tener descendencia a los que están imposibilitados a ello y a la vez es un tema presente en las discusiones desde el punto de

vista ético y esto debido a las contrariedades con los valores fundamentales de una sociedad tradicional.

La AMM, se ha pronunciado sobre el tema de la RHA a través de la Declaración sobre la fecundación *in vitro* y el trasplante de embrión e insta a los médicos a actuar conforme a la ética y con el debido respeto por la salud de la futura madre y por el embrión, desde el comienzo de la vida. En definitiva, se establece que solo se justifica la RHA, desde un punto de vista ético y científico, en los casos de esterilidad que no responden al tratamiento farmacológico o quirúrgico.²⁸

En aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes, cuyo contenido suele ser denominado “servicio gestacional”. En realidad, se entiende que el propio cuerpo, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la portadora.

Desde ciertos sectores se sostiene que, a pesar de los problemas que se suscitan, es preferible regular la maternidad por subrogación que prohibirla, ya que siempre va a haber países que la permitan y, de esta forma, se evitaría la especulación y el turismo procreativo.

Tampoco faltan los que consideran que la subrogación no plantea ningún problema ético, lo cual en un país como El Salvador si propiciaría una contrariedad puesto que, el cuerpo de la mujer portadora queda reducido a desempeñar un papel puramente instrumental.

²⁸ Declaración de la AMM sobre la Fecundación *In vitro* y el trasplante de Embriones, Adoptada por la 39° Asamblea Medica Mundial, Madrid, España, Octubre 1987.

Como señala Montero, la mujer "...está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella.

Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu"²⁹.

Otro de los aspectos a considerar en este ámbito es el de la asimetría -cultural, económica- que suele existir entre la madre portadora, por una parte, y los que la contratan o los intermediarios que organizan el servicio - entidades privadas, gestores, abogados, centros de fecundación in vitro, entre otros- por otra, en cuanto a información suministrada, privacidad, cláusulas impuestas, etc. Esto puede hacer, de nuevo, que la autonomía y los derechos de la portadora se vean amenazados.

En definitiva, volvemos a la cuestión que se planteaba al principio de esta temática y se trata de establecer hasta qué punto puede ser admisible ética y legalmente que el contenido de un contrato sea el propio cuerpo de la mujer.

Mientras los embriones congelados suscitan el problema de cuál será su destino tras un divorcio o separación. En Escocia, por ejemplo, una mujer descubrió que sus embriones almacenados habían sido destruidos a petición de su ex marido, sin haber sido consultada.

²⁹ MONTERO, E., "La summa divisio iuris entre las personas y las cosas a prueba de la maternidad de alquiler" (inédito).

Situación de Los Embriones sobrantes

La Constitución de la República, en el artículo 1, reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción. Como bien es sabido en marco jurídico salvadoreño, que al hablar de un embrión, este ya ha pasado el período de la concepción, por lo tanto ya es aplicable la legislación salvadoreña y destruirlo sería contrario a la ley.

Desde que se concibe la persona tiene derecho a la vida, es por ello que podemos estar seguros que eliminar un embrión congelado sería calificado como un delito.

La RHA engloba un problema ético con los embriones sobrantes, pues en países con exceso de esto, no se sabe qué hacer con ellos. En algunos casos estos son destruidos para extracción de células troncales en las terapias regenerativas, con la intención de obtener material biológico para fines de experimentación e investigación, como lo es la clonación terapéutica.³⁰

La clonación humana reproductiva está prohibida, sin embargo en Estados Unidos se permite la experimentación de los embriones sobrantes, tanto para tratar de resolver problemas de salud como en la cosmetología.

³⁰El término clonación del griego, "retoño, rama" que significa: copia idéntica de un organismo a partir de su ADN, puede definirse como el proceso por el que se consiguen, de forma asexual, 2 copias idénticas de un organismo, célula o molécula ya desarrollado. La clonación terapéutica es un área en la que se está investigando mucho actualmente, no consiste en clonar personas o crear bebés de reserva, sino tejidos y órganos que poder trasplantar al paciente donante y curar así enfermedades. Los diferentes avances en legislación internacional e investigación permiten la clonación de determinados tejidos animales y humanos con fines de investigación médica. Este tipo de clonación consiste en fusionar el núcleo de una célula adulta (madre o diferenciada) y un ovocito enucleado, al que se le ha extraído el núcleo, para crear un embrión con el que trabajar. Ver en el sitio: http://www.embrios.org/clonacion/fin_terapeutico.htm (consultado el 30 de Mayo de 2014)

2.2.2 Concepto de Persona

La vida de una persona si bien no se sabe a ciencia cierta cuándo terminará, puede intentar señalarse un instante preciso, objetivamente fijado, en que empieza a ser, identificándose el inicio de su ciclo vital con la concepción.

Entonces, desde donde podemos determinar el comienzo de la vida humana? Para poder responder este interrogante es necesario recurrir a diversos planteamientos desde el punto de vista de disciplinas como: la filosofía, fisiología, psicología entre otras, con el propósito de determinar cuándo se inicia la vida de un ser humano.

Para muchas legislaciones, la vida comienza desde un momento específico donde se considera que puede llamársele a ese ser en formación: "persona" es por esto que a continuación se hará una breve mención de los contextos que intentan resolver la cuestión.

2.2.2.1 Contexto filosófico

"Rationalis naturae individua substantia" (Substancia individual de naturaleza racional) es la definición clásica de Boecio que se caracteriza por tres notas: la sustancialidad, la individualidad y la racionalidad. En este sentido persona no es un nombre genérico ya que indica un "quién" y no un "qué"; tampoco designa una naturaleza común sino incomunicabilidad.

Por su parte Aquino³¹ se refiere a la persona con la sentencia *"persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura"* (Subsistente de naturaleza racional) insistiendo así en la incomunicabilidad en el modo de existir.

³¹ Véase, Santo Tomas de A. "El orden del ser: antología filosófica" Edición ilustrada, Editor Tecnos, Madrid, 2003, pp.126-128.

Según la definición clásica la persona es la sustancia individual de naturaleza racional. Según esta noción, ser individuo es lo opuesto a ser un simple género, una noción abstracta, un universal. El individuo es el sujeto que subsiste, que existe realmente y se distingue de toda otra realidad. La cuestión central es si el embrión pertenece a una naturaleza racional para ser considerado persona. La persona en sentido filosófico implica necesariamente la presencia de un espíritu o alma; y si bien, el embrión es biológicamente humano; no existe ningún medio técnico para verificar la presencia en él de un alma racional y por tanto determinar con certeza si es o no una persona.

2.2.2.2 Contexto sociológico, fisiológico y psicológico

Desde la óptica sociológica puede definirse persona como un ser sociable que vive y se desarrolla en sociedad, pero al mismo tiempo nunca deja de actuar con un carácter individual. Es decir somos "yo" y "nosotros" al mismo tiempo. Por eso algunos pensadores como Aristóteles definen al hombre como "animal sociable" y por tanto su naturaleza es ser social.

Si nos atenemos a la fisiología, se puede identificar a la persona como un ser o individuo de la especie humana; como un hombre o mujer dotado/a de un conjunto de características físicas únicas que le permite diferenciarse de los demás

Desde el punto de vista psicológico, persona designa a un ser concreto, abarcando tanto sus aspectos físicos como psíquicos para definir su carácter singular y único. Percibe e interpreta el estado de ánimo, el carácter y la forma de actuar de las personas, además estudia las cualidades y facultades que tiene la persona, como la razón, los sentimientos y los valores que lo distingue de los demás seres.

Son varias las dificultades del estudio de la persona humana estimada insalvable para la psicología. Recordemos sólo las mayores:

- la persona no es ni un objeto ni una manifestación susceptible de ser objetivada, sino manantial o estructura de actos; no es una realidad fenoménica ni una suma de cualidades, sino unidad singular inabarcable;
- no es formación hecha, definitiva, sino proceso concreto que termina sólo con la muerte;
- por último, los actos que origina y que constituyen su realidad no se prestan a la reflexión psicológica, pues se dan de manera inmediata y concreta, sobre todo en la participación amorosa.

2.2.2.3 Definiciones de persona

Aunque la definición más común de "persona" es el de "ser dotado de razón, consciente de sí mismo y poseedor de una identidad propia", su significación puede tratarse desde diferentes perspectivas.

Hay una diferencia perceptible entre la concepción filosófica de persona y la que se puede encontrar en lo jurídico; pues, aquí será entendida como una categoría genérica, importante para la vida práctica, y sus raíces se encuentran en el derecho romano; o sea, para el que hacer jurídico, no implica tanto la auténtica realidad humana.

El derecho ve en la persona un sujeto destinatario de norma legalmente establecida, presupuesto y fundamento de la justicia y la ley, término clave de relación jurídica, titular de cosas suyas, centro y final de la imputación normativa, ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, Asimismo expresa Hegel³²: "sed persona y respeta a los otros

³² <http://www.monografias.com/trabajos7/perde/perde.shtml>, Juan Eliseo Montoya Marín, Concepto de Hombre Persona y Derechos Humanos, Antropología y Derechos Humanos, Lic. Filosofía y Pedagogía (Universidad Pontificia Bolivariana – Medellín) Mg. Teología con

como personas", esto quiere decir que cada individuo constituye la relación básica del derecho y la ética.

Esta afirmación Hegeliana establece lo que jurídicamente es casi ignorado, puesto que pone –Hegel-, en sentido *ius* filosófico, los fundamentos de los derechos humanos, no en la positividad legal, o sea, como hemos visto, en el establecimiento positivo de las normas, sino en las necesidades personales de cada sujeto como un ser moral, racional, valorativo y creador.

Persona: ser o entidad capaz o susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Persona y sujeto de derecho³³. Si se entiende por sujeto de derecho aquel que actualmente tiene un derecho o deber, el concepto de persona es más amplio porque comprende también a quien puede llegar a tener un derecho o un deber, aunque actualmente no lo tenga. Pero tomada la expresión, "sujeto de derecho" en abstracto, o sea sin referirla a ningún derecho o deber concreto, viene a ser sinónimo de persona.

"Todo ser físico ya sea hombre o mujer, o ente moral, es decir, pluralidad de personas legalmente articuladas; que son capaces de tener derechos y obligaciones"³⁴ de esta forma las personas son los únicos posibles sujetos de derecho, ya que tienen existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones.

Énfasis en Sagrada Escritura (U. P. B. – Medellín) Psicología (actualmente) misma Universidad.

³³ Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L, P. 569

³⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael "Compendio de derecho civil" I, Editorial Porrúa, Edición 30, P. 75.

2.2.2.4 Clasificación de Personas Naturales

Primeramente es necesario delimitar el concepto de persona como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones no debe confundirse con el hombre ni éste su único sustrato o soporte material. La personalidad jurídica, es decir, la aptitud para adquirir derechos, puede predicarse también de otros entes tales como, el ser humano concebido -el cigoto, embrión o feto, según el estado de su evolución- o las organizaciones humanas.

Personas naturales son aquellas en la que los elementos materiales se asientan en el hombre o en el ser concebido.

a) Personas por nacer

Esta denominación adolece de una contradicción lógica, puesto que la persona (concepto jurídico) es tal a partir de la concepción y lo por nacer es el hombre. Para ser más precisos es necesario referirnos a la personalidad del concebido, al *nasciturus* -esta para nacer-. La personalidad de nasciturus se adquiere con la concepción y los derechos que le corresponden son, en principio siempre, derechos condicionales en virtud de la ley. Estos derechos están sujetos a una resolución, se adquieren en el momento de la concepción pero se resuelven si no se produce el nacimiento con vida.

b) Personas Físicas

Las personas por nacer y las personas físicas conforman dos etapas de la existencia de las que llamamos personas naturales. La sola concepción en el seno materno, significa el comienzo de la existencia de la persona, pero para que se mantenga tal condición y subsista el sujeto de derecho es

necesario que el concebido prolongue su existencia biológica extrauterinamente.³⁵

El nacimiento con vida, es entonces la condición esencial para que se inicie la segunda etapa para que se inicie la existencia de la persona natural. Nacer es salir del vientre de la madre y para que los efectos jurídicos se produzcan debe existir Vida Independiente y Autónoma, aunque más no sea por un instante después de estar completamente separada de la madre.

No es imprescindible el corte del cordón umbilical ni que el nacido vivo tenga la posibilidad de prolongar la vida extrauterina. Producido el nacimiento, se consolida definitivamente los derechos concedidos en el período anterior y puede operarse su transmisión. Por el contrario, si el feto expulsado del seno materno no estuviera ya muerto o muriese durante el parto la persona por nacer se extingue.

2.2.3 Teorías sobre el inicio de la vida humana

La naturaleza jurídica del fruto de la concepción, especialmente en las primeras etapas de su evolución, ha generado continuos enfrentamientos de diversas posiciones, convirtiéndose en uno de los problemas centrales a dilucidar. Los cuestionamientos relativos a la calidad del individuo por nacer reconocen antigua data, siendo abundantes las opiniones vertidas al respecto, en particular por quienes discuten sobre la legitimidad del aborto.

Pese a ello, todavía se confunden conceptos y se arriba a explicaciones forzada, para avalar una u otra postura, negando las incontrastables evidencias que la biología pone a nuestro alcance y

³⁵ *Vid. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (CADH), establece en su artículo 4 que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Es decir que se protege el derecho a la vida desde el momento que se fecunda el ovulo con el esperma y se crea el embrión.*

permitiendo una intromisión exagerada de concepciones morales o religiosas en el ámbito jurídico.

2.2.3.1 Teorías antiguas

Desde los tiempos de Roma se han venido señalando un par de teorías para dar por sentado la existencia o no de persona al no nacido, las cuales sostienen que la personalidad del ser humano comienza en el momento del nacimiento por considerar que con anterioridad el hombre no tiene una vida independiente.

Sus partidarios más extremistas llegan a sostener que el feto no es sino una parte de la madre, lo que es falso puesto que biológicamente está demostrado que el feto no es parte del organismo de la madre y desde luego, tiene una vida diferente de la vida de ella. Estas teorías del nacimiento, a veces atenuadas o complementadas, han predominado desde los tiempos de Roma.

Dentro de ellas podemos distinguir:

A) Teoría de la vitalidad: Esta teoría considera que la personalidad del ser humano da inició con el nacimiento, y se entenderá nacido si cumple con 3 requisitos, entre ellos:

1- Que la criatura sea separada de su madre; este hecho da surgimiento a que la criatura goce de derechos y ser objeto de una protección jurídica independiente que le corresponde a la madre, y no interesa distinguir como se realizó la expulsión del nuevo ser humano del claustro materno, pues tanto el expulsado por parto espontáneo, por operación de cesárea, o el expulsado prematuramente con intervención quirúrgica o sin ella, se considera ya nacido para determinar personalidad.

2- Que la separación de la criatura sea completa. Para la Teoría de la Vitalidad la criatura al nacer aparte de ser separado de su madre, debe cortársele el cordón umbilical que lo une al vientre materno, el cual sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto³⁶, y así poder considerarlo nacido, de lo contrario de no cumplir con este requisito el concebido no tendría personalidad legal y para esta Teoría no sería persona humana.

Entre los autores existen discusiones, y se preguntan “¿Qué ha querido decir el legislador con esa frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, si quiera el del cordón umbilical que une el embrión a la placenta y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre el feto”; y además se cuestionan, si la simple expulsión del ser humano es suficiente para poder considerar nacido, o si se requiere el rompimiento del cordón umbilical que une el feto al vientre materno”; para algunos autores creen que no es necesario “que sea roto el cordón umbilical, pues consideran como esencial los síntomas reveladores de vida independiente de la madre”; en cambio otros autores opinan que el nacimiento solo se verifica cuando el cordón umbilical se haya cortado, pues la ley exige la separación completa del vientre materno.

3- Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Según esta teoría una vez realizada la separación de la criatura completamente del vientre materno, debe vivir un instante siquiera, sin importar la fracción más insignificante de tiempo para determinarse que la criatura si vivió separada de su madre; pero en el caso que la criatura no de signos de vida y se requiera determinar si vivió o no un momento siquiera a la separación completa, la doctrina plantea que debe realizarse algunas

³⁶ Puede verse ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo: “Los Sujetos de Derecholl, 4º Edic., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971, Pág. 158.

pruebas, como la denominada “Docimasia Pulmonar Hidrostática”³⁷, y para el doctrinario Arturo Valencia Zea, se denomina “Docimasia Respiratoria o Prueba de los Pulmones” por lo que en el momento del parto se debe observar “los signos de la criatura realiza, como el llanto de la criatura al momento de la expulsión, de lo contrario se deberá pedir ayuda de los procedimientos médicos legales, que van dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, que son signos por excelencia de la vida”;

La prueba realizada por el médico para determinar si la criatura vivió un instante siquiera separada del vientre materno, “consiste en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija con agua y si estos flotan, significa que la criatura ha respirado”³⁸.

Según esta prueba realizada por los médicos plantea “que el aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden, porque si los pulmones caen al fondo de la vasija, debe suponerse que la criatura no vivió un instante siquiera y se reputara que nunca existió”³⁹.

Los Romanos se apegaban a la Teoría de la Vitalidad, pero además de los tres requisitos exigidos por esta Teoría, consideraban que para otorgarle personalidad a la criatura, “era necesario que el nacido con vida fuera un ser humano”, porque si la criatura nacía con alguna deformidad era considerada “un monstruo o un prodigio, pues Savigny definía los seres

³⁷ Docimasia Pulmonar Hidrostática (Docimasia Pulmonar Hidrostática de Galeno) La docimasia será positiva, cuando los pulmones en su totalidad parenquimal o en porciones flotan en el agua, indicando entonces que el recién nacido respiró. Se puede ver más en (Dir.) / Bandrés Moya / Tejerina Gómez “Medicina Legal Reproductiva Obstetricia y Ginecología Legal y Forense” Tomo IV del Tratado Legal y Forense, Bosch España.

³⁸ ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Ob. Cit. P. 160.

³⁹ El ya derogado Código Civil Salvadoreño establecía en el Título II, “Del principio y fin de la existencia de las personas, capítulo I sobre el principio de la existencia de las personas y Art. 72 respaldaba esta teoría al establecer que: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

humanos, como aquellos que presentan los signos característicos de la humanidad”;

En cambio para otros autores según ésta Teoría también exigían como requisito que la criatura debía ser presentada en la Iglesia ante Dios y ser bautizada para otorgarle personalidad. Esta teoría es, entre todas las teorías del nacimiento, la que predomina desde los tiempos de Justiniano.

Según la teoría de la vitalidad, el simple nacimiento con vida determina en el ser humano el carácter de persona natural y, en consecuencia, de sujeto de derechos, dicho de otra manera, para considerar como nacido vivo el producto de un alumbramiento exige solo la presencia de signos de vida, aunque sea por un instante, después de la separación de su madre, se concibe pues el nacimiento y el principio de la persona humana como sujeto de derechos, como un hecho puramente natural, no condicionado por el hombre.⁴⁰

B) Teoría de la viabilidad: La Teoría de la Viabilidad consiste que para ser persona es necesario que la criatura nazca, que sea separado completamente de su madre, y que viva como mínimo veinticuatro horas, “es decir que después de haber sido separado del claustro materno el niño pueda continuar viviendo”,⁴¹ para esta Teoría no se requiere que la criatura viva un momento siquiera sino que tenga aptitud para seguir viviendo después de la separación de su madre.

Algunos doctrinarios cuando se refieren a la Teoría de la Viabilidad le hacen críticas, a las dificultades que esta presenta y además porque consideran que “la Teoría se basa en pronósticos y no en un hecho como la

⁴⁰ Vid., En el sitio: <http://registrocivilapunteshn.blogspot.com/2008/01/la-teoria-de-la-vitalidad-y-la.html> (consultado el 22 de Junio de 2014).

⁴¹ ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo, Ob. Cit. P. 161

Teoría de la Vitalidad, ya que al afirmar que un recién nacido no es viable, es como que se predice que la criatura morirá⁴².

Algunas Legislaciones como Chile, Francia, y España acogen la Teoría de la Viabilidad y “presumen viable aquella criatura que viva como mínimo veinticuatro horas, sin embargo la Ciencia demuestra que al niño puede vivir dicho lapso y no ser viable: Andrés Bello añade una dificultad, “de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo”, lo cual es arbitrario e injustificado porque si se exige veinticuatro horas, porque negarle la existencia legal a la criatura que solo vive doce horas, seis horas o cinco minutos”

En la Teoría de la Viabilidad existen consecuencias como por ejemplo cuando la criatura no cumple los requisitos exigidos por ésta Teoría para determinar que la criatura que nació es persona humana, en el caso en que la criatura no haya vivido más que diez minutos según el planteamiento de la Teoría de la Vitalidad es persona, porque exige que el nacido viva un momento siquiera para serlo; pero en el caso de la Teoría de la Viabilidad que tiene como requisito vivir como mínimo veinticuatro horas, el nacido no sería persona si solo vive diez minutos debido que para esta Teoría sino cumple con los requisitos la criatura es como que nunca haya existido; además no podría transmitir sus bienes a sus herederos por no haber adquirido ese derecho al no otorgarle la calidad de persona.

Exige que el feto nazca vivo y viable (*vitae-babilis* literalmente: hábil para la vida), o sea, apto para vivir fuera del seno materno, ya que estima que, caso contrario, no existe una vida humana independiente. Acogieron esta teoría entre otros, el Código Civil francés, el italiano de 1865 (no el vigente) y el español. El gran inconveniente que presenta esta teoría deriva

⁴² Idem,

de la doble dificultad de determinar si un niño nacido vivo es viable o no, y de probarlo después.

Para obviar tal inconveniente, el Código Civil italiano de 1865 establecía una presunción *juris tantum* de viabilidad, o sea, que consideraba que todo niño nacido vivo había nacido viable, salvo que se probara lo contrario. El Código Civil español estableció en cambio una presunción *juris et de jure*, de que es viable todo niño que sobrevive 24 horas al nacimiento y de que no lo es, el que no sobreviva dicho plazo. Este sistema de determinar la viabilidad por la supervivencia del niño, no corresponde a la realidad, ya que puede ser viable un niño que muera a las pocas horas de nacido (p. ej.: por un accidente), y no serlo un niño que fallezca al segundo o tercer día de nacido.

2.2.3.2 Teorías modernas

Aunque desde un punto de vista biológico la vida humana comienza desde la fecundación, la discusión se refiere a cuándo esa nueva vida tiene estatuto ontológico, existente merecedor de protección, en última instancia, cuándo es equiparable a una persona, y por lo tanto inviolable. De hecho, buena parte de las polémicas sobre el estatuto del embrión y el feto, están impregnadas de las consecuencias de intentar aplicar el concepto jurídico de persona, fijado por lo general a partir del momento del nacimiento.

Según ciertos autores, hay un error cuando se intenta recurrir a criterios ontológicos, psicológicos, culturales o jurídicos sobre el comienzo de la vida humana para establecer el estatuto moral del embrión. De esta forma el problema está mal planteado, y no tendría solución. Sólo cabe un planteamiento desnudamente ético: dada la incertidumbre, se trataría de elegir el beneficio de la duda para proteger al nuevo ser, o bien conceder la libertad de disponer de él libremente.

Pero sin pretender adentrar en más cuestiones éticas respecto al comienzo de la vida humana, modernamente son principalmente tres las teorías que se emplean a la hora de discutir sobre el carácter humano del embrión:

A) Teoría de la Fecundación o de la formación del genotipo

Tanto la Iglesia Católica como numerosos autores sostienen el pleno status del ser humano, para el embrión desde el inicio mismo de su proceso evolutivo. Esta postura sostiene la existencia de vida humana digna de absoluta protección y por ende intangible, desde el momento mismo de la concepción, repudiando toda maniobra que implique la experimentación con embriones humanos que concluya con su destrucción, cualesquiera sean sus fines, y reivindicando consecuentemente la legislación represiva en tal sentido.

Consideran que la Biología demuestra de manera incontrastable, que desde el mismo instante de la concepción existe un ser humano, dotado de un patrimonio genético propio, tan digno de defensa como un niño nacido a término.

Como lo han manifestado las autoras argentinas Dolores Loyarte y Adriana Rotonda, “al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto que reúne, desde el instante mismo de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran en el proceso, a partir del momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicho cigoto, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto”.⁴³

⁴³ Citado por Dolores Loyarte y Adriana Rotonda. En el sitio: www.bioetica.org/aut3.htm (consultado el 13 de Julio de 2014).

Sustentan su postura en el hecho de que una vez penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida distinta de la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético único e irrepetible. Y que, a partir de allí, se inicia un proceso uniforme, autogobernado por el mismo embrión, que no reconoce en su evolución, posteriores saltos cualitativos con significación suficiente como para postergar la certeza de que tal formación vital posee calidad de ser humano.

Este pensamiento recibe el nombre de teoría de la fecundación o de la formación del genotipo. Consideran que los principales resultados de la fecundación son:

- a) El restablecimiento de número diploide de cromosomas (la mitad del padre y la mitad de la madre). Por ello el cigoto tiene una nueva combinación de cromosomas diferente de la de ambos progenitores (ADN propio).
- b) La determinación del sexo del nuevo individuo. El sexo del embrión queda determinado en el momento de la fecundación, y
- c) La iniciación de la segmentación o división mitótica que produce el aumento creciente del número de células, llamadas blastómeros, que por sucesivas divisiones llegan a constituir un conglomerado de doce a dieciséis células.

Dentro de esta corriente hay quienes sostienen que se trata de una persona en potencia, y que de tal potencialidad deriva su inviolabilidad; en tanto otro grupo afirma que ya es persona en acto, puesto que durante el desarrollo sólo completa sus potencialidades, presentes desde el inicio.

Una de las objeciones que se le realizan a esta teoría se basa en un punto de vista estrictamente biológico, ya que se presenta como un instante lo que en realidad es un proceso, que, tratándose de una fecundación *in Vitro* dura entre diez y veinticinco horas.

B) Teoría de la Anidación.

Una de las tantas razones que impulsan esta teoría, tiene en cuenta que hasta que no se haya verificado la anidación, esto es hasta que no se haya fijado el huevo fecundado en la mucosa uterina, no es posible constatar fehacientemente signos de embarazo en el organismo de la mujer. Por lo que resultaría lógico afirmar que hasta que no se completa la implantación no hay embarazo.

Otro de los argumentos hace alusión a la existencia de una suerte de selección natural en el período comprendido entre la fecundación y la anidación, de la que resulta que sólo el cincuenta por ciento de los cigotos se adhiere al útero materno, perdiéndose el resto, generalmente por presentar anomalías significativas. Una vez producida la implantación el porcentaje de pérdidas se reduce a un máximo del veinte por ciento.

La teoría de la anidación, considerando el estado actual de las ciencias biomédicas, al equiparar la implantación con el inicio de la vida humana, al caracterizar de esta forma el bien jurídico a tutelar, automáticamente deja sin protección a los óvulos fecundados sea cual fuere el estado de evolución que los mismos hayan alcanzado.

C) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.

Modernamente ha surgido una nueva hipótesis, que tiene en cuenta el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central, ya que se estima que éste es el punto determinante en el inicio de la vida del ser humano.

Finalizado el proceso de anidación, estando el blastocito incluido por completo en la mucosa uterina, aparecen los rudimentos de lo que será la

corteza cerebral y del futuro sistema nervioso, por lo que recién con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente, que más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana.

El comienzo del desarrollo del sistema nervioso central tiene lugar entre el 15 y 40 días de la evolución embrionaria, detectándose en los primeros diez días de ese período los cambios más significativos. Los fracasos importantes en la formación de la corteza cerebral suelen verse acompañados de abortos espontáneos, en los cuales el cuerpo de la madre actúa como si no reconociese al embrión.

La actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrable a las ocho semanas, lo que ha llevado a algunos adherentes de esta teoría a sostener que recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana. Esto implica necesariamente, negar al embrión la calidad de vida humana digna de protección, admitiéndola recién al alcanzar el ser en formación el estadio de feto.

Se podría decir que al tratarse el hombre de un ser fundamentalmente consciente no se lo puede reputar como tal hasta el cuarto mes de gestación, momento en que se logra detectar electro-encefalográficamente la actividad de su sistema nervioso central, directamente ligada a su posibilidad de conciencia.

Concepción o fecundación

Hasta ahora hemos utilizado indistintamente los vocablos "fecundación" y "concepción" para designar el mismo concepto: a saber, el inicio de la vida humana desde un momento primordial, cuando un espermatozoide penetra, fecundándolo, en el ovulo. Sin embargo, es

necesario ahora dedicar nuestra atención al examen semántico detallado de estos términos en cuanto que en la realidad las cosas no parecen estar exactamente como los hemos presentado, y “fecundación” y “concepción” designan conceptos (y momentos) diferentes del proceso de gestación.

El vocablo “concepción”, así como todos los demás miembros de esa familia lingüística -como “concebir”- deriva del latín *concipere*, cuyo significado general es tomar, adueñarse, recibir en sí mismo, introducir, aferrar.

El significado original del término “concepción” encuentra sus raíces en este mundo primordial, cuando se sabía poco de cómo se iniciaba el proceso gestativo. Su significado, para decirlo en otras palabras, se configura a partir de la observación de las consecuencias del acto sexual sin indicación alguna acerca del cómo, del cuando tenía su inicio la vida en el vientre materno. Tal era su significado, y era más que suficiente para satisfacer las necesidades de comunicación cotidiana: se indicaba que una mujer estaba embarazada y que en ella había iniciado a crecer un feto o un niño, y que después de transcurrido un cierto periodo este vendría a la luz. Por otro lado, tenemos también la forma pasiva de significado del vocablo “concepción”: en este caso tiene que ver ya no tanto con la madre cuanto con el hecho de que el niño o el nuevo ser es creado o formado en el útero y de tal modo comienza a existir.

¿Qué sucede con el vocablo “fecundación”? En su significado habitual, se refiere a la unión de dos células sexuales en una sola, de la que se origina a su vez un nuevo organismo viviente; en pocas palabras, si nos detenemos un tanto a reflexionar, con el vocablo “fecundación” emerge un área semántica que presupone un conocimiento más profundo del proceso que culmina con el nacimiento de un ser humano.

En razón de los términos que utiliza, y de los conceptos que implica, esta definición presupone, en otras palabras, que nuestro saber acerca de cómo inicia la vida humana haya superado el estadio del mito del misterio: sabemos que el nuevo ser se desarrolla a partir de la unión de dos células sexuales, una proveniente de la mujer y otra aportada por el hombre. Con la fecundación, a diferencia de la concepción, se hace referencia a un momento preciso del proceso: cuando un espermatozoide penetra en un ovulo. ¿Cuál es la relevancia de esta distinción, y además de la reflexión acerca del significado de “concepción” y “fecundación”? En el lenguaje cotidiano ambos términos se utilizan casi indistintamente, como si tuviesen la misma y exacta área de significado⁴⁴.

2.2.4 Aspectos éticos en reproducción asistida

La RHA trajo consigo además de un avance en la tecnología y ciencia reproductiva, problemas éticos y parece ampliarse cuando se recibe información sobre los caminos que, con diferentes intereses, se intentan abrir con posibles futuras vías de experimentación embrionaria.

Esta situación ha propiciado también la aceptación social de métodos de reproducción artificial ya conocidos, como la inseminación artificial, intra-conyugal o mediante donación de gametos, que anteriormente no gozaban de la misma consideración.

Sin embargo, este balance de lo que cabría considerar como uno más de los grandes avances tecnológicos de la medicina del siglo XX, se ha visto rodeado de polémica desde su inicio, debido, entre otras objeciones, a las connotaciones que rodean el lograr la concepción de nuevas vidas humanas a expensas de provocar la pérdida de otras en el camino.

⁴⁴ DÍAZ, Adrian Renteria, “*El Aborto. Entre la moral y el derecho*”, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, pp. 119-120

Son varios los aspectos que pueden interesar a la ética de las parejas infértiles. En definitiva, son los mismos temas que interesan a la opinión pública de la sociedad en general:

1. Posible daño a los hijos: Este apartado reviste una doble consideración. En primer lugar, el temor a la aparición de un posible daño físico en el desarrollo fisiológico de los nacidos parecería estar justificado por el sentido de estar alterando la propia selección natural de la especie. Las observaciones de seguimiento de los nacidos mediante TRA indican que no hay un mayor riesgo de malformaciones congénitas, que se sitúa alrededor de un 2.6%,⁴⁵ no significativamente diferente del esperable en los embarazos espontáneos ya que las anomalías específicas observadas en niños nacidos de ICSI parecen estar más bien relacionadas con la prematuridad y los embarazos múltiples. Sin embargo, el índice de alteraciones genéticas, sobre todo a expensas de las aneuploidias ligadas a los cromosomas sexuales, sí es un 1% superior al observable en los embarazos naturales.

En otro orden, se situarían las consideraciones derivadas del posible trastorno psico-afectivo originable en niños nacidos a través de reproducción asistida en situaciones de obligada orfandad parcial, tales como las provocadas por la inseminación postmortem, la reproducción artificial en mujeres en edad menopáusica o, simplemente, la inseminación en mujer sola, ya enunciadas anteriormente.

⁴⁵ Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: I Informe Anual. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid 1998. En el sitio: http://www.aeu.es/userfiles/06_Reproduccion_Asistida.pdf (consultado el 16 de Junio de 2014).

Estas situaciones no están permitidas en varias legislaciones europeas⁴⁶ debido, precisamente, a la consideración de que una ley, promulgada en beneficio de las personas, no debe propiciar ni promover situaciones a priori indeseables, tales como nacer con una carencia afectiva paterna o materna.

2. Conflictos afectivos entre padres referenciales y padres biológicos: Este tipo de situaciones suele ser el resultado de la llamada maternidad subrogada o maternidad de alquiler. Su aprobación debería ser desestimada en nuestro ordenamiento jurídico por considerar que se estaría comerciando con la vida humana, en concreto, con el embrión fruto de esos embarazos y con el cuerpo de la mujer que se presta a llevar adelante esa gestación sin vinculación afectiva con el feto.

Las supuestas "compensaciones económicas" en países como Inglaterra, en los que estas situaciones están admitidas legalmente, simplemente parecen ser la cobertura legal para realizar pagos, encubiertos bajo la capa de altruismo de las mujeres gestantes de los llamados "bebés de encargo". En el otro extremo se situarían los embarazos de mujeres emparentadas, en las que una de ellas no puede llevar a cabo una gestación y una mujer familiar de ésta asume altruistamente dicha gestación.

Se argumenta en contra de esta posibilidad el previsible daño psicológico que puede ocasionarse al niño así nacido y, de hecho, no parece que una ley deba obligar a nadie a nacer con dos madres biológicas, la genética y la gestacional, aparte de las consideraciones, que resultan imprevisibles, sobre los lazos de afectividad -rechazo o deseo de posesión que se puedan crear entre la madre gestante y el feto, genéticamente ajeno, durante el prolongado periodo del embarazo.

⁴⁶ VEGA M, Vega J, Martínez Baza P: Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Cuadernos de Bioética 1995; 21: pp. 45-56

3. Comercialización de la vida humana: Ya que las legislaciones vigentes en muchos países sobre la venta y el comercio de tejidos y órganos para trasplantes no se extienden a los embriones, se ha postulado que se deberían desarrollar normativas de aplicación concreta en este sentido.

Si, por el contrario, se decidiera compensar económicamente de algún modo a las parejas que aceptan donar sus embriones "excedentes" a otras parejas infértiles, ya que aquellas han soportado una serie de gastos e incomodidades en su intento de lograr descendencia, precisamente gracias a lo cual el proceso de adopción de embriones resulta ser menos costoso, esto implicaría con más razón aún el establecimiento de una normativa que evite dar lugar a un comercio sumergido de la vida humana.

Por todo ello, si se plantea y acepta una posible donación de embriones, ésta debería ser realizada primeramente al centro sanitario correspondiente, guardando los criterios de donación no lucrativa. Una vez guardada esta premisa, el centro en cuestión quedaría en libertad de actuación para proceder a una implantación de embrión procedente de pareja donante anónima.

4. Destrucción de vidas embrionarias: Sin tener en cuenta la existencia de un profundo debate constatable a nivel biológico, ético y jurídico, en nuestro entorno cultural y político y en nuestro propio país, sobre cuál es el momento en que comienza la vida humana, la CADH. tomó partido, estableciendo que hay vida desde la fecundación, aunque para todos, se admite que hay diferentes argumentos (genéticos, embriológicos y de biología celular), con el correspondiente respaldo social, que apoyan también la hipótesis de que el momento inicial de la vida humana coincide con el momento de la fecundación, el estado de duda, rechazando actitudes dogmáticas, debe llevar a respetar en todo momento al organismo biológico en desarrollo que pertenece a la especie humana, se le otorgue o no

jurídicamente el estatuto de "persona" en base a posibles derechos patrimoniales.

No debe permitirse que se esté manipulando, destruyendo o dañando seres humanos en el periodo más vulnerable de su existencia, el del inicio de su desarrollo biológico.

5. Instrumentación de embriones:

Adicionalmente, las parejas deben conocer cuál va a ser el destino de sus embriones, una vez lograda la fecundación, si se les propone su congelación, y poder decidir, en base a sus propios criterios éticos morales, el número de ovocitos a ser extraídos y fecundados por ciclo. Debido al previsible problema ético que, de hecho, plantea la situación de un excesivo número de embriones congelados que los padres no desean posteriormente que les sean implantados, la crio preservación embrionaria no está aprobada legalmente en países como Alemania o Austria.

Se considera especialmente preocupante la cuestión sobre el posible destino para fines de investigación de los embriones congelados considerados sobrantes en los Bancos de preembriones.⁴⁷ Adicionalmente "se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación". Este criterio debería ser respetado en cualquier creación futura de la legislación que se proponga en El Salvador.

⁴⁷ A este respecto, debemos recordar que el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina aprobado por el Consejo de Europa y ratificado por España el 4 de Abril de 1997, en su artículo 18, claramente dictamina: "Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley (de un estado miembro) ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión".

2.2.4.1 Enfoque religioso sobre la RHA

Existen concepciones morales y religiosas contrapuestas en relación a la RHA. De manera sucinta plantearemos la opinión de la principal religión en el tema que nos ocupa, por su importancia en el ámbito social.

La Postura de la Iglesia Católica es firme, dice que "La vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de su concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre ellos, el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida.

Sobre esto de la fecundación "in vitro" la Iglesia Católica tiene juicios morales taxativos, como el siguiente: "Los embriones humanos obtenidos in vitro son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como "material biológico disponible."⁴⁸

Así mismo, la Iglesia trata los criterios morales que se deben ser aplicados a los problemas que hoy se plantean en el ámbito de la biomedicina. Los médicos deben respetar la vida de los seres humanos al igual que deben comprometerse a ayudar a los demás seres humanos para la preservación de la salud para una vida sana, pero cuando se llega al punto en que la ciencia y los avances científicos pueden ser utilizados para manipulaciones genéticas "en materia de embriones", la investigación médica debe renunciar a intervenir sobre embriones vivos, a no ser que exista la certeza moral de que no se causará daño alguno a su vida y a su integridad ni a la de la madre.

⁴⁸ Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum vitae*, I, puede verse en el sitio www.vatican.va/roman_curia/congregations...r-human-life_sp.html (consultado el 13 de abril de 2014).

Se desprende de esto que toda investigación, aunque se limite a la simple observación del embrión, será ilícita cuando, a causa de los métodos empleados o de los efectos inducidos, implicase un riesgo para la integridad física o la vida del embrión.

Según la Iglesia la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida⁴⁹.

Desde el siglo primero, la Iglesia ha afirmado la malicia moral de todo aborto provocado. Esta enseñanza no ha cambiado, permanece invariable. El aborto directo, es decir, querido como un fin o como un medio, es gravemente contrario a la ley moral. No matarás el embrión mediante el aborto, no darás muerte al recién nacido⁵⁰.

También el Concilio Vaticano II, se manifestó claramente en contra del aborto afirmando el derecho a la vida desde el mismo momento de la concepción, declarando a aquel "crimen abominable"⁵¹. El derecho a la vida se define así: Derecho, tanto individual como colectivamente considerado, que tiene todo ser humano a mantener y desarrollar plenamente su existencia biológica y social-conforme a su dignidad.

También es el derecho de la persona a conservar su estructura psicosomático de forma íntegra, considerada ésta en su totalidad, de tal forma que pueda realizar de la forma más plena posible los restantes elementos que la componen; es Derecho a conservar la existencia dentro de unos márgenes de viabilidad y dignidad, considerada la estructura psicosomática del ser

⁴⁹ Véase la revista "Donum Vitae" de la Consagración Para la Doctrina de la Fe de 1987.

⁵⁰ IGLESIAS, M. "Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial". Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona. 1954

⁵¹ Juan Pablo II, Encíclica Evangelium Vitae. 1995.

humano en alguno de sus componentes, de tal manera que no sufra menoscabo o detrimento en alguna de sus facetas básicas. Derecho a mantener la intangibilidad y a obtener la protección de la dimensión moral de la vida humana: honor, intimidad, entre otros.

"La vida, desde su concepción, ha de ser salvaguardada con el máximo cuidado; el aborto y el infanticidio son crímenes abominables"⁵². También dice que La ley divina y la ley natural excluyen, pues, todo derecho a matar directamente a un hombre inocente. Hace referencia también a los avances científicos que cada vez son más refinados y cuyas consecuencias pueden ser graves... Así como no hay derecho a utilizar para un fin cualquiera la energía nuclear, tampoco existe autorización para manipular la vida humana de la forma que sea".

2.2.5 Derechos y responsabilidades en la práctica de las técnicas de RHA

2.2.5.1 Derechos del *nasciturus*

A. Derecho a la vida

*"Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral..."*⁵³ -Artículo 2 inc. 1 de la *Constitución de la República de El Salvador*-

El derecho a la vida en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida se asimila habitualmente al derecho que el producto de la concepción tiene a nacer. Sin embargo, ello limita el derecho a la vida a una sola de sus manifestaciones, quedando excluido, tanto el aspecto de la

⁵² *Vid.*, "La Píldora del día Siguiente Nueva Amenaza Contra la Vida" en el sitio: [Http: //www.conferenciaepiscopal.es/ documentos/ Conferencia/pildora.htm](http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/pildora.htm) (consultado el 27 de abril de 2001).

⁵³ *Ibíd.* P 73

conservación y protección de la actividad substancial del embrión o feto en su vida anterior al nacimiento, como el referido al hijo una vez producido el nacimiento.

La vida del feto o embrión antes del nacimiento, y no hablamos de vida “intrauterina” pues algunos momentos de esta fase de la gestación pueden darse fuera del útero de la madre, puede vulnerarse en dos prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida; En la técnica de la fecundación *in vitro*, y la crio-preservación de embriones obtenidos fundamentalmente a través de la fecundación *in vitro*.

En relación con el derecho a la integridad física y moral, y consecuentemente con la postura planteada en el punto anterior, si se sostiene que existe vida y, por consiguiente, estamos ante una persona desde el momento mismo de la concepción, entonces cualquier manipulación, es decir, cualquier actuación que se realice sobre los embriones o sus células, podría ser, potencialmente al menos, un atentado contra este derecho. No resulta relevante en este punto distinguir si el embrión ya fue implantado en la mujer o se encuentra congelado, pues, en todo caso, la vida no se suspende ni aún a los $-196,5\text{ }^{\circ}\text{C}$.

B. El derecho a conocer el propio origen biológico

Entre los diversos intereses en conflicto presentes en las técnicas de reproducción asistida, encontramos por una parte la salvaguarda de la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos y, por otra, el derecho de toda persona -incluidos los nacidos a través de estas técnicas- a conocer el propio origen o ascendencia biológica.

El origen del derecho a conocer la propia identidad biológica está relacionado con el desarrollo del tratamiento jurídico de la filiación que se produjo en Alemania por el influjo de la ideología nacionalsocialista, que

sentía como necesario el poder distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. Para estos efectos, se empezó a reconocer por la jurisprudencia el derecho del hijo no matrimonial a la declaración de la filiación biológica.

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, en las cuales pueden llegar a distinguirse, al menos, una paternidad social y otra biológica, especialmente cuando la técnica implica la donación de gametos por parte de un tercero.

La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto.

Sobre las bases de la conveniencia o inconveniencia del anonimato del dador de gametos, caben varias posibilidades respecto del conocimiento de su propio origen por parte del nacido y, consecuentemente, de las relaciones de éste con el donante. A saber:

1. Permitir reclamar al así nacido la paternidad del donante de gametos con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su paternidad o maternidad -posición maximalista-.

2. Preservar el anonimato total del donante, de manera que el nacido nada pueda conocer de su origen genético (posición minimalista).

3. Dos soluciones intermedias:

a) Que el nacido sólo pueda conocer datos biogenéticos del donante.

b) Que el nacido pueda conocer la identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica.

Respecto de la primera alternativa, creemos que es rechazable, porque no pueden confundirse las relaciones derivadas de la filiación, de las cuales ya disfruta el hijo respecto de sus padres formales, con la mera determinación de la verdad biológica, que pretende que el hijo conozca sus orígenes genéticos.

Otra alternativa es permitir al hijo el acceso a los datos biogenéticos del donante, es decir, el conocimiento de los datos genotípicos y/o fenotípicos del dador. Esto se lograría a través del acceso del hijo a la ficha clínica del donante, la que el centro médico correspondiente estaría obligado a poner a su disposición. El derecho a obtener esta información tendría su fundamento en el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, ya que de esta manera podrían prevenirse o curarse enfermedades o anomalías hereditarias. Extendiendo el alcance de este derecho (y ya basados en el derecho a conocer la propia identidad), los datos exigibles por el hijo comprenderían también los psíquicos y fenotípicos del donante.

Por último, cabe la posibilidad de conceder al hijo el derecho a conocer la identidad personal del donante, sin que ello acarree consecuencias jurídicas derivadas de dicho nexo biológico. Creemos que esta es la opción más adecuada, de acuerdo con la prevalencia que debe darse al interés superior del hijo, y al derecho que tiene a conocer su propio origen, el cual no debe limitarse al acceso a simples datos biogenéticos del dador. En todo caso, estimamos que este derecho sólo podría ejercerse por el hijo una vez llegado a la mayoría de edad.

C. Derecho a nacer y a crecer dentro de una familia

El Art. 34 de la Constitución de la República de El Salvador manifiesta que *“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado”*⁵⁴

En nuestra opinión, este punto presenta, a lo menos, dos cuestiones de interés:

1. Si estamos realmente en presencia de un derecho, como derecho subjetivo, es decir, ante una “facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación”⁵⁵, o si, por el contrario, se trata de un interés protegido por el derecho.

2. Si la familia aludida se refiere tanto a aquella basada en el matrimonio de los padres como a la fundada en la convivencia o, incluso, si puede quedar comprendida la mujer sola que se somete a una TRA.

En cuanto al primer punto, se ha planteado la pregunta sobre la calificación jurídica a propósito del “derecho a tener padre y madre y a no tener una paternidad disociada”⁵⁶. Efectivamente, se sostiene que el momento en que existiría ese derecho sería antes de la concepción, en el sentido de que en ese tiempo el futuro ser debería hacerlo valer. Sin embargo, en ese momento la persona aún no existe y, por consiguiente, el derecho carecería de titular.

⁵⁴ *Ibíd*em p. 73

⁵⁵ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 2000, p. 102.

⁵⁶ GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan C., *op. cit.*, pp. 109 y 110.

Aplicado el derecho a nacer y a crecer en una familia en el ámbito de las RHA, se puede concluir de igual manera que existen situaciones en que éste se vería afectado. Ello ocurre especialmente en la fecundación artificial *post mortem* y en la inseminación heteróloga de mujeres solas. En estos casos, aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estará condicionado a nacer y a vivir con uno solo de los padres.

En España, por ejemplo, en donde se encuentra constitucionalizado el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, se ha considerado que la fecundación *post mortem* está en abierta contradicción con dicha norma constitucional, desde que da lugar a que un niño nazca sin un padre que haya de cumplir con aquel deber⁵⁷.

Siguiendo esta tesis, sólo pueden tener acceso a las técnicas de reproducción asistida las parejas, excluyéndose totalmente la posibilidad de que una mujer sola pueda ser sujeto activo de ellas. Es más, no toda pareja tendrá dicho acceso, sino sólo aquellas que tengan problemas de esterilidad.

2.2.5.2 Derechos a la Procreación

Según el Diccionario de la Lengua Española⁵⁸, procrear viene del latín *procreāre*, y significa engendrar, multiplicar una especie. De ahí que a la procreación la entendemos como la posibilidad de tener o engendrar hijos. ¿Pero podemos considerarlo como un derecho? Como es sabido para darle eficacia al reconocimiento de un derecho necesita su incorporación en un instrumento internacional u ordenamiento interno y que se fije en alguno de ambos un mecanismo para su protección.

⁵⁷ HERRERA CAMPOS, Ramón, *La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española*, Universidad de Granada, 1991, p. 45. En este mismo sentido, VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, op. cit., p. 144.

⁵⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en la voz "procrear", Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

Como ya se conoce, debido a la íntima relación que existe entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, es que éstos tienen reconocido en el ordenamiento jurídico el máximo nivel de protección y garantía. Lo que cobra especial valor en el marco de la discusión que nos ocupa.

El problema a plantear sería establecer, si el derecho de la persona a “fundar una familia”, que como hemos visto se encuentra recogido en las diferentes legislaciones internas e internacionales conlleva un derecho a la procreación, en el ámbito interno, el Código de Familia.

Creemos que el verdadero debate debiera centrarse en las circunstancias que rodean a las personas que sufren esterilidad, como los principales sujetos de protección en estos casos.

Como hemos visto a la largo de estas líneas, ni la doctrina o la jurisprudencia moderna reconocen la existencia de un derecho a la procreación, pero sí el derecho a someterse a tratamientos médicos en caso de sufrir infertilidad.

Si lo analizamos desde el punto de vista que, la esterilidad o infertilidad, es una enfermedad y quien la sufre tiene derecho a la salud y el Estado debe garantizarla, entenderíamos que si existe un derecho protegido pero no de manera directa. Así mismo podemos verlo desde el ámbito del derecho de familia, ya que la familia es la base fundamental de la sociedad el Estado debe garantizarle su bienestar y pleno desarrollo y eso incluye hacerla prosperar con hijos.

Existen muchos ordenamientos jurídicos que protegen la RHA por estar íntimamente relacionada a la dignidad y la salud de las personas y al derecho de fundar una familia. En países como El Salvador que no existe legislación sobre RHA resulta necesario regular la situación, empero poseer

normas constitucional que reconocen la vida desde el momento de la concepción.

En síntesis, lo que se ha pretendido comprobar es que actualmente la procreación no puede ser considerada como un derecho fundamental.⁵⁹ A pesar de no existir una ley positiva que confiera el derecho a tener hijos, podemos afirmar que cualquier persona que enfrente la imposibilidad de engendrar como los estériles, tienen derecho a que se les de asistencia médica para procrear.

2.2.5.3 Responsabilidad jurídica de los donantes

En cuanto a la elección de los donantes, formar parte de la lista de donantes de espermias u óvulos, no es un hecho derivado de la casualidad, sino más bien viene a ser un proceso en cual involucra llenar una serie de requisitos tal como veremos a continuación:

El perfil del donante de óvulos o espermatozoides, es de mujeres u hombres entre 18 y 35 años y sanos, normalmente solteros y comprometidos de algún modo con los problemas sociales, en muchos casos también son donantes de sangre y con un alto nivel cultural y en ocasiones muy frecuentes son amigos/as de otros donantes para los que el proceso ha sido una buena experiencia.

Un ciclo de donación de ovocitos consiste en: la paciente recibe un tratamiento bajo control médico en forma de spray nasal y de inyecciones subcutáneas, para desarrollar varios óvulos en un mismo ciclo. El proceso de recuperación de los óvulos se realiza en quirófano, con una sedación, a

⁵⁹ GUEVARA QUINTANILLA M.A. "¿Es tener hijos un Derecho?", San Salvador, 2012, P. 4 En el sitio: <http://comunicaciones-fmo-ues.blogspot.com/2012/02/es-tener-hijos-un-derecho.html> (consultado el 10 abril de 2014).

través de la vagina y con control ecográfico. Es una técnica al parecer sencilla, de una duración de aproximadamente 15 minutos y no necesita permanecer en la clínica ingresada. Supone una media de cuatro visitas al centro clínico. Según algunos de los pacientes, que han realizado este proceso, no es nada doloroso y no afecta a una posible fertilidad posterior.

Siendo que en nuestro país no existe regulación referida especialmente a la reproducción humana asistida hemos tomado a bien analizar regulación extranjera en este caso Española con el fin de conocer que responsabilidad jurídica podría desencadenar el hecho de enlistarse como donante de óvulos o espermatozoides, y es que la legislación española se refiere a este punto desde la perspectiva del anonimato o publicidad del donante y es por ello que citando la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida que en el art. 5-5 manifiesta: "*La donación será anónima, custodiándose los datos e identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes*⁶⁰.

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.

Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el

⁶⁰ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. - Vigente hasta el 28 de mayo de 2006 -

artículo 8, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.⁶¹"

Y en su art. 8-3: "*La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación⁶²"*

Quiere decir pues, que la donación será anónima, manteniéndose en secreto los datos acerca de la identidad del donante. No obstante, se reconoce tanto a las receptoras de gametos como a los hijos, el derecho a obtener información general sobre el donante, excepción hecha de su identidad, la cual solo podrá revelarse en supuestos excepcionales que el legislador concreta en:

Aquellos casos en que exista peligro para la vida del hijo o que proceda conforme a las normas procesales penales. No obstante si por esta vía llegara a conocerse la identidad del donante, ello no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación.

Cabe decir sin exageración que la efectividad de la Ley reside en buena parte sobre la persona que "dona" los gametos o preembiones. Si la pareja es estéril por causa del varón, se le sustituye por otro que previamente ha depositado su esperma en un centro autorizado. Si la causa es de la mujer, y llega a tales extremos que impide la ovulación, se toma un óvulo de otra donante y se fecunda con semen del marido (eventualmente de un tercero); si la gestación llega a término, habrá dado a luz un hijo que genéticamente es de otra mujer.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibídem.*

No hay persona, el secreto de cuya identidad esté mejor protegido, que el "donante" en los supuestos anteriores, cuya contribución es imprescindible para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

El anonimato viene a ser un medio para inmunización de las acciones de reclamación de paternidad o maternidad, que eventualmente podrían interponerse en su contra, con arreglo a la legislación aplicable al caso, es decir que conforme a esta ley se exime a los donantes de responsabilidades para con los que genéticamente son sus hijos y con terceros puesto que sus identidades no son reveladas a menos de ser esta una necesidad imprescindible que amenace la vida de los involucrados y siendo que sea el caso no se puede reclamar en ningún caso la filiación.

De este hecho puede plantearse una pregunta y es donde queda el derecho de que todos tenemos de conocer nuestras raíces, nuestros padres biológicos para contestar esta interrogante daremos paso al siguiente tema.

2.3 BASE NORMATIVA

Con el surgimiento de la RHA nos encontramos ante avances que otorgan muchas posibilidades a los operadores jurídicos, teniendo como fuente las ciencias biológicas y la fecundación, dando esa posibilidad de recrear, modificar y pensar.

Para determinar la temática de RHA, es necesario remitirse a un conjunto de normas, en primer lugar se tratará de situar en el ámbito nacional: examinando la Constitución de la Republica y sucesivamente incursionaremos en las áreas de familia, Penal, LEPINA, entre otros cuerpos normativos. Posteriormente observaremos diferentes legislaciones internacionales de países como: Estados Unidos de America y el Reino de

España, para obtener una fuente de comparación de la legislación salvadoreña con otras legislaciones.

En ese orden de ideas, las leyes que deben tenerse presentes en cuanto a RHA son las que se detallan a continuación:

2.3.1 Instrumentos normativos relacionados con la RHA

Los instrumentos normativos utilizados para el estudio de la RHA, van desde la legislación interna en El Salvador, esclareciendo que no se encuentra tal regulación de manera especial sobre este tema, se tomaran en cuenta leyes relacionadas con aspectos de la misma, así como su respectiva jurisprudencia. De la misma manera se analizarán instrumentos internacionales sobre derechos humanos, haciendo hincapié en las disposiciones relacionadas con el tema en discusión.

2.3.1.1 Instrumentos nacionales

2.3.1.1.1 El derecho a la vida en la RHA protegido por la Constitución de la República de El Salvador

A través del tiempo las técnicas de RHA han tenido un importante desarrollo, junto a ello muchos cuestionamientos, en cuanto a la figura del no nacido o *nasciturus*, es por ello que cabe señalar como se ha tomado el término “persona”, su origen y protección jurídica en la evolución de uno de los más importantes cuerpos de leyes de El Salvador como lo es la Constitución de la Republica.

La Constitución es un conjunto de normas y principios que rigen la forma de vida de los individuos, dictando parámetros para lograr una convivencia digna y justa, para implementar esto se han analizado las diversas constituciones que en algún momento histórico han regido en la

República de El Salvador, con la finalidad de establecer el criterio legal en virtud del cual se hacía consideración de la existencia de la persona, dicho de otra manera del sujeto de derecho susceptible de la adquisición y goce de facultades, como también de asumir obligaciones.

Con este estudio se determinará que no en todas las constituciones de la República que han estado vigentes ha predominado el reconocimiento de la persona humana como principio y fin de la actividad del Estado, y la obligatoriedad de este, de garantizar los derechos que a ella le corresponden, pues en las primeras Constituciones se le daba mayor importancia a aspectos relativos principalmente a la autonomía del Estado y la configuración territorial y no a la persona humana.

Las Constituciones que mencionamos las analizaremos de la siguiente manera:

- **Constitución de 1824⁶³**: En ese momento lo más importante era la autonomía alcanzada por El Salvador como Estado, pues recientemente se habían experimentado una serie de cambios políticos, como por ejemplo: en el año de 1821 se había logrado la Independencia Nacional, por lo que el sentimiento de aquel tiempo era la libertad de la nación, que en definitiva era mucho, más importante que la libertad individual, ya que existió en su momento una dependencia extrema de la Corona Española, que mantenía en condición de súbdito a todas las provincias de Centroamérica.

En la Constitución Federal, emitida el 22 de noviembre de 1824, se estableció que la República estaría organizada en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial y que el pueblo utilizaría las elecciones para designar a sus más altos representantes,

⁶³ Ver, Asamblea Federal, Constitución de la Republica de El Salvador, Publicada el 12 de junio de 1824.

En ese hito de la historia se puede afirmar, que no existía contemplación normativa alguna referente al tratamiento jurídico del tema de la persona humana, debido al sentimiento eufórico de una nación recién liberada de la dependencia política española. Por esta razón era entendible la ausencia de una consideración constitucional, respecto a este tema; sin embargo, en el ámbito social ya se anunciaba y se discutía sobre la importancia de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos, especialmente en lo religioso.

- **Constitución de 1841⁶⁴**: En estas épocas resalto el cambio de régimen y la expansión de las fuerzas productivas del país y el 2 de febrero de 1841 el poder constituyente de El Salvador en vista de la disolución de la República Federal asume su soberanía, promulga su primera constitución bajo la administración de Juan Lindo el periodo de vigencia fue de veintitrés años.

Cabe destacar de esta Constitución, el artículo 4, pues este se ocupa de considerar a la persona desde su nacimiento, agregando que su protección comienza a partir del nacimiento, consecuentemente, de manera constitucional, no podía hablarse de derechos del no nacido.

- **Constitución de 1864⁶⁵**: Esta constitución se dicta bajo la administración del licenciado Francisco Dueñas, en el fondo es igual a la anterior solo con pocas innovaciones, como la forma de gobierno que era popular y representativo.

Tienen relevancia en este cuerpo legal, el artículo 1, y el artículo 6 en su numeral dos, que definen constitucionalmente la existencia legal de la persona humana, a partir del nacimiento biológico de la misma. No

⁶⁴ Véase, Decreto Constituyente, Constitución de la Republica de El Salvador, Publicada el 22 de febrero de 1841

⁶⁵ *Vid*, Decreto Constituyente, Constitución Política de El Salvador, Publicada el 19 de marzo de 1864

existe, en ese momento histórico, fundamento legal para reconocer jurídicamente a la persona antes del alumbramiento.

- **Constitución de 1871⁶⁶**: En esta ocasión figuraba más en esta constitución la política con respecto a las fraudulentas elecciones accede a la Presidencia el Coronel Arturo Armando Molina, quién expreso su voluntad de llevar a cabo una transformación nacional.

Esta se limitó a impulsar proyectos de infraestructura, deporte y agro exportación. Su gestión no significo transformaciones sustanciales en la estructura económica, jurídica, ni socio-política del país, pese a reconocer "que la seguridad nacional es imposible, si subsisten las condiciones de su desarrollo y de injusticia social de nuestras mayorías".

Su texto persiste en establecer que la persona es tal en tanto haya nacido en el artículo 7, por lo que bajo esta ley primaria, no existe base legal para hablar de persona al referirse a ese ser en proceso formación.

- **Constituciones de 1880 a 1939⁶⁷**: Estas Constituciones coinciden, en el sentido de que expresan de manera equivalente la consideración relativa a la persona humana, que han hecho las Cartas Magnas que les preceden.
- **Constitución de 1983⁶⁸**: El incremento de la represión, el cierre de espacios para que la Sociedad pudiera canalizar sus demandas, y las profundas desigualdades sociales son algunos de los elementos que propiciaron el inicio de la guerra. El conflicto armado abrió las puertas

⁶⁶ *Vid*, Decreto Constituyente, Constitución Política de El Salvador, Publicada el 16 de octubre de 1871

⁶⁷ *Vid*, Decreto Constituyente, Constitución Política de El Salvador, Publicada el 16 de febrero de 1880

⁶⁸ *Vid*, Decreto Constituyente, Constitución de la Republica de El Salvador , Publicada en el diario oficial 234 del tomo: 281 de fecha 16 de diciembre de 1983

para que, tanto que desde instituciones del Estado como fuera de ellas, se violaran en forma sistemática de los salvadoreños.

Bajo estas circunstancias fue que se formuló en 1983, la Constitución actualmente vigente en la cual, con el fin de la guerra y como producto de los acuerdos de paz de 1992, se establecieron algunas reformas.

El texto de esta carta magna fue impulsado por los acontecimientos políticos y sociales del conflicto armado, que se prolongó por aproximadamente doce años, momento en que el cuestionamiento de los derechos humanos era permanente, lo cual quiérase o no introdujo nuevas ideas y concepciones en la mente de los miembros de la sociedad salvadoreña; es así que esta Constitución en sus artículos 1 y 2 reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, el cual está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

“Artículo 1: El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común⁶⁹.

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.”

Se establece, además, en dicho instrumento que *“toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la*

⁶⁹ *Ibíd.*

seguridad...⁷⁰”, entre otros derechos y a “*ser protegida en la conservación y defensa de los mismos*”. - Artículo 2 Cn -.

Es aquí donde podemos ver indicios sobre la consideración de la persona en cuestión de brindarle todas las garantías necesarias para su existencia digna, acompañado de normas secundarias que les garantizarían su respeto de una forma más amplia, además de diversos instrumentos internacionales que han sido ratificados El Salvador que se utilizaron para darle forma y fundamento a los derechos, expandiéndolos a efecto de eliminar las lagunas legales un claro ejemplo es cuando hablamos del derecho a la vida, lo que tiene su asidero legal principalmente en la Constitución pero esta no se extiende ni detalla los procedimientos sobre violaciones a derechos de aquellos seres que se están formando, es por ello que las leyes secundarias, tratados y convenciones internacionales desarrollan las garantías que tiene el ser humano en formación también llamado, no nacido o nasciturus.

Como ya se ha puntualizado a través del desarrollo de la investigación el uso RHA, en algunos casos afecta el derecho a la vida, en cuanto al dilema de comprender, si los embriones crio-conservados que ya no serán utilizados por pueden en algún momento ser desechados.

2.3.1.1.2 La familia y la RHA en el Código de Familia salvadoreño

Para entrar a analizar esta ley es necesario conocer que significa el término familia y según el Diccionario usual de la Real Academia Española esta es: “*un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*.”^{2. f.} *Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*.^{3.}

⁷⁰ *Ibíd*em

f. Hijos o descendencia.4. f. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común.”⁷¹

Actualmente el término familia no puede ser concebido de la forma tradicional cuando era conformada por el padre, la madre y los hijos, es decir una familia nuclear, elemental o monoparental, pero en todo caso deberá considerarse a la familia como la base fundamental de la sociedad tal como lo establece el Artículo 32 del Código de Familia *“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”⁷²*.

En el mismo orden de ideas podemos de forma inequívoca colocar a la familia como la base fundamental de la sociedad lo que implica ideas encontradas respecto a lo se manifiestan los dos incisos siguientes del artículo 32 que dicen que *“El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”⁷³*.

El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”⁷⁴.

Si bien es cierto que el fundamento legal de la familia es el matrimonio, actualmente en la sociedad, las familias constituidas no han tenido esta institución como base, pues existen familias que amplían estos términos, por ejemplo cuando se habla de una familia compuesta por personas del mismo sexo o por una madre o un padre solteros, pero también se aprecia un sector de la sociedad donde, una persona quiere formar una familia y se ve imposibilitada por problemas como infertilidad o esterilidad y

⁷¹ Diccionario usual de la Real Academia Española.

⁷² Asamblea Legislativa, Código de Familia, Diario Oficial número 231, tomo 221, publicado el trece de diciembre de 1993.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibidem*

es aquí donde los avances tecnológicos en materia de reproducción contribuye para lograr esta finalidad y siendo que en inciso antes citado manifiesta que la falta del matrimonio no afecta el goce de derechos no podemos privar a ninguna persona de la posibilidad de ser padre o madre.

El Artículo 2 aclara a qué nos referimos cuando se trata de familia, nótese que aquí se amplía el termino y trascendiendo del vínculo que se da entre dos personas llamado matrimonio u otra manera de relacionarse, por lo que dicho artículo se expresa de la siguiente manera *“La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco”*⁷⁵.

La RHA es una práctica real debido a esto, han surgido problemas en El Salvador a raíz de la relación de parentesco que surge entre el padre, la madre o ambos con respecto al esperma, ovulo o embrión que han adquirido de una tercera persona, se aclara a través del Artículo 127 que establece que *“Parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción.”*⁷⁶

Es por ello que el Art. 133 establece que *“La filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad”*⁷⁷.

El Código de Familia, regula el régimen jurídico de la familia, quienes la comprenden, el derecho que toda persona tiene a constituir una familia, a raíz de esto no podemos ignorar que al conformar una familia por lo general surge la necesidad que cada ser humano tiene y es el deseo de procrear pero en el afán de alcanzar este ideal puede se encontrarse imposibilitado por diferentes causas entre ellas la infertilidad, la avanzada edad, la ausencia

⁷⁵ Ibid. P. 108

⁷⁶ Ibidem

⁷⁷ Ibidem

de uno de los dos cónyuges etc. Y es ahí donde en atención a los avances tecnológicos, se ha facilitado la procreación a través de la RHA, utilizando una gama muy variada de métodos dependiendo de la necesidad y el caso específico de cada individuo.

Según estudios del Código de Familia salvadoreño se instituye la idea de que el orden familiar encuentra su fundamento y razón en la concepción de la vida y como se desprende de estos hechos elementales, el instinto sexual y la perpetuación de la especie como elemento que se presenta en la unión conyugal. La procreación es en buena parte sinónimo de familia, ocasionalmente y en forma excepcional se da el hecho de la reproducción, sin que la misma cree lazos familiares, por ejemplo el caso de la madre que abandona a su hijo, si esto no ocurre, dicha relación madre e hijo, crea una familia.⁷⁸

2.3.1.1.3 La garantía de salud en las técnicas de RHA que se abordan en el Código de Salud de El Salvador

Siendo que la Organización Mundial de la Salud ha dado a los problemas de fertilidad categoría de enfermedad⁷⁹ tomaremos los artículos pertinentes al código de Salud para analizar si es posible aparejarlos a las problemáticas que se pueden suscitar a raíz del uso de la RHA.

Es por ello que se puede establecer que mientras exista una enfermedad, resalta un derecho constitucionalmente protegido y es el derecho a la salud, es por esto que el Código de Salud de este país establece en su Art. 1: *“El Presente Código tiene por objeto desarrollar los*

⁷⁸ Ver, VASQUEZ LOPEZ, Luis *“Estudio del Código de Familia Salvadoreño”* Editorial Lis, Universidad de Indiana 2010. P.P 7-11.

⁷⁹ El término enfermedad proviene del latín *infirmitas*, que significa literalmente “falta de firmeza”. Según la OMS, la definición de enfermedad es la de “Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible” en el sitio: <http://www.who.int/es/> (consultado el 25 de Mayo de 2014).

*principios constitucionales relacionados con la salud pública y asistencia social de los habitantes de la República y las normas para la organización funcionamiento y facultades del Consejo Superior de Salud Pública, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y demás organismos del Estado, servicios de salud privados y las relaciones de éstos entre sí en el ejercicio de las profesiones relativas a la salud del pueblo*⁸⁰.

Además de esto el Artículo 48 establece la obligación del Estado de prestar atención medica tanto a la madre como a su hijo y lo expresa así *“Es obligación ineludible del Estado promover, proteger y recuperar la salud de la madre y del niño, por todos los medios que están a su alcance.*⁸¹

Para los efectos del inciso anterior, los organismos de salud correspondientes prestarán atención preventiva y curativa a la madre durante el embarazo, parto o puerperio, lo mismo que al niño desde su concepción hasta el fin de su edad escolar”.

La constitución salvadoreña establece el derecho que toda persona tiene a la salud, y es por eso que se ha desarrollado la ley en cuestión, ya que en el caso que nos atañe, sobre la RHA en El Salvador, se ha calculado que los casos de la infertilidad, y es por esa razón que pacientes que pueden costear un tratamiento de RHA se han aventurado en estas prácticas a fin de buscar medidas alternas para paliar su problemática pero también es cierto que, no existe regulación amplia y específica que controlen éstas técnicas, y la realidad señala la existencia clínicas destinadas a realizar este tipo de procedimientos.

Pero el Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de todas los habitantes debiendo así, por el conocimiento de las nuevas necesidades

⁸⁰ Asamblea Legislativa, Código de Salud, Diario Oficial número 86 Tomo número 129, publicado el 5 de noviembre 1988.

⁸¹ *Ibíd.* p.111.

de la sociedad, crear una regulación jurídica que garantice la vida y protección de la persona desde el momento de la concepción, el control y procedimiento de los avances tecnológicos, ya existentes.

2.3.1.1.4 Protección de la vida e integridad del *nasciturus* en el Código Penal salvadoreño

Siguiendo con la temática en discusión es necesario establecer y aclarar que el Código Penal regula cierto tipo de delitos que puede establecerse cuando se habla de reproducción humana en sí, pero no podemos categóricamente concluir que incursiona en todas las modalidades de ilícitos que pueden suscitarse por el uso de la RHA por la razón que esta ley no ha tenido su origen basado en este tema puesto que la RHA es algo en lo cual El Salvador está dando los primeros pasos.

Con lo anterior se quiere dar a entender que las leyes secundarias como la ley penal ha sido creada alejada de esta nueva realidad que hoy en día conocemos como RHA, eso no significa que si un ilícito penal se adecua a una acción emanada del uso de una técnica de RHA no debe ser aplicada, definitivamente debe aplicarse, lo que se quiere decir es que podrían haber casos que no puedan apegarse a los tipos que el código penal señala y es por eso que debemos recurrir al mismo código penal para comprender la necesidad de una ley que específicamente sea dirigida al tema de la RHA y mencionaremos el Artículo 1 que dice *“Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.”*

*No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal”.*⁸²

Actualmente por el hecho de no existir un cuerpo normativo que supervise a las instituciones, clínicas, médicos, pacientes y cualquiera que participe en una RHA, sobre cómo se ha de proceder frente a cierta situación, se ve en la necesidad de remitirse a figuras consideradas afines como es el caso del aborto, por lo cual el Código Penal establece los delitos relativos a la vida del ser humano en formación entre ellos tenemos los siguientes:

En el Art. 133 *“El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años.”*⁸³

Así mismos se protege en este cuerpo de leyes, no solo quitar la vida del no nacido sino las lesiones ocasionadas a este, como es de entender que el proceso de RHA según descripciones médicas, termina hasta el momento del nacimiento, por lo cual tanto los especialistas como la madre, son los que están encargados del bienestar de éste ser humano en formación y es su responsabilidad mantenerle sano, debido a que en el caso de no hacerlo, recaería en un delito conocido como: lesiones en el no nacido en el Artículo 138 que reza de la siguiente manera: *“el que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de las mismas”.*⁸⁴

⁸² Decreto Legislativo N° 1030, Código Penal, Diario Oficial No. 105 Tomo No. 335, publicado el 10 de junio de 1997.

⁸³ *Ibíd.* p. 113.

⁸⁴ *Ibíd.*

El *nasciturus* se puede enfrentar a una serie de acontecimientos desafortunados debido a que es visto muchas veces como un buen material para lograr experimentar con células humanas con fin de obtener descubrimientos que colaboren al bienestar de la sociedad, pero ni por las mejores razones como base de su realización son suficientes para poner en riesgo la vida e integridad del embrión, es por ello que el cuerpo de leyes en mención, en su Art.140 y 141, protege a éste ser garantizándole, la vida y la integridad de la siguiente manera: *“El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años. En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana.”*⁸⁵

La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años.”

El Código Penal reconoce explícitamente una de las técnicas de RHA más reconocidas y más antigua, como es la inseminación artificial, pues para que este proceso pueda llevarse a cabo no solo es de vital importancia preparar físicamente a la mujer que será la incubadora del embrión o esperma, sino que, en primer lugar debe estar el consentimiento de esta, por lo que a falta de ello, este procedimiento se vuelve ilícito según el Art. 156: *“El que inseminare artificialmente a una mujer sin su consentimiento, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.*⁸⁶

⁸⁵ Ibíd P. 113.

⁸⁶ Ibídem.

Debido a que el consentimiento es parte importante en el desarrollo de estas técnicas debe tomarse en cuenta quienes son capaces de darlo al momento y en caso de tratarse de una menor de edad, la situación se vuelve más relevante, es por esta razón que el Código Penal agrava la sanción al instaurar que: *“El que inseminare mujer soltera menor de catorce años, será sancionado con prisión de tres a seis años”* en el mismo artículo en mención.⁸⁷

Cuando se habla del éxito de la realización del proceso de RHA bajo una artimaña para conseguirlo, ya sea por engaño o falsas promesas, se enmarca en una conducta contraria a la ley y es sancionada en el art. 157 C.P. de la siguiente manera: *“El que alterar fraudulentamente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o lograr el consentimiento mediante engaño o falsa promesa, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”*.⁸⁸

A través del Código Penal el Estado, es el encargado de velar porque se regule la protección de los derechos humanos, y hacer cumplir las leyes, de manera coactiva, y debido a que prevalece en este sistema de leyes la *ultima ratio*⁸⁹, en primer lugar va estar la constitución, así también las leyes secundarias que de esta derivan y como último recurso de control estará el Derecho Penal.

Es por todo esto, que en los artículos anteriores, se establecen algunos delitos sobre conductas que atentan contra la vida e integridad física y con ello se protege este derecho desde el momento de la concepción,

⁸⁷ Ibídem

⁸⁸ Ibídem

⁸⁹ Es una expresión latina que se traduce “última razón”. En el ámbito del derecho la expresión se refiere a aquellos procesos o dictámenes que constituyen el fin de una vía de recursos o son inapelables. También tiene el sentido de recurso extraordinario que debe usarse cuando no sea posible lograr la efectividad requerida por otros menos lesivos, como en el principio de subsidiariedad penal o *Ultima ratio* penal.

punto donde inicia el reconocimiento por parte del Estado del derecho a la protección de la vida humana.

2.3.1.1.5 Derechos del hijo establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

La LEPINA responde al proceso de reforma legislativa necesario para ajustarse a la Constitución de la República y la normativa internacional en materia de derechos humanos por ello es necesario señalar algunas disposiciones muy importantes en relación a la RHA, sobre la protección que debe garantizar el Estado a los niños y niñas y a los adolescentes y esto se debe al hecho que podría surgir la idea que con el uso de la RHA podrían verse vulnerados los derechos de los más frágiles miembros de la sociedad.

El Artículo 1. nos menciona la finalidad de la ley y dice así *“La presente Ley tiene por finalidad garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador, contenidos en la presente Ley, independientemente de su nacionalidad, para cuyo efecto se crea un Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño”*.⁹⁰

Relacionando el artículo anterior al Artículo 3, 5, 8, 16 y 17 concluimos que el ordenamiento jurídico nacional deja ver con claridad desde que momento debe ser protegida la vida del ser humano y además reconoce la obligación que tiene el Estado de salvaguardarla y garantizarla y se expresa

⁹⁰ Decreto Legislativo N° 839, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia - LEPINA-, Diario Oficial No. 68 Tomo No 383, publicado el 16 de abril de 2009

de la forma siguiente “(...)”⁹¹ *Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad.*

Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

El Artículo 5 establece textualmente que son “*Sujetos de derechos: Todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos.*”⁹²

Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley.

El artículo 8 establece los deberes del Estado en relación a la madre y el no nacido “*Es deber del Estado promover y adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la familia, así como a los padres y madres, para el cumplimiento de los derechos y deberes establecidos en la presente Ley.*”⁹³

En cuanto al derecho a la vida el art. 16 dispone “*Se reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de asegurar a la niña, niño y adolescente su supervivencia, crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico,*

⁹¹ *Ibíd.* P. 117.

⁹² *Ibíd.* P. 113.

⁹³ *Ibíd.*em

mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana.

El Estado deberá crear políticas públicas y programas para la adecuada cobertura y atención prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, así como realizar intervenciones que permitan reducir la morbilidad y mortalidad materno infantil y de la niñez.

Toda persona tiene derecho a nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole, que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social.”

Derecho a la protección de las personas por nacer Artículo 17. *“La protección de las niñas o niños por nacer se ejercerá mediante la atención en salud y psicológica de la embarazada, desde el instante de la concepción hasta su nacimiento.*

*Con la finalidad de asegurar el derecho a la vida de las niñas y los niños, corresponde al Estado la atención gratuita de la mujer en las etapas prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, para lo cual, en dichas etapas, se prestarán los servicios y tratamientos médicos especializados, dotación de medicamentos, consejería nutricional y apoyo alimentario para la madre y la hija o el hijo que se encuentren en condiciones especiales de salud o de pobreza”.*⁹⁴

2.3.1.1.6 Jurisprudencia de El Salvador

Es La interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarlas a los casos sometidos a su jurisdicción, está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros que componen un Tribunal sobre una determinada materia.

⁹⁴ *Ibíd.* P. 113.

El término Jurisprudencia en el Derecho se refiere al conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrinas que contienen criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes.⁹⁵

En El Salvador la jurisprudencia sobre la RHA presenta algunas deficiencias, debido a la no regulación sobre estas técnicas, para tal efecto se sintetizan y analizan en un caso de recurso de Casación.

El recurso de Casación, interpuesto, en materia de familia se trata de un proceso de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, llevado a cabo en la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en El Salvador en septiembre de dos mil tres.

La Jueza a quo en su sentencia expresó que en el caso conocido por este hay anomia pues no hay norma que expresamente regule lo concerniente a la fecundación humana asistida, en estas circunstancias el Art. 7, Lit. f) de la Ley Procesal de Familia ordena fallar, no obstante ausencia de norma, puesto que la ley debe irse adaptando a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna.

Este es uno de esos casos, por lo cual se recurre a la doctrina puesto que existen en nuestro país lo que llamamos las fuentes de la Ley y cuando no existe una, se recurre a una de sus fuentes y para el caso es la doctrina que sobre ello existe y en ella se ha determinado: "Que primará la verdad formal, la determinación legal que consta en los registros sobre la verdad biológica, asimilándola a la adopción.

En lo que respecta al status de hijo nacido mediante esas técnicas de reproducción, siempre que el marido y la mujer receptora hayan prestado su consentimiento -y en este caso se probó el mismo- asumen irrevocablemente

⁹⁵ CORTEZ, Cristian y otros, Diccionario de la Real Academia de la lengua española, e la voz "*jurisprudencia*" Edición actual 22ª publicación en 2001.n línea: www.rae.es.

la paternidad, cerrándose cualquier posibilidad de impugnarla, aun cuando el donante sea anónimo. La pareja serán los padres legales del o los hijos así nacidos.

En otras palabras la paternidad adquirida voluntariamente, sobre el hijo que fue producto de la RHA -siendo el esperma de un donante anónimo- no se toma como biológico sino como adopción. Es así que los padres por su consentimiento quedan obligados respecto de la criatura y pueden ejercer los derechos que esa paternidad confiere. La acción de impugnación sólo se podrá en esos casos de ejercer, cuando se pruebe que el hijo no es fruto de la inseminación practicada, sino de la infidelidad.

Aunque no se puede establecer por ningún medio filiación entre el donante y la persona nacida por técnicas de RHA existe un reconocimiento otorgado a favor del hijo, con todas sus características, dando a entender que el hijo nacido por medio de RHA queda con respecto a su padre, con todos los derechos y deberes que la filiación adoptiva conlleva

Sobre la Filiación en el Art. 134 C. F. no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción, ya que como expresa el fallo, que "... este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla, al grado que el artículo 135 indica que entre las formas de establecer la paternidad se encuentran el reconocimiento voluntario y la decisión judicial...".⁹⁶ Apoyada en la doctrina, afirma que la voluntad procreacional⁹⁷

⁹⁶Recurso de Casación SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1055 Ca. Fam. S. S., San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

⁹⁷ En general, el concepto de la voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea y tratándose de la inseminación artificial heteróloga, el "padre aparente" es quien manifiesta el consentimiento informado que involucra su voluntad de ser padre, las ansias de la responsabilidad procreacional y la asunción del ejercicio de la paternidad social y psicológica, no obstante la falta de nexo biológico. En cambio, el "padre excluido" es aquel que, producto de esa técnica de reproducción, ha donado su material

puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo y sin necesidad que haya unión sexual entre las personas. De ahí que, a pesar de la ausencia del acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo filial- paterno al ser reconocido el hijo por el padre, lo cual se conoce en la doctrina como "teoría de la responsabilidad procreacional". Que dicha solución tiene cabida en el Art. 135 C. F., que incluye al reconocimiento voluntario como una forma de establecer la paternidad, con la característica de ser irrevocable (Art. 147 C. F.)⁹⁸.

Por todo lo anteriormente expresado, debemos entender que en El Salvador, en primer lugar, se resolvió un caso de RHA de manera supletoria con base en la Ley de Familia, en segundo lugar, se dio a entender en el análisis de la sentencia en mención que: El vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres que respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad -Art. 133 C. F.- se va a reconocer en la RHA como adopción.

2.3.1.2 Instrumentos internacionales

El tema de RHA a nivel internacional ha sido un punto de debate ético-legal, y cada país tiene su propio enfoque en base a sus cultura y valores fundamentales, creando oposiciones con otros países por tener criterios contrapuestos, sirviendo como mediador entre éstos, los instrumentos internacionales, a los cuales cada país según su criterio se han adherido con el fin de comprometerse a respetar los derechos que cada Carta, tratado, convención o declaración sobre Derechos Humanos establece.

genético sin compromiso o responsabilidad de asumir la paternidad, por lo que si bien existe la identidad cromosómica con el nacido, ha faltado la voluntad de procrear.

⁹⁸ Recurso de Casación SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1055 Ca. Fam. S. S., San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

Es por ello que dividiremos los instrumentos de protección de la siguiente manera:

2.3.1.2.1 Sistema Universal (ONU)

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Artículo 3: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*⁹⁹

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personal. "

Esta formulación, que reconoce los derechos humanos a partir del nacimiento, fue aceptada casi unánimemente, siendo objetada sólo por una pequeña minoría de Estados.

Cabe señalar que la palabra “nacen” fue utilizada intencionalmente para excluir al feto o cualquier aplicación de los derechos humanos antes del nacimiento. También se propuso y rechazó una enmienda que hubiera eliminado la palabra “nacen” y que en parte buscaba proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El representante de Francia explicó que la afirmación “Todos los seres humanos nacen libres e iguales...” significaba que el derecho a la libertad y la igualdad era “inherente desde el momento del nacimiento”. Es así que el feto carece de derechos bajo la Declaración Universal de Derechos

⁹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General en su Resolución 217 A – III -, del 10 de diciembre 1948.

Humanos. El deliberado uso de la fórmula neutral en términos de género “toda persona” utilizada posteriormente en la Declaración para definir a los titulares de derechos, se refiere sólo a las personas a partir del nacimiento.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

“Artículo 6:1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”¹⁰⁰

También podemos abordar en este instrumento internacional el derecho a la vida del ser humano y con ello a prohibición de cualquier otro individuo de disponer arbitrariamente de la vida de otro, pero al igual que el instrumento anterior, el PIDCP¹⁰¹ rechaza la propuesta de aplicación del derecho a la vida, protegido por el artículo 6:1, antes del nacimiento.

La historia de las negociaciones con respecto a una modificación a esta afirmación, muestra que se propuso y rechazó una enmienda que establecía: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana desde el momento de la concepción, derecho que debe ser protegido por la ley.”¹⁰² La Comisión votó finalmente por adoptar el artículo 6, que no hace referencia a la concepción, por 55 votos a favor, ninguno en contra y 17 abstenciones.

Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos, que interpreta y monitorea el cumplimiento de los Estados partes del PIDCP, ha puesto énfasis repetidas veces en el hecho de que las restricciones al aborto ponen en riesgo la vida de la mujer al obligarla a recurrir a abortos inseguros. El Comité ha hecho también un llamado reiterado a los Estados para que

¹⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP -, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre 1966.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² UN GAOR, 12ª reunión, punto 33 del orden del día, en 113 UN Doc. A / 3764, 1957

liberalicen las leyes que criminalizan el aborto, una posición que resultaría problemática si la protección del derecho a la vida que otorga el Pacto se extendiera antes del nacimiento. En una interpretación autorizada del principio de igualdad protegido por el Pacto, el Comité también ha puesto énfasis en la obligación de los Estados de erradicar la mortalidad materna derivada del aborto clandestino y ha reconocido que tales normas penales pueden violar el derecho a la vida de las mujeres.

En este instrumento se pone más énfasis en los intereses de los padres, sobre su vida privada y familiar que comprende sus derechos reproductivos, que el de *nasciturus*.

2.3.1.2.2 Sistema Europeo

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)

Artículo 2. Derecho a la vida: 1. “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.”¹⁰³

Este convenio se basa fundamentalmente en la DUDH y, el preámbulo del éste cita repetidamente dicha declaración y declara que su propósito es

¹⁰³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH -,

“tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración..” -párr.6-¹⁰⁴.

En este sentido, resulta indudable que de manera análoga, el término “toda persona”, utilizado a lo largo del texto del Convenio y en su artículo 2 para la protección del derecho a la vida, no se aplica antes del nacimiento.

La jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos establece claramente que el feto no es un ser humano con “derecho a la vida” en los términos del artículo 2:1 y, más aún, que el garantizar derechos humanos al feto generaría limitaciones desproporcionadas en los derechos de las mujeres.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

En esta Carta podemos encontrar uno de los principales derechos considerados fundamentales, tal situación que nos atañe se puede encontrar en el Art. 2 cuyo título es el Derecho a la vida y establece que: *“Toda persona tiene derecho a la vida.”*

De la misma manera en este instrumento, la Comisión y el Tribunal Europeos han reafirmado repetidas veces que el CEDH y la CDFUE, desampara el derecho a la vida del *nasciturus* y protege el derecho fundamental de las mujeres a un aborto seguro. Aunque la jurisprudencia europea reconoce cierta discrecionalidad a los Estados para lograr un balance entre la protección de la vida fetal y los derechos humanos de las mujeres, ésta nunca ha invalidado una ley a favor del aborto ni ha planteado -ni se le ha solicitado que lo haga- en qué medida es necesario que se legalice el aborto bajo la legislación europea.

¹⁰⁴ *Ibidem*

2.3.1.2.3 Sistema Americano

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)

El art. 1 de esta declaración regula el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona de la siguiente manera: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”*

El primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene la misma formulación de la DUDH en cuanto a la premisa de los derechos humanos a partir del nacimiento, y afirma que: *“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* (Preámbulo, párr.1).¹⁰⁵ De manera similar, la jurisprudencia del sistema interamericano rechaza la reivindicación del reconocimiento del derecho a la vida del feto. En particular, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege el derecho a la vida *“en general, desde el momento de la concepción”*, no ha sido interpretado por la Comisión Interamericana en el sentido de otorgar al feto un derecho equivalente a la vida o de invalidar las leyes a favor del aborto.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

En cuanto al Derecho a la Vida la Convención en mención es más explícita cuando se trata del no nacido cuando establece que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

¹⁰⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA / Ser.L / V / I.4rev. 7 a 15 (2000).

2.3.1.2.4 Jurisprudencia internacional

Sentencia Caso Artavia Murillo y otros, (“Fecundación *In Vitro*”) Vs Costa Rica,

El resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, reza de la siguiente manera:

Reproducción humana asistida:

a) Infertilidad

Sobre la infertilidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en términos generales así: “imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más¹⁰⁶.”

b) Técnicas o procedimientos de reproducción Humana Asistida: la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en términos generales así: “son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las persona y parejas infértiles a lograr un embarazo las cuales incluyen: la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo”¹⁰⁷

c) Fecundación *In Vitro* la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en términos generales así: “es un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento, de laboratorio, una vez

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros, (“Fecundación *In Vitro*”) Vs Costa Rica, resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. De la Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), pagina 2.

¹⁰⁷ Ibid.,.

concluido esto el ovulo fertilizado (embrión), es devuelto al útero de la mujer¹⁰⁸.

- d) Embrión Humano, la Sala Constitucional concluyo, en la acción presentada de inconstitucionalidad contra decreto ejecutivo del Estado de Costa Rica, donde en dicho decreto se autorizaba la práctica de la reproducción in vitro, en donde finalmente la sala concluye: “el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la sala no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. No así para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien concluye sobre la severidad de los derechos involucrados en el caso, en cuanto que se ha pronunciado así: “ el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la perdida embrionaria se presenta en la Fecundación In Vitro como en el embarazo natural con análogo grado de posibilidad. La Corte resalto que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos de del Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recuerda el principio de protección gradual, e incremental de la vida prenatal¹⁰⁹”.
- e) Concepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado así: ” concepción en el sentido del Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de ese evento no habría lugar a la aplicación del Artículo 4 de la Convención¹¹⁰”.

¹⁰⁸ Idem,.

¹⁰⁹ Idem, P. 3.

¹¹⁰ Ibid, P. 10.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

La CIDH ha dictado una sentencia importante que precisa las obligaciones internacionales de los Estados parte de la Convención en materia del derecho a la vida establecido en el artículo 4 de dicho instrumento. Este comentario trató de precisar los alcances de la sentencia en dos ámbitos: el margen de apreciación de los Estados y el estatus del nasciturus ante la Convención Americana.

En relación con el primer asunto, lo que se observa es que la Corte ha evitado emplear la doctrina del margen de apreciación como estándar de revisión de una materia de alta controversia moral.

En claro contraste con su par europeo, la Corte prefiere emplear el principio de proporcionalidad como test de escrutinio internacional en el (in)cumplimiento de las obligaciones de la Convención. De esta forma, rechazó las reclamaciones de Costa Rica para que actuara deferentemente en la regulación de las técnicas de RHA y supervisó intensamente la restricción de derechos a través de la proporcionalidad.

En relación con el segundo asunto, la CIDH precisó el contenido protegido por el artículo 4.1 de la Convención. En primer término, sostuvo que el nasciturus no es titular del derecho a la vida. Para efectos de la Convención Americana, el feto no puede ser considerado sujeto de derechos.

Adicionalmente, afirmó la gradualidad de protección de la vida del que está por nacer, evitando tesis de dos elementos que resuelven el asunto entre proteger y no proteger. Ambas consideraciones son de especial importancia en Estados que prohíben absolutamente la interrupción del embarazo bajo la amenaza de una pena. Si se sigue la doctrina de control de

convencionalidad de la Corte IDH, entonces la decisión en Artavia puede tener repercusiones nacionales en los Estados Parte.

2.3.2 Regulación de la RHA en el derecho comparado.

El Derecho comparado es una disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados. No es propiamente una rama del Derecho; por ese motivo, el Derecho comparado puede aplicarse a cualquier área del derecho, realizando estudios específicos.

La utilidad del Derecho comparado es variada, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y el legislador. La doctrina jurídica estudia con detenimiento casos de otros ordenamientos para realizar su estudio y comentario del derecho vigente. La jurisprudencia en ocasiones acude al Derecho comparado para interpretar las normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional, para interpretar la Ley interna. El legislador en muchas ocasiones toma ideas y modelos del exterior, para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente. Manuel Osorio define el Derecho Comparado como: "Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países".

La temática de reproducción asistida, tiene una regulación en el país; puede recibir un distinto tratamiento en otras legislaciones; de manera que hay regiones de países en las que la reproducción asistida está regulada más claramente como es el caso de los países Europeos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en la mayoría de los Estados de la

región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV.

El Tribunal consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV.

En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental (y no absoluta) de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

En general, en el ámbito del Derecho comparado, la dignidad de la persona, desempeña, actualmente, un papel protagónico en el debate, sobre el tipo y grado de protección, que el Derecho debiera dispensar a la vida humana en gestación. De este modo, en varios países europeos existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida.

Entre todas tenemos, en Suecia: la Ley sobre la inseminación artificial (1984) y Ley sobre la fecundación in vitro (1988); Dinamarca: y su Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos (1987); Noruega: con la Ley sobre fertilización artificial (1987) y Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994); Alemania: con la Ley sobre protección del embrión humano (1990); Inglaterra: Ley sobre fertilización humana y embriología (1991); Francia: Ley relativa al respeto del cuerpo humano y Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

Así se podrían citar numerosos puntos de conflicto que derivan de lo necesario que se vuelve una ley y lo incompletas que algunas se encuentran como en el caso de las madres solteras, los donantes, la fecundación post mortem y otros temas importantes. Por lo general la sociedad acepta estas nuevas técnicas -no en el caso de la clonación-, sin embargo, existen concepciones morales y religiosas contrapuestas.

A pesar de los esfuerzos realizados, pocos países han logrado un consenso interno que se traduzca en una legislación o una política nacional coherente. Al revisar las regulaciones y disposiciones vigentes en diversos países, así como las recomendaciones de comités y organismos internacionales, se comprueba que existen aspectos comunes en lo que respecta a la utilización de las técnicas actuales, estos son:

1. El acceso a éstas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales casadas legalmente, o que mantengan una unión estable.
2. Las instituciones y el personal médico que ofrecen estos servicios deben estar sujetos a supervisión y regulación sanitaria.
3. La paternidad y la maternidad deben estar determinadas por leyes que rijan para todos los nacimientos logrados mediante estas técnicas.
4. Las historias clínicas y la información deben conservarse con carácter confidencial.
5. La vida embrionaria in vitro debe estar limitada a 14 días.
6. El almacenamiento de gametos y embriones debe estar limitado en tiempo.
7. La implantación y/o la inseminación post mortem debe estar prohibida.
8. Las agencias o intermediarios para la subrogación deben estar prohibidas.
9. Previamente debe obtenerse el consentimiento de los participantes.
10. Las tecnologías reproductivas deben estar libres de comercialización.
11. No debe haber selección del sexo, excepto en caso de enfermedades hereditarias ligadas al sexo, ni tampoco selección eugenésica.

12. Prohibición absoluta de la manipulación genética por técnicas extremas de ingeniería genética (clonaje, fertilización entre especies y otras).
13. A pesar del acuerdo general sobre estos aspectos, las características socioculturales, económicas y religiosas en cada Estado pueden crear divergencias cuanto a:
- La cuestión de la remuneración de los donantes.
 - El acceso eventual del niño a la información sobre los donantes y el tipo de información (genética o nominativa).
 - La conservación de la información: el tipo, tiempo, y quien debe custodiarla.
 - La donación y conservación de los embriones, así como la experimentación con el material embrionario humano: quien tiene acceso a él, fines, duración en tiempo y otros aspectos.
 - Limitación en el número de niños por donante.
 - El diagnóstico genético del embrión.
 - Que destino tienen los embriones que se les caduca el plazo de congelación o que los dueños no pagan por ella.
 - Existe o no desecho de embriones sobrantes en los laboratorios y si los hay, y si los hay ¿podrían vulnerarse derechos a través de estos hechos? Ya que se le niega seguir viviendo a un *nasciturus*.

De todo esto se desprende que, al momento de establecer leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, cada Estado debe velar por que éstas no atenten o interfieran con la libertad y los derechos humanos básicos. Para esto han quedado determinados varios principios, independientemente de las variaciones políticas, culturales y religiosas, que pudieran servir de base a futuras regulaciones o acuerdos de carácter internacional, y que se resumen en:

- ✓ El respeto por la dignidad humana.
- ✓ La seguridad del material genético.

- ✓ La calidad de los servicios brindados.
- ✓ La inviolabilidad de la persona.
- ✓ La inalienabilidad del cuerpo humano.

Los tres primeros constituyen mecanismos de protección de la persona, mientras que los restantes son un medio para asegurar el control sobre la libertad personal y científica, así como el respeto a la dignidad humana que es en sí el origen de todos los derechos humanos fundamentales.

2.3.2.1 Regulación de la RHA en el Reino de España.

Para conocer la postura en relación al momento en que inicia la vida en España es necesario analizar el Artículo 15, de la Constitución Española la cual reza así: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”*¹¹¹.

De esta manera, las diferentes sentencias de lo Constitucional emitidas por el tribunal español han determinado que:

- La vida humana es un devenir, que comienza con la gestación, y que termina en la muerte. Y que, a su vez, la Constitución, protege la vida.
- La gestación, se refiere a un ser vivo, o *ser*, distinto a la madre.
- El nacimiento, marca el momento en el que ese *ser* ingresa en la sociedad (como *ciudadano*), y en tanto que independiente de la madre, adquiere la plenitud de la *vida humana*.

¹¹¹ Constitución Española, aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978 Y aprobada en referéndum popular el 6 de diciembre de 1978; Sancionada por el Rey Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978, Publicada en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

- La vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucional, protegido por el art.15 de la Constitución.

Según este análisis es inequívoca la conclusión que el ser humano inicia su vida desde la gestación y que este país a través de su ordenamiento jurídico se da a la tarea de proteger esa vida que se ha gestado.

España encabeza el grupo de países con más tratamientos de reproducción asistida con 54.000 ciclos anuales, la legislación y la calidad de los profesionales, son puntos clave de este éxito.

Decir que España es líder en reproducción asistida no es una afirmación gratuita. Los datos epidemiológicos avalan dicha posición, como ha puesto de manifiesto el expresidente del grupo de Monitorización de Fecundación In Vitro (FIV) de la Sociedad Europea para la Reproducción Humana y la Embriología, Jacques de Mouzon, que participa en el V Simposio Internacional de Reproducción Asistida, con más de 600 especialistas inscritos.

Los datos subrayan que España es el tercer país donde más tratamientos de reproducción asistida se realizan al año, con 54.000 ciclos anuales. Tan solo están por encima Francia y Alemania, dos países en los que, como señala Pedro Caballero, director de la Fundación Tambre¹¹² (organizadora del Simposio) "el número de habitantes es mucho mayor" que en Madrid.

¹¹² La Fundación Tambre es una entidad sin ánimo de lucro establecida en el año 2003 con el fin de fomentar y estimular las acciones científicas y de formación necesarias para el adecuado desarrollo investigador en reproducción humana a través de la ginecología, embriología, andrología y estudio psicológico de las parejas. *Vid* en página web del IV simposio internacional de reproducción asistida <http://www.simposiofundaciontambre.com/informacion-general.php>. (Consultado el 10 de Abril de 2014).

Pero ¿cuáles son las claves de este éxito reproductivo de España? Para el director de la clínica Tambre el Dr. Caballero Peregrín, es clave que se trate del país que primero tuvo una Ley de Reproducción Asistida, que entró en vigor en 1988. "Se basaba en el Informe Warnock, un documento que se publicó en Reino Unido en 1984 que no llegaba a categoría de Ley", comenta el experto, que formó parte de la comisión que redactó la primera legislación europea sobre el asunto, la española.

Además, es posible que el número real de ciclos de reproducción asistida en España sea mayor que el que citan estos datos, basados en el registro de la Sociedad Española de Fertilidad, un registro voluntario, en el que solo participan los centros que así lo desean, un estatus no compartido por todos los expertos.

Otro de los motivos de que en España se practique un elevado número de ciclos de reproducción asistida es el nivel de sus profesionales, los precios de este país, son mucho más bajos que en EEUU, y también puede influir que se considera el "mal llamado turismo reproductivo", por eso en otros países las leyes son muy restrictivas.

En los países europeos se aceptan las técnicas de fertilización asistida con distintos matices, sin embargo la regulación legal de las mismas carece de uniformidad.

Estos países se pueden clasificar según el tipo de regulación legal existente en la materia: Países con legislación específica vigente sobre técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania.

Países con proposiciones de ley: Francia, Portugal, Italia, Austria y Bélgica. Países con medidas legales (Decreto ley o normativas): Portugal; Bulgaria, Antigua URSS, Republica Checa, Hungría, Austria. Países con

recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos: Irlanda y Suiza.

A continuación se analizan los puntos más relevantes de aquellos países que cuentan con legislación específica sobre técnicas de reproducción asistida y/o embriología humana:

1. Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la ley y procedimientos relacionados. Todos los países legislan sobre inseminación artificial y fertilización in vitro, pero en Dinamarca no se mencionan de forma expresa. Todos los países menos Suecia legislan sobre la experimentación en embriones humanos; en España se menciona y en Alemania las técnicas de micromanipulación se prohíben con fines experimentales.

2. Ámbito de aplicación de la Reproducción Asistida: Se reduce al matrimonio legal en la ley noruega; matrimonio o pareja heterosexual estable en Suecia; en España además de lo anterior puede acceder a las técnicas de reproducción asistida la mujer sola. En Dinamarca también aceptan el acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción asistida. Inglaterra y Alemania no se pronuncian al respecto.

3. Inseminación artificial postmortem: La ley española acepta la inseminación artificial postmortem con consentimiento previo en escritura pública o testamento. La legislación alemana prohíbe la inseminación artificial postmortem de forma expresa y la sueca de forma implícita. El resto de los países no se pronuncian sobre este punto.

4. Donación y crío conservación de gametos: todos los países aceptan la donación de semen, en Noruega y Suecia los gametos deben proceder de la propia pareja que se somete a la técnica.

5. Congelación y donación de óvulos: Son aceptadas en la ley inglesa, en Noruega se prohíbe la congelación de forma expresa, y de forma implícita la donación de óvulos, ya que solo se realizara con gametos de la pareja que lo solicite. En la legislación alemana se prohíbe expresamente la donación.

6. Donación y crio preservación de embriones: España e Inglaterra las aceptan de forma expresa, en Noruega se prohíbe la donación de embriones; Alemania y Suecia no se pronuncian al respecto.

7. Experimentación embrionaria: Las legislaciones que respetan la vida humana desde la fecundación prohíben, de forma coherente, la experimentación embrionaria como es el caso de

Noruega, Alemania y Dinamarca. La legislación española concede el status biológico jurídico al embrión humano a partir del día catorce tras la fecundación y prohíbe la creación de embriones mediante fertilización in vitro con fines de investigación, pero acepta la experimentación con pre embriones sobrantes procedentes de la aplicación de técnicas de fertilización asistida.

8. Maternidad subrogada: Inglaterra es el único país europeo con legislación específica sobre este punto y no permite los acuerdos de subrogación con fines lucrativos. La ley alemana prohíbe la maternidad por sustitución de forma expresa. En Suecia y Noruega se prohíbe de forma implícita y la legislación española considera nulo el contrato de subrogación¹¹³. La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por

¹¹³ Juan Manuel Cubillos (y otros), Técnicas de Reproducción Asistida, "Status Jurídico del Embrión Humano" Mendoza 2013. Sitio web referencia de: VEGA GUTIERREZ, M., [y otros], Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo, <http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/42/> [Jul/12].

esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.

Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación.

El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sólo dio una respuesta parcial a tales exigencias. En efecto, dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor -noviembre de 2003, aunque bajo condiciones muy restrictivas.

Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo

posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada. Precisamente por ello, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró particularmente crítica con este aspecto de la reforma.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada Ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual. Para ello, en sus últimas reuniones ha ido definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que esta Ley incorpora.

Esta Ley se enmarca precisamente en esa línea e introduce importantes novedades. En primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos. Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación¹¹⁴.

La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional

¹¹⁴ Debido a que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la Ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible.

y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.

La Ley es respetuosa con la realidad autonómica actual del Estado español, en el que la autorización de proyectos concretos corresponde de manera indudable a las comunidades autónomas, a las que se dota del necesario apoyo técnico, mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias comunidades autónomas.

Precisamente por ello, la Ley refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que debe emitir informes preceptivos acerca de cuantos proyectos nuevos, sea para el desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero, al mismo tiempo, mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes.

Por otro lado, la realidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país no puede ser ajena a la consideración de que dichas técnicas se han desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo debe ir dirigida también a compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros.

Uno de los mecanismos prioritarios para contribuir a la equidad de esa relación es la disponibilidad de una información accesible a los usuarios de las técnicas que sea clara y precisa sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican. Esta necesidad se traduce en la Ley en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información que

deben constituirse, hasta el punto de considerar dicha información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas, de manera que se proporcionen a los ciudadanos que acuden a los centros los instrumentos adecuados de información que les permitan ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión.

Para ello, además del Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, ya previsto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se crea el Registro de actividad de los centros de reproducción asistida. En el primero se consignarán los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Y en el segundo se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos, al menos, una vez al año.

También se recogerá el número de preembriones que se conserven en cada centro o servicio de reproducción asistida y se elimina la obligación establecida en la Ley anterior de enviar los preembriones sobrantes al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes.

Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

La Ley concluye con el correspondiente régimen de infracciones y sanciones, en el que se definen las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones.

Por último, esta Ley deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes y a asumir sus funciones y competencias, excepto las que corresponden al Instituto de Salud «Carlos III», lo que supone la separación de las funciones puramente asistenciales de las relacionadas con la investigación¹¹⁵.

2.3.2.2 Regulación de la RHA en los Estados Unidos de América.

En Estados Unidos no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política. El Código de Regulaciones Federales, aplicable a toda investigación sobre seres humanos, contiene normas regulativas a aplicar en investigaciones sobre mujeres embarazadas, fetos y fecundación in Vitro, estableciendo que no podrán utilizarse estos sujetos de investigación, hasta que se hayan completado estudios adecuados en animales.

¹¹⁵ Ley 14-/2006, Exposición de Motivos, publicado el 27 de mayo de 2006, Juan Carlos I Rey de España.

Respecto de la experimentación merece mencionarse que muchos estados, como una reacción a la ampliación del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, aprobaron leyes prohibiendo la investigación de embriones abortados y sancionando a quienes realicen estas prácticas; en la mitad de los estados tienen leyes que prohíben la investigación no terapéutica sobre fetos y embriones. Lo cierto es que Estados Unidos es uno de los países en los que se realizan con mayor auge, investigaciones de toda índole¹¹⁶

La maternidad subrogada: Al ser éste un país federal, compuesto por estados independientes, existen tantas legislaciones como estados. Por ello, es que no existe un derecho de familia federal, sino que cada estado tiene el suyo propio y esto es lo que nos lleva a observar el distinto tratamiento que se le da, concretamente, a la maternidad subrogada en Estados Unidos. Por ello podemos concluir que, si bien no hay leyes que permitan expresamente la práctica de la maternidad subrogada, tampoco hay aquellas que la prohíban y por ende, existe una tendencia a la permisividad de la práctica de esta técnica.

La figura jurídica de la maternidad subrogada posee su fundamento jurídico esencial en el Derecho a la Privacidad que tienen todos y cada uno de los ciudadanos norteamericanos, y en el derecho a la procreación, para que logren en uso de las técnicas de reproducción humana conformar y constituir una familia.

Es importante destacar que dentro de la legislación vigente en los Estados Unidos, la figura de la maternidad subrogada existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de diecisiete Estados de

¹¹⁶ANNECA, Dolores, GARCIA MERIDA, María Cristina, LAFOURCADE, Paula Jorgelina, Fecundación In Vitro, Seminario II, en www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4_tpcobas2.htm [Jul/12]. (Consultado el 2 de Mayo de 2014).

la Unión Americana, como lo son: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin.

Existen también proyectos de leyes en los estados de Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, Nueva Jersey, Oregón, Pensilvania y Carolina del Sur en los cuales se admiten la maternidad subrogada, tanto cuando existe una contraprestación económica como cuando no la hay.

Como consecuencia surgió en los Estados Unidos la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta, de allí la existencia de numerosos proyectos legislativos algunos pretenden su prohibición y otros intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial¹¹⁷.

2.3.2.3 Semejanzas y Diferencias en cuanto a la regulación salvadoreña

En el Reino Unido ha sido muy importante los avances científicos en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, constatado así en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los pre embriones supernumerarios hicieron necesaria la creación de una ley, por lo cual ya se encuentra regulado este tipo de prácticas.

Por otra parte en Estados Unidos no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política, que se tiene en dicho país, a

¹¹⁷ 14 Juan Manuel Cubillos Técnicas de Reproducción Asistida, Status Jurídico del Embrión Humano, Mendoza 2013. Tomado de la referencia página web: GAMBOA MONTEJANO, Claudia, Maternidad Subrogada, Estudio Teórico, Conceptual y de Derecho comparado, puede verse más en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>, 61 pág. 32/4, [Jul/12].) (Consultado el 30 de Abril de 2014).

pesar de las grandes investigaciones que se dan en dicho país sobre toda índole.

En El Salvador, a diferencia de estos países, no se tiene una regulación sobre las prácticas de RHA, pues existe anomias, puesto que la Constitución establece en cuanto a la persona que es considerada como tal desde el momento de la concepción en el artículo 1 inciso segundo: “así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

No obstante la falta de norma sobre esto, y es que la ley debe ir adaptándose a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna, y que día a día va en constante cambios, y que son derechos los que se exigen como el derecho a una familia, a la procreación, a la vida privada, entre otros, que de una u otra forma generan dificultades, entre estas podría hablarse de la filiación paternal cuando se dan estas técnicas de reproducción humana asistida, en el caso de donantes, en esto debe ir inmerso la voluntad de la pareja para recibir un nuevo ser, y así con dicha voluntad quedar obligada la paternidad, este es el caso de la sentencia en materia de familia, pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en San Salvador, de las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres, ya relacionada anteriormente.

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA

INVESTIGACION

3.1 OPERACIONALIZACION DE LAS HIPOTESIS

3.1.1 HIPOTESIS GENERALES:

HIPOTESIS GENERAL 1

Objetivo General 1: Conocer en que consiste la Reproducción Humana Asistida.					
Hipótesis General 1: La reproducción asistida ha contribuido a facilitar procesos naturales que se dan durante la reproducción; Sin embargo es un tema nuevo para la población puesto que no hay muchos medios de orientación disponible para que la población se informe al respecto.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Reproducción: es el proceso mediante el cual se generan nuevos seres vivos a partir de los organismos ya existentes, así aseguramos el mantenimiento de la vida. Los nuevos individuos se originan a partir de las células sexuales. Estas células pueden ser masculinas o femeninas y se forman en el aparato reproductor masculino y femenino, respectivamente. Al juntarse dos células procedentes de distinto sexo, mediante la fecundación, se origina un nuevo ser.	En nuestro país existe una reproducción masiva de personas, puesto que para unos es fácil tener varios hijos y para otros que aun no teniendo las posibilidades físicas pueden también llegar a cumplir este deseo de ser padres, por medio de la reproducción asistida. Debido a que es un derecho consagrado a través del matrimonio y regulado en el código de familia en su art. 32, que reconocen el derecho a contraer matrimonio con igualdad de derechos.	La reproducción humana asistida es una forma no natural pero permitida de procrear hijos, dando la oportunidad por estas técnicas a personas infértiles de tener la satisfacción de ser padres. Existen personas que tienen la dicha de procrear naturalmente hijos más no la capacidad de ser padres.	<ul style="list-style-type: none"> • Métodos biomédicos. • Derecho a reproducirse • Capacidad de reproducir. 	El Salvador debería estar a la vanguardia con los avances científicos y tecnológicos puesto que cada descubrimiento de la ciencia se hace en pro de la humanidad, para su desarrollo.	<ul style="list-style-type: none"> • Reproducción natural. • Reproducción artificial • Desarrollo humano.

HIPOTESIS GENERAL 2

<p>Objetivo General 2: Analizar las bases legales de la Reproducción Humana Asistida.</p>					
<p>Hipótesis General 2: La reproducción humana asistida no está completamente estructurada en un cuerpo de normas específicas que le sirvan de base legal; por lo tanto no existen bases de reconocimiento de derechos, de responsabilidades, de comportamientos y de procedimientos en cuanto a RHA.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Base legal: tomando en cuenta que base significa el Fundamento o apoyo principal en que descansa alguna cosa la línea o superficie en que descansa una figura, entenderemos que base legal es el fundamento encontrado en las leyes.</p>	<p>La base legal sobre cualquier asunto que compete a la sociedad es necesaria para cumplir un principio muy importante en nuestro ámbito jurídico, que es el principio de legalidad, ya que serán las leyes quienes prescriban las conductas humanas permitidas y prohibidas. Art. 8.- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.</p>	<p>La reproducción Humana Asistida no está completamente estructurada en un cuerpo de leyes que le sirvan de base legal.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Regulación de la RHA. • Derechos positivos. • Creación de normas jurídicas 	<p>La no regulación produce vulneración de derechos en el país.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Vacíos legales. • Estado de Derecho • Fortalecimiento de marcos jurídicos existentes.

3.1.2 HIPOTESIS ESPECÍFICAS

HIPOTESIS ESPECIFICA 1

<p>Objetivo Especifico 1: Verificar el grado de conocimiento en la población de El Salvador sobre la Reproducción Humana Asistida.</p>					
<p>Hipótesis Especifica: La población tiene conocimientos generales, mas no tiene información a fondo sobre las técnicas de RHA; por lo tanto no conoce de las ventajas, desventajas, los derechos y responsabilidades que estas prácticas conllevan.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Grado de conocimiento: se refiere hasta que nivel se encuentra al corriente de algún tema. Para el caso poder medir que tanto sabe o conoce la sociedad sobre estas realidades modernas, los avances tecnológicos y científicos que ya están a las puertas y si hacen uso o no de tales.</p>	<p>La población no solo tiene el derecho sino también el deber de conocer las leyes del lugar donde habita, porque de esa manera podrá defender sus derechos de terceros que puedan ser transgredirlos. Art. 15 de la Constitución de la Republica</p>	<p>La población tiene conocimientos generales mas no profundizados sobre lo referente a la reproducción asistida en el país.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principio de legalidad. • Acceso a información. • Impacto social • Derechos fundamentales. 	<p>La reproducción asistida es vista como algo malo, que va en contra de las leyes naturales, el amor, la unión sexual.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reproducción sexual. • Reproducción asistida. • Interpretación

HIPOTESIS ESPECÍFICA 2

<p>Objetivo Especifico 2: Identificar la existencia o no de violaciones de Derechos Humanos y Fundamentales en la Reproducción Humana Asistida.</p>					
<p>Hipótesis Especifica: Los derechos existen por si mismos, pero deben ser reconocidos en una norma para ser tutelados; Sin embargo la RHA no se encuentra regulada en el país y ello da lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el derecho a la vida.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Derechos fundamentales: Los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad.</p>	<p>Los derechos fundamentales: son derechos humanos tutelados constitucionalmente en el artículo 2 y siguiente.</p>	<p>La vida, la procreación, y los beneficios de los avances científicos, son derechos de la persona humana, que no se sujeta a la modalidad de la procreación que puede darse por la reproducción humana natural o asistida.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Derechos humanos. • Avances científicos. • reproducción asistida. • Derechos Fundamentales. 	<p>La vulneración de derechos, debido a la falta de recursos económicos por parte del Estado, que afecta el desarrollo humano y científico en el país.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisdicción • Competencia • Protección jurídica. • Derecho a la vida.

HIPOTESIS ESPECÍFICA 3

Objetivo Especifico 3:

Elaborar una propuesta de Ley que regule, la Reproducción Humana Asistida en El Salvador.

Hipótesis Especifica:

En El Salvador ya es una realidad las prácticas de las técnicas de RHA; por lo tanto con la elaboración de una propuesta de Ley sobre esta temática se toman las riendas de este contexto para evitar o solucionar conflictos jurídicos que se susciten y así evitar los vacíos legales existentes.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Vacíos legales: es la ausencia de regulación o reglamentación legislativa en una materia en concreto.	Los vacíos legales: son una situación de vacío en la ley que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, que no encuentra respuesta legal específica; debe existir sujeción a la constitución por parte de todos, y debe aplicarse ésta conforme el artículo 246.	La regulación jurídica de la reproducción humana asistida, da cumplimiento a la aplicación del mandato constitucional, y a que su aplicación no sea alterada, sino adecuada a al mandato y al cumplimiento de principios y derechos que son establecidos por la ésta.	<ul style="list-style-type: none"> • Mandato constitucional • Regulación jurídica. • Principios Legales. • Fortalecimiento legal. • Control jurídico. 	La no regulación de leyes referentes a las técnicas de la reproducción humana asistida, genera conflictos legales a raíz de la moderna realidad, y de los avances científicos. En nuestro país debe regularse este tipo de técnicas, debido a problemas de salud, y así poder evitar posibles conflictos con respecto a los efectos legales que puedan ocasionarse. .	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la salud. • Leyes. • Conflictos legales. • Efectos legales.

3.2 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas de investigación son las formas y los procedimientos e instrumentos que utilizamos para acceder al conocimiento. Encuestas, entrevistas, observaciones y todo lo que se deriva de ellas.

Para una mejor comprensión de cada uno de las técnicas de investigación pasaremos a definir cada una, y de qué manera la vamos a utilizar:

3.2.1 TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL

Las fuentes son el principio o fundamento de una cosa; permiten reconocer las fuentes de información, así como organizar la misma sea esta práctica o teórica sobre una temática específica de investigación, son éstos medios que nos permiten acceder a algún tipo determinado de información básica sea esta en revistas, periódicos, televisivas etc.

A. Fuentes primarias.

La fuente básica y primordial dentro de esta investigación lo constituye la información, porque a partir de ahí el grupo investigador determina la temática a tratar para la consecución de un determinado fin y es a través de la información que el grupo ha obtenido el conocimiento básico de la Reproducción humana asistida en nuestro país y fundamentalmente en la Zona Oriental de El Salvador. Igualmente se establece el uso de Bibliografía relacionada con la materia, la cual es sumamente fundamental en el desarrollo de una investigación, al ser pilares que nutren y contribuyen en la efectiva construcción de los conocimientos dentro de la investigación. Son todos aquellos documentos principales que sirven de guía para fundamentar la investigación.

B. Fuentes secundarias.

Son compilaciones y listados de referencia publicados en un área de conocimiento en particular. Procesan información de primera. Para el desarrollo de nuestro tema: “Reproducción humana asistida: una propuesta Lege Ferenda” se han considerado las siguientes: Jurisprudencia, Internet, Códigos Penales, Civiles, de Familia, Salud, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y Leyes Internacionales, Libros de Metodología de Investigación de Mario Rojas Soriano y Mario Tamayo. De igual forma se establece la utilización de Diccionarios Comunes, Legislación Primaria y Secundaria, referente al problema que se aborda.

3.2.2 TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO

A) OBSERVACIÓN.

Es la técnica más común, en esta se sugiere y motiva los problemas conduciendo a la necesidad de la sistematización de los datos, debiendo ésta trascender de una serie de limitaciones y obstáculos los cuales podemos comprender por el Subjetivismo, Etnocentrismo, Perjuicios, Parcialización, y Emotividad los cuales se traducen en la capacidad de reflejar el fenómeno objetivamente.

Para la obtención de datos más objetivos en la Reproducción humana asistida es necesario utilizar técnicas de la parte operativa del diseño de investigación.

B) ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA.

Es una forma de obtener información la que se diferencia de la conversación ocasional, ya que esta es provocada con una finalidad de información precisa a través del intercambio de opiniones. Prestándose

difícilmente a la cuantificación. Se dirigirá a personas conocedoras del tema debido a su profesión como Doctores de las diferentes áreas como: medicina general, ginecólogos, infertologos, pediatras,

C) ENTREVISTA SEMI ESTRUCTURADA

Se determina de antemano cual es la información relevante que se quiere conseguir. Se hacen preguntas abiertas dando oportunidad a recibir más matices de la respuesta, permite ir entrelazando temas, pero requiere de una gran atención por parte del investigador para poder encauzar y estirar los temas. (Actitud de escucha).

Con este tipo de entrevista se pretende obtener información de personas que se encuentran un poco más próximas a la situación que estamos investigando, es decir que las preguntas tendrán un sentido jurídico por lo tanto será desarrollada con personas del área del derecho como: diputados y otros profesionales del derecho.

D) ENTREVISTA ESTRUCTURADA.

Con esta entrevista El investigador planifica previamente las preguntas mediante un guion preestablecido, secuenciado y dirigido, por lo que dejan poca o ninguna posibilidad al entrevistado de réplica o de salirse del guion.

Siendo conformada por preguntas cerradas con la posibilidad de poder preguntar también el porqué de su respuesta, se utilizará y será aplicada al sector de la sociedad cuya opinión es muy importante en toda clase de asuntos que tienen que ver con la dignidad moral y religiosa de las personas, es decir que se tomara en cuenta la opinión de los representantes de las iglesias en nuestro país, sobre los supuestos, que estos por la actividad que realizan diariamente tienen conocimiento a profundidad de la problemática que se estudia.

E) ENCUESTA.

Toda operación tendente deliberadamente a recoger información, respecto de una o más variables a medir establecidas en un cuestionario; la investigación, es una forma de recopilar información sobre una parte de la población denominada muestra y la información recolectada podrá emplearse para un análisis cuantitativo con el fin de identificar y conocer la magnitud de los problemas que se supone o se conocen en forma parcial e imprecisa. Esta será dirigida a los estudiantes de 4º y 5º año de Medicina de la Universidad de El Salvador, debido a que ellos tienen un conocimiento más amplio debido a su nivel académico facilitando la comprensión de este fenómeno de reproducción asistida. También a sectores que directa o indirectamente se involucran con la práctica de estas técnicas en sí mismos como pacientes, donantes u otros.

3.3 FORMULA DE APLICACIÓN

Tomando en cuenta que la investigación requiere de datos cuantitativos serán de uso necesario para la obtención de la muestra la siguiente formula:

$$\text{Porcentaje} = \frac{\text{NC} \times 100}{\text{NT}}$$

NC= Número de casos
NT= Número total de casos

Fórmula complementaria

Para la elaboración de cuadros estadísticos y graficas correspondientes se utilizará la fórmula:

$$\frac{\text{Fa}}{\text{NT}} = \text{Fr}$$

Fa= Frecuencia Absoluta
Fr= Frecuencia Relativa

UNIDADES DE ANÁLISIS	POBLACIÓN	MUESTRA	INSTRUMENTO
Doctores Infertólogos,	8	4	ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA
Profesionales del Derecho (abogados, diputados).	84	10	ENTREVISTA SEMI ESTRUCTURADA
Doctores en Medicina General, Ginecólogos, Pediatras y Estudiantes de diferentes carreras universitarias en la UES (facultad de medicina y ciencias y humanidades)	100	100	ENCUESTA

3.4 CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Cuadro estadístico:

Es el arreglo ordenado, de filas y columnas, de datos estadísticos o características relacionadas, con el objeto de ofrecer información estadística de fácil lectura, comparación e interpretación. Un cuadro estadístico es el resultado de trabajos previos (planeamiento, recopilación, tabulación, cálculos, etc.). Estos cuadros constituyen los llamados “cuadros de análisis” que se incluyen frecuentemente en el cuerpo de los estudios, de las investigaciones o de los informes.¹¹⁸

¹¹⁸ SIERRA BRAVO, Restituto. “Diccionario Practico de estadísticas y técnicas de investigacion”, S.A. ediciones PARANINFO, Madrid 1991.

➤ **Cuestionario**

Consiste en un conjunto de preguntas respecto a una o más variables a medir. El contenido de las preguntas de un cuestionario puede ser tan variado como los aspectos que se midan a través de éste.

➤ **Datos:**

Hechos y principios indiscutibles que sirven de punto de partida en una investigación experimental. La población objeto de estudio será la Zona Oriental, en la que se buscará información que permita comprobar las hipótesis formuladas y sugerencias que sirven para proponer solución a la problemática; para abordar los objetivos se han tratado varias unidades de análisis con las cuales se pretende dar respuesta a los indicadores del problema. De esta se delimitará una muestra significativa la que será entrevistada.

➤ **Encuesta:**

Estrategia de investigación en la que la información es obtenida de una muestra de individuos a partir de sus respuestas a un cuestionario. La encuesta sirve para medir comportamientos y actitudes.

➤ **Frecuencia**

Número de veces que se repite un valor o categoría.

➤ **Formula:**

Medio práctico propuesto para resolver un asunto controvertido o ejecutar una cosa difícil, resultado de tipo general expresado por medio de símbolos matemáticos.

➤ **Gráfica:**

Son un tipo de representación de datos, generalmente numéricos, mediante recursos gráficos (líneas, vectores, superficies o símbolos), para que se manifieste visualmente la relación matemática o correlación estadística que guardan entre sí.

➤ **Hipótesis:**

Respuesta posible a una pregunta de investigación que implica, por lo general, una relación entre dos o más variables. Las hipótesis deben cumplir tres condiciones: i) debe ser una respuesta probable a la pregunta de investigación; ii) debe ser clara y precisa y estar formulada como una afirmación; iii) debe ser susceptible de contrastación empírica. Las hipótesis se pueden clasificar en descriptivas (cuando realizan una afirmación sobre una variable) o explicativas (cuando ponen en relación dos o más variables).

➤ **Investigación de campo:**

Utilización de técnicas de recogida de datos cualitativas (ej. Entrevistas, observación, encuestas) o cuantitativas para dar respuesta a una pregunta de investigación concreta. Se denomina estudio de campo porque la investigación se lleva a cabo en el entorno en el que el fenómeno ocurre, y no en un entorno controlado. No implica tanta permanencia en el campo como la etnografía. Es muy utilizada en estudios descriptivos.

➤ **Muestra:**

Es el conjunto de operaciones que se realizan para el estudiar la distribución de determinados caracteres, en la totalidad de una población, universo o colectivo, partiendo de la observación de una fracción de la población considerada.

El tipo de muestra a utilizar es la probabilística según se conceptualiza ésta es esencial en los diseños de investigación por encuesta en donde se pretende hacer estimaciones de variables en la población las que se analizaran con pruebas estadísticas para el análisis de datos en que se presupone que la muestra es probabilísticas, donde todos los elementos de la población tienen una misma probabilidad de ser elegidos.

➤ **Observación:**

Consiste en el registro sistemático, válido y confiable de comportamientos o conducta manifiesta. Puede utilizarse como instrumento de medición en muy diversas circunstancias. Es el método más utilizado para quienes están orientados conductualmente.

➤ **Operacionalización:**

Proceso esencial de la delimitación del problema de investigación por el que se vincula un concepto abstracto a una variable o indicador empírico. Dar una forma de medir un concepto y cuantificarlo de modo que pueda ser analizado empíricamente. Implica una conceptualización y una medición¹¹⁹.

➤ **Población:**

Es la totalidad del fenómeno a estudiar en donde las unidades de la población poseen una característica común, al cual se estudia y da origen a los datos de investigación y sus valores son conocidos como parámetros.

¹¹⁹ Rojas Soriano Raúl. "Guía para realizar Investigaciones Sociales"II. Editorial Plaza y Valdés 34ª Edición México 2002, Pág. 42.

➤ **Problema:**

Suele ser un asunto del que se espera una solución, aunque ésta lista no siempre sea obvia

➤ **Unidad de Análisis:**

Es la técnica utilizada para descubrir fenómenos complejos, de los cuales exista una posibilidad de evaluación; luego de haber construido instrumentos de tipo especial. Cuyo objetivo es la descripción objetiva sistemática y cuantitativa del contenido manifestado de la investigación.

➤ **Universo:**

Conjunto de individuos o elementos sometidos a estudio estadísticos.¹²⁰

➤ **Variable.**

Cualquier característica de una unidad de análisis que contenga, al menos, dos atributos (categorías o valores), en los que la unidad pueda clasificarse. La variable contiene categorías. El sistema de categorías debe ser exhaustivo y exclusivo, de modo que cualquier unidad de análisis se pueda clasificar en solo una de las categorías. A partir de un registro de los datos generamos variables. El análisis de variables es el objetivo de la investigación cuantitativa.

➤ **Variable dependiente:**

Variable cuya variación es explicada por una o más variables independientes. Es la variable cuya variación queremos explicar en la investigación. Toda investigación explicativa cuantitativa pretende

¹²⁰ Lindshire de Gilbert, "Diccionario de la Evaluación y de la Investigación Educativa"II. Editorial García Primera Edición 1985.

comprender los motivos de la variación en una o varias variables dependientes. En los diseños experimentales la variable dependiente recibe el nombre, también, de variable de respuesta. Se considera que es la respuesta a una variable de tratamiento (independiente). En algunos modelos causales correlacionales, las variables dependientes son también denominadas variables endógenas, pues son explicadas por el modelo, frente a las variables exógenas (no explicadas).

➤ **Variable independiente:**

Variable que influye en los valores de la variable dependiente. Se trata de la variable explicativa. Es la variable manipulada o de tratamiento en los diseños experimentales.

CAPITULO IV

ANALISIS E

INTERPRETACION DE LOS

RESULTADOS

CAPITULO IV

PARTE I

4.1 REPRESENTACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

4.1.1 RESULTADOS DE LA GUÍA DE OBSERVACIÓN

N°	PREGUNTA	RESPUESTA	
		SI	NO
1	¿Sabe usted en que consiste la Reproducción Humana Asistida?	3	0
2	¿Tiene conocimiento de los diferentes métodos de reproducción humana asistida que existen?	3	0
3	¿Sabe cuáles son los requisitos de una persona para poder optar por estos métodos?	3	0
4	¿Conoce el procedimiento que se lleva en la práctica de este tipo de reproducción?	3	0
5	¿Conoce si la reproducción puede ser considerada un derecho?	3	0
6	¿Sabe qué porcentaje de la aceptación tienen estas prácticas en la población?	3	0
7	¿Sabe en qué instrumento jurídico se encuentra regulado el proceder de las instituciones que realizan este tipo de prácticas?	3	0
8	¿Considera necesario que se cree una legislación que regule más ampliamente esta área?	3	0
9	¿Considera que existe algún derecho vulnerado del niño o niña proveniente de estas prácticas de RHA?	3	0
10	¿Conoce qué tipo de Tutela presta El Gobierno de esta práctica?	3	0

ANÁLISIS DE LA GUÍA DE OBSERVACIÓN.

En la guía de observación se plantean una serie de cuestionamientos a efectos de una auto evaluación, al grupo investigador, sobre las técnicas de RHA, dicha guía se analiza e interpreta de la siguiente manera.

La RHA consiste en una serie de procedimientos del área de la medicina que asisten a la reproducción humana cuando esta no puede realizarse de una manera natural por diferentes factores como la infertilidad, esterilidad, y otros problemas de salud tanto en el hombre como la mujer.

Estos pueden ser sometidos a un tratamiento primeramente y de no tener resultados positivos, optar por las diferentes técnicas, que son: inseminación artificial, la cual se trata del acercamiento mayor posible de los espermias a los óvulos en la mujer, la fertilización *In Vitro*, que consiste en la fecundación del ovulo fuera del útero, y es implantado una vez terminado su debido procedimiento en el útero de la mujer.

Dentro de ésta técnica existe una aún más compleja bajo el nombre de ICSI y se refiere a la introducción del espermia por medio de una micro inyección dentro del ovulo, otra de las técnicas no menos importantes pero sí bastante prohibida en muchos países es la de madre subrogada, vientre de alquiler o como en El Salvador se conoce por madre sustitutiva, tiene sus divergencias pues supone un contrato el cual en nuestro entorno sería ilegal pues el *nasciturus* no puede ser objeto de comercio.

Las personas que deciden optar por estos métodos tienen diversos requisitos tales como en el caso físico: la avanzada edad, las mujeres solteras sin compañeros para procrear, las personas que por padecer de enfermedades se convierten en infértiles o estériles; también se debe contar con capacidad económica pues en países como EEUU y El Salvador los costos son elevados, lo cual disminuye en gran manera a la población que puede acceder a ello.

Por últimos deben de cumplir por una serie de requisitos de bienestar de la salud, tanto para los interesados, donantes y madres de alquiler.

La reproducción, si puede considerarse un derecho perteneciente al ramo de derecho de familia, ya que bajo la figura del matrimonio se encuentra la función de reproducción de la especie, aunque por su parte, la sociedad puede ver los dos aspectos, tanto de rechazo como de aceptación.

La primera por considerarse no natural, porque no es por medio del amor que son concebidos y otras razones basadas en la cultura de la sociedad salvadoreña enfocada en sus costumbres religiosas y por otro lado está la aceptación por aquellos que tienen la necesidad de formar una familia y ven en las técnicas de RHA una oportunidad de vencer los obstáculos que se lo impiden.

La regulación del proceder tanto de las instituciones como: clínicas de fertilización y médicos especialistas en esta rama, no se encuentra regulado en ningún marco normativo, de forma clara y precisa, puesto que a las leyes de El Salvador, le falta adecuarse a la realidad cambiante de la sociedad.

En El Salvador, al igual que en otros países la RHA, ya es una realidad que se practica desde hace un tiempo atrás con la diferencia que en nuestro país, aun se ve en la necesidad de contar con una regulación que pueda suplir los vacíos legales en cuanto a esta situación.

El gobierno de El Salvador debería prestar mayor atención a los procedimientos de las técnicas de la RHA, debido que dentro de esto se encuentran en juego varios derechos tanto de los pacientes, el *nasciturus*, madre subrogada o vientre de alquiler, donantes, entre otros.

4.1.2 RESULTADOS DE LA ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

La entrevista no estructurada fue dirigida a personas cercanas y conocedoras de la temática de investigación, como: Médicos infertologos que laboran en Clínicas especializadas como Repromedic, Bonifer, Centro Ginecológico, quienes por su labor diaria tienen directa intervención en este tipo de procedimientos de RHA.

ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

PREGUNTA 1: ¿Qué es la reproducción humana asistida?

RESPUESTA: Son aquellos procedimientos en los cuales se ayuda a la procreación de la misma especie en este caso la humana, se trata de asistir a la procreación, ayudar a que se junte el ovulo y el esperma, y luego trasladarlo al útero de una mujer para que continúe su desarrollo y se logre el nacimiento de un nuevo ser, que sirve para, aquellas personas que padecen algún tipo de esterilidad o infertilidad para conceder el deseo de convertirse en padres, y superar los enigmas de la sociedad que establecen la costumbre de que una familia está completa cuando existen hijos.

PREGUNTA 2: ¿Qué tipo de métodos de reproducción humana asistida existen?

RESPUESTA: Se clasifican en dos tipos: los de baja complejidad y en los de alta complejidad. En los de baja complejidad están: la inseminación artificial y la transferencia de gametos a la trompa de Falopio; y los de alta complejidad son la fecundación In Vitro y sus derivados como el ICSI y la clonación que es otro tipo de método, que son sistemas donde se ocupa un laboratorio especializado para lograr que, lo que suceda en la trompa de Falopio se pueda recrear en un ambiente parecido, eso es alta complejidad porque se requiere un laboratorio especializado para tal fin. Las de baja

complejidad no se necesita un laboratorio sumamente técnico, basta con una máquina que centrifuga las muestras.

PREGUNTA 3: ¿En qué consiste el procedimiento de Inseminación Artificial?

RESPUESTA: La técnica de Inseminación tiene como única función, acercar los espermatozoides a los ovulo y se usa más cuando los varones tienen recuento de espermias muy bajos, lo normal es, que un varón que fecunde a una mujer debe tener más de veinte millones, pero un varón que tenga menos de veinte millones requiere de una técnica de ayuda para que logre procrear. Entonces la inseminación se ocupa de aquellos varones que tienen entre cinco y veinte millones de porque con una inseminación artificial es suficiente, este recuento de esperma se selecciona y luego de un proceso de gradientes y después nutrientes, queda como producto el mejor esperma el cual es implantado en el útero de la futura madre.

PREGUNTA 4: ¿Qué tipo de riesgos van aparejados a estos procedimientos de Reproducción?

RESPUESTA: las inseminaciones artificiales el principal riesgo es que tenga gemelos o complicaciones debido a que para lograr un mayor porcentaje de éxito se implanta más de un embrión en el útero o más de un esperma u ovulo, por otro lado, las técnicas de reproducción asistida tienen efectos significativos en el cuerpo de la mujer, que pueden relacionarse con distintos riesgos y complicaciones a lo largo del proceso, sobre todo el tratamiento hormonal puede tener consecuencias y efectos secundarios indeseados, que pueden ser desde leves hasta poner en peligro la vida de la mujer.

Si es necesario para la inseminación artificial estimular los ovarios con hormonas, esta estimulación puede causar náuseas, malestar general,

disnea y dolor. En casos graves se pueden dar trastornos de la coagulación sanguínea, así como retención de líquidos (edemas).

PREGUNTA 5. ¿Cuál es el perfil que deben tener los donantes para realizar los pertinentes procedimientos?

RESPUESTA: Existen dos clases de donantes: los donantes de espermias y los donantes de óvulos y también se cuenta con otro tipo que no es donante pero si es una especie de ayudante y son las madres subrogadas o conocido como vientre de alquiler; se le llama madre subrogada porque ella es la que va a llevar el embarazo a una pareja debido a que la mujer no tiene útero o tiene una enfermedad tan grave que si se embaraza puede costarle la vida, o tiene complicaciones en su cuerpo como tumores en la matriz, diversidad de abortos, por lo que, lo más recomendable es que lleve el embarazo otra mujer, que bien puede ser un miembro de su familia o una desconocida contratada para eso.

Todos tienen que cumplir ciertos requisitos como estar libres de enfermedades de transmisión sexual como el SIDA, la sífilis, hepatitis, clamidia por ello debe hacerse las respectivas pruebas de sangre, los varones no deben tener los tatuajes de preferencia, no deben tener adicción a droga y si es posible que tenga ya por lo menos un hijo vivo en condiciones sanas, los donantes reciben una remuneración que van de los veinticinco a los treinta dólares, depende de la calidad de la muestra esa es otra condición que tenga buena muestra. La muestra se puede congelar o usar frescos los espermias, para que cuando soliciten estén listos,

PREGUNTA 6. ¿Cuáles son los procedimientos previos, durante y después a la reproducción humana asistida?

RESPUESTA: El primer paso es la estimulación hormonal: para que la inseminación artificial sea posible, puede ser necesario en algunos casos preparar a la mujer a través de la estimulación hormonal. Cuando el equilibrio

hormonal de la mujer se rompe, es el momento de estimular los ovarios mediante un tratamiento hormonal en forma de pastillas o inyecciones.

Las hormonas hacen que varios folículos de los ovarios puedan madurar simultáneamente. Esto aumenta la posibilidad de que se desarrollen varios ovocitos fertilizables. Obtención de esperma: Puesto que para la inseminación artificial es necesario el esperma masculino, la obtención de semen pertenece al proceso de preparación de la inseminación artificial.

El hombre obtiene este semen por sí mismo (a través de la masturbación). En el laboratorio se trata el esperma para aumentar las posibilidades de fecundación, proceso denominado capacitación espermática. Criopreservación: Si la inseminación artificial está prevista para una fecha posterior, la preparación se puede conservar a través de la criopreservación.

El óvulo se congela en la etapa pronuclear, y más tarde se insemina artificialmente y se inserta en el útero materno. Es más sencillo congelar los embriones o el esperma que los óvulos de la mujer, puesto que estos son más susceptibles de dañarse por el frío.

PREGUNTA 7. ¿Qué vigencia tienen las prácticas de Reproducción Humana Asistida en El Salvador?

RESPUESTA: Desde el año 2000 se inició en el Salvador esta práctica primero con la inseminación artificial y en el año 2008, dio resultado el primer embarazo de fecundación In Vitro, antes del 2008 nadie hacía estas prácticas solo lo más superficial como inseminado artificial , sin hacer uso todavía de las técnicas más complejas como la técnica *in vitro*.

PREGUNTA 8. ¿De qué se trata la fertilización In Vitro?

RESPUESTA: Esta técnica es realizada, como segunda opción si la primera no da resultado, es decir, la inseminación artificial debido a que,

aquellos varones que tengan menos de cinco millones en el recuento de esperma, ni de forma natural ni con un inseminado van a lograr que una mujer se empreñe; por lo que deben recurrir a fecundación In Vitro, y si este varón tiene menos de un millón, la In Vitro no le va a ayudar, sino que estos requieren de una técnica que se llama ICSI es una inyección que se le hace al ovulo. En 1978 llegó al mundo en Reino Unido la primera niña concebida a través de fecundación in vitro: Louise Brown. En una placa de Petri se unió el óvulo y el esperma, y a continuación se implantó el óvulo fecundado en la madre de Louise.

La inseminación artificial a través de FIV se desarrolla según el siguiente procedimiento: el médico extrae, bajo control ecográfico, algunos óvulos a través de la vagina y fuera del cuerpo se fecundan con el esperma de la pareja o de otro hombre. En este caso, la fecundación se produce por sí sola, por así decirlo. Es decir, no se produce mediante una inyección, sino que se produce por sí misma en el óvulo. Cerca de 48 horas tras la fecundación, el médico implanta los óvulos fecundados (hasta tres óvulos) en el útero de la mujer. La FIV se realiza cuando la esterilidad de la mujer es de origen tubárico, es decir las trompas de Falopio no funcionan correctamente como para que en ellas se pueda producir la fecundación.

PREGUNTA 9. ¿Cuántas fecundaciones se necesitan para poder efectuar con éxito la reproducción asistida?

RESPUESTA: Se necesita en la mujer por lo menos dos óvulos para tener mayor seguridad de éxito y en el hombre con una muestra es suficiente, se insemina, las mujeres que después de cuatro intentos de inseminado no se logra embarazar ya no es necesario seguir haciendo más porque no lo va a lograr en este caso se tendría que recurrir a la fecundación In Vitro y hacer entre cuatro hasta la seis si ya hacemos la sexta In vitro y no logramos o ponemos más de 10 embriones en varios ciclos Y no hemos logrado que ninguno de los embriones implante se considera que no se va a

lograr un embarazo en esta pareja hay rechazo o no reconoce la mujer los embriones que se le están poniendo la mujer es difícil que logre un embarazo.

PREGUNTA 10. ¿Con respecto a los embriones que ya no son necesarias por haberse llevado a cabo con éxito la fertilización, que sucede con las demás muestras tomadas, los demás óvulos ya fecundados?

RESPUESTA: Los óvulos ya fecundados se llaman embriones, los embriones legalmente se puede hacer con los embriones lo que el paciente o el medico quiera porque nadie se lo está impide, ahora los embriones que sobran por ética por moral se deben de congelar esto tiene un costo adicional la paciente que tenía ocho embriones disponible se le colocan seis embriones y los restantes se congelan, sino se paga la congelación se pueden donar a la clínica que hace estos procedimientos, los embriones no quedan abandonados se firma un documento donde hagan constar que donan los embriones a una pareja que no tenga disponibilidad económica para hacer una In vitro estos embriones no se venden sino que se lo concede a alguien de bajos recursos o es decir que ellos adoptan un embrión en lugar de ir hacer una adopción de un niño ya nacido adoptan un embrión, a la mujer se le extraen hasta 18 óvulos y estos si se pueden desechar.

INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA ENTREVISTA NO ESTRUCTURADA

Las técnicas de RHA son una alternativa más a aquellas personas que tienen algún impedimento físico para ser padres, por lo tanto la RHA contribuye a lograr embarazos por medio de inseminación artificial, *in vitro*, microinyección ICSI, Inducción a la ovulación, entre otros.

Los métodos que existen son en primer lugar inducción a la ovulación, coitos programados, primero se intenta estimular al hombre y mujer para que produzcan suficientes óvulos o espermias para que exista más posibilidades de fecundación natural, por ejemplo tener relaciones en los días fértiles de la mujer, sino da resultado esta técnica, se hace la inseminación artificial, pero si después de haber intentado no se logra se pasa a la siguiente técnica que es la fertilización *in vitro* ya que requiere más esfuerzo por parte de los médicos que de los pacientes, si al intentar, ésta fracasa se hace la técnica ICSI la inyección de espermia en el óvulo,

LA técnica de inseminación artificial consiste en la obtención del espermia que pasa por diferentes etapas, primero por un lavado con gradientes, después por un conteo, en la segunda etapa se pasan a un tubo con nutrientes lo que se llama capacitación, se vuelve a centrifugar y a muestra que queda en el sedimento es la que se insemia, se le hace un conteo se lleva a una cámara especial y se hace un conteo de cuantos espermias son los que se colocan hasta que llegan al sitio donde está el ovulo. La idea de un inseminado es aumentar la concentración de los espermatozoides alrededor del ovulo para facilitar la fecundación del óvulo ese es el objetivo de la inseminación.

Los riesgos consideran los conocedores de esta área que van desde lograr un embarazo múltiple (es decir, gemelos o trillizos) hasta el riesgo de aborto involuntario o de embarazo ectópico es mayor con la reproducción asistida que en los embarazos por concepción natural.

Al extraer los óvulos para la reproducción asistida se pueden producir complicaciones como infecciones de los ovarios y de las trompas de Falopio. A través de la punción se pueden ocasionar lesiones en órganos como la vejiga, el intestino o los vasos sanguíneos. También los hombres pueden sufrir complicaciones en la inseminación artificial. Al obtener el espermia de

los testículos o del epidídimo mediante biopsia o punción se pueden ver dañados los vasos sanguíneos.

La mujer que aporta sus óvulos para este proceso debe cumplir requisitos tales como: no portar tatuajes, no consumir drogas, que haya tenido hijo, que su edad sea mayor de 21 y menor de 30, que no tenga antecedentes de la familia de enfermedades cromosómicas o hereditarias como decir niños con Down, a las donantes se les paga entre quinientos y seiscientos dólares cuando donan óvulos porque es un proceso más. La madre subrogada que tiene que cumplir los mismos criterios, debe tener un útero sano sin tumores se le remunera entre trescientos dólares mensuales y seis mil dólares al entregar el niño, en cuanto a la madre subrogada se suscitan problemas como pérdida del embarazo, se quieren quedar con él bebe, y en esos casos no hay nada que hacer pues no hay leyes que protejan a nadie ni al médico ni a la pareja,

Las técnicas de RHA se practican en este país desde antes del año 2000 aunque los primeros resultados empezaron a verse después de este año, por supuesto los procesos más sencillos como la inseminación artificial, las técnicas más complicadas se llevaron a cabo en el 2008 teniendo como resultado la primera bebe *in vitro*, El Salvador esta ya a la vanguardia con estas técnicas, con Médicos que se especializan fuera del país para traer todas esas ventajas de nuevos conocimientos provechosos que hacen falta en este país.

En cuanto a los embriones, se fecundan por cada paciente, los ovulos y espermias que sean capaces de proporcionar pero de preferencia hasta 10, si con el primer intento se logra un éxito, y aún más si se trata de gemelos, la pareja ya no requiere de más intentos, por lo tanto los embriones restantes quedan en congelación mientras la pareja da un aporte económico y decide que hacer son ellos, en el caso de que no les sean útil ni para futuro, la clínica les hace firmar un documento de donación donde pasan a ser de libre

uso de la clínica, ninguno se desecha pues los doctores conocen el deber moral de que al desechar uno de estos se estaría quitando la vida a un ser humano convirtiéndose en aborto.

4.1.3 RESULTADOS DE LA ENTREVISTA SEMI ESTRUCTURADA

Personas de diversas categorías que tienen directa o indirectamente conocimiento con el tema de RHA, en el sentido de las posturas de la aplicación de éstas técnicas, la no regulación de los procedimientos de éstas; las cuales son: Funcionarios de la Asamblea Legislativa de El Salvador y funcionarios de otras instituciones del Gobierno, tales como Procuraduría para la defensa de los derechos Humanos (PPDH), Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA), Ministerio de Salud,

Dirigida a: Funcionarios de la Asamblea legislativa, funcionarios del área Jurídica de las diferentes instituciones del estado.

Cargo que ostenta: diputados, asesores, abogados, empleados, directores y administradores, así como empleados del área jurídica de estas instituciones.

PREGUNTA 1: ¿Sabe usted en que consiste la reproducción humana asistida? SI_____ NO_____ EXPLIQUE

RESPUESTA: la reproducción humana asistida consiste en una serie de métodos y técnicas del área de la medicina que contribuyen solucionar problemas o enfermedades como la infertilidad y la esterilidad, y esencialmente son la inseminación artificial, *in vitro* y la micro inyección ICSI. Es de justo entender que en el área jurídica, profesionales del derecho y quienes laboran en instituciones del estado tienen conocimientos intermedios

sobre RHA, es decir que no hay conocimientos amplios o profundizados sobre la temática pero si lo más esencial.

PREGUNTA 2: ¿Conoce usted la regulación existente que controle este tipo de reproducción? SI ___ NO ___ EXPLIQUE

RESPUESTA: en El Salvador no hay regulación no hay normas que se apeguen este tipo de situaciones, en el Salvador no hay ninguna regulación en otros países si, como España pero se puede utilizar supletoriamente, como el código de salud, código de familia. Es absolutamente necesario que exista una, porque hay problemas que no se pueden resolver porque no hay base legal para que nos diga que hacer, por ejemplo que derechos tiene el niño concebido con espermatozoides de un desconocido, tendrá derecho a saber quién o quiénes son sus padres biológicos?, o el concebido por una madre subrogada, quien no quiere entregar él bebe.

PREGUNTA 3. ¿Cuáles son los controles jurídicos ante la mala praxis en este tema de reproducción?

RESPUESTA: Como no hay una normativa entiendo que los controles jurídicos que hay para la mala praxis son los procesos que ya ella están normados tanto para la mala praxis así como los administrativos que aplican las instituciones que brinda servicios de salud como los que ya regula el código penal que son los que subsidiariamente deberían de aplicarse al darse ese tipo de situación acá.

Cuando hablamos de mala praxis hablamos de mala praxis en general existen controles jurídicos delitos que se pueden dar, como lo que establece el código penal de El Salvador para la mala praxis.

PREGUNTA 4. ¿La reproducción humana asistida podría ser considerada como un derecho? SI___ NO___ EXPLIQUE

RESPUESTA: Todos tenemos un derecho aquí juega un papel y es que hay personas que no pueden procrear de una forma natural pero si a través de estos tipos de situaciones habría que valorar ese contexto habría que evaluar el problema si hay impedimento para procrear.

En todo caso sí, debe ser considerada como un derecho una reproducción asistida se da cuando una pareja ha hecho todos los esfuerzos para concebir naturalmente y no lo han logrado el derecho en este caso no es para el niño o la niña que va nacer es para los señores que quieren ser papás y es un derecho para ellos intentarlo y si está fuera del seno materno también debe considerarse como persona humana porque no es el hecho de estar dentro del seno materno es en el momento en que se juntan porque recuerde que el óvulo tiene la mitad de los genes de una célula normal y el espermatozoide tiene también la mitad de genes de una célula normal al unirse se combina de tal manera que los genes van a decidir si va ser niño o niña y todas sus características es por ello que al juntarse desde ese momento es una persona humana.

PREGUNTA 5. ¿En qué área del marco jurídico de los derechos entra el de reproducción humana asistida?

RESPUESTA: Debería ser o enmarcarse en el área de familia recuerde que hablamos de la familia de reproducción lo que sucede es que usted está hablando de un marco jurídico que regula la reproducción está hablando de tener familia y el derecho que regula la familia como tal es el derecho a la familia. Tendríamos que analizar la legislación pero para mí está dentro del derecho de familia debido a que lo que nazca producto de la reproducción tendrá derecho a tener un apellido a tener un padre y todo esto está regulado dentro de este marco los derechos y obligaciones para con el

recién nacido. Se debe regular por el derecho de salud el tratamiento Pero al procrearse de la forma que sea nace con derechos y deberes todo eso es regulado por el derecho de familia en conjunto con la ley LEPINA.

Lo que pasa en los casos en que se ha dado una donación de óvulos o espermatozoide es que la ley da plazos para ir el reconocimiento de un hijo ejemplo yo fui donante y a la hora de nacer el niño la pareja quiere ponerle sus apellidos ya el código de familia señala el proceso engorroso si usted lo quiere ver así pero de una u otra manera ya está regulado ahí. Considero que debería enmarcarse en el derecho de familia

PREGUNTA 6. ¿Conoce usted los procedimientos que se llevan a cabo en esta práctica? SI___ NO___ EXPLIQUE

RESPUESTA: Acá en El Salvador aquí me declaro ignorante completamente sobre esto se de familias que han usado esto métodos que ustedes me plantean para reproducirse pero en fin de conocerlas a fondo no.

La reproducción humana asistida no es solamente es In vitro esta sólo es una forma de concepción asistida así que puede ser que a la mujer indiquen medicamentos que induzcan la ovulación y al hombre que lo ayuden a aumentar el número de espermatozoides a un nivel básico.

Básicamente estos son los dos métodos que existen pueden haber varios métodos pero a través de estas modalidades el primero por las parascopia mediante la introducción de un aparato a la mujer en el momento en que está ovulando pueden capturarse uno o varios óvulos se ponen en un lugar estéril ya preparado para eso y se le acercan los espermatozoides al darse la concepción se le vuelve a colocar este óvulo ya fecundado en el seno de la mamá el segundo incrementar mediante tratamiento la ovulación o incrementar el número de espermatozoides mientras más óvulos y esperma hay posibilidad de que alguno o algunos pueden fecundarse son más altas después de la primera parte hay que tener cuidado que la mamá

no pierda estos óvulos fecundados porque hay úteros que no pueden retener los óvulos fecundados cuando éstos van creciendo puede ser que suceda un aborto espontáneo y no es culpa de la mamá y no es delito esto es un embarazo de alto riesgo.

PREGUNTA 7. ¿Qué opinión le merece al hecho de que los embriones no utilizados son desechados en este procedimiento?

RESPUESTA: Mire entiendo que debe buscarse un mecanismo, porque si yo doy el consentimiento para una pareja lo que quede ahí ya no debería utilizarse o tener otro procedimiento diferente si hay algo que no se utilizó debería buscarse El mecanismo que diga que esto se tiene que destruir porque de lo contrario por ejemplo si yo me presto o doy mi consentimiento para una pareja y quedo algo ahí y luego otra pareja y utilizan el mismo producto sobrante en esa pareja quiérase o no tiene mi mismo ADN y en algún momento puede reclamarme según el código de familia obligaciones. Por eso digo que deben buscarse mecanismos porque aquí estamos regulando una forma diferente a la concepción natural aquí la constitución regula un proceso natural recuerde que la constitución es muy antigua.

Eso lo absorbe el cuerpo de la mamá como le dije no es que se voten sino que se capturan seis o siete óvulos y se fecundan todos ellos van a la mamá por eso cuando hay producción humana asistida hay una gran posibilidad que existan partos múltiples gemelos trillizos cuatrillizos.

PREGUNTA 8. ¿Cree usted que sea necesario la creación de una ley que regule ampliamente las instituciones que realizan reproducción humana asistida? SI___ NO___ EXPLIQUE

RESPUESTA: Debería existir una ley que la regule porque no podemos dejar abiertas las puertas y si esta ley va a pasar por modificar la constitución habría que analizar si dentro de este proceso existen la voluntad

política para hacerlo eso es lo que se debe considerar usted recuerde las modificaciones que se hizo en este sentido.

La ley necesita que exista certeza o no mientras más leyes hay menos posibilidades de certeza en la ley existe ahí entonces yo creo que debe estar regulada entre las posibles mala praxis en el Código Penal tiene que haber una acción punitiva del Estado contra una acción profesional mal llevada, una mala praxis equivale a no realizar los procedimientos de forma correcta pero hay cosas que no son culpa del médico pero es importante ver las causas de las complicaciones médicas porque no todo es culpa del médico no siempre es mala praxis.

PREGUNTA 9. ¿Conoce usted desde que momento se considera una persona humana al *nasciturus*? SI ___ NO ___ EXPLIQUE

RESPUESTA: Antes la Constitución señalaba el derecho a la vida desde el momento que nacía no desde la concepción todas esas modificaciones han venido cambiando habrían de analizarse eso. Hay que actualizar las leyes eso sí, siempre que sean en beneficio de la humanidad porque recuerde que si vamos a sopesar por ejemplo si voy a ser donante debe ser únicamente para la persona que he decidido serlo en ese sentido no debería haber una responsabilidad en materia de familia para el donante porque se entiende que es en beneficio de otra persona en esa normativa que ustedes plantean debe ir regulado.

Recuerde que la constitución en el artículo 1 se considera un ser humano desde el momento de la concepción desde que un óvulo y un espermatozoide se unen es considerado en El Salvador como una persona porque ahí está toda la genética todo lo que va constituir un ser humano y tiene todos los derechos aunque este en el seno de su madre tiene derecho a la vida a ser tratado con dignidad hablamos de los derechos básicos que puede tener como persona desde el momento de la concepción en adelante.

Y en el caso de la reproducción humana asistida que se hace fuera del seno materno con espermias u óvulos donados es que puede ser el ovulo de la misma persona que se le va realizar el procedimiento en realidad no se está creando vida se está favoreciendo a que surja una vida.

PREGUNTA 10. ¿Considera usted que al desechar embriones que están conservados en laboratorios clínicos; debería de considerarse como la violación al derecho a la vida regulado en nuestra constitución? SI___ NO___ EXPLIQUE

RESPUESTA: hay que analizarlo porque esta parte de la concepción es necesario analizarlo bien porque nuestra Constitución es garantista sumamente garantista pero analizar las etapas de la Constitución y lo que está planteado en el código civil tiene que pasar por la Asamblea Legislativa y hacer un análisis sumamente jurídico porque si decimos que si se debe desechar un embrión se estaría permitiendo por así decirlo lo que podría ser un aborto tenemos que ser muy cuidadoso en este tema hay que tratarlo con mucha mesura para no abrir la puerta para una cosa o la otra lo que está regulando en el código de familia son básicamente los derechos de lo que va a nacer pero la forma y todo eso no lo está regulado es como hablar de la clonación nosotros estamos años luz y otros países ya hablan de este tema con normalidad.

El Salvador se debe ir abriendo a estas nuevas tecnologías y no abrir la puerta para que algunos se aprovechen tal es el caso del ejemplo anterior de dar lugar al aborto para crear una ley tiene que cerrar todas las puertas puede ser modificación de algunos artículos o crear una nueva ley lastimosamente en este país se crea leyes para todo, debería visualizarse y añadirse a otra ley, que bien podría ser el código de familia y ahí ya no se tendría que crear una nueva ley sólo se tiene que modificar.

Según opinión de los médicos infertólogos, no se desecha muestra alguna, todos van a la madre, no los desechamos porque si no estaríamos faltando a lo que dice la constitución que se considera persona desde el momento de la concepción al votar estos óvulos ya fecundados sería como si estuviéramos asesinando personas.

INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENTREVISTA SEMI ESTRUCTURADA

En cuanto a esta entrevista realizada directamente a profesionales del Derecho se dio a conocer que tales conocen en su mayoría en qué consisten las técnicas de RHA y están de acuerdo en que no existe regulación jurídica sobre tal, pero atribuyen ésta al área del Derecho de familia, con respecto al matrimonio y las funciones que se encuentran dentro de este como lo es la reproducción de la especie.

En si la reproducción es una función de la familia en el matrimonio o en la unión no matrimonial, pero si el estado velara por este derecho y se le concediera hasta aquellos que no pueden tener hijos la posibilidad de hacerlo, estaría sobrepoblado el país, y sería más perjudicial que beneficioso, por ello el gobierno debe fijarse más en otro tipo de problemas que si afectan al país como brindar medicina para enfermedades más graves que afectan a la sociedad.

Si existieran resultados sobre mala praxis se debe aplicar subsidiariamente las leyes existentes, para el caso debe aplicarse el Código Penal, debido que hasta ahora no han existido muchos casos en los que se tuviera que recurrir a alguna ley al respecto.

Pero lo anterior no significa que no existan ciertas discrepancias de las leyes con respecto a este tema, puesto que si bien tienen sus ventajas las técnicas de RHA también tienen sus defectos como el hecho de los embriones restantes los cuales, no solo son organismos vivos, sino que son

personas humanas y es la vida de tales las que se ponen en riesgo al momento de decidir el destino de estos cuando se encuentran en criopreservación, por lo tanto no debe desecharse, y no puede alegarse desconocimiento de que esta acción puede ser un delito, ya que si se dispone a destruir una vida en proceso estaríamos hablando de aborto, porque se trata de un *nasciturus*.

Se resalta la evidente y absoluta necesidad de la creación de un marco regulador pues existen muchas dudas en estos procedimientos, donde no se sabe de qué manera proceder, pues no hay una ley que permita o prohíba algo al respecto, no hay un marco jurídico que reconozca derechos y deberes en los que aquí intervienen, entonces, en base a qué pueden defenderse, aunque existen otros que consideran que no es necesaria una ley sino que solamente debe ampliarse algunos artículos del código de familia.

No solo debería crearse un marco jurídico que regule esta área, sino también programas especializados y las instituciones necesarias, para poner en marcha dichos programas que contribuyan en pro de la vida e informen a la sociedad de estos avances científicos, sus causas y efectos.

4.1.4 RESULTADOS DE LA ENCUESTA

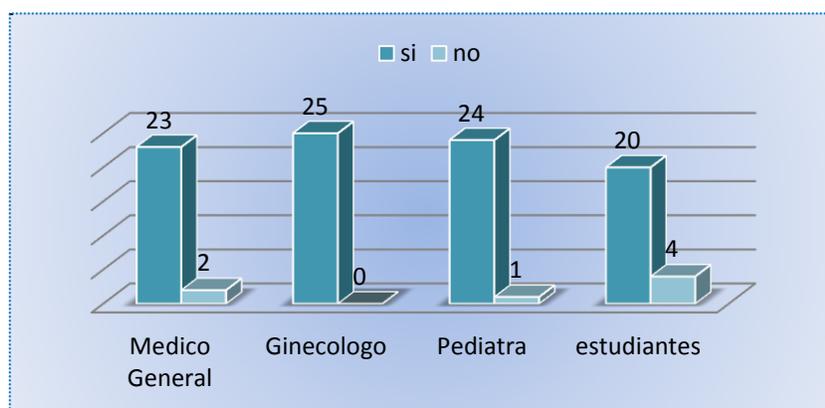
La presente encuesta, fue dirigida a diversos sectores de la sociedad para un mejor sondeo del conocimiento del tema. Se encuestó a Ginecólogos de la ciudad de San Salvador y San Miguel ciudad de San Miguel, Profesionales de diversas áreas de la medicina, pediatras y de Medicina general, a estudiantes de cuarto y quinto año de la Carrera de Medicina de la Universidad de El Salvador; efectuando un total de 100 encuestas entre las poblaciones antes mencionadas, distribuyendo 25 por sector.

ENCUESTA

PREGUNTA 1: ¿Sabe usted qué es la reproducción humana asistida?

CUADRO 1: concepto de RHA en diversos sectores de la sociedad.

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	23	%	2	%	25
Ginecólogos	25	%	0	%	25
Pediatras	24	%	1	%	25
Estudiantes	20	%	4	%	25
TOTAL	73	%	7	%	100

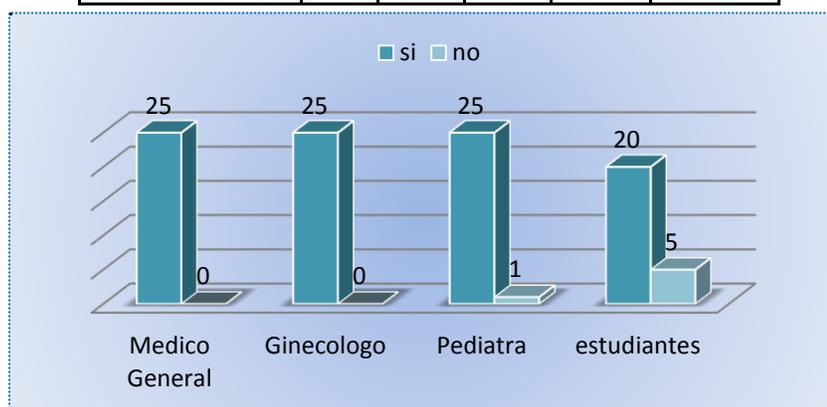


Se refleja en la anterior tabla y su respectiva grafica que la mayoría de la población seleccionada conoce de que se tratan las técnicas de RHA, aunque no se conozca a cabalidad todo sobre este tema, mas de uno manifestó saber porque conoce de alguien que ha hecho uso de éstas. Aunque no esté legalizado se sabe que ya se utilizan en el país, bajo sus propios reglamentos. Quienes más conocen son los que por su rama de la medicina se acercan más a esta y son los ginecólogos, pues estos refieren a sus pacientes con problemas de infertilidad o esterilidad.

PREGUNTA 2. ¿Sabe cuáles son los factores que inducen a la sociedad a hacer uso de estas técnicas de reproducción?

CUADRO 2: causas del uso de las técnicas de RHA

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	25	25%	0	0%	25
Ginecólogos	25	25%	0	0%	25
Pediatras	25	25%	0	0%	25
Estudiantes	20	20%	5	5%	25
TOTAL	95	95%	5	5%	100



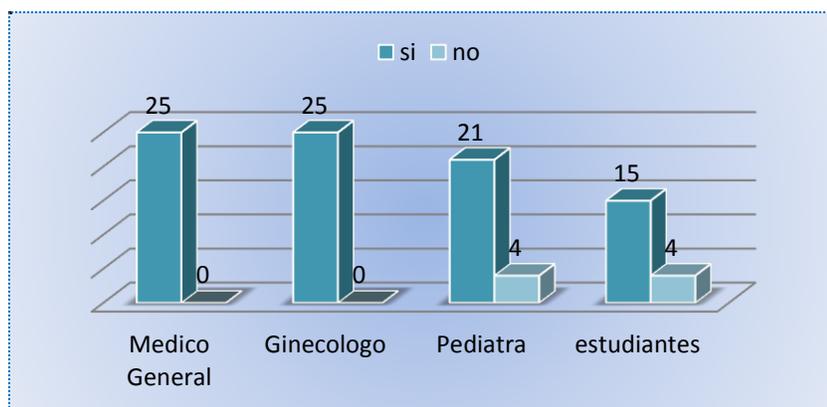
El factor principal por el que muchas personas hacen uso de las técnicas de RHA se debe a un defecto físico o de salud,¹²¹ como lo es la infertilidad o esterilidad, y al momento de unirse en pareja con otra se ve en la necesidad de procrear y al no poder hacerlo naturalmente, recurren a la ciencia y la oportunidad que esta les brinda para ser padres, debido a que según la ley de familia esta tiene la función de reproducción. De las 100 personas encuestadas la mayoría conformada por el 95% identifican los factores o las causas que influyen para que una persona haga uso de las técnicas de RHA, por el contrario un 5% desconoce las razones.

¹²¹ ¹²¹ Puede verse más en la página del Instituto Legal tres torres Revista Líder en Fertilidad en España, en el sitio: <http://www.reproduccionasistida.org/tag/iglesia-catolica/> (consultado el 18 de Julio de 2014).

PREGUNTA 3. ¿Tiene conocimiento de los diversos métodos de reproducción asistida que se practican en El Salvador?

CUADRO 3: Métodos de Reproducción que conoce la sociedad

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	25	25%	0	0%	25
Ginecólogos	25	25%	0	0%	25
Pediatras	21	21%	4	4%	25
Estudiantes	15	15%	10	10%	25
TOTAL	86	86%	14	14%	100

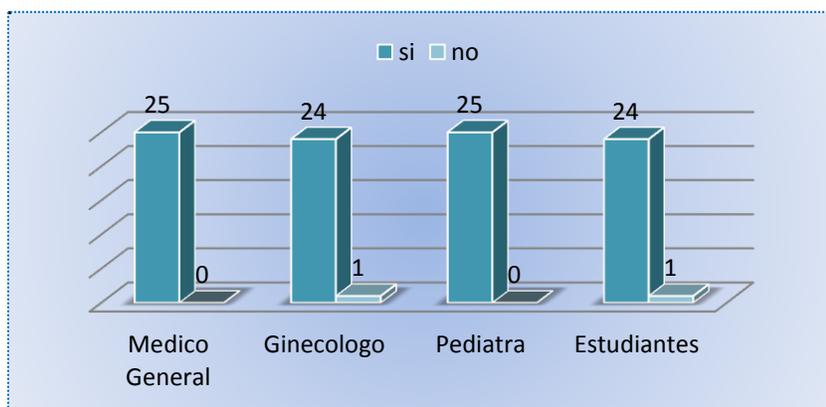


La RHA emplea métodos que van desde hacer lo más natural posible como la inducción a la ovulación, coitos programados, pero al no tener éxito, se van empleando los que son cada vez más complejos como la inseminación artificial, seguida de la fertilización *in vitro*, microinyección ICSI, siempre uno a continuación del fracaso de otro. La población encuestada manifiesta tener conocimiento por lo menos de las técnicas más famosas como la inseminación y la técnica *in vitro* y de manera generalizada sabe cómo se usa cada una, y solo un 14% ha escuchado al respecto pero no sabe más, pues la mayoría lo sabe por conocimiento de noticias en otros países por que en El Salvador es poco frecuente quien practique esto.

PREGUNTA 4: ¿Sabe cuáles son las ventajas de este nuevo avance de la ciencia en materia de reproducción?

CUADRO 4: conocimiento de las ventajas del uso de la RHA

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	25	25%	0	0%	25
Ginecólogos	24	24%	1	1%	25
Pediatras	25	25%	0	0%	25
Estudiantes	24	24%	1	1%	25
TOTAL	98	98%	2	2%	100



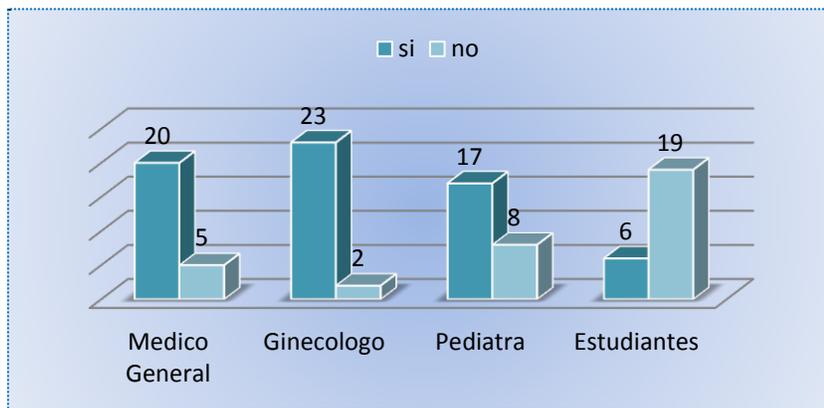
Las ventajas del uso de las técnicas de RHA van desde emplear métodos para procrear donde era imposible naturalmente hasta cumplir expectativas de una vida y hacer crecer una familia, es por ello que muchas parejas aun del mismo sexo y madres solteras pueden hacer uso de ella, en otros países, aunque en El Salvador debe adecuarse a las leyes ya existentes, donde establece el código de familia que esta se forma por la unión de un hombre y una mujer.

La mayoría conformada por el 98% dijo conocer algunas ventajas debido a que ven este avance como algo positivo para la sociedad, mientras que el 2% en manifestó que no saben qué tipo de ventajas provee la RHA.

PREGUNTA 5. ¿Conoce usted las desventajas de hacer uso de estas técnicas de reproducción?

CUADRO 5: Afectación negativa de las técnicas de RHA

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	20	20%	5	5%	25
Ginecólogos	23	23%	2	2%	25
Pediatras	17	17%	8	8%	25
Estudiantes	6	6%	19	19%	25
TOTAL	66	66%	34	34%	100

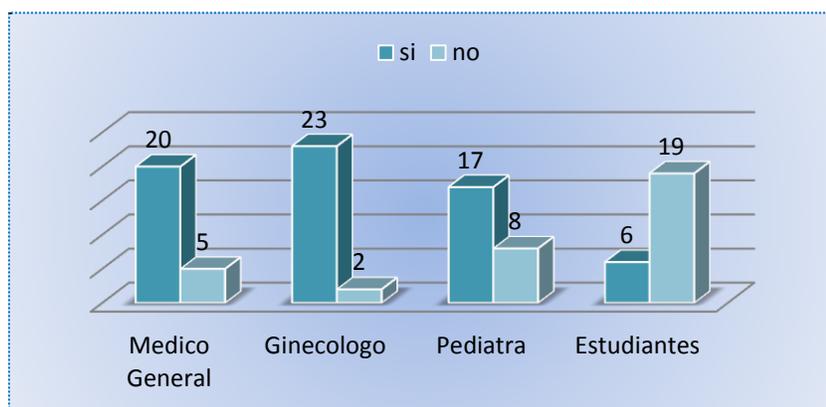


Toda cosa que para unos es beneficiosa para algunos es perjudicial, si bien es cierto la RHA tiene muchas ventajas, pero de igual manera existen muchas deficiencias en esta área, que por no existir un parámetro que dicte su proceder, se toma atribuciones en detrimento de algunos derechos, tanto para la madre, el hijo y la sociedad, desde el punto de vista religioso, esto es inaceptable pues no es la manera que Dios dispuso para fructificarse en la tierra, así mismo se ve como un acto de comercio pues el acceder a estas técnicas tiene un alto costo económico, así como decidir sobre el destino de los embriones sobrantes es tener la capacidad de elegir si una persona vive, muere o su vida queda suspendida en Criopreservacion. Es por ello que una buena parte de los encuestados (66%) manifestó que habían desventajas mientras que el 34% dijo que no.

PREGUNTA 6. ¿Sabe usted en que consiste el trabajo de la madre subrogada?

CUADRO 6: grado de conocimiento del término “madre subrogada”

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	15	15%	10	10%	25
Ginecólogos	19	19%	6	6%	25
Pediatras	11	11%	14	14%	25
Estudiantes	2	2%	23	23%	25
TOTAL	47	47%	53	53%	100

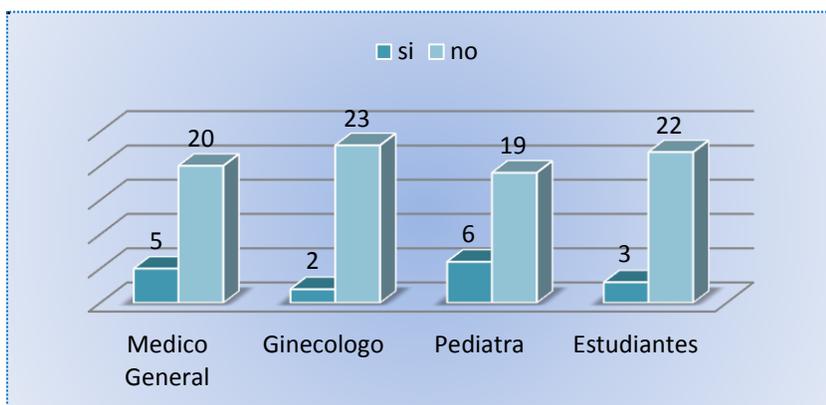


Madre subrogada o como mejor se conoce “vientre de alquiler”, esta técnica de RHA es la menos conocida sin embargo existe y aun en El Salvador ya se ha hecho uso de ella, se trata de un vientre en cuyo interior se implanta el embrión formado en un laboratorio con espermatozoides y óvulo de personas ajenas a quien se utiliza, esta es quizá la técnica menos aprobada por la sociedad, pues les parece una forma indignante de procrear, a una madre cuyo fruto de su vientre es ajeno y debe entregar vencido el plazo, sin tomar algún lazo fraternal con el bebé, ya que en países como el Salvador, ella bien podría quedarse con su bebé sin ningún problema. Un 47% manifestó conocer de qué se trataba este término mientras que un 53% no tenía idea de que era.

PREGUNTA 7. ¿Cree usted que se violentan derechos del niño o niña nacidos por RHA?

CUADRO 7: existe o no violación de derechos en las técnicas de RHA

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	5	5%	20	20%	25
Ginecólogos	2	2%	23	23%	25
Pediatras	6	6%	19	19%	25
Estudiantes	3	3%	22	22%	25
TOTAL	16	16%	84	84%	100



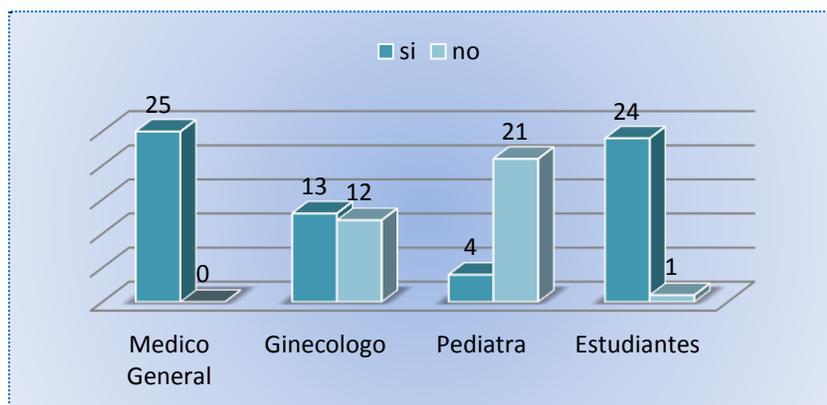
Con la realidad dinámica y cambiante de una sociedad surgen nuevos derechos que tutelar, y más cuando se tratan de avances científicos o tecnológicos, y como la misma Constitución de la República de El Salvador establece en su art. 8 que Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, es de entender que los derechos no reconocidos y tutelados por una ley son vulnerables a ser violentados.

En su mayoría (84%) manifiesta que no existen derechos violentados por ignorar el trasfondo de estas técnicas, y otro 16 % manifestó que si por conocer las desventajas que esta aporta.

PREGUNTA 8. ¿Cree usted que reproducirse puede verse como un derecho que todos tenemos y que el Estado debe garantizar?

CUADRO 8: Derecho de Procrear

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	25	25%	0	0%	25
Ginecólogos	13	13%	12	12%	25
Pediatras	4	4%	21	21%	25
Estudiantes	24	24%	1	1%	25
TOTAL	66	66%	34	34%	100

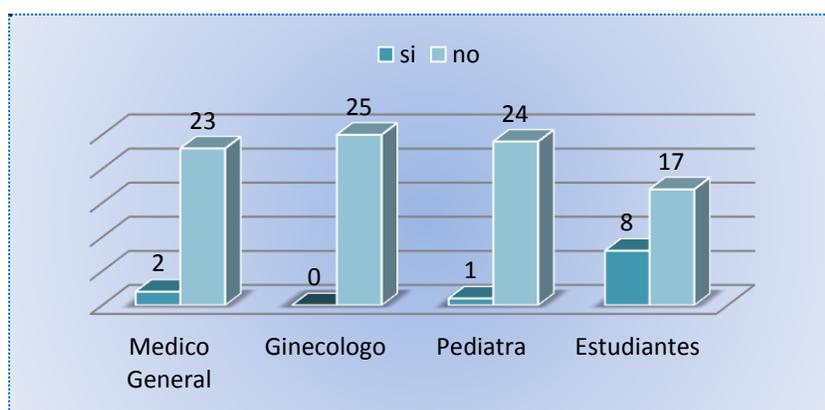


En su mayoría (66%) estableció que si existe un derecho de procrear más algunos variaron en cuanto a admitir que el Estado debe garantizarlo, por la razón de que éste lo garantiza estaría sobrepoblado el país y habría mayor demanda, mayor consumo, sería más perjudicial que beneficioso, por lo que se ve mejor la idea de que el país invierta en otras funciones como educación, salud por las muchas nuevas enfermedades, trabajo, es decir por aspectos más importantes que aportar a la reproducción de personas en el país, le apuesta más a producir lo que las que ya existen necesitan para vivir, por ello un 34% manifestó que no es un derecho a garantizar.

PREGUNTA 9. ¿Considera que el Estado cuenta con las leyes pertinentes para resolver conflictos que tengan que ver con esta área?

CUADRO 9: Solución de conflictos jurídicos respecto a RHA

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	2	2%	23	23%	25
Ginecólogos	0	0%	25	25%	25
Pediatras	1	1%	24	24%	25
Estudiantes	8	8%	17	17%	25
TOTAL	11	11%	89	89%	100

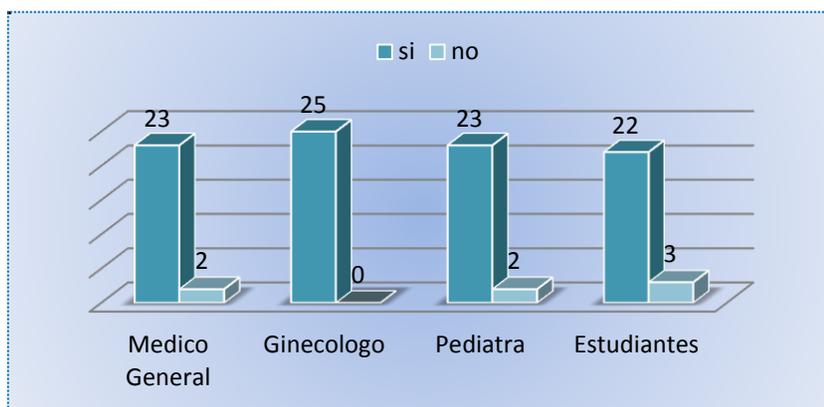


El Salvador se ha quedado estancado en cuanto a que no va caminando a la vanguardia de la realidad dinámica y cambiante de la sociedad, porque las técnicas de RHA ya se viven en este país, pero no existen parámetros que les dirijan que hacer y qué no hacer con respecto a los muchos aspectos que aquí se vierten como: protección de embriones, responsabilidades de quienes intervienen, del médico, donantes, derechos del *nascituro* procreado artificialmente, derechos y obligaciones de la madre subrogada, esto no puede seguirse basando en contratos con estas clínicas pues la vida de un ser humano no es un acto de comercio. Es por ello que un 89% manifestó que no hay manera de resolver conflictos jurídicos sin ley mientras un 11% estableció que si ya que podía supletoriamente referirse a otra ley similar.

PREGUNTA 10. ¿Considera que es necesario que se crease una ley referente a la reproducción asistida?

CUADRO 10: Ley sobre técnicas de RHA en El Salvador

Unidades de Análisis	OPCIONES				TOTAL
	SI		NO		
	Fa	Fr	Fa	Fr	
Médico General	23	23%	2	2%	25
Ginecólogos	25	25%	0	0%	25
Pediatras	23	23%	2	2%	25
Estudiantes	22	22%	3	3%	25
TOTAL	93	93%	7	7%	100



La creación de una ley siempre será una necesidad donde existen conductas que no están reguladas, derechos que no estén reconocidos, deberes que no sean coaccionados a su cumplimiento, esto puede dar lugar a que la persona actúe a su libre albedrío pasando por alto di violenta o no derechos, si no hay quien vele por estos para brindarles su respectiva tutela.

De la población encuestada, el 93% establece que si es necesario que se cree una ley mientras que el 7% considera que no parece tan importante como para pensar en una ley sino simplemente modificar algunos artículos de la actual Ley de Familia salvadoreña.

PARTE II

4.2 Análisis e interpretación de resultados

4.2.1 DESCRIPCIÓN Y VERIFICACIÓN

HIPÓTESIS GENERALES.

Hipótesis 1: “La reproducción asistida ha contribuido a facilitar procesos naturales que se dan durante la reproducción; Sin embargo es un tema nuevo para la población puesto que no hay muchos medios de orientación disponible para que la población se informe al respecto.”

Las parejas consideran la opción de la reproducción asistida cuando desean hijos, pero por diferentes razones, no lo consiguen por los medios naturales, es decir, a través del coito. Cuando el deseo de tener hijos no se ve satisfecho de forma natural, es necesaria una consulta médica y una exploración física para determinar cuáles son las causas de esa imposibilidad de concebir.

Estas causas se pueden dar por igual tanto en los hombres como en las mujeres. Si no es posible tratar las causas de la infertilidad o de la esterilidad, en algunos casos es necesaria la reproducción asistida. El procedimiento exacto varía dependiendo de los casos.

La reproducción asistida engloba todas las técnicas de tratamiento de esterilidad o infertilidad que conllevan una manipulación de los gametos (óvulos y/o espermatozoides). Consiste básicamente en que el ginecólogo (posiblemente tras una estimulación hormonal) extrae óvulos y/o espermatozoides masculinos, los prepara y los junta, luego los implanta en el útero para su total desarrollo.

Como se ha venido señalando en el transcurso de la investigación los tipos de RHA que existen y definiendo cada uno, en el Capítulo II en el apartado de Reproducción humana se estudia más a fondo el tema; con la investigación de campo se conoció otros tipos o métodos nuevos de RHA que ya se practican.

Hipótesis 2: “La reproducción humana asistida no está completamente estructurada en un cuerpo de normas específicas que le sirvan de base legal; por lo tanto no existen bases de reconocimiento de derechos, de responsabilidades, de comportamientos y de procedimientos en cuanto a RHA”.

Debido al hecho de no contar con una regulación existente que establezca claramente de qué manera actuar frente a situaciones o conflictos que se susciten en los procedimientos de RHA, se ha visto en la necesidad de abocarse supletoriamente a otras leyes, que no en todo está relacionado con el tema pero si dictan las bases para una especie de proceder en cuanto al tema.

La Constitución de la Republica de El Salvador establece el derecho a la vida de toda persona, y ello comprende a la persona que ya existe y está en formación llamada: embrión, es por ello que se parte de esta ley primaria y de este derecho fundamental para establecer que debe tutelarse en el área de RHA derechos como este, y otros que ahí se encuentran en juego.

Es por eso que a lo largo de la investigación se ha venido planteando la necesidad de creación de un marco jurídico que tutele estos derechos y dicte las normas prohibitivas y permisivas en esta materia, se ha reforzado en la investigación de campo con las encuestas.

HIPOTESIS ESPECIFICAS:

Hipótesis 1: “La población tiene conocimientos generales, mas no tiene información a fondo sobre las técnicas de RHA; por lo tanto no conoce de las ventajas, desventajas, los derechos y responsabilidades que estas prácticas conllevan.”.

Son varios los aspectos que pueden interesar a la sociedad en general, ya que el único conocimiento que esta concibe cuando de RHA se trata, es que se conoce como una ventaja, una oportunidad para aquellas parejas, familias, personas solteras o aun hasta parejas de homosexuales, puedan engendrar hijos, mas no se percatan de otros aspectos de sumo interés, quienes están en contra de estas técnicas, como la religión son las que han estudiado más a fondo los procedimientos y conocen la parte negativa que ésta conlleva.

El posible daño en los hijos, los conflictos afectivos entre padres referenciales y padres biológicos, este tipo de situaciones suele ser el resultado de la llamada maternidad subrogada o maternidad de alquiler. Su aprobación debería ser desestimada en nuestro ordenamiento jurídico por considerar que se estaría comerciando con la vida humana, en concreto, con el embrión fruto de esos embarazos y con el cuerpo de la mujer que se presta a llevar adelante esa gestación sin vinculación afectiva con el feto.

Y de esta manera muchos aspectos negativos que en la investigación se desarrollan en el apartado de Derechos y Responsabilidades en la RHA y los aspectos éticos de ésta.

Hipótesis 2: “Los derechos existen por sí mismos, pero deben ser reconocidos en una norma para ser tutelados; Sin embargo la RHA no

se encuentra regulada en el país y ello da lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el derecho a la vida.”

Uno de los derechos que se ve inmerso en la RHA, es el derecho a la vida, por cuanto existe obligación de parte del Estado de El Salvador a protegerlo, y a velar porque sea respetado. La RHA en El Salvador no se encuentra regulado, pero se tiene conocimiento en cuanto a que de acuerdo a los especialistas no se congelan embriones, solamente en el extranjero, pues el proceso *in vitro* se realiza en el ciclo; pero, en otros países, los embriones sobrantes de la fertilización *in vitro* pueden quedar congelados por tiempo prácticamente ilimitado. La pareja o persona que los tenga congelados paga una cuota anual, entre 100 y 150 dólares, para mantenerlos en ese estado, y cuando se deja de pagar la institución se hace cargo de ellos o la pareja autoriza la destrucción o donación de los mismos a otras parejas.

La Constitución de la República, en el artículo uno, reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción. Como bien es sabido en marco jurídico salvadoreño, que al hablar de un embrión, este ya ha pasado el período de la concepción, por lo tanto ya es aplicable la legislación salvadoreña y destruirlo iría contra la ley. Desde que se concibe la persona tiene derecho a la vida, por lo tanto eliminar un embrión congelado sería calificado como un delito.

La fertilización *in vitro* engloba un problema ético con los embriones sobrantes, pues en países con exceso de esto, no se sabe qué hacer con ellos. En algunos casos estos son destruidos para extracción de células troncales en las terapias regenerativas, con la intención de obtener material biológico para fines de experimentación e investigación, como lo es la clonación terapéutica. La clonación humana reproductiva está prohibida, sin embargo en Estados Unidos se permite la experimentación de los embriones

sobrantes, tanto para tratar de resolver problemas de salud como en la cosmetología, por ello en El Salvador deben velare y protegerse estos derechos en juego en esta área desconocida para las leyes.

Hipótesis 3: “En El Salvador ya es una realidad las prácticas de las técnicas de RHA; por lo tanto con la elaboración de una propuesta de Ley sobre esta temática se toman las riendas de este contexto para evitar o solucionar conflictos jurídicos que se susciten y así evitar los vacíos legales existentes.”

Puesto que un buen porcentaje de mujeres salvadoreñas sufre problemas de infertilidad. Muchas de ellas buscan métodos para concebir y en el país ya es una realidad, existen laboratorios de fertilidad. Uno de los grandes problemas con los que se ha encontrado esta práctica en el país es que la Iglesia expone sobre el destino de los embriones que quedan después de los procedimientos después del nacimiento, pero según los doctores en cumplimiento de las leyes morales, éticas, respetan sentimientos religiosos, por ello pretenden ser exactos estrictamente al momento de realizar estas prácticas con los embriones que van a utilizar en cada uno de los procedimientos.

La infertilidad siempre ha sido un tema de atención en la práctica médica y también en el plano social, filosófico y ético. Este interés refleja la incertidumbre y las preguntas ansiosas del ser humano acerca de sus orígenes y su futuro.

Los vacíos legales dan lugar a que se den conductas negativas en la sociedad pero legales pues no existe una ley que dicte lo contrario como lo establece la Constitución de la Republica de El Salvador en su art 8 que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, por lo tanto si una conducta dada en la sociedad no está prohibida se entiende que está permitida, por ello el aparato legislativo debe

prestar vital importancia a la pronta regulación de estas conductas para solventar los vacíos legales.

4.2.2 LOGRO DE LOS OBJETIVOS

En inicio se plantearon una serie de objetivos tanto específicos como generales, los que se pretendían cumplir en el transcurso de la investigación. En este apartado se verifican el cumplimiento y logro de dichos objetivos presentados a continuación.

OBJETIVOS GENERALES

Objetivo 1: “Conocer en que consiste la Reproducción Humana Asistida”.

.Se logró Conocer en qué consisten las técnicas de RHA, se realizó un desglose de éste, dando primero una conceptualización, naturaleza jurídica, clasificación de los tipos que existen, como se desarrolla en el marco normativo salvadoreño y a nivel internacional, en el derecho comparado y jurisprudencia. Todo ello se realizó en desarrollo del Capítulo II.

Objetivo 2: “Analizar las bases legales de la Reproducción Humana Asistida”.

Se logró Analizar la regulación jurídica o las bases legales y se determinó que no se encuentra regulado en el sistema normativo salvadoreño, por lo tanto se tomó en cuenta diversas leyes que de alguna manera se encontraban relacionadas con esta temática como la Ley de Familia, Código de Salud, Penal, entre otros. Todo lo relativo a normas jurídicas relacionadas con la RHA se realizó en la Base Normativa del Capítulo II.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

Objetivo 1: Verificar el grado de conocimiento en la población de El Salvador sobre la Reproducción Humana Asistida.

Se logró verificar el grado de conocimiento de la población sobre estas técnicas de RHA, siendo este un poco vago y escaso, según el desarrollo de la investigación de campo en la sección de las encuestas, pues en el país es poca la demanda que existe al uso de estas técnicas y no por ser poco común la esterilidad o infertilidad sino por el alto costo de estos procesos o tratamientos para lograr una reproducción artificial.

Objetivo 2: Identificar la existencia o no de violaciones de Derechos Humanos y Fundamentales en la Reproducción Humana Asistida.

Se logró Identificar los elementos que en las prácticas de RHA suponen una clara violación a Derechos Considerados Fundamentales como el Derecho a la vida determinando que todo proceso de RHA cuenta etapas y una de ellas es la Criopreservación así llamada a la congelación de embriones en laboratorios, los cuales pueden verse como sobrantes, y queda al margen de la clínica si desecharlos, utilizarlos para experimentación o donarlos. El desarrollo de esta temática se hizo en el Capítulo II, en el apartado de los Aspectos Éticos de la RHA.

Objetivo 3: Elaborar una propuesta de Ley que regule, la Reproducción Humana Asistida en El Salvador.

Se logró Elaborar una propuesta de ley basada en la necesidad que en El Salvador existe de ésta, para que regule conductas, procedimientos, derechos, responsabilidades y muchos aspectos más referentes a la RHA, al que se adecuaron los criterios normativos de otras leyes ya existentes sobre

RHA y que se apegan a nuestra normativa tanto constitucional como leyes secundarias y respetando también los tratados y convenciones relacionados con el tema, tal labor se efectuó en el Capítulo V en el apartado de las Propuestas a la Asamblea Legislativa.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES Y

PROPUESTAS

CAPITULO V

CONCLUSIONES RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

5.1 CONCLUSIONES GENERALES

El presente trabajo está fundamentado en dos objetivos generales y tres objetivos específicos orientando la investigación en el ámbito social, jurídico, económico, político y cultural, tanto a nivel nacional como internacional, a fin de poder obtener una visión más amplia sobre los inicios, avances, aplicación y reconocimientos legales de las TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, ya que a nivel nacional no se cuenta con suficiente información al no existir documentación jurídica que la ampare, es necesario hacer uso del Derecho Comparado con aquellos países que regulan dichas técnicas y poder destacar los beneficios que les han aportado a los habitantes de sus respectivos países.

Hemos detectado que muchos son los obstáculos que se le están presentando a la Reproducción Humana en El Salvador, debido a una gran gama de factores entre ellos el estrés del día a día, la alimentación alta en químicos, la aparición de nuevas enfermedades, la inexistencia de hábitos saludables.

Las primeras apreciaciones que se extraen de la población salvadoreña es que tanto las fuertes ideologías religiosas de que es voluntad divina el no poder tener hijos como las pocas prestaciones médicas, jurídicas, económicas y psicológicas por parte del Estado hacen que aquellas personas que no pueden procrear de forma natural vean frustrados sus proyectos de vida de formar una familia y no se esmeren en buscar otras alternativas.

Al acceder al Derecho Comparado es evidente que la sociedad va evolucionando en todas las esferas y esto justifica las constantes convocatorias de las diferentes Organizaciones Mundiales que se reúnen con representantes de los países para crear Instrumentos Legales que amparen estrategias en la búsqueda de la calidad de vida para todos los habitantes del mundo.

Pero no siempre llegan a un acuerdo pues cada país pone en prioridad sus principios sean estos políticos, económicos, religiosos, etc. Mientras tanto unos países van avanzando y otros simplemente provocan que sus habitantes se desplacen a donde puedan satisfacer sus necesidades, desestabilizando así las estructuras sociales y poniendo en riesgo hasta sus propias vidas. Tal es el caso de nuestro país como lo hemos podido comprobar, que no está precisamente entre los primeros de la lista de los países que proveen a sus habitantes un amplio abanico de opciones para que alcancen una calidad de vida.

Con la información recabada en la investigación, en las entrevistas, en las encuestas, en la documentación revisada, se concluye que con la inexistencia de una ley específica sobre TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, se produce una indefensión de derechos a todas las personas que se ven imposibilitadas de procrear de forma natural, pues al no verse realizados sus sueños de formar familia se afecta su salud mental y desencadenando en frustraciones, rupturas de familia, inestabilidad emocional, laboral, etc. Hasta el punto de poner en peligro la base de la sociedad, es decir la Familia misma.

Las leyes existentes que velan por la salud de los habitantes no son de aplicación efectiva al no estar acorde a las necesidades de aquellos habitantes del país que no pueden procrear necesitando una norma que les garantice medios adecuados para solventar todos los obstáculos, acceso

libre a técnicas de reproducción humana asistida, prestaciones económicas, atención psicológicas, reconocimiento jurídico, creación de centros médicos, personal especializados, etc.

En el transcurso de la investigación se verifica un conocimiento mínimo en la población sobre las Técnicas de Reproducción Asistida ya que el acceso a ellas es de un alto coste económico y aun de poca aceptación social por criterios de cultura o religioso.

Existen algunos centros médicos que realizan algunas técnicas de reproducción asistidas resguardándose de las lagunas legales en las leyes de Salud y Asistencia Social, siendo urgente la creación de una ley específica.

Es muy alto el dominio de las creencias religiosas en el país que hacen creer que si no tienen hijos es por decisión divina y no deben contradecir sus ideologías. Siendo esta una de las razones por las que los legisladores no se ven motivados a crear normas sobre derechos reproductivos, sin embargo existe un grupo de habitantes aunque pequeño que de tener los medios optarían intentar por otras opciones para solventar sus problemas reproductivos.

CONCLUSIONES DOCTRINARIAS

- Una de las posturas más importantes de la sociedad se encuentra en contra de las prácticas de RHA puesto que el hecho de producir seres humanos en los laboratorios no es inmoral ya que la técnica o lo artificial no pueden ser valorados negativamente más bien es todo lo contrario, ya que son fruto del ingenio humano puesto al servicio del hombre, pero cuando se trata de llamar a un ser humano a la existencia es mucho más que un acto médico o un acto técnico, es por ello que la postura religiosa considera que, producir seres humanos en el laboratorio es inmoral, porque la producción no es un

acto personal como el requerido por la convocatoria de una nueva persona a la existencia.

- La doctrina en cuanto a RHA establece que estas técnicas no son de aporte positivo para la sociedad ya que es un acto que va contra la dignidad, pues es un acto técnico que trata objetivamente a los niños como si fueran cosas y no persona, el grado de atropello a la dignidad es mayor cuando los hijos son producidos incumpliendo la función del matrimonio o completamente al margen de ella.

CONCLUSIONES JURIDICAS

- Que la Constitución de la República de El Salvador en su artículo 1.- reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. Y que a pesar de toda esta declaración no existe la autorización específica para crear los medios especializados para la implementación de TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA a fin de ayudar a cuidar de la Salud física y mental de todas las personas que no pueden procrear de forma natural.
- A pesar de que El Salvador participa en muchas cumbres, convenciones, Organizaciones Mundiales, convenios internacionales, etc., con muchos países, no ha sido capaz de implementar logros jurídicos alcanzados por otros países, es decir crear leyes donde se reconozcan los derechos reproductivos a los habitantes de nuestro país.

- No existe una ley específica de TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA solamente leyes afines a la salud y por ello se hace una propuesta de ley en la que se regula todos los elementos necesarios para su efectiva aplicación.

CONCLUSIONES TEORICAS

- Un tema de discusión muy importante en cuanto a los procedimientos RHA es sobre los embriones sobrantes, puesto que se trata de asegurar desde que momento hay vida en todo este asombroso proceso que abre camino a la vida llamado fecundación y toda su posterior evolución, algunas teorías establecen que hay vida desde que él bebe es separado de su madre y sobrevive un momento siquiera (T. vitalidad), o que separada de su madre viva por lo menos 24 horas (t. viabilidad), nuestro ordenamiento jurídico amparándose en la Constitución que adopta la teoría de la Fecundación, la cual como se dijo anteriormente se sostiene la existencia de vida humana desde el momento mismo de la concepción.
- Se concluye también que a pesar de no haber un marco regulatorio sobre RHA existen Derechos e intereses así como responsabilidades que se derivan de estas técnicas que la Constitución y otras leyes siguen protegiendo, como el derecho a la vida, salud, dignidad moral y física.

CONCLUSIONES SOCIALES.

- A medida avanza el tiempo así avanzan las sociedades en todas las áreas, unas por méritos propios otras siendo una réplica o copia. Antes las personas se regían por las familias tradicionales, ahora los medios de comunicación influyen en la conformación de nuevas categorías familiares monoparentales, familias homosexuales, familias heterosexuales, familias divorciadas, familias reconstruidas, etc. Pero lo que aún se mantiene es la búsqueda de continuar con la reproducción humana para formar.

- El Salvador pretende estar en actualidad en cuanto a muchos temas pero en cuanto a Reproducción Humana Asistida aún no está preparada socialmente para ver con naturalidad términos como niño in vitro, donantes, niño probeta, estéril, etc. Aunque buena parte de la población esta compaginando cultura propia con la de otros países por haber emigrado aún no existe un conocimiento básico de derechos reproductivos ni de los tipos de técnicas de reproducción.
- No van al mismo ritmo las necesidades de la población con las normas que rigen sus comportamientos, desde la educación de las mismas familias, pasando por las escuelas y terminando con el día a día de la sociedad. No hay conexión entre todos los entes de información y formación sobre derechos reproductivos.

CONCLUSIONES ECONOMICAS

- La Coyuntura económica por la que atraviesa el mundo limita las diferentes investigaciones que permitan más avances en temas de reproducción humana asistida y los pocos que pueden realizarlas lo hacen con fines de lucro poniendo sus conocimientos al alcance de unos pocos.
- El Salvador por estar clasificado como un país subdesarrollado cuenta con pocos medios para velar por sus habitantes, pero más bien es una categoría que les permite a los gobernantes eludir responsabilidades frente a sus conciudadanos, sin prever que la necesidad de cobertura para control de la reproducción de hoy es una señal de alerta del número de habitantes del mañana, habitantes que serán el futuro de nuestro país.
- La insuficiente asignación en el presupuesto del Estado para fines de salud imposibilitan la actualización del sistema médico en cuanto a la reproducción y a la exploración de embriones a fin de la búsqueda de curas para algunas enfermedades.

- La salud está dejando de ser un Derecho y se está convirtiendo en un tema meramente económico, pues el no poder procrear de forma natural es un tema de pocos y por ello parece ser que no es competencia del Estado y no lo proporcionan Hospitales Públicos y por el contrario Centros Hospitalarios Privados si los ofrecen a altos precios que a su vez pagan impuestos y esto si le interesa al Estado. Todo un tema económico.

CONCLUSIONES CULTURALES

- Que la población es altamente religiosa y que por sus creencias tienden a desistir de buscar otras opciones cuando no pueden procrear de forma natural.
- Que la Cultura eminente en el país posee alto porcentaje de miedo a optar por otras formas que no sean las naturales en temas de reproducción.
- Sera necesario esperar que las nuevas generaciones hagan el relevo a las anteriores a fin de renovar principios, creencias y/o costumbres.

5.2 CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

La presente investigación se compone de dos partes importantes, una es la investigación documental y la otra que es la que nos interesa en este apartado es la investigación de campo, ya que nos ha llevado a concluir que, las técnicas de RHA hoy en día, podría estimarse que toda la población conoce en que consiste a escasos rasgos es decir: que es una solución factible a la mayoría de los problemas de reproducción, que ayuda a las parejas infértiles a tener hijos, que es un proceso con un alto costo económico, que se da por inseminación artificial o in vitro, entre otras opiniones.

Con la RHA la ciencia puede dar un hijo a un hombre sin espermatozoides o una mujer sin óvulos a partir únicamente de las células germinales y ya no es necesario el ejercicio de la sexualidad para tener descendencia y junto a tanto avance tecnológico y científico la población se ve en la necesidad de una legislación que pormenore todos los cabos sueltos y situaciones especiales que se generan. Problemas como los embriones sobrantes y su conservación, la elección de los mismos, los donantes, las madres solteras y otros muchos, generan una gran cantidad de problemas éticos que junto con los legislativos generan un importante debate social.

5.3 RECOMENDACIONES.

AL ORGANO LEGISLATIVO

- Que se apruebe y analice la propuesta de Ley que aquí se le presenta como LEY DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.
- Que redacte un cuerpo de leyes que se compagine con todas las leyes preexistentes y que de una forma u otras estén relacionadas al tema y que todas sean capaces de regular los aspectos que salvaguarden la integridad física y mental de todas las personas involucradas y que se han visto mermadas para poder reclamar sus derechos en cuanto a los procedimientos de RHA.

AL ORGANO JUDICIAL

- Que se actualicen con las nuevas leyes sobre DERECHOS REPRODUCTIVOS y estén en constante aprendizaje a fin de controlar la legalidad de cada uno de ellos.

- Que siempre ejecuten con eficacia la ley aun con mayor diligencia en beneficio del bien jurídico de la vida.

A LA ONU

- Insistir a todas las naciones que deben actualizar sus normas jurídicas en beneficio de sus habitantes.
- Informar a todos los países por todos los medios necesarios de los avances tecnológicos y científicos sobre técnicas de reproducción humana asistida y en la manera de lo posible facilitar el acceso de esos avances.
- Controlar el buen uso de las Ciencias de la Salud en beneficio de la Reproducción prohibiendo estrictamente la CLONACION DE SERES HUMANOS.

A LAS ONG

- No desistir en las observaciones que constantemente hacen a las Organizaciones Mundiales sobre temas de reproducción, ya que su funcionamiento está directamente ligado con la realidad de la sociedad.
- Seguir prestando ayuda desinteresadamente a aquellas personas que no tienen medios para poder alcanzar un mejor nivel de vida, sea esta sexual, física, o mental.

A LAS IGLESIAS

- Valorar la posibilidad de la implementación de las Técnicas de REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA para fines de procreación o de investigación, sin perjuicio de contradecir sus ideologías.

A LA FISCALIA

- Crear y capacitar una nueva sección del personal a fin de estar preparados para perseguir a todo infractor de la nueva ley sobre REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, a fin de que nadie se aproveche de la necesidad de unos pocos, ni que se haga mal uso de los derechos reproductivos.

A LA POLICIA

- Hacer campañas de información de la nueva ley, del delito, del perfil del infractor y de las respectivas sanciones.

A LOS BENEFICIARIOS DE LAS TECNICAS

- Hacer buen uso de ellas.

A LAS FAMILIAS INVOLUCRADAS

- Apoyar a las personas que estén recibiendo las TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA sea que estas prosperen y logren el objetivo trazado o que estas a pesar de ser una última opción no culminen de forma exitosa.

A LA UNIVERSIDAD

- Que implementen enseñanza actualizada sobre TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

- Que la Universidad de El Salvador se convierta en un sujeto participante de las TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA como ente investigador activo sobre reproducción o búsqueda de curas a enfermedades.

A LOS ESTUDIANTES

- Tener presente sus orígenes y que su educación tenga siempre como objetivo aprender para el servicio de la sociedad.

A LA POBLACION

- Actualizarse, informarse, interesarse no solo en temas triviales sino que principalmente en aquellos que son indispensables para la conservación de la especie humana y las que buscan una mejor calidad de vida.

5.4 PROPUESTA

PROPUESTA DE LEY.

DECRETO N° ----

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I. Que la Constitución reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia es obligación del Estado asegurar a las personas habitantes de la República, el goce y el respeto del derecho a la vida, la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. Así mismo que el artículo 144,

establece que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República.

II. Que EL Salvador no cuenta con una norma que regule las TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA y en virtud de que en las últimas conferencias mundiales sobre población y sobre la mujer han aparecido con fuerza los "derechos reproductivos". Tratándose de una causa prioritaria para las organizaciones de control de la natalidad, que presionan en la Organización de Naciones Unidas (ONU) para que se le otorgue reconocimiento internacional. Pero, para que se pueda hablar seriamente de "derechos reproductivos", es preciso examinar qué fundamento y sentido pueden tener.

Desde hace algunos años, las ONG influyen decisivamente en las políticas socio económicas de la ONU, como han puesto de manifiesto las últimas conferencias internacionales. Aunque el valor jurídico de sus declaraciones de principios sea muy débil, a través de ellas, se pretende reforzar determinados derechos humanos, introduciendo reformas que indirectamente pueden repercutir en las legislaciones internas de los Estados que las suscriben. Uno de los objetivos prioritarios es en estos momentos el reconocimiento universal de los llamados derechos reproductivos, como una categoría más de derechos humanos. Su inclusión en los planes de acción de las Conferencias internacionales sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y sobre la Mujer (Pekín, 1995), suscitó la oposición y la fuerte reticencia de diversas delegaciones estatales.

La primera formulación expresa de los derechos reproductivos acontece en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y reaparece al año siguiente en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, en Pekín. En el plan de acción se afirma:

"Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y al derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia."

III. Que ciertamente, están reconocidas nacional e internacionalmente muchas de las facultades que la procreación humana comporta, tales como el derecho a la vida, derecho a la salud, a la libertad y a la seguridad; el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la integridad física, a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia; el derecho a la intimidad personal y familiar; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho de la maternidad y la infancia a cuidados y asistencia especiales; el derecho a la educación, etc.

Sin embargo, la Declaración de Gijón (España) del año 2000 establece que de conformidad con los rápidos progresos de la biología y la medicina, surge la imperiosa necesidad de asegurar el respeto de los derechos humanos y de alertar sobre el peligro que las desviaciones de estos progresos puedan

significar para los derechos humanos por lo que hace las siguientes observaciones y recomendaciones:

**Las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la Humanidad, al desarrollo sostenible de todos los países, a la paz mundial y a la protección y conservación de la naturaleza.*

**Ello implica que los países desarrollados deben compartir los beneficios de las biociencias y de sus tecnologías con los habitantes de las zonas menos favorecidas del planeta y servir al bienestar de cada ser humano.*

**Una importante tarea de la Bioética, que constituye una actividad pluridisciplinar, es armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con los valores y principios éticos proclamados en las Declaraciones y las Convenciones antes mencionadas, en cuanto que constituyen un importante primer paso para la protección del ser humano.*

**Una finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada.*

IV. Que en diversos marcos jurídicos de los países Latinoamericanos se reconocen los derechos reproductivos de los individuos. Tanto es así, que más de la mitad de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), los cuales se rigen por la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen derechos de la mujer, unos a la salud, otros a su vida cuando está en riesgo, otros a su salud mental y física, siendo prioritario que El Salvador actualice su cuerpo de leyes al mismo tiempo que

la sociedad va evolucionando en la búsqueda de satisfacer las necesidades reproductivas de sus habitantes.

V. Que es necesario contar con una legislación que regule de manera adecuada la política de atención psicológica, protección jurídica, información sobre riesgos, provisión de medios para la Reproducción Asistida en los casos necesarios, en relación a salvaguardar el Derecho a la Salud Física y Psíquica de las personas que deseando tener hijos no pueden, por verse incapacitadas físicamente, así como la implantación de respectivas sanciones para el mal uso de este derecho o aprovechamiento de las necesidades reproductivas por parte de personas sin escrúpulos, erradicación de todas las barreras jurídicas, sanitarias, morales, económicas y sociales contra las personas que quieran acceder a las TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA y el respeto de sus derechos humanos como una obligación del Estado.

Se vuelve indispensable, la introducción de un instrumento legal que oriente adecuadamente, las actuaciones públicas y privadas a favor de las personas sean donantes o beneficiarias de estas técnicas y que garantice, una mejor calidad de vida.

VI. Que el derecho a la reproducción asistida se deriva del derecho a la salud, en el sentido de que se afecta la psiquis de las personas que no pueden tener hijos por los medios naturales y el Estado debe procurar la salud integral de las personas. Existe un marco jurídico internacional que así lo estipula y las Autoridades competentes en El Salvador deben de esforzarse en crear los medios necesarios para proporcionar a sus habitantes más opciones y menos obstáculos para alcanzar sus objetivos reproductivos.

VII. Que tanto la Medicina como ciencia concebida para salvar vidas y, en su caso, traerlas al mundo, así el Derecho como ciencia para garantizar,

salvaguardar y proteger los derechos, de todo el conjunto de los ciudadanos, Así también muchas otras ciencias ayudan a equilibrar la existencia de una sociedad saludable, segura y estable en todos los aspectos.

Pero será el aprovechamiento de todas ellas, las que facilitaran a quienes NECESITEN de las TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA la OPORTUNIDAD de que puedan verse realizadas como personas, evitando ver mermados sus sueños de formar una familia, institución que a su vez por ser la base fundamental de la sociedad se verá garantizada su existencia.

VIII. Que se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad, al extender también su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias para permitir evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular en las personas nacidas que carecen de tratamiento curativo. El diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento y a la posibilidad de seleccionar pre embriones para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo. Por lo que con esta ley surgirán nuevas figuras jurídicas como donantes, beneficiarios, nuevos términos médicos, así también la creación de instituciones especializadas, con todo ello podrán lograrse muchos avances en beneficio de la salud de los habitantes de la Republica de El Salvador.

La aparición de las técnicas de reproducción asistida supone la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hacen sentir muy pronto en muchos países la

necesidad de abordar su regulación y hoy corresponde a nuestro país sumarse a este tema.

La presente norma tiene por finalidad “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida”, entendiéndose por estas a «los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo», dentro de los cuales se comprende a las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, y los procedimientos y técnicas que se desarrollen en el futuro autorizados por la autoridad de aplicación.

Asimismo, dispone que los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida alcanzados por la ley, sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales, y a iniciativa de las Diputadas y diputados: -----

DECRETA la siguiente:

Ley 01/2014, de 25 de SEPTIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

INDICE

• **CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES**

- Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

- Artículo 2 Perfil de las personas que pueden acceder a la aplicación de las técnicas.
- Artículo 3 Requisitos de las instituciones de reproducción asistida.

• **CAPITULO II TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.**

- Artículo 4 Finalidad.
- Artículo 5 Concepto.
- Artículo 6 Clases.

• **CAPÍTULO II. PARTICIPANTES EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

- Artículo 7 Perfil de Donantes.
- Artículo 8 Contratos de donación.
- Artículo 9 Usuarios de las técnicas.
- Artículo 10 Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.
- Artículo 11 Determinación legal de la filiación.
- Artículo 12 Sujetos Pasivos (Prestaciones y Cobertura Garantizadas.)

• **CAPÍTULO III. TÉCNICAS COADYUVANTES DE LAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

- Artículo 13 Crio conservación de gametos y pre embriones.
- Artículo 14 Diagnóstico preimplantacional.
- Artículo 15 Técnicas terapéuticas en el pre embrión.

- **CAPÍTULO IV. INVESTIGACIÓN CON GAMETOS Y PREEMBRIONES HUMANOS.**

- Artículo 16 Utilización de gametos.
- Artículo 17 Utilización de pre embriones.
- Artículo 18 Conservación.

- **CAPÍTULO V. CENTROS ESPECIALIZADOS Y EQUIPOS BIOMÉDICOS.**

- Artículo 19 Calificación y autorización.
- Artículo 20 Legalidad, discreción y confidencialidad.
- Artículo 21 Condiciones de funcionamiento.
- Artículo 22 Auditorías.

- **CAPÍTULO VI. COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

- Artículo 23 Objeto.
- Artículo 24 Composición.
- Artículo 25 Funciones.
- Artículo 26 Control de Gestión.

- **CAPÍTULO VII. REGISTROS NACIONALES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

- Artículo 27 Registro nacional de donantes.
- Artículo 28 Registro nacional de actividad y resultados.

- Artículo 29 Registro de los centros especializados de reproducción asistida.
- Artículo 30 Suministro de información.

- **CAPÍTULO VIII. INFRACCIONES Y SANCIONES.**

- Artículo 31 Normas generales.
- Artículo 32 Responsables.
- Artículo 33 Infracciones.
- Artículo 34 Sanciones.
- Artículo 35 Competencia sancionadora.

- **DISPOSICIONES ADICIONALES**

- Disposición adicional primera Pre embriones crio conservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.
- Disposición adicional segunda Comisión de seguimiento y control de donación y utilización de células y tejidos humanos.
- Disposición adicional tercera Organización Nacional de Trasplantes.
- Disposición adicional cuarta Banco Nacional de Líneas Celulares.
- Disposición adicional quinta Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad.

- **DISPOSICIONES DEROGATORIAS**

- Disposición derogatoria única Derogación normativa.

- **DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS**

- Disposición final primera Título competencial.
- Disposición final segunda Desarrollo normativo.
- Asignación de recursos

Las distintas dependencias que se crean en esta ley, se implementarán conforme a los recursos que deberán ser aprobados en el próximo presupuesto general de la nación.

- Vigencia

El presente Decreto entrará en vigencia ***** días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los ***** días del mes de ***** del año dos mil ****

BIBLIOGRAFIA

A. Autores

- AAVV. "Manual de Derecho de Familia" 2da.edición, 1995.
- _____, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, 2001.
- _____, Diccionario Enciclopédico, Océano Uno Color, Océano Editorial, 2000
- ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo: "Los Sujetos de Derecholl, 4º Edic., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971.
- ALVAREZ CID, CARLOS, "Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna", en Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte.
- APARISI, A. "Persona y género: ideología y realidad" Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.
- _____, Revista sobre el tema: "hijo concebido durante técnicas de reproducción humana asistida y su derecho a la identidad de filosofía y ciencias jurídicas, diciembre 2013".
- BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ- ORUS, J., BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra.
- BRABKIN IE:. "Sorano y su sistema de medicina". Bull Hist Med 1951;
- _____, La Sagrada Biblia. Versión de Casiodoro de Reina (1569). Sociedad Bíblica; Madrid, 2001.
- CALVO, MA. "El nasciturus como sujeto de derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandecista civilista". Cuad Bioét. 2004.
- _____, Revista "Donum Vitae" de la Consagración Para la Doctrina de la Fe de 1987.

- CORNU, G. "Droit Civil", "La Famille", Editions Montchrestein, París 1984, pp. 137 y 138 citado por CÁRCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, en Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1995.
- _____, Unidad Técnica Ejecutiva de sector Justicia, "Normativa y comentarios sobre derecho constitucional salvadoreño", primera edición aumentada 2013.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, Familia y Derecho: estudios sobre la realidad jurídica de la familia, Universidad de los Andes, Santiago, 1994.
- DÍAZ, Adrian Renteria, "El Aborto. Entre la moral y el derecho", Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.
- ETCHEBERRY COURT, LEONOR, "Los derechos y obligaciones entre padres e hijos. 1912.
- FLORENTÍN MELÉNDEZ, "Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicados a la administración de justicia, "estudio constitucional comparado", primera edición México septiembre 2004.
- GUEVARA QUINTANILLA M.A. "¿Es tener hijos un Derecho?", San Salvador, 2012.
- HERRERA CAMPOS, Ramón, La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española, Universidad de Granada, 1991.
- HIPÓCRATES (trad. Lourdes Sanz) Tratados Hipocráticos (IV), "Sobre las enfermedades de las mujeres". Ed. Gredos; Madrid. 1988.
- IGLESIAS, M. "Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial". Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona. 1954
- JUAN PABLO II, Encíclica Evangelium Vitae. 1995.
- LOPEZ MORATALLA, Natalia "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano", en la revista de Persona y Bioética, vol. 14, núm. 2, julio-diciembre 2010, Universidad de la Sabana (Colombia).

- MARITAIN Jacques “Los Derechos del Hombre y la Ley Natural”, Buenos Aires, 1943, Cf.
- MILLER, B., “La orientación sexual y la regulación legal del matrimonio”, en Aparisi (edit.), Persona y Género, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MONTERO DUHATL, Sara. Derecho de Familia, Editorial, Porrúa. S.A. Mexico, 1984.
- OSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L.
- RIVEROS, MARCOS y ZEPEDA, CARLOS, “La fertilización asistida y la legislación civil chilena”, Tesis, Universidad de Chile, 1992, p. 43
- ROJINA VILLEGAS, Rafael “Compendio de derecho civil” I, Editorial Porrúa, Edición 30.
- SANTO TOMAS DE A. “El orden del ser: antología filosófica” Edición ilustrada, Editor Tecnos, Madrid, 2003.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1963): “Derecho de Familia”, Santiago: Editorial Nacimiento, Chile 1963.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica, Santiago, 2000.
- VEGA M, Vega J, Martínez Baza P: Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Cuadernos de Bioética 1995.
- WARNOCK, M., Fabricando bebés, ¿existe un derecho a tener hijos?, primera edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

B. Legislación

NACIONALES

- Asamblea Constituyente, Constitución de la República de El Salvador, 16 de Diciembre de 1983, DO núm. 234, de 1983 Tomo núm. 281.
- _____, Código de Familia de El Salvador, 13 de Diciembre de 1993, DO núm. 231, de 1983 Tomo núm. 321.
- _____, Código Penal de El Salvador, 10 de Junio de 1997, DO 105 tomo núm. 335.
- _____, Código de Salud de El Salvador, 05 de Noviembre de 1988, DO 86, Tomo núm. 229.
- _____, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, 16 de Abril de 2009, DO 68, Tomo núm. 383.

EXTRANJERA

- COURT MURASSO, Eduardo, Nueva Ley de Filiación, Editorial Jurídica Conosur, Segunda Edición, Santiago, 2000.
- WENNERHOLM UB, Bergh C, Hamberger L, Lundin K, L Nilsson, Wilkland M et al: La incidencia de malformaciones congénitas en los niños nacidos después de ICSI. Hum Reprod 2000 Bergh C,
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida del Reino de España.
- Ley 14-/2006, Exposición de Motivos, publicado el 27 de mayo de 2006, Juan Carlos I Rey de España.

C. Instrumentos internacionales

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Colombia, 2 de Mayo de 1948.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.
- Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950.
- Declaración de la AMM sobre la Fecundación In vitro y el trasplante de Embriones, Adoptada por la 39° Asamblea Medica Mundial, Madrid, España, Octubre 1987.

D. Páginas Web

- Asamblea General de Las Naciones Unidas, en el sitio: <http://www.un.org/es/ga/>.
- Asociación Nacional de Clínicas de Reproducción Asistida en el sitio: <http://www.anacer.es>
- www.bioetica.org
- Centro de fertilidad REPROMEDIC en el sitio: <http://www.repromedic.net/>
- Centro Fecundar de Costa Rica en el sitio: <http://www.centrofecundar.com/>
- Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, en el sitio: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/>.

- Clínica Eugin reproducción asistida en Barcelona en el sitio: <http://www.eugin.es>.
- Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción Donum vitae, I, puede verse en el sitio www.vatican.va/roman_curia/congregations...r-human-life_sp.html.
- Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: I Informe Anual. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid 1998. En el sitio: http://www.aeu.es/userfiles/06_Reproduccion_Asistida.pdf.
- www.Dialnet.com
- www.fertilab.net
- Gobierno de España, Ministerio de asuntos exteriores y de cooperación, en el sitio <http://www.exteriores.gob.es/PORTAL/ES/POLITICAEXTERIORCOOPERACION/CONSEJODEEUROPA/Paginas/Inicio.aspx>.
- Instituto Bernabeu medicina reproductiva en España, en el sitio: <http://www.institutobernabeu.com>
- www.medlineplus.com
- www.monografias.com
- Organización de los Estados Americanos, en el sitio <http://www.oas.org/es/cidh/>.
- Papiros en el sitio: <http://es.wikipedia.org/wiki/Papiro>
- La Píldora del día Siguiente Nueva Amenaza Contra la Vida" en el sitio: [Http: //www. conferenciaepiscopal.es/ documentos/ Conferencia/pildora.htm](http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/pildora.htm).
- Profesionales por la ética en el sitio: www.bioetica.org
- Revista y comunidad líder en fertilidad en Madrid, en el sitio: <http://www.reproduccionasistida.org/>.
- Teoría de la vitalidad en el sitio <http://registrocivilapunteshn.blogspot.com/2008/01/la-teoria-de-la-vitalidad-y-la.html> (consultado el 22 de Junio de 2014).

E. Jurisprudencia

NACIONAL

- Recurso de Casación SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1055 Ca. Fam. S. S., San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

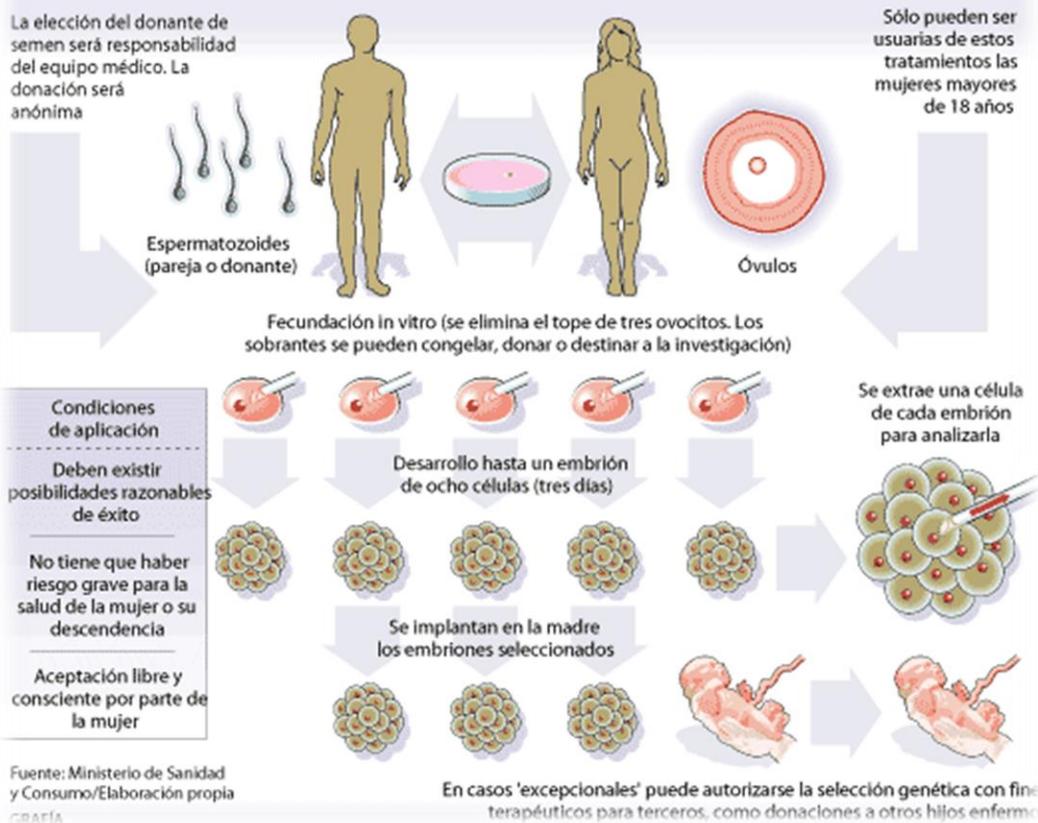
INTERNACIONAL

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artravia Murillo y otros, (“Fecundación In Vitro”) Vs Costa Rica, resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. De la Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- STEDH, asunto Vo c. Francia, Estrasburgo, del 8 de julio de 2004.
- STEDH, Nº 6339/05, asunto Evans v. The United Kingdom, 10 de Abril de 2007.
- STEDH, núm. 57813/00, asunto S. H. y otros v. Austria, de 3 de noviembre de 2011.

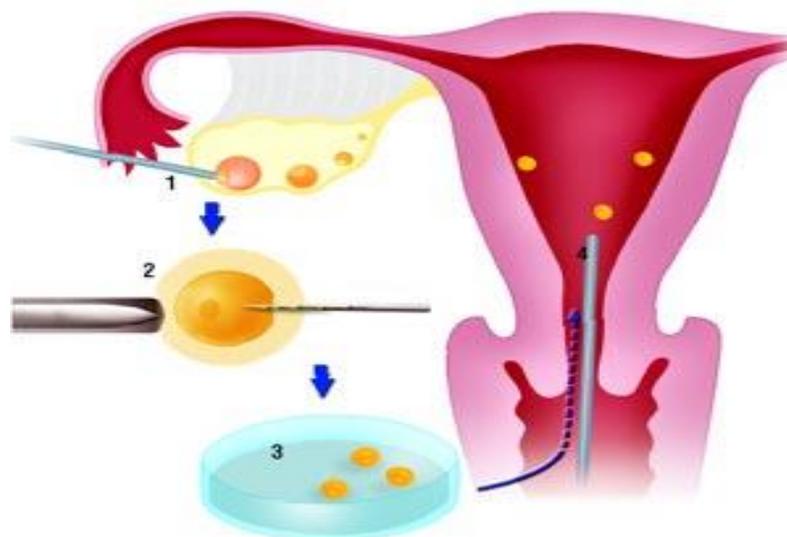
ANEXOS

ANEXO 1

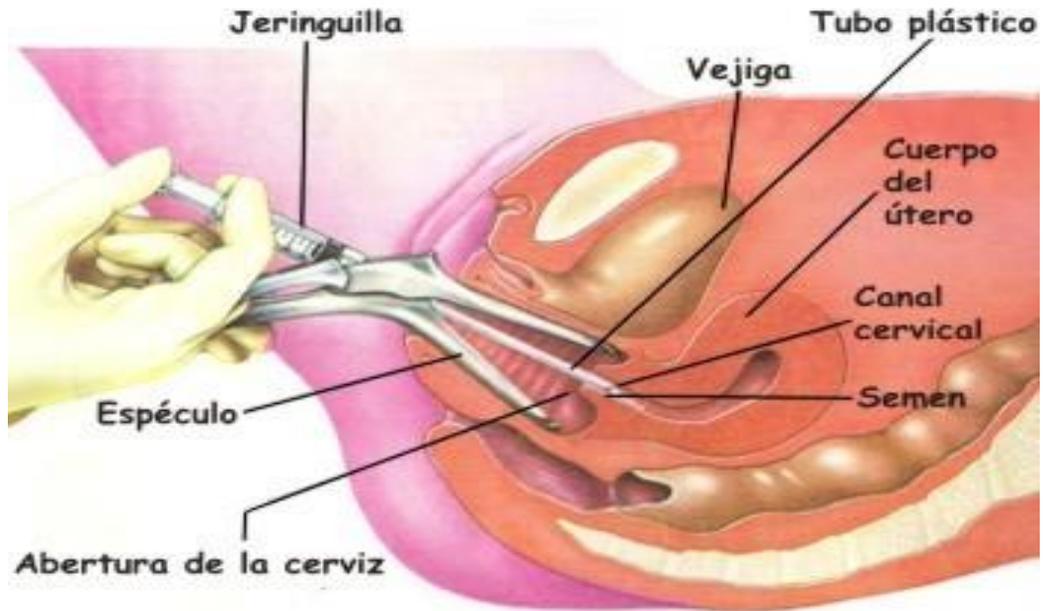
El proceso de la reproducción asistida



Intracytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI)



Inseminación artificial



FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)





ANEXO 2
Universidad De El Salvador
Facultad Multidisciplinaria Oriental
Departamento De Ciencias Jurídicas.

Proceso de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Año 2014.

Tema: “Reproducción Humana Asistida en El Salvador: una propuesta Lege Ferenda

Guía de Observación: Determinar si el grupo investigador conoce sobre la Reproducción Humana Asistida.

Objetivo de la Guía de Observación: Determinar el funcionamiento de las Instituciones

Con respecto a la Reproducción Humana Asistida.

1. ¿Sabe usted en que consiste la Reproducción Humana Asistida?

Si: _____ No: _____

2. ¿Tiene conocimiento de los diferentes métodos de reproducción humana asistida que existen?

Si: _____ No: _____

3. ¿Sabe cuáles son los requisitos de una persona para poder optar por estos métodos?

Si: _____ No: _____

4. ¿Conoce el procedimiento que se lleva en la práctica de este tipo de reproducción?

Si: _____ No: _____

5. ¿Conoce si la reproducción puede ser considerado un derecho?

Si: _____ No: _____

6. ¿Sabe qué porcentaje de la aceptación tienen estas prácticas en la población?

7. ¿Sabe en qué instrumento jurídico se encuentra regulado el proceder de las instituciones que realizan este tipo de prácticas?

Si: _____ No: _____

8. ¿Considera necesario que se cree una legislación que regule más ampliamente esta área?

Si: _____ No: _____

9. Considera que existen derechos vulnerados hacia el niño o niña proveniente de estas prácticas de RHA?

Si: _____ No: _____

10. ¿Conoce qué tipo de Tutela presta El Gobierno de esta práctica?

Si: _____ No: _____



ENTREVISTA NO ESTRUCTRADA

Universidad De El Salvador

Facultad Multidisciplinaria Oriental

Departamento De Ciencias Jurídicas.

Proceso de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Año 2006

Tema: “Reproducción Humana Asistida en El Salvador: una propuesta Lege Ferenda

Objetivo: Con la presente entrevista se pretende obtener información referente a La Reproducción Humana Asistida en El Salvador

Indicación: Solicitamos de su colaboración a fin de contestar las siguientes interrogantes, según sea su conocimiento y criterio sobre el tema.

Lugar y Fecha: _____

Entrevista dirigida a: _____

Cargo que desempeña: _____

1. ¿Qué es la Reproducción Humana Asistida?
2. ¿Qué tipo de métodos de reproducción humana asistida existen?
3. ¿En qué consiste el procedimiento de Inseminación Artificial?
4. ¿Qué tipo de riesgos van aparejados a estos procedimientos de Reproducción?
5. ¿Cuál es el perfil que deben tener los donantes para realizar los pertinentes procedimientos?
6. ¿Cuáles son los procedimientos previos, durante y después a la reproducción humana asistida?
7. ¿Qué vigencia tienen las prácticas de Reproducción Humana Asistida en nuestro país?
8. ¿De qué se trata la fertilización In Vitro?
9. ¿Cuántas fecundaciones se necesitan para poder efectuar con éxito la reproducción asistida?
10. ¿Con respecto a los embriones que ya no son necesarias por haberse llevado a cabo con éxito la fertilización, que sucede con las demás muestras tomadas, los demás óvulos ya fecundados?



ENTREVISTA SEMI ESTRUCTRADA

Universidad De El Salvador

Facultad Multidisciplinaria Oriental

Departamento De Ciencias Jurídicas.

Proceso de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Año 2006

Tema: “Reproducción Humana Asistida en El Salvador: una propuesta Lege Ferenda

Objetivo: Con la presente entrevista se pretende obtener información referente a La Reproducción Humana Asistida en El Salvador

Indicación: Solicitamos de su colaboración a fin de contestar las siguientes interrogantes, según sea su conocimiento y criterio sobre el tema.

Lugar y Fecha: _____

Entrevista dirigida a: _____

Cargo que desempeña: _____

1. ¿Sabe usted en que consiste la reproducción humana asistida?
SI___ NO___ EXPLIQUE
2. ¿Conoce usted la regulación existente que controle este tipo de reproducción?
SI___ NO___ EXPLIQUE
3. ¿Cuáles son los controles jurídicos ante la mala praxis en este tema de reproducción?
4. ¿La reproducción humana asistida podría ser considerada como un derecho?
SI___ NO___ EXPLIQUE
5. ¿En qué área del marco jurídico de los derechos entra el de reproducción humana asistida?
6. ¿Conoce usted los procedimientos que se llevan a cabo en esta práctica?
SI___ NO___ EXPLIQUE
7. ¿Qué opinión le merece al hecho de que los embriones no utilizados son desechados en este procedimiento?
8. ¿Cree usted que sea necesario la creación de una ley que regule ampliamente las instituciones que realizan reproducción humana asistida?
SI___ NO___ EXPLIQUE
9. ¿Conoce usted desde que momento se considera una persona humana al *nasciturus*?
SI___ NO___ EXPLIQUE
10. ¿considera usted que al desechar embriones que están conservados en laboratorios clínicos; debería de considerarse como la violación al derecho a la vida regulado en nuestra constitución?



ENCUESTA
Universidad De El Salvador
Facultad Multidisciplinaria Oriental
Departamento De Ciencias Jurídicas.

Tema: “Reproducción Humana Asistida en El Salvador: una propuesta Lege Ferenda”.

Objetivo: Con la presente encuesta se pretende obtener información referente a La Reproducción Humana Asistida en El Salvador, de los diferentes sectores de la sociedad directamente involucradas en la práctica de estas técnicas.

Indicación: Marque a cada interrogante con una “x” la respuesta que considere conveniente, según sea su conocimiento sobre el tema al que se hace referencia.

1. ¿Sabe usted qué es la reproducción humana asistida?
Si: _____ No: _____
2. ¿Sabe cuáles son los factores que inducen a la sociedad a hacer uso de estas técnicas de reproducción?
Si: _____ No: _____
3. ¿Tiene conocimiento de los diversos métodos de reproducción asistida que se practican en El Salvador?
Si: _____ No: _____
4. ¿Sabe cuáles son las ventajas de este nuevo avance de la ciencia en materia de reproducción?
Si: _____ No: _____
5. ¿Conoce usted las desventajas de hacer uso de estas técnicas de reproducción?
Si: _____ No: _____
6. ¿Sabe usted en que consiste el trabajo de la madre subrogada?
Si: _____ No: _____
7. ¿Cree usted que se violentan derechos del niño o niña nacidos por RHA?
Si: _____ No: _____
8. ¿Cree usted que reproducirse puede verse como un derecho que todos tenemos y que el Estado debe garantizar?
Si: _____ No: _____
9. ¿Considera que el Estado cuenta con las leyes pertinentes para resolver conflictos que tengan que ver con esta área?
Si: _____ No: _____
10. ¿Considera que es necesario que se crease una ley referente a la reproducción asistida?
Si: _____ No: _____

ANEXO 3
PRIMERA SENTENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA
RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE LA SENTENCIA
DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

El presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por el Costa Rica (en adelante el “Estado”). Asimismo, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víctor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

I. Excepciones preliminares

El Estado interpuso tres excepciones preliminares: i) la falta de agotamiento de recursos internos; ii) la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor * Integrada por los siguientes jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Leonardo A. Franco, Juez; Margarete May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza, Eduardo Vio Grossi, Juez, y Alberto Pérez Pérez, Juez. El Juez, Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad costarricense, no participó en el presente caso de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte. El Secretario del Tribunal es Pablo Saavedra Alessandri y la

Secretaria Adjunta es Emilia Segares Rodríguez. Jiménez, y iii) la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

Al analizar su procedencia, la Corte desestimó las tres excepciones preliminares interpuestas por Costa Rica: i) respecto a la excepción preliminar de previo agotamiento de los recursos internos, el Tribunal manifestó que era irrazonable exigir a las víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas; y que la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado; ii) con relación a la excepción de extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, el Tribunal destacó que el presente caso exigía una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b, por cuanto una pareja podía tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas, de manera que no era posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado periodo de tiempo, y iii) por último, sobre la excepción de la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición, el Tribunal consideró que no correspondía pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis correspondía al fondo del caso.

II. Fondo

a. Síntesis de los hechos principales

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la

ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

El primer nacimiento de un bebe producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]”. Asimismo, “[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009” en el mundo. En Latinoamérica “se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido” de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida.

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron 15 costarricenses.

El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, debido a que concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”, por cuanto “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”, por cuanto: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el

ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

Finalmente, la Sala Constitucional concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. (Añadido fuera del texto original)

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

Por otra parte, la Corte realizó un recuento de la situación particular de las nueve parejas que son víctimas en el presente caso, en el cual se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

b. Conclusiones y determinaciones de la Corte

Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso; el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Además, la Corte señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto a los derechos reproductivos, se indicó que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la

información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas.

La Corte consideró que el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

El Tribunal constató que la Sala Constitucional consideró que si la técnica de la FIV podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte consideró que si bien en la sentencia de la Sala Constitucional se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIV en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia, dicha técnica no se realiza en Costa Rica. Por ello, el Tribunal estimó que la “condición suspensiva” establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales. Por ello, sin entrar a catalogarla como prohibición “absoluta” o “relativa”, fue posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica, no pueden llevarla a cabo en su país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indicó que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria.

Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyeron una interferencia en la vida privada y familiar de las víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija

biológicos. La Corte precisó que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo, por lo que la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión. Sin embargo, esta Corte es la intérprete autorizada de la Convención, por lo cual estimó relevante analizar si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas era admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular, la Corte examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". Para ello, se realizó una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

3.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

En el presente caso, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado

en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En este sentido, la Corte entendió que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

3.2. Interpretación sistemática e histórica

La Sala Constitucional y el Estado sustentaron sus argumentos a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En particular, el Estado afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. Por tanto, la Corte analizó alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida, en particular: i) el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano. Asimismo, la Corte estudió los trabajos preparatorios de dichos tratados.

3.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

De los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte consideró que los trabajos preparatorios no ofrecían una respuesta definitiva sobre el punto en controversia. Respecto a la Convención Americana, la Corte observó que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos “persona” y “ser humano” sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos. Por tanto, la Corte concluyó que los trabajos preparatorios de la Convención indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras "en general".

Por otra parte, la Corte indicó que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

3.2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos

La Corte señaló que la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con los trabajos preparatorios, no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Asimismo, indicó que los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Igualmente, manifestó que las decisiones Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

Respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte señaló que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación.

Por último, indicó que los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

3.2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el “TEDH”) se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro. Así, por ejemplo en el Caso Paton vs. Reino Unido la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactado el CEDH “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”.

Por su parte, en el Caso Vo. Vs. Francia, el Tribunal Europeo señaló que “se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana, pero [l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona [...] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida”. Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH se pronunció en el caso Evans Vs. Reino Unido, en el cual confirmó que “los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado

del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”. Mientras que en los Casos S.H. Vs. Austria, y Costa y Pavan Vs. Italia, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

3.2.4. Sistema Africano de Derechos Humanos

La Corte indicó que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”.

3.2.5. Conclusión sobre la interpretación sistemática

La Corte concluyó que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados era posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco era posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

3.3. Interpretación evolutiva

En el presente caso, la interpretación evolutiva era de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención. Por tanto, la Corte analizó dos temas: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

3.3.1. El estatus legal del embrión

La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Así, por ejemplo, en el el Caso Costa y Pavan Vs. Italia, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros

[...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer”.

3.3.2. Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

La Corte consideró que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

3.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado.

Por tanto, la Corte concluyó que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

3.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

La Corte utilizó los diversos métodos de interpretación, los cuales llevaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

4. Proporcionalidad de la medida de prohibición

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte resaltó que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana, razón por la cual no fue necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estimó pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad, iii) el género y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluarán v) los alegados logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

4.1. Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

La Corte consideró que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría

de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras.

El Tribunal estableció que dicha injerencia implicaba una severidad en la limitación, por cuanto, en primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observó que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.

4.2. Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

La Corte ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. La Corte consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

4.2.1. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Corte tomó nota que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha definido la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de

lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva.

4.2.2. Discriminación indirecta en relación con el género

La Corte consideró que la prohibición de la FIV pudo afectar tanto a hombres como a mujeres y les pudo producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad. En este sentido, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

Al respecto, el Tribunal resaltó que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, tuvo un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaba esta intervención inicial destinada a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Dado que en todo procedimiento de FIV las mujeres reciben una estimulación hormonal para la inducción ovárica, ello generaba un fuerte impacto en los casos donde se interrumpía el tratamiento como consecuencia de la prohibición y en aquellos casos donde los procedimientos realizados fuera del país exigieron cargas adicionales. Por otra parte, se hizo referencia a los estereotipos que tuvieron impacto en los casos de infertilidad masculina. La Corte resaltó que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no validó dichos estereotipos y tan solo los reconoció

y visibilizó para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

4.2.3. Discriminación indirecta en relación con la situación económica

Finalmente, el Tribunal destacó que la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

4.3. Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

La Corte observó que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si estos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.

La Corte consideró necesario profundizar en este último aspecto a partir de la prueba producida en el proceso ante el Tribunal en relación con las similitudes y diferencias respecto a la pérdida de embriones tanto en los embarazos naturales como en la FIV. Para el Tribunal fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

Teniendo en cuenta que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia. De manera que la Corte encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

El Tribunal reiteró que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida, lo cual se evidencia con las miles de personas que han nacido gracias a este procedimiento. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la

inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observó que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se buscaba a través de la prohibición de la FIV tenía un alcance muy limitado y moderado.

4.4. Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural con análogo grado de posibilidad. La Corte resaltó que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Por tanto, la Corte concluyó que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

III. Reparaciones

La Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: i) tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto; ii) el Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y iii) la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro

de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

Además, el Estado como reparación deberá: i) otorgar gratuitamente el tratamiento psicológico a las víctimas que así lo requieran; ii) publicar el resumen oficial elaborado por la Corte en el diario oficial, en un periódico de amplia circulación nacional y tenerlo disponible en un sitio web de la rama judicial; iii) implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales, y iv) pagar indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

SEGUNDA SENTENCIA

1055 Ca. Fam. S. S.

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

El presente recurso de casación ha sido interpuesto por el licenciado José Roberto Tercero Zamora, apoderado de la señora -----, contra la sentencia de las nueve horas y treinta minutos del trece de julio de mil novecientos noventa y cinco, pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, que resuelve el recurso de apelación de la sentencia pronunciada por el Juzgado Segundo de Familia de San Salvador, de las doce horas y quince minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en el proceso de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, promovido por la recurrente contra el señor ----- y la niña -----, esta última representada legalmente por la señora -----. Han intervenido en primera instancia, la demandante a través del licenciado Tercero Zamora; el demandado, por medio de la licenciada Myrna Stella Ávila Guerra, sustituida posteriormente por el licenciado Piero Antonio Rusconi Gutiérrez; la señora -----, como representante legal de la niña ----- y como sus apoderados el doctor Jesús Antonio Portillo Anchissi, sustituido posteriormente por el licenciado Nelson Palacios Hernández; así como la Procuradora de Familia adscrita al tribunal a quo, licenciada María Gilibeth Guandique de Molina. En segunda instancia comparecieron en el carácter ya mencionado, los abogados Tercero Zamora, Palacios Hernández, Rusconi Gutiérrez, éste sustituido por el licenciado Mauricio Antonio Rivera Funes, así como el doctor José Antonio Morales Ehrlich, Procurador de Familia adscrito a la Cámara sentenciadora; y en casación, únicamente el licenciado José Roberto Tercero Zamora.

VISTOS LOS AUTOS,

Y CONSIDERANDO:

I. La Jueza a quo en su sentencia dijo: "*****POR TANTO:----- a) En el caso conocido por este tribunal hay anomia pues no hay norma que expresamente regule lo concerniente a la fecundación humana asistida. El Art. 7, Lit. f) de la Ley Procesal de Familia nos ordena fallar, no obstante ausencia de norma, puesto que la ley debe irse adaptando a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna. Este es uno de esos casos, por lo cual se recurre a la doctrina que sobre ello existe y en ella se ha determinado: "Que primará la verdad formal, la determinación legal que consta en los registros sobre la verdad biológica, asimilándola a la adopción. En lo que respecta al status de hijo nacido mediante esas técnicas de reproducción, siempre que el marido y la mujer receptora hayan prestado su consentimiento –y en este caso se probó el mismo- asumen irrevocablemente la paternidad, cerrándose cualquier posibilidad de impugnarla, aun cuando el donante sea anónimo. La pareja serán los padres legales del o los hijos así nacidos. Las personas que han dado su consentimiento quedan obligados respecto de la criatura y pueden ejercer los derechos que esa paternidad confiere. La acción de impugnación sólo se podrá en esos casos (de) ejercer, cuando se pruebe que el hijo no es fruto de la inseminación practicada, sino de la infidelidad. No se podrá establecer por ninguna media filiación entre el donante y la persona nacida por técnicas de fecundación humana asistida. b) Existía ya un reconocimiento otorgado a favor de la niña en mención, con todas sus características: acto personal, voluntario, solemne, expreso, unilateral, puro y simple, irrevocable, oponible y declarativo, el cual podría impugnarse si hubiese existido nexo biológico por las personas señaladas en el artículo 156 del Código de Familia, con las limitantes respecto a tiempo fijadas por el artículo 157 del mismo cuerpo de leyes. No siendo este el caso, no obstante haberse probado con la prueba testimonial la caducidad de la acción, se declara sin lugar, pues la excepción opera para esa acción y no para la que nos ocupa. Con base en los artículos 7, Lit. f) y 56 de la Ley Procesal de Familia, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, fallo: 1. No ha lugar a la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad que pretende desplazar de su filiación a la niña -----, quien queda con respecto a su padre, -----, con todos los derechos y deberes que tal filiación conlleva. 2. Fíjese como cuota que en concepto de alimentos deberá proporcionar el padre provisionalmente en quinientos colones, para

hacerse efectiva a partir del día último del presente mes, sujeta a modificación previo estudio socio- económico que se realice. 3. Ha lugar la indemnización por daño moral establecido en los artículos 144, Lit. f) de la Ley Procesal de Familia y 150 del Código de Familia, a cargo del señor ----. 4. Ha lugar la indemnización por daños y perjuicios a cargo de la señora ----- ---. Al quedar ejecutoriada esta sentencia, para efecto de los numerales 3 y 4, nómbrese peritos a fin de establecer el monto. Notifíquese"""""".

II. La Cámara sentenciadora, en su fallo, resolvió: """"""Con base en las consideraciones anteriores y Arts. 3 g), 7 f), 42, 56, 82, 160 y 161 de la L. Pr. F.; 134, 135, 147, 150, 156, 350 y 351 N° 3 del C. F.; Arts. 3 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Arts. 427 y 428 Pr., a nombre de la República de El Salvador FALLAMOS: 1) Confírmase la sentencia venida en apelación en lo referente a los números 1 y 2 que declara no ha lugar a la impugnación del reconocimiento de paternidad de la menor ----- y fija como cuota provisional de alimentos la cantidad de QUINIENTOS COLONES mensuales que deberá pagar su padre ----. 2) Revócanse las resoluciones comprendidas en los números 3 y 4 de la sentencia referida, por no estar arregladas a derecho y devuélvanse las diligencias originales al tribunal remitente con certificación de esta sentencia. NOTIFÍQUESE"""""".

III. Inconforme con el fallo de la Cámara sentenciadora, el impetrante recurre en casación y manifiesta: """"""Interpongo recurso de casación contra la sentencia definitiva dictada en esta instancia, por los motivos y fundamentos que subsiguen.----- MOTIVO GENÉRICO

DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: Art. 3, número 1, Ley de Casación.-----MOTIVOS

ESPECÍFICOS: Interpretación errónea del Art. 134 del Código de Familia; violación del Art. 156 del Código de Familia; aplicación indebida del Art. 428 Código de Procedimientos Civiles.----- PRIMER MOTIVO ESPECÍFICO Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN:

INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ART. 134 C. FAM.----- La honorable Cámara ha interpretado la citada disposición en el sentido de que "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla...". Sobre la base de esta interpretación, la Cámara sostiene que la mera voluntad procreacional es fuente de filiación, por lo que ha declarado sin lugar la impugnación de paternidad.----- Propongo que tal interpretación es errónea, supuesto que el Art. 36 constitucional, fracción última, dispone claramente que "La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad". Esto establece una reserva de ley específica para la materia de las formas de establecer paternidad (filiación padre- hijo), y excluye por tanto formas no contempladas expresamente por la ley.----- La interpretación correcta de la disposición es que la filiación sólo es o consanguínea o por adopción.----- La filiación consanguínea, en nuestro sistema legal actual, se basa en el principio de la verdad biológica, por el cual la paternidad sólo tiene fuente genética, es decir, debe existir una identificación cromosómica entre padres e hijos. Padre consanguíneo es quien produce descendencia; hijo consanguíneo es el que desciende de su antecesor genético. Esto es lo que la ley determina como formas de establecer la paternidad, desarrollando la norma constitucional. He reseñado los artículos del Código de Familia, cuya interpretación sistemática revela la orientación genetista de ese ordenamiento, en lo que respecta a la filiación consanguínea.----- La voluntad procreacional, involucrada en la fecundación humana asistida, no es fuente de filiación en el presente estado de nuestro derecho de familia. Admitir que lo sea, sin la debida y cuidadosa regulación legal exigida por la Constitución, es una cuestión muy delicada. Sería abrir la fuente de importantes conflictos en el orden familiar. Razonemos: Si la voluntad procreacional es fuente de filiación, entonces, contrario sensu, la falta de tal voluntad impide el surgimiento de filiación. La Cámara ejemplifica con el caso de una violación. Siguiendo el mismo ejemplo, notemos que, en tal circunstancia, no hay ni por parte de la víctima ni del violador, voluntad procreacional. ¿Significa ello que la madre- víctima puede negar su filiación con el producto de la violación? ¿Podría el violador- padre, ante un eventual reclamo de los derechos del menor, eximirse de cumplir obligaciones derivadas de la filiación, aduciendo que no existió de su parte voluntad procreacional? En otro caso, los "acuerdos de alquiler de vientre" conferirían la filiación a los

"arrendatarios", que tienen voluntad pro creacional, y se lo negarían a la "arrendante", por carecer ésta de tal voluntad.----- Lo que la Cámara ve como voluntad pro creacional como origen de filiación en los casos del que reconoce a un hijo que sabe no es suyo, no es la verdadera fuente de la filiación en esos casos. Lo es la ley misma, que, extinguidas las posibilidades de revocación e impugnación por el reconociente o por terceros, sustituye, en aras de la seguridad jurídica, la verdad legal en vez de la verdad biológica. Se afirma entonces la filiación consanguínea sin posibilidad de alegarse nunca más la realidad biológica. Sin embargo, mientras no prescriben o caducan las acciones de impugnación, la realidad biológica sigue siendo fundamento para desvirtuar la pretendida paternidad. Es justo lo que ha ocurrido en el caso sub iudice.----- SEGUNDO MOTIVO ESPECÍFICO Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN DE LEY: VIOLACIÓN DEL ART. 156 C. FAM.----- Como consecuencia de la interpretación anterior, la Cámara ha fallado en violación de la disposición supra citada. En efecto, probado en el proceso que el demandado señor ----- no tiene ningún vínculo biológico o consanguíneo con la menor -----, es decir, establecido que la menor "no ha podido tener como padre al reconociente", procedía, conforme a la disposición citada, declarar que ha lugar a la impugnación.----- Sin embargo, la honorable Cámara inobservó esta disposición, teniendo por establecido el supuesto de hecho mas no aplicando la consecuencia normativa de la referida disposición.----- TERCER MOTIVO ESPECÍFICO Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN DE LEY: APLICACIÓN INDEBIDA DEL ART. 428 PR. C.----- En el penúltimo párrafo del Considerando VIII, la Cámara cita como aplicable la doctrina denominada teoría de la responsabilidad pro creacional, involucrada en la fecundación humana asistida. Esta doctrina, según tratada por los expositores, es aplicable a circunstancias ampliamente diversas de las que subyacen el presente caso.----- La doctrina invocada aborda el caso de la inimpugnabilidad de la paternidad por el marido y la mujer en el caso de fecundación humana asistida a la que ambos hayan consentido. Esta propuesta irrevocabilidad de la filiación se refiere a los cónyuges consentidores. En su aplicación más amplia, se refiere a los miembros de una unión de hecho legalmente reconocible.----- Sin embargo, en el presente caso el hecho es que el demandado señor ----- y la señora ----- no estaban casados entre sí cuando esta última recurrió a la fecundación asistida para procrear a la menor. Por lo demás, no ha sido posible una unión legalmente sancionable entre ellos, por la falta de estabilidad, y toda vez que durante su relación el señor Leiva estaba casado con la demandante, según consta en autos, factor que hace imposible la existencia de una unión no matrimonial en el sentido legal del Art. 118 C. Fam., porque en el Sr. ----- concurría impedimento legal, a tenor del Art. 14, fracción 2ª., del mismo Código.----- Entonces, la doctrina de los expositores invocada resulta inaplicable, por referirse a hechos muy diversos de los sub iudice, y por ello se aplica indebidamente por vía del Art. 428 Pr. C., supuesto que la impugnación en el presente caso no se hace por, ni respecto de, ninguno de los cónyuges o compañeros en una unión no matrimonial que hayan consentido a la inseminación artificial. De lo que se trata este caso es de la impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, hecho por un tercero con legítimo interés, sobre la base de que el reconociente no ha podido ser el padre de la menor reconocida, hecho que se encuentra establecido en autos y que debió dar lugar a que se declarara la no paternidad, conforme a la disposición legal precitada. Al no hacerlo así, la honorable Cámara cometió la infracción de ley motivo del presente recurso.-----CONCLUSIÓN.----- Para atenuar la percepción de la Cámara, y la de la Jueza a quo, de que fallar conforme a lo arriba expuesto sería "desplazar la filiación de (la menor) para dejarla sin protección paterna", es pertinente hacer las siguientes conclusiones. La procedencia de la impugnación no tiene como consecuencia necesaria dejar a la menor sin padre. En efecto, no hay forma legal en que se pueda dejar a un hijo sin padre, si éste vive y es identificable. Existen formas legales en que un hijo puede ejercer su derecho a ser reconocido por su padre. Pero, en el estado actual de nuestro derecho positivo, estas acciones deben enderezarse hacia el padre verdadero, el que tiene un nexo biológico, es decir aquel que aportó el material genético para la concepción del hijo. Mientras nuestro derecho no regule expresamente, en virtud de la reserva de ley constitucional, las consecuencias de la fecundación humana asistida respecto

de la filiación, o la voluntad procreacional como fuente legal de filiación, propongo que esto es la única solución legal posible.----- Por otro lado, no habría en fallar conforme a los fundamentos aquí expuestos, ninguna violación de los derechos de ----- bajo la convención universal de los derechos del niño, pues lo establecido en el artículo 3 invocado por la honorable Cámara se refiere a derechos de los niños frente a los padres; y por su parte el Art. 351 del Código de Familia, establece el derechos de los niños a "gozar de un sistema de identificación que asegure su VERDADERA filiación materna y paterna" (Num. 3º.) y "a conocer a sus padres, ser reconocido por éstos, y a que se responsabilicen de él" (Num. 4º). Estos derechos subsistirán indefectiblemente, mientras vivan los padres, y respecto de sus sucesiones cuando fallezcan. La menor ----- siempre tendrá frente a quien ejercer sus derechos en forma eficaz. Siempre habrá un padre. En el presente hay un padre legal y real, no el demandado, a quien exigir la satisfacción de esos derechos.----- Mas, el punto legal en cuestión, la controversia jurídica medular del presente caso, es, en definitiva, ¿Cómo se establece, legalmente, la "verdadera filiación materna y paterna" a que se refiere la ley? ¿Quién es un padre y quien no lo es, bajo nuestro ordenamiento legal? ¿Basta legalmente la mera voluntad procreacional, sin concurrencia de matrimonio ni unión legal de hecho?----- Lo que resuelva la Sala de lo Civil en el presente caso, definirá la posición de nuestro derecho en estas cruciales cuestiones. Propongo que una solución dentro del marco constitucional y legal, debe conformarse a lo arriba expuesto. No es padre quien tiene la voluntad de serlo, y no deja de ser padre quien no la tiene; lo es quien se vincula al hijo por vía genética, por la verdad legal irrefragable, por presunción legal de derecho, o por adopción. No hay otra forma"----- IV. Por resolución de las ocho horas y dieciocho minutos del treinta de abril de mil novecientos noventa y seis, la Sala previno al recurrente en el sentido que no había expresado con la debida claridad y precisión los conceptos que considera infringidos y el concepto de la infracción con relación a cada uno de los motivos específicos invocados; en consecuencia, se ordenó que hiciera las aclaraciones y subsanara las omisiones del caso, a lo cual el impetrante dijo: "-----Sin perjuicio del desarrollo completo de los argumentos expuestos en mi escrito de interposición, en cumplimiento de prevención que al efecto me ha sido hecho, aclaro a la Sala los preceptos que considero infringidos y los conceptos de la infracción bajo cada motivo específico, así:----- MOTIVO GENÉRICO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: Art. 3, Ley de Casación.----- MOTIVOS ESPECÍFICOS: 1) Interpretación errónea del Art. 134 del Código de Familia, motivo establecido en el numeral 2º del Art. 3 Ley de Casación; 2) Violación del Art. 156 del Código de Familia, establecido en el numeral 1º del Art. 3, Ley de Casación; 3) Aplicación indebida del Art. 428 Código de Procedimientos Civiles, establecido en el numeral 3º, Art. 3 Ley de Casación.----- CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN EN EL PRIMER MOTIVO ESPECÍFICO: INFRACCIÓN ERRÓNEA DEL ART. 134 C. FAM.----- La honorable Cámara ha interpretado el Art. 134 del Código de Familia en el sentido de que "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla...". Sobre la base de esta interpretación, la Cámara sostiene que la voluntad procreacional, es decir la mera voluntad de ser padre de una persona, sin vínculo genético ni adoptivo con ella, es fuente de filiación admisible en nuestro sistema legal, por lo que ha declarado sin lugar la impugnación de paternidad.----- Es mi proposición jurídica que tal interpretación es errónea, supuesto que el Art. 36 Constitucional, fracción última, dispone claramente que, "La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad". Esto establece una reserva de ley específica para la materia de las formas de establecer paternidad (filiación padre- hijo), y excluye por tanto formas no contempladas expresamente por la ley.----- La interpretación correcta de la disposición es que la filiación sólo es o consanguínea o por adopción; y la filiación consanguínea, en nuestro actual sistema jurídico de familia, sólo se establece en base a relación genética.----- CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN EN EL SEGUNDO MOTIVO ESPECÍFICO: VIOLACIÓN DEL ART. 156 C. FAM.----- Como consecuencia de la interpretación errónea anterior, la Cámara ha fallado en violación del Art. 156 C. Fam. En

efecto, se estableció probatoriamente en el proceso que la menor -----, "no ha podido tener como padre al reconociente", por lo que procedía, conforme a la disposición violada, declarar que ha lugar a la impugnación.----- Sin embargo, la honorable Cámara inobservó esta disposición, teniendo por establecido el supuesto de hecho mas no aplicando la consecuencia normativa de la referida disposición.----- CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN EN EL TERCER MOTIVO ESPECÍFICO: APLICACIÓN INDEBIDA DEL ART. 428 PR. C.----- En ausencia de norma legal específica, la Cámara ha citado como fundamento para su fallo, por vía del Art. 428 Pr. C. la doctrina de los expositores denominada teoría de la responsabilidad procreacional, involucrada en la fecundación humana asistida. Esta doctrina no es aplicable a los hechos del proceso, por estar diseñada para resolver vacíos de ley en circunstancias ampliamente diversas de las que subyacen el presente caso, como son la voluntad procreacional de los cónyuges o compañeros en una unión de hecho, que mutuamente consienten a la fecundación humana asistida. En el presente caso, los involucrados en la fecundación humana asistida no son cónyuges entre sí, ni participaron en una unión de hecho legalmente sancionable.----- Propongo la tesis de que la doctrina de los expositores que un tribunal invoque para fundamentar su fallo, en aplicación de la autorización concedida para ello por el (Art.) 428 Pr. C., debe ser aplicable a los hechos del proceso, por estar estructurada, como teoría científica- jurídica, en base a hechos que, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, sean sustancialmente similares a los del proceso. Si un tribunal invoca para fundamentar su fallo, doctrina de los expositores que no es aplicable a los hechos del proceso, incurre en infracción de ley por aplicación indebida de la norma que le autoriza a fundamentar su fallo en tal doctrina"-----.

V. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

Así las cosas, mediante auto de las nueve horas y cinco minutos del once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se admitió este recurso de casación por la causa genérica de infracción de ley, específicamente por los motivos de interpretación errónea de ley, al citarse como precepto infringido el Art. 134 C. F.; y por violación de ley, al señalarse como disposición supuestamente conculcada el Art. 156 C. F. Por último, se ordenó que el expediente pasara a la Secretaría a fin que las partes presentaran sus alegatos, sin que ninguna de ellas hiciera uso de su derecho, según el informe de F. 32 de esta pieza.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO:

INFRACCIÓN DE LEY (Art. 2 letra a] L. C.), POR EL MOTIVO ESPECÍFICO DE INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LEY (Art. 3 Ord. 2° L. C.) EN EL ART. 134 C. F.

En primer lugar, el recurrente considera que la Cámara interpretó erróneamente el Art. 134 C. F., luego que ésta manifestara en su sentencia, que dicho precepto "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción"; ya que, "señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla".

A juicio del impetrante, la voluntad procreacional no es una nueva fuente de filiación, pues quedó al margen de lo dispuesto en el Art. 36 CN., que contiene una reserva de ley relativa a las formas de establecer la paternidad y que, por tanto, excluye a otras formas no contempladas expresamente en el Código, al señalar que: "La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad".

Finalmente, sostuvo que la interpretación correcta de la disposición mencionada es que la filiación sólo es consanguínea o por adopción, pues, en esta materia, los artículos del Código de Familia revelan la "orientación genetista" de dicho ordenamiento"; concluyendo que, en el estado actual de nuestro derecho de familia, "la voluntad procreacional involucrada en la fecundación humana asistida no es fuente de filiación". Sobre el particular, el tribunal de alzada dijo que "... en el presente caso lo que interesa es establecer si de acuerdo a nuestra legislación de familia puede la voluntad procreacional considerarse como fuente del vínculo paterno filial. En forma expresa la ley contempla como ejemplo de estos casos, la adopción. Respecto a la posibilidad de contrariar la Constitución alegada por el recurrente, sostenemos, que la interpretación de dicho precepto no es correcta, ya que el artículo supuestamente violado indica la obligación de investigar y establecer la paternidad,

dejándose el desarrollo de este precepto a la ley respectiva. En cambio, el caso que nos ocupa se refiere a una paternidad ya reconocida y establecida por la misma ley, la cual se pretende impugnar o desplazar la filiación de dicha menor para dejarla sin protección paterna... ".En opinión de la Cámara sentenciadora, el Art. 134 C. F. no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción, ya que "... este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla, al grado que el artículo 135 indica que entre las formas de establecer la paternidad se encuentran el reconocimiento voluntario y la decisión judicial...".

Por último, apoyándose en la doctrina, afirma que la voluntad procreacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo y sin necesidad que haya unión sexual entre las personas; de ahí que, a pesar de la ausencia del acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo filial- paterno al ser reconocido el hijo por el padre, lo cual se conoce en la doctrina como "teoría de la responsabilidad procreacional". Que dicha solución tiene cabida en el Art. 135 C. F., que incluye al reconocimiento voluntario como una forma de establecer la paternidad, con la característica de ser irrevocable (Art. 147 C. F.) .Con relación al vicio alegado, esta Sala ha sostenido reiteradamente que el mismo se produce cuando el juzgador aplica la norma legal que debe aplicar al caso concreto, de manera que no puede confundirse con la violación de ley, ni coexistir con ésta, pero lo hace dando a la norma una interpretación equivocada.

En el caso examinado, el recurso se fundamenta en la supuesta interpretación errónea del Art. 134 C. F. que, bajo el epígrafe de "clases de filiación", establece que "La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción". Que, previo a todo análisis, conviene destacar lo resuelto con anterioridad por esta Sala, en el sentido que la filiación resulta ser, sin duda, una de las materias que más modificaciones ha sufrido a través del tiempo. Ello ha ocurrido no sólo por las variaciones de los comportamientos sociales que produjeron cambios legislativos en diversos países, sino, también, por la evolución de la ciencia que posibilitó medios de prueba más fehacientes para determinar el vínculo biológico (Fallos: 1374 Ca.Fam.S.S., del 28/1/2002 y 1189 Ca.Fam.S.S., del 4/3/2002).De igual modo, siguiendo a la doctrina, cabe señalar que los avances médico- genéticos están provocando una verdadera revolución en materias que durante siglos habían permanecido inalterados; de ahí que, conceptos como la filiación gozan, por ahora, de una provisionalidad impuesta por la nueva realidad científica que se presenta en este ámbito del derecho (Cfr. AZPIRI, Jorge Osvaldo, voz Filiación, en Enciclopedia de derecho de familia, tomo II, Universidad, Buenos Aires, 1992, Pág. 360).

Así, en nuestra legislación, la filiación se define como "el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad" (Art. 133 C. F.). Desde un plano gramatical, el vocablo filiación deriva del latín filius, que significa hijo y se refiere a la procedencia de los hijos respecto a sus padres, en cuyo entendimiento el centro siempre es el hijo. Por consiguiente, la filiación abarca el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad vinculan a los padres con los hijos en la familia, de manera que, el hecho biológico de la procreación trasciende en lo jurídico.

Sin embargo, esta Sala considera que en contra del concepto tradicional de filiación pueden formularse dos objeciones fundamentales; la primera, porque únicamente se refiere a la filiación por naturaleza, pues la adopción constituye una creación legal; y la segunda, porque el mismo goza de un carácter provisional, conforme a la nueva realidad científica que se presenta en el derecho de familia. Lo anterior es así, desde que el impulso reformista del derecho de familia, en notable ascenso desde principios del siglo XX, según advertía Rene SAVATER décadas ha, obedece a tres causas: 1) la transformación de la economía familiar; 2) la dinámica liberadora del ser humano; y, 3) el acceso científico a su propia biología (Cfr. URIARTE, Jorge Alcides, Protección integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes, en Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 44). Que, frente a ese dinamismo propio del derecho de familia, especialmente en materia de filiación, la nueva

realidad científica en el conocimiento de la biología humana impone que, tras la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, se ofrezcan soluciones legales que mejor acompañen a esos cambios. Mientras el derecho, en un principio, reguló la filiación natural o por consanguinidad e incorporó muchos años después la filiación adoptiva; en la actualidad, con el avance científico en la biología humana, la doctrina moderna nos enseña que existe una tercera clase de filiación, la cual respondiendo a fines didácticos, ha sido llamada "filiación civil" (Cfr. DI LELLA, Pedro, Paternidad y pruebas biológicas, Depalma, Buenos Aires, 1997, Pág. 8). Esta última puede clasificarse según las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, hasta ahora conocidas, por lo que un ordenamiento de éstas es siempre provisorio y necesita ampliarse en el futuro, de acuerdo a los avances de la ciencia. Conforme a ello, la "filiación civil" puede ordenarse en: la inseminación artificial; la fecundación in vitro y otras variaciones posibles, como la transferencia intratubárica de gametos, la extracción de un embrión todavía no implantado del útero de una mujer a otra, la inyección del espermatozoide dentro del ovocito, las transferencias del embrión o del ovocito a las trompas de falopio, la maternidad subrogada o madre de alquiler, la crioconservación de embriones y ovocitos pronucleados; la clonación humana reproductiva, entre otras. Que, según el texto del Art. 134 C. F., las clases de filiación pueden ser por consanguinidad o por adopción, tal como se decía en el Art. 140 del Anteproyecto de Código de Familia, constituyendo un supuesto hipotético lo suficientemente amplio y dúctil, pues se compadecía con el Art. 143 de dicho anteproyecto que, además, incluía los casos de fecundación asistida, señalando que "En los casos de fecundación asistida la filiación se determinará conforme a una ley especial". En ocasión de tal anteproyecto, la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) expresó que las técnicas de reproducción humana asistida evidencian "la necesidad de revisar nuestra legislación, con el fin de buscar respuesta jurídica a estos avances de la ciencia. Es claro que la normativa afectada excede el ámbito del derecho de familia y probablemente la mejor alternativa, dada la complejidad de la cuestión, es seguir el ejemplo de varios países, dictando una ley especial que regule la materia" (Cfr. CORELESAL, Documento Base del Anteproyecto de Código de Familia, octubre 1990,

San Salvador, Pág. 214). Finalmente, el Art. 143 del anteproyecto no fue sancionado, pese a los comentarios favorables que recibió de algún sector de la doctrina extranjera, (entre otros, Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, Anteproyecto de Código de Familia de la República de El Salvador, en revista Jurisprudencia Argentina, 1991- I, Buenos Aires, Pág. 889); no obstante, el Art. 140 -con ligeras modificaciones- se sancionó como el actual Art. 134 C. F., conservando su carácter amplio y dúctil para incluir a otras clases de filiación, señalando que "La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción". El subrayado es nuestro. La razón de no sancionarse el Art. 143 del citado anteproyecto, lejos de interpretarse como una negativa para regular los avances científicos en la materia, como se destacaba en el documento Base, obedeció a una técnica legislativa que consideró inapropiada la remisión de una ley especial a otra. Por ello, sin perjuicio de lo que más adelante diremos para la solución del caso planteado, estimamos que el tribunal de alzada interpretó correctamente el Art. 134 C. F., en el sentido que la filiación consanguínea y la adoptiva no son las únicas clases de filiación; pues, en este orden, la voluntad procreacional en juego con las técnicas de reproducción humana asistida, constituye el fundamento de una nueva clase de filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico de ningún modo ha sido vedada. De manera consecuente, esta Sala resolverá que no procede casar la sentencia por el motivo alegado. INFRACCIÓN DE LEY (Art. 2 letra a) L. C.), POR EL MOTIVO ESPECÍFICO DE VIOLACIÓN DE LEY (Art. 3 Ord. 1º L. C.) EN EL ART. 156 C. F.

Asimismo, el impetrante considera que la Cámara sentenciadora inaplicó el Art. 156 C. F., manifestando que entre los demandados no existía vínculo biológico alguno; es decir, que la niña ----- no había podido tener como padre al señor -----, de manera que, de conformidad a la disposición mencionada, procedía declarar la impugnación del reconocimiento reclamada. Al respecto, el tribunal de alzada sostuvo que la cuestión fundamental es la consideración sobre el hecho jurídico de la propuesta del señor -----,

para que la señora ----- consintiera en dejarse fecundar mediante la técnica de la inseminación artificial, con un donante que resultó ser el hermano del señor -----, y que ambos consintieron en que "el producto" de esa fecundación fuera reconocido como hijo de ellos, tal como efectivamente ocurrió al presentarse el demandado al Registro Civil, hoy Registro del Estado Familiar, para reconocer el demandado en forma voluntaria y espontánea a la niña recién nacida. De igual forma, señaló que pese a la ausencia del acto copulatorio entre la señora ----- y el señor -----, la voluntad procreacional y convivencia de ambos "progenitores" importa una "verdad real" para establecer la filiación contra la que se reclama; toda vez que esa voluntad ha sido determinante para establecer el vínculo filial paterno, al ser reconocida la niña ----- por el padre aparente, con base a lo que en doctrina se denomina "teoría de la responsabilidad procreacional".

Asimismo, como fundamento de su sentencia, destacó que el Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; de ahí que, en la solución del presente caso merece especial consideración el interés superior de la niña, conforme a los Arts. 3 de la Convención y 350 C. F., y no solo el interés privado de las partes que intervienen en dicho conflicto familiar. Finalmente, la Cámara sentenciadora recordó que los problemas de filiación constituyen materia de orden público y que los particulares deben acomodar su voluntad a las normas de convivencia social establecidas para el bienestar de los niños, niñas y de la familia, en armonía con los preceptos constitucionales sobre el tema. Esta Sala ha sostenido reiteradamente que la violación de ley consiste en la inaplicación de una norma vigente que era aplicable al caso concreto, de modo que no puede invocarse con éxito dicho motivo, si aquella norma no era la que debió utilizarse. El Art. 156 C. F., citado como precepto conculcado, establece que "El reconocimiento voluntario de paternidad podrá ser impugnado por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren interés actual, probando que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente. Con relación al hijo la acción es imprescriptible". Tradicionalmente, se ha señalado que el objeto de la impugnación de paternidad se reduce a demostrar la inexistencia del presupuesto biológico para obtener el desplazamiento del estado familiar; a pesar que, en casi todos los ordenamientos jurídicos y así lo es en el nuestro, la caducidad -generalmente breve de estas "acciones" de estado- provoca que la verdad biológica no siempre prevalezca, en pro de la estabilidad familiar. Sin embargo, otra cosa ocurre tratándose de las técnicas de inseminación artificial heteróloga, ya que éstas no sólo se caracterizan por la falta del hecho biológico, fundamento de la impugnación de paternidad reclamada, sino por la manifestación de una "voluntad procreacional" determinante en el posterior reconocimiento del hijo como propio. De ahí que, configurándose como un supuesto diferente a la clase de filiación por consanguinidad, según quedó expuesto en el párrafo anterior, podemos concluir -sin hesitaciones- que las disposiciones generales de esta última resultan insuficientes para la impugnación de la primera. En ese orden, cabe subrayar que en el derecho comparado, la pluralidad de posturas adoptadas con relación a las técnicas de reproducción humana asistida lejos de ser sencillas y pacíficas, son evidencia de las distintas soluciones que apareja el tema, según el mayor o menor grado de permisividad. En tal sentido, podemos mencionar, en Suecia, las leyes sobre fecundación artificial (1984) y sobre fecundación in vitro (1988); en Noruega y Dinamarca, sendas análogas de 1987; en España, las leyes 35 y 42 de 1988; en Alemania, la ley 745; en Francia, las leyes 653 y 654 y los precedentes jurisprudenciales de la Corte Federal de los Estados Unidos de América, in re "Roe Vs. Wade" y "Junior Lewis Davis Vs. Mary Sue Davis", entre muchos otros. Ciertamente las complejas cuestiones científicas, filosóficas y religiosas que suscita el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, escapan como tales a la competencia de este tribunal casacional; sin embargo, tampoco podemos desconocer que, entre nosotros, se han sostenido las siguientes razones para su regulación: a) la no discriminación por razón del nacimiento, ya que todo niño o niña tiene derecho de conocer a sus padres, lo que exige establecer los mecanismos legales de determinación de la filiación para quien haya sido

engendrado por medio de estas técnicas; b) que la diferencia más importante entre la procreación natural y asistida, se encuentra únicamente en ese hecho original, por lo que no hay ningún tipo de conflicto, ni dificultad insalvable para que exista una regulación unitaria en el derecho de familia, que las asimile; y, c) que no se trata de tomar partido con relación a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, sino la determinación de filiación del ser humano nacido mediante dichos procedimientos

(Cfr. MIRANDA LUNA, Raúl Eduardo y RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique, Bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad, en la revista electrónica del Centro de Documentación Judicial, de la Corte Suprema de Justicia, en la dirección <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf>, consultada en el día de la fecha). Por ello, sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una legislación específica en nuestro país, que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas, consideramos que la cuestión planteada en la especie se examinó y resolvió mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y de conformidad a los hechos que resultaron de la causa. Así resultaba de la cláusula de integración normativa, contenida en el Art. 9 C. F., que señala: "Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad". Aunque esa necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública, en principio del legislador, al establecer pautas generales apropiadas, a falta de éstas y hasta tanto se dicten, entendemos que la determinación de la filiación de quien ha nacido mediante dichas técnicas, deberá decidirse, en cada caso singular, dentro de los límites conferidos por la Constitución, los tratados internacionales y demás leyes vigentes.

Por otro lado, la denominada "orientación genetista" que evidencia nuestra legislación, en materia de filiación, como lo afirma el recurrente, no es tal si desde la Constitución, instrumentos internacionales y los principios rectores del Código de Familia, se prioriza la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el respeto a su derecho fundamental de identidad personal (Arts. 34 Cn., 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 C. F.).

Tenemos para nosotros, que la objetivación de un niño o una niña en la llamada "realidad biológica" importa, siguiendo en esto a la psicoanalista argentina Eva GIBERTI, sencillamente a "cosificar" o "animalizar" al niño o a la niña, olvidando los aspectos más dinámicos de su identidad. Por esa razón, consideramos que el derecho a la identidad personal no debe confundirse con el origen o "realidad biológica", toda vez que el término "realidad", que deriva del latín *ens realiter*, es aplicable a la cosa u objeto, a diferencia del *ens rationis* que es aplicable a la persona.

Que, el derecho a la identidad personal constituye uno de los derechos de tercera generación, propios del llamado Estado de Cultura y como tal, se entiende, el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. En ese orden de ideas, la identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser "uno mismo", el ser diferente a los "otros". Es el plexo de características de la personalidad de cada ser humano que se proyecta hacia el mundo exterior y se despliega en el tiempo; que se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero que incluyendo a lo biológico, lo trasciende. Así, el derecho a la identidad personal involucra no sólo un aspecto estático, que es el normalmente restringido a la identificación, sino otro dinámico. Citando a prestigiosa doctrina, coincidimos que "los atributos estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el

mundo exterior y entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas. La identidad dinámica se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico- cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad. Es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que cada cual consiste" (Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, Pág. 114).

Que, las normas del Código de Familia son insuficientes para dar solución a los casos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida y ante la falta de una legislación específica sobre la materia, como lo advierten la Jueza y la Cámara sentenciadora, en sus respectivos fallos, existe el deber legal de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante vacío legal (Art. 7 letra f) L. Pr. F.).

En ese pensamiento y más allá del presupuesto biológico como origen de la filiación, en idéntico encuadre legal que el otorgado a la adopción, en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de la voluntad procreacional para atribuir la paternidad -citada por la Cámara sentenciadora- fue planteada décadas atrás en la doctrina argentina (Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación, en revista Jurisprudencia Argentina, 1965- III, Buenos Aires, Pág. 21) y en la actualidad ha servido como fuente importante para su determinación en los supuestos de reproducción humana asistida. Como se dijo más arriba, la procreación asistida trastrueca los valores y creencias tradicionales, pues disocia la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales, aparentes o afectivos. Dado que en las técnicas de reproducción humana asistida falta el elemento natural de la unión sexual, la manifestación de la voluntad procreacional se da con actos de otra índole, como el consentimiento tácito o presunto, mediante la dación del material genético para que la concepción se produzca; o el consentimiento expreso, a través de la manifestación verbal o escrita dada con anticipación al uso de la técnica. En tal situación, la responsabilidad procreacional que surge es evidente porque se ha tenido el deliberado propósito de engendrar y se ha manifestado el deseo de concebir de manera anticipada, por ambos miembros de la pareja (Cfr. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana Esther, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 183). Como lo enseña la doctrina, la fecundación humana asistida puede clasificarse de acuerdo a su naturaleza, en homóloga intraconyugal o extraconyugal, y heteróloga. En general, debemos entender que la reproducción humana es asistida cuando no es resultado exclusivo de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico- científicas que la hacen posible; en tanto que, la inseminación artificial es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos de reproducción de la mujer. Que, la inseminación artificial heteróloga es aquella practicada en la mujer con material genético de un donante, o sea, de quien no es su esposo ni su compañero de vida. Así tenemos que, si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento de éste, se tiene la posibilidad de impugnar (o mejor dicho, anular) con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo o consensual; es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera. De lo que sigue, si la fecundación asistida fue realizada con el consentimiento de aquél, como aquí se trata de una clase de filiación diferente a la consanguínea o natural; ya que no tiene sustento en su origen biológico; la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad, acercándose en esto, aunque sin confundirse, con la filiación adoptiva.

Por esta razón, en una correcta aplicación de la teoría de los propios actos, la que impide volver sobre ellos, en el derecho comparado se sostiene que, si esta especie de inseminación se practica con el consentimiento del esposo o compañero de vida y desde luego, la mujer fecundada, se les priva de la "acción" de la impugnación de la filiación. Que, a los fines de preservar el derecho a la identidad personal de quien nace mediante la inseminación artificial heteróloga, en la doctrina extranjera no existe una solución pacífica,

por cuanto de un lado se expresa que el hijo puede ejercer la correspondiente acción de reclamación de la paternidad, junto con la pretensión de la impugnación de la legalmente establecida (Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, A. M; MONTÉS PENADÉS, V.; ROCA I TRIAS, E. y otros, Derecho de familia, tirant lo blanch, Valencia, 1997, Pág. 313); en cambio, otros recuerdan que si el donante no tuvo voluntad de procrear, otorgarle al hijo la posibilidad de desplazar la filiación establecida implicaría que quede sin filiación materna o paterna, según el caso (Cfr. IÑIGO, Delia Beatriz; LEVY, Lea Mónica y WAGMAISTER, Adriana Mónica, voz Reproducción humana asistida, en Enciclopedia de derecho de familia, tomo III, Astrea, Buenos Aires, Pág. 560). Aunque la voluntad procreacional constituye la fuente de una nueva clase de filiación civil, según advertíamos más arriba; también creemos que ella se configura, para el caso concreto, en una ficción del vínculo biológico, de manera que a los efectos de su irrevocabilidad, cabe propiciarle un trato similar como la adopción. Lo que no puede ser de otro modo, pues decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosamente y veladamente cuidando a la prole, mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra, por la cual uno es el genitor y otro el generado. En general, el concepto de la voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea y tratándose de la inseminación artificial heteróloga, el "padre aparente" es quien manifiesta el consentimiento informado que involucra su voluntad de ser padre, las ansias de la responsabilidad procreacional y la asunción del ejercicio de la paternidad social y psicológica, no obstante la falta de nexo biológico. En cambio, el "padre excluido" es aquel que, producto de esa técnica de reproducción, ha donado su material genético sin compromiso o responsabilidad de asumir la paternidad, por lo que si bien existe la identidad cromosómica con el nacido, ha faltado la voluntad de procrear (Cfr. VILA- CORO BARRACHINA, María Dolores, Huérfanos biológicos, San Pablo, Madrid, 1997, Págs. 77/86). Por otro lado, en la interpretación y aplicación de las disposiciones de nuestro derecho prevalece el interés superior del niño y como tal se entiende "todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad" (Art. 350 C. F.). Además, este interés reclama que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Diario Oficial número 108, tomo N° 307, del 9/5/1990). Según consta en autos, el señor ----- y la señora -----, establecieron una relación sentimental, cuya duración fue aproximadamente cuatro años y dado que el señor ----- se había practicado una vasectomía bilateral, en mil novecientos setenta y uno, luego de consultar la opinión médica, decidieron que la señora ----- quedara embarazada por medio de la técnica de inseminación artificial, con material genético de un hermano del señor ----- . En veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y ocho, nace -----, ahora de quince años de edad, hija de la señora ---- y el señor ----- . Como se dijo, la técnica de inseminación artificial practicada, no sólo se caracteriza por la falta del hecho biológico, derivado a su vez del acto copulatorio, sino por la manifestación de la voluntad procreacional de ambos padres, determinante en el reconocimiento posterior del hijo como propio, cuando se trata de una filiación extramatrimonial. En ese sentido, la Sala considera que el vínculo filial paterno entre la niña ----- y el señor -----, ha quedado firme con efectos frente al mundo y es, por tanto, irrevocable, desde el momento que operó el reconocimiento voluntario de paternidad, en análogo encuadre legal cuando la adopción es decretada por la sentencia. Esta solución es la que mejor atiende el interés superior de la niña, de manera que el derecho a la identidad personal no sólo se limita a conocer su "realidad biológica", sino que potencia el aspecto más humano y dinámico de la identidad, como el patrimonio ideológico y cultural de su personalidad, a la que se suman el conjunto de sus pensamientos, opiniones, creencias, actitudes y comportamientos sobre el mundo. De ahí que, la sentencia que rechaza la posibilidad de impugnación de la paternidad por un tercero, sin dudas ha privilegiado el

estado familiar de hijo con carácter estable, como mejor interpretación de este valor, no sólo por la insuficiencia legal del Art. 156 C. F., sino, primordialmente, en aras del interés superior de la niña --- y además, la voluntad procreacional del padre demandado, en correcta armonía con los deberes emergentes de la responsabilidad parental. Finalmente, consideramos que el derecho de la niña a investigar la paternidad, no sería tal si esta sentencia negara la posibilidad de conocer quién es su padre biológico, por lo que debe fijarse la obligación de sus padres en dársele a conocer, de forma apropiada, una vez que --- ----- alcance la mayoría de edad.

En suma, pues, estimamos que no procede casar la sentencia recurrida por el motivo alegado, ya que el supuesto de la tradicional "acción" de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, contenida en el Art. 156 Id., resulta insuficiente y por tanto, inaplicable, para desplazar una filiación establecida mediante técnicas de reproducción humana asistida; situación que requerirá, desde luego, un tratamiento ajeno al jurisdiccional y al cual, en el estado actual de nuestro derecho de familia, sólo se puede llegar a través de una integración analógica, como lo hizo la Cámara sentenciadora.

POR TANTO: De acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 9, 178 C. F.; 7 letra f), 82 L. Pr. F., 428 C. Pr. C. y 23 L. C., a nombre de la República, esta Sala FALLA: a) Declárase que no ha lugar a casar la sentencia impugnada por los submotivos de interpretación errónea del Art. 134 y violación de ley del Art. 156, ambos C. F.; y, b) Condénase en costas al licenciado José Roberto Tercero Zamora y en los daños y perjuicios a que hubieren lugar a la señora ----. Devuélvanse los autos al tribunal remitente con certificación de esta sentencia. HÁGASE SABER.---M.E. VELASCO---PERLA J.---GUZMAN U.D.C.---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.---MANUEL EDGARDO LEMUS---RUBRICADAS.

