

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
V SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS
PLAN 93



“LA FILIACION EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA
ASISTIDA Y SU REGULACION JURIDICA”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:

HERNANDEZ EUCEDA, ROSA ANGELICA

HERNANDEZ MENDEZ, BALTAZAR DE JESUS

LOBO FLORES, LINDA JESICA

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. NELSON PALACIOS HERNANDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO, 2003

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ**

**VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOSE FRANCISCO MARROQUIN**

**VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO
LICDA. MARIA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCIA**

**SECRETARIA GENERAL
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ**

**FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DECANO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ**

**VICE-DECANO
LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO**

**SECRETARIO
LIC. JORGE ALONSO BELTRÁN**

**UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ**

**DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. NELSON PALACIOS HERNANDEZ**

INDICE

INTRODUCCION.	i
CAPITULO I “LA FILIACIÓN”.	1
1.1.Generalidades de la filiación.	1
1.1.1. Concepto.	1
1.1.2. Características de la Filiación.	2
1.1.3. Clasificación de la Filiación.	3
1.1.4. Consecuencias Jurídicas de la Filiación.	4
1.1.5. Origen de la Filiación.	5
1.1.6. Historia de la Filiación en El Salvador..	8
1.1.6.1. A Nivel Constitucional.	8
1.1.6.2.A Nivel de Tratados Internacionales..	10
1.1.6.3. A Nivel de Legislación Secundaria.	12
1.1.7. Cuestionamientos Sobre la Filiación Originada por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.	16
1.1.7.1. Cuestionamientos Jurídico.	16
1.1.7.2. Cuestionamientos Religioso..	25
1.1.7.3. Cuestionamientos Ético.	30
1.1.7.4. Cuestionamientos Social.	35
 CAPITULO II “LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA”.	 39

2.1. Breve Historia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.	39
2.1.1. A Nivel Mundial.	39
2.1.2. A Nivel Nacional.	48
2.2. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.	52
2.2.1. Inseminación Artificial.	53
2.2.1.1. Inseminación Artificial con Semen del Cónyuge o Pareja Estable (Homóloga).	55
2.2.1.2. Inseminación Artificial con Donante de Esperma (Heteróloga).	56
2.2.2. Fecundación In Vitro.	57
2.2.2.1. Fecundación In Vitro con Gametos Provenientes de la Pareja (Homóloga).	58
2.2.2.2. Fecundación In Vitro con Semen Donado y Óvulo de la Pareja (Heteróloga).	59
2.2.2.3. Fecundación In Vitro con Óvulo Donado y semen de la Pareja.	59
2.2.2.4. Fecundación In Vitro con Donación de Gametos (Semen y Ovulo).	60
2.2.2.5. Maternidad Subrogada.	61
2.2.2.5.1. Características del Contrato de Subrogación	63
2.2.2.5.2. Eficacia del Contrato de Subrogación.	65

CAPITULO III “ LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LAS TÉCNICAS

DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA”.	67
3.1. Inseminación Artificial.	68
3.1.1. La Filiación Originada de la Inseminación Artificial con Semen de Cónyuge o Pareja Estable (Homóloga).	68
3.1.2. La Filiación Originada de la Inseminación Artificial con Donante de Esperma (Heteróloga).	69
3.2. Fecundación In Vitro.	74
3.2.1. La Filiación Originada de la Fecundación In Vitro con Gametos Provenientes de la Pareja.	74
3.2.2. La Filiación Originada de la Fecundación In Vitro con Donante de Gametos (Heteróloga).	78
3.2.3. La Filiación Originada de la Fecundación In Vitro con Gametos del Marido o Varón de la Pareja y Donación de Ovulo.	80
3.2.4. La Filiación Originada de la Fecundación In Vitro con Donación de Embrión.	82
3.2.5. Maternidad Subrogada.	82
3.2.5.1. La Filiación Originada de la Maternidad Subrogada con Material Genético de la Pareja Contratante en Útero de Alquiler.	84
3.2.5.2. La Filiación Originada de la Maternidad Subrogada con Óvulo y Espermatozoide de Varón de la Pareja Contratante en Útero de Alquiler.	85

3.2.5.3. La Filiación Originada de la Maternidad Subrogada con Esperma de Donante y Óvulo de la Mujer de la Pareja Contratante en Útero de Alquiler.	86
3.2.5.4. La Filiación Originada de la Maternidad Subrogada con Gametos Donados en Útero de Alquiler.	87
3.3. Determinación de Filiación originada por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en El Salvador.92

CAPITULO IV EI CONSENTIMIENTO DE LOS USUARIOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	95
4.1. Consentimiento de la pareja cuya Mujer será Fecundada Artificialmente con Semen del marido.	99
4.2. Consentimiento en la fecundación Post Mortem.	100
4.3. Consentimiento de la pareja cuya mujer será Fecundada Artificialmente con semen de Tercero.	102
4.4. Consentimiento del Dador Anónimo.	102
4.5. Responsabilidad Profesional por Falta de Consentimiento.	105
CAPITULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	107
5.1. Conclusiones.	107
5.2. Recomendaciones.	110
5.2.1. Recomendaciones Sobre Modificaciones	

al Ordenamiento Jurídico.111
5.2.1.1. Modificaciones a la Constitución.111
5.2.1.2. Modificaciones al Código de Familia.111
5.2.1.3. Modificaciones al Código Procesal de Familia.113
5.2.1.4. Propuesta de Regulación de las T.R.H.A. en cuanto a la Filiación.114
BIBLIOGRAFIA.124
GLOSARIO.128
ANEXOS132

INTRODUCCION

El estudio de la Filiación se ocupa de problemas derivados de la Reproducción Humana concretamente de las relaciones existentes entre ascendientes y descendientes, actualmente en nuestro país el derecho regula esta materia concediendo mayor énfasis a la reproducción protagonizada por parejas estables, ya sea que el vínculo que los une sea matrimonial o por unión de hecho. Al contrario de lo que sucedía en tiempos pasados con la entrada en vigencia del Código de Familia los hijos nacidos fuera del matrimonio reciben un trato igualitario ante la ley. Dado el alto grado de científicidad se fueron expandiendo nuevos métodos que constituyen una alternativa para que las personas tuvieran una nueva opción en el tratamiento de la infertilidad y por lo mismo procurar una descendencia con las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Debido a la inseguridad jurídica que genera el uso continuo de estas técnicas por parte de las personas interesadas, es que se hace conveniente la pronta regulación en países como el nuestro, en los que se carece de una normativa al respecto; para lo cual se necesita dotarse de un equipo multidisciplinario, que conforme una comisión transitoria que proporcione al legislador de un bagaje de instrumentos tanto técnicos como jurídicos; para finalizar con éxito la redacción de la ley como su futura promulgación.

En el presente trabajo de graduación pretendemos dar a conocer y explicar desde los conceptos más simples hasta las mas complejas concepciones científicas y criticas que al tema se refiere.

En el capitulo I de nuestra investigación explicamos lo referente a las generalidades de la Filiación como su concepto, características, clasificación, consecuencias y el origen de la filiación. Abordando además la historia de la filiación a nivel constitucional, a nivel de tratados internacionales y legislación secundaria; para finalizar este capitulo desarrollamos los cuestionamientos jurídicos, religiosos, éticos y sociales.

En el capitulo II se desarrolla la historia a nivel mundial y nacional de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida así como la clasificación y explicación cada una de dichas técnicas.

En el capitulo III consta como la doctrina y las diversas legislaciones existentes respecto al tema determinan la filiación originada por la aplicación de la Técnica Reproducción Humana Asistida. Abordando la problemática de los jueces Salvadoreños al momento de dirimir conflictos originados por el uso de dichas técnicas y que le son sometidos a su conocimiento ante la ausencia de una ley que regule el uso de las mismas.

El capitulo IV trata sobre el consentimiento de los usuarios de las Técnica Reproducción Humana Asistida y de los donantes en caso de que

estos concurren; explicando la importancia de dicho consentimiento en la determinación del vínculo filial.

El capítulo V constan de conclusiones a las que llegó el grupo de tesis después de la elaboración y ejecución del presente trabajo de graduación. Además contiene las recomendaciones de reforma a la Constitución, Código de familia y Código procesal familiar que servirían como base para una futura ley que regule las técnicas de Reproducción Humana Asistida; Lo anterior en su conjunto constituye el aporte que como grupo realizamos a todos aquellos interesados en este tema.

CAPITULO I “LA FILIACION”

1.1. GENERALIDADES DE LA FILIACION

1.1.1. CONCEPTO.

La palabra Filiación remonta sus orígenes a la acepción latina Filius, filii cuyo significado quiere decir: hijo. Filiación significa que es el descendiente que existe entre dos personas, donde uno es el padre o la otra es la madre.¹

Gorge Oswaldo Azpiri define la Filiación como: “El vinculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró.

El jurista italiano Domènico Barbero define la filiación como: “El hecho de la generación por el nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores; indica también que es la relación jurídica que media entre progenitores e hijos.”²

El Artículo 133 del Código de Familia define la Filiación como: “el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto a la madre, maternidad.”³

¹, Roberto Suárez Franco “*Derecho de Familia*”.Tomo II, 3^o Edición Editorial Temis, Colombia,1999, Pag. 3.

² Anita Calderón de Buitrago, *et al*: “*Manual de Derecho de Familia*”, 3 Edición, Publicación realizada por el Centro de Información de Justicia, 1996. Pag. 463.

³ Código de Familia, Decreto Legislativo N 667, Publicado en el Diario oficial N 231 Tomo N 321, del 13de Diciembre de 1993, Vigente desde el 1 de Octubre de 1994.

Es la relación inmediata entre el padre o la madre con el hijo; independientemente que el lazo que los une sea sanguíneo o adoptivo.

El termino filiación es correlativo a las palabras paternidad y maternidad, expresiones que designan el mismo vinculo que une al padre o a la madre con su hijo. La maternidad y la paternidad constituyen la doble fuente de filiación: consiste la primera en el hecho que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo, sea realmente producto de ese parto; y la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. El código de Familia Salvadoreño maneja un concepto de filiación similar al antes expuesto, con la diferencia que realiza la inclusión de la filiación adoptiva cuando expone las clases de filiación, por otra parte lo que se puede criticar es que no regula la filiación originada por las T.R.H.A. dejando en inseguridad jurídica a los niños producto de estas. Esto que se consideraba un axioma hasta hace pocos años; hoy no lo es frente a los efectos de la adopción, y de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.⁴

1.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA FILIACIÓN.

Por disposición legal⁵ las características de la Filiación son las siguientes:

a) *Imprescriptible*: porque los lazos filiales no desaparecen por el transcurso del tiempo o por el cumplimiento de alguna condición.

⁴, Roberto Suárez Franco, Op. cit., p. 3.

⁵ Código de Familia, Op. cit., Art. 5.

b) Irrenunciable: pues los derechos establecidos por el Código de Familia son irrenunciables, salvo las excepciones legales.

c) Indelegable: Ya que los deberes que impone, dicho Código son intransferibles.

1.1.3. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN

En el artículo 134 del Código de Familia Salvadoreño establece la clasificación de la filiación; según se tome en cuenta los lazos sanguíneos o no la filiación puede ser:

A. FILIACION CONSANGUINEA:

La Filiación consanguínea es la unión genética existente entre los hijos y sus padres, por tanto es una relación que resulta de la misma naturaleza.

B. FILIACION ADOPTIVA:

De esta clase de Filiación Sara Montero nos dice, que la filiación adoptiva se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.

Francisco Ferrer establece que la filiación adoptiva es una institución de derecho de familia fundado en un acto de voluntad del adoptante y que por

medio de una Sentencia Judicial crea una relación de filiación asimilada en sus efectos a la filiación consanguínea.⁶

Si bien es cierto, esta clasificación es un adelanto con relación al trato igualitario de los hijos ante la ley, no significa que con ella no se caiga en una falta de tutela de los hijos, basada en el tipo de filiación del que provengan, ya que están dejando fuera a los niños nacidos por medio del uso de las Técnicas de Reproducción Asistida.

1.1.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN.

La procedencia de los hijos, respecto de los padres, es un hecho natural o jurídico e innegable, que nadie puede desconocer y constituye la relación más importante de la vida. Como consecuencia de esta relación surgen diversos derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, por ejemplo el derecho a la educación, al vestuario, a heredar de sus padres, el derecho a la autoridad parental sobre sus hijos menores de edad, etc.

De lo anterior se desprende que la inexistencia de una expresa regulación sobre la filiación de los hijos nacidos por medio de las Técnicas de Reproducción Asistida equivale a una inseguridad jurídica respecto de esos derechos y deberes, o al menos franquear la posibilidad de evadirlos con detrimento de tales hijos y con la permisibilidad tácita del Estado.

⁶ Anita Calderón de Buitrago, *et al*, Op. Cit., p. 474-479.

1.1.5. ORIGEN DE LA FILIACIÓN

En la época de la civilización Romana la familia era una asociación Religiosa mas que natural, en la que el hijo no formaba parte de la familia si había renunciado al culto o se había emancipado, en la que el adoptado era en cambio un verdadero hijo, por que sí bien no tiene el vinculo de sangre, poseía algo mejor, la comunidad de culto; en fin que la filiación y el derecho de herencia se regulaba no por el nacimiento, sino según los derechos de participación en el culto, como la religión lo había establecido.

En el Derecho Romano se habla de dos conceptos de familia: La familia Agnaticia y la familia Cognaticia.

La familia Agnaticia que se basaba en el sometimiento a un mismo cabeza de familia o paterfamilia.⁷ Tuvo lugar durante la vigencia de la ley de las XII Tablas. Formaban parte de ella: los hijos legítimos de ambas sexos, los descendientes por vía del varón, los adoptados, los adrogados, los legitimados y las mujeres casadas Cum Manus.⁸

Se denota de quienes integraban a la familia Agnaticia que los lazos filiales juegan un papel importante, ya que el formar parte de una familia le daba

⁷ “Era la religión domestica la que determinaba el parentesco por agnación”. Maximiano Errazuriz Eguiguren, “*Manual de Derecho Romano*”, 3 Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991. Pag. 206.

⁸ “La mujer casada con Manus se integraba a la familia Agnaticia del marido y dejaba su propia familia, la Manus era la dote, que se constituyía para ese efecto”. *Ibid.*, p.. 217.

derecho a la persona a llevar el apellido de la familia, situándola en una misma clase social y otorgándole derechos hereditarios.

El derecho Romano Clasificaba la Filiación en: Legítima, Ilegítima y Natural:

La Filiación Legítima: es el vínculo de familia que une a un hijo concebido en justa nupcia⁹, con sus progenitores.

Así los hijos concebidos en justa nupcia son legítimos y estaban bajo la potestad de su padre o del abuelo (en el caso de que el padre fuera Sui iuris o Alieni iuris, respectivamente). Formando parte de la familia civil del padre como agnados y tomando también su nombre y condición social. En cambio entre los hijos y la madre solo existía un lazo de parentesco natural.

La Filiación por Adopción: Existían dos clases de adopción: 1- La adopción de una persona Sui Juris,¹⁰ que es la Adrogación. 2- La adopción de una persona Alieni Juris,¹¹ que es la adopción propiamente dicha. Modestino definía a la adopción como una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las Justae Nuptiae, entre el hijo y el jefe de familia.

⁹ “Justa nupcias o matrimonio civil romano es la unión del marido y la mujer ante la ley”. Maximiano Errazuriz Eguiguren *Op. cit.* , p.219.

¹⁰ Sui iuris: “Es llamado paterfamilia o jefe de familia. Este título implica el derecho de tener un patrimonio y de ejercer sobre otro las cuatro clases de poderes: La autoridad parental, la autoridad del marido, la autoridad de un tercero y la autoridad del señor sobre el esclavo” *Ibid.* , p. 205

¹¹ Alieni iuris: “son las personas sometidas a la autoridad de otro” *Ibid.*, p.. 205.

El adoptado sale de su familia civil perdiendo así el derecho de sucesión y la cualidad de agnado, pero entraba en la familia civil del padre adoptivo recibiendo con ello los derechos de sucesión y nombre, pues pasaba a formar parte de la familia Agnaticia del adoptante.

La Filiación Natural: Con el objetivo de hacer desaparecer las uniones de hecho llamadas Concubinato,¹² los emperadores cristianos permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales, nacidos del concubinato, por medio de la legitimación.

La legitimación es el acto por el cual un hijo concebido fuera del matrimonio adquiere la calidad de legitimo. Las maneras de legitimar un hijo fueron tres:

Por matrimonio subsiguiente de los padres:

Para esto era necesario que los hijos nacieran de personas entre las cuales era posible el matrimonio. Esta legitimación produce efectos completos pues el hijo entra como agnado a la familia civil del padre.

Por Oblación a la Curia:

Según el cual el que tuviera un hijo natural podría legitimarlo, ofreciéndolo en la curia de su villa natal si era hijo, y si era hija casándola

¹² Unión de orden inferior de un hombre y de una mujer, pero más duradera que una relación pasajera, que se consideraba ilícitas. Maximiano Errazuriz Eguiguren, *Op cit.*, p. 242

con un decurion.¹³

Los efectos producidos por esta forma de legitimar son limitados, ya que el hijo quedaba bajo la autoridad paterna, haciéndose agnado de su padre, pero no entraba en la familia civil de este, ni era agnado de los agnados del padre.

Por Rescripto Imperial:

Según el cual si la madre estaba muerta, ausente o casada con otro, el padre podía pedirle al emperador la legitimación de sus hijos naturales. Produciendo efectos completos.¹⁴

En cuanto a la *familia Cognaticia* llamada también natural o de sangre, tuvo lugar en el siglo VI D.C.; cuando la antigua religión se fue debilitando, permitiendo que primara el parentesco de sangre sobre el adoptivo.

1.1.6. HISTORIA DE LA FILIACIÓN EN EL SALVADOR

1.1.6.1. A NIVEL DE CONSTITUCIONAL

Fue hasta la Constitución de 1939 donde se regulo la familia; sin embargo no se establecía la filiación que tenían los padres en cuanto a los hijos

¹³ Las curias formaban en las vías municipales una especie de nobleza semejante a los senadores de Roma. Los miembros de la curia eran llamados decuriones eran lo encargados de recaudar los impuestos debiendo responder de sus bienes por ellos; y por eso los emperadores favorecían su reclutamiento con esta formaba de legitimar. *Ibid.*, p. 216.

¹⁴ Los juristas de categorías estaban al servicio del emperador para responder a las consultas dirigidas a el, las respuestas de la cancillería imperial que se suscriben en las mismas instancias de los solicitantes se llamaban rescriptas” *Ibid.*, 216.

ya sea dentro o no del matrimonio. El Capítulo II, Art. 60 Cn. decía: “La familia como base fundamental de la nación debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictara las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para protección de la maternidad y de la infancia.

En la Constitución de 1945 en su capítulo XIV solo se agregó el mejoramiento moral, físico, económico, intelectual y social.

En 1950 se le hacen algunas reformas a la Constitución; pero con ciertas restricciones a los nacidos fuera del matrimonio, sin embargo fue un gran adelanto para la seguridad jurídica en cuanto a la filiación. El Art. 180 decía “La familia como base fundamental de la sociedad debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictara las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la educación y a la asistencia.

Art. 181 inciso primero decía “Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación,

a la asistencia y a al protección del padre”. La igualdad de derechos de la que menciona en este inciso fue interpretada de forma taxativa por lo que en la practica los derechos no mencionados eran privilegios solo de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

En la Constitución de 1983 se protege los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y los adoptivos. El Art. 36 Cn. Dice: “Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a los hijos protección, asistencia, educación, y seguridad.

No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Fue hasta esta Constitución que se plasmó el termino filiación de manera amplia.

La ley determinara asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad”¹⁵.

1.1.6.2. A NIVEL DE TRATADOS INTERNACIONALES.

Nuestro país ha ratificado Convenciones, Pactos y Tratados Internacionales, teniendo el cuidado de que las disposiciones contenidas en esos instrumentos legales no contraríen la Constitución de nuestra República.

En el contenido de estos Tratados se reconocen los derechos del niño entre ellos el de gozar de las relaciones filiales con sus padres; sin hacer distinción de raza, sexo, religión o del tipo de filiación de la cual provenga; así podemos mencionar en orden cronológico de ratificación, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁶, en el artículo 17 numeral 5 reconoce iguales derechos a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. En esta convención no se regula nada en referencia a la filiación adoptiva.

El 23 de Noviembre de 1979 entra en vigencia en nuestro país el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales”¹⁷, en el cual ya no limitan el término filiación, solo a las relaciones entre padres e hijos originadas por la existencia del vínculo sanguíneo; quedando incluidos, aun que no de forma expresa, los niños cuyo vínculo filial se origina con la adopción.

El 9 de Mayo de 1990 entra en vigencia la “Convención sobre los Derechos del Niño”. De las cosas más importantes que en esta convención se realizó es el reconocimiento expreso del sistema de Adopción como fuente originaria de relaciones filiales.

¹⁵ Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, “*Constitución de la República de El Salvador*” 1824-1962”, Tomo IIA, 1 Edición, Publicada por la unidad Técnica Ejecutiva, 1993.

¹⁶ Llamada Pacto de San José Costa Rica, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 y ratificada por Decreto Legislativo de fecha 15 de junio de 1978, el cual entró en vigencia el 18 de junio del mismo año.

¹⁷ Art. 10 N^o 3: “Los Estados parte en el presente Pacto reconoce que: Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”

El 5 de Mayo de 1995 entra en vigencia el “Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” según el cual no se podrá discriminar a nadie por razón del origen de su nacimiento ya sea que su nacimiento se produjera dentro o fuera del matrimonio o que halla sido producto de la aplicación de las T.R.H.A; aunque no se haya hecho una mención expresa de las mismas, con el cambio del termino de no - discriminación por razón de la filiación a no - discriminación por razón del nacimiento, podemos incluir a los nacidos por las T.R.H.A. aun en aquellos países, como el nuestro, en los que no se ha reconocido a estas técnicas como fuente de filiación.

1.1.6.3. A NIVEL DE LEGISLACIÓN SECUNDARIA.

En un inicio las relaciones filiales en nuestro país eran reguladas por el código Civil.

Fue en el Código de 1860, donde la paternidad matrimonial se determinaba mediante las presunciones de derecho y Juris Tantum¹⁸ de la concepción dentro del matrimonio, lo que hasta el momento se ha mantenido.

En este mismo este Código en el Artículo 35 se clasificaban varios tipos de hijos: los hijos legítimos y los hijos ilegítimos. Los hijos legítimos eran aquellos concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres; y los legitimados por el matrimonio del mismo posterior a la concepción. Los

¹⁸ Presunciones que admiten prueba en contrario.

demás eran ilegítimos cuya regulación era en el Artículo 36, se clasificaban en naturales y espurios. En esta últimas clasificación los hijos se les restringía ciertos derechos.¹⁹

Entre el tiempo de la promulgación de Código Civil y la Ley de Reformas del 30 de Marzo de 1880, se podría decir que la determinación de la paternidad del hijo fuera del matrimonio solamente era posible por medio de un acto voluntario y libre del padre, elevando al hijo en la categoría intermedia de hijo natural, cuando no era adulterino, ni incestuoso, ni sacrílego. El reconocimiento forzoso y la indagación de la paternidad no se permitían sino en los casos antes señalados, pero solo para el efecto de exigir alimentos necesarios, en esos momentos era difícil mas no imposible investigar la paternidad del hijo fuera del matrimonio, puesto que la prueba exigida era la prueba instrumental, la cual era difícil al hijo obtenerla²⁰.

En la Ley del 30 de marzo de 1880, la historia cambia notablemente para los hijos fuera de matrimonio, ya que esa ley le permite al padre reconocer voluntariamente al hijo como naturales cualquiera que sea su origen de su filiación; sin embargo para el reconocimiento forzoso y la indagación de la paternidad se mantiene igual. Esto se mantiene de igual forma hasta la Ley de Reformas al Código Civil decretada el 4 de Agosto de 1902.

La Ley del 22 de Octubre de 1903 se incorpora un medio mas de reconocimiento de hijo natural. Por firmar el padre en concepto de tal, la

¹⁹ Anita Calderón de Buitrago, *Et al., Op. cit.*, p.464.

respectiva Partida de Nacimiento, se sustituye el término espurio por el ilegítimo, que aunque es un poco más moderado no deja de ser discriminatorio para el hijo; pero se sigue manteniendo el reconocimiento forzado y el rapto como causa de investigación de paternidad.

La Ley publicada el 24 de junio de 1907, el primitivo artículo 276 que en la edición de 1904 en su Artículo 283 fue reformado en los siguientes términos:

El reconocimiento puede hacerse: Por Instrumento público; Por acto testamentario; Por escrito y otros actos judiciales; Firmando el padre en concepto de tal, la respectiva partida de nacimiento; y Dando el padre a conocer al hijo como suyo a sus herederos, declarándolos estos judicialmente.

En la Ley publicada el 21 de Junio de 1907 que en su edición tenía el Artículo 276, se incorporan dos formas de reconocimiento voluntario; que son: el reconocimiento por el acta de matrimonio para la legitimación ipso jure²¹ y la crianza y educación al hijo por el supuesto padre; además del rapto se instituyen como causa de investigación de paternidad la violación y el estupro, pero en esta Ley se exige que proceda previamente Sentencia Judicial firme pronunciada en juicio criminal, lo que no era antes exigido en el rapto.

Aunque se observe un pequeño avance en las leyes de El Salvador, respecto al hijo que nace fuera del matrimonio, tuvieron que pasar veinte años más, para que se permitiera la investigación de la paternidad. Fue entonces en

²⁰ Anita Calderón de Buitrago, *Et al., Op. cit.*, p.466.

1928 que tiene lugar este acontecimiento, es en este año que se introduce al Código Civil una reforma fundamental en materia de paternidad. Se permitió la investigación judicial de la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio, por todos los medios de prueba que el mismo legislador estableció; se otorgó a la sentencia respectiva fuerza jurídica suficiente para establecer el estado civil del hijo natural; se instituyó el reconocimiento forzado de hijo natural con igual valor que el reconocimiento voluntario; y se llegó a considerar el concubinato notorio como hecho determinante de la paternidad natural.

En cuanto al establecimiento voluntario por reformas introducidas por Ley publicada el 10 de febrero de 1972, se adicionó a las formas de reconocimiento voluntario una más, por medio de la cual se puede reconocer a un hijo por acta ante el Procurador General de Pobres hoy de la República y se modificó la causal primera del Art. 280 del Código Civil a efecto de no exigir las formas de la Partida de Nacimiento por el padre, pues con ello se impedía que personas analfabetas (un buen porcentaje de salvadoreños) pudiesen efectuar validamente un reconocimiento voluntario mediante esta forma de hacerlo²².

Las relaciones filiales y todos lo concernientes en materia de familia estaban regulados en el Código Civil, fue hasta 1994 con la entrada en vigencia del Código de Familia que dichas instituciones dejaron de ser parte del Derecho

²¹ De pleno Derecho.

²² Anita Calderón de Buitrago, et al. , *Op. cit.* , p. 467-470.

Civil, dando un salto cualitativo en las relaciones entre Estado y Familia este cambio se dio por la necesidad de una concordancia especialmente necesaria en materia familiar.

El Código de Familia ha venido abolir dichas distinciones de legítimo, e ilegítimo al iniciar con la definición de filiación en la cual no aparecen estas diferencias, mas bien se trata de afirmar con ello el acogimiento del principio de igualdad de los hijos ante la Ley. Con la incorporación de la filiación en el Código de Familia se cumple el precepto constitucional de incluir en la legislación Secundaria el principio de igualdad de los derechos de los hijos, eliminando la discriminación de la filiación, ya que establece en su artículo 133 C.F. 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.

1.1.7. CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA FILIACIÓN ORIGINADA POR LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

1.1.7.1 CUESTIONAMIENTOS JURÍDICOS.

Como ya habíamos mencionado anteriormente, la clasificación de la filiación que actualmente establece nuestro Código de Familia deja fuera de la misma a los niños nacidos por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y aunque se considere que es una de las legislaciones de avanzada

en el sentido de la igualdad con la que se tratan a los hijos, no deja de discriminar a los denominados niños de Laboratorio.

La filiación de los hijos nacidos por la aplicación de las T.R.H.A.²³, es un problema muy controvertido, el cual ha quedado fuera de muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, que solo reconocen como fuentes de la filiación la consanguinidad y la adopción.

Los avances tecnológicos en materia de reproducción implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad o paternidad. Las Técnicas de reproducción humana asistida nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos a esos principios que en un inicio parecían incuestionables. La figura de la Filiación se ve afectada no solo por que complican la investigación de los lazos materno - paterno filiales, sino también por que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.

La aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. Respecto de la paternidad, aparecen, el padre genético por ser quien aporla el esperma para la fecundación, otra figura que es el padre social, siendo aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto al menor, cumpliendo su rol de padre, este ultimo puede ser el marido o concubino de la madre o un varón soltero que desea tener hijos, para lo cual utiliza los servicios de una mujer que aporte los

²³ Técnicas de Reproducción Humana Asistida

gametos femeninos y lleve a término el embarazo, para luego entregárselo. Con relación a la maternidad, podemos hablar de tres figuras: la madre social: la que es reconocida por la sociedad y por la ley como tal; la madre genética que es la que aporta los óvulos para la fecundación y la madre biológica que es cuando la mujer permite que en su útero se desarrolle el embarazo hasta el alumbramiento sin haber aportado el óvulo y sin tener el deseo de ser madre; pero mientras en nuestra legislación prevalezca como fuente originaria para determinar la paternidad el nexo genético y para determinar la maternidad el nexo biológico; los niños nacidos por el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se encontrarán en una inseguridad jurídica, con relación al establecimiento de a quien debe de considerársele padre legal o madre legal, según sea la técnica utilizada, y por tanto de quien serán las obligaciones de brindarle alimentos, cuidado, educación y todas aquellas obligaciones y derechos que se desprenden de las relaciones filiales.

De ahí la importancia que para el derecho de familia tiene el regular el uso de las TRHA y el incluir las respectivas reformas que ello significaría a los códigos de familia o civiles según sea el país de que se trate.

Respecto a lo anterior existen tres posturas:

- Los que alegan que no es necesario reformar a la institución de la Filiación pues consideran que las reglas para determinar la paternidad o maternidad son muy claras y que no se ven afectadas por el uso de estas técnicas.

- Los que sostiene que estas practicas tienen que prohibirse pues atentan contra la dignidad humana.
- Los que afirman que se debe revisar profundamente la institución pues ha quedado obsoleto y por lo tanto resulta insuficiente para responder a los problemas que se plantean hoy en día por el uso de esta tecnología.

Aunque desde el punto de vista jurídico no tiene mayor relevancia el medio por el cual se logro la concepción, siempre y cuando los componentes genéticos utilizados en ella pertenezcan a la pareja estable, debido a que coinciden el padre y la madre biológicos con la figura de padres legales.

El problema se da cuando la pareja recurre a la donación de gametos o embriones (I.A.H²⁴. o FIV. Heteróloga²⁵) para superar su imposibilidad de tener hijo a causa de su esterilidad, ya que esto da como resultado una disociación entre paternidad genética y legal; o entre maternidad biológica y legal según sea el caso. Ante esto ¿Cual debería ser la posición del juzgador, ante el uso de gametos y embriones ajenos a la pareja al momento de determinar la filiación? La mayoría de los países del tercer mundo carecen de legislación específica sobre el tema de reproducción asistida, permaneciendo anclados al nexo biológico genético para como fuente de filiación, aunque de forma excepcional toman en cuenta a la voluntad, pero solo respecto a la adopción, y tratan de interpretar el derecho vigente, afanados en solucionar los conflictos originados de la inseminación o fecundación heterologas, basándose en el

²⁴ Supra, p. 55.

principio consensual para determinar los lazos filiales, provocando con ello una gran confusión respecto al tema.

Por consecuencia de ello nos parece que mientras no exista una disposición legislativa que reconozca la Voluntad Procreacional como fuente creadora del vínculo parental en los casos de Reproducción Asistida, habrá quienes sigan enfrascados, en la frase que el lazo filial no depende del consentimiento, sino de la realidad biológica. Esperamos entonces que ya sea en la próxima reforma legislativa al Código de Familia o en la creación de una ley que regule el uso de la TRHA, la voluntad procreacional reciba el lugar que merece entre las fuentes de filiación, junto a la adopción; pero mientras eso sucede ¿Cuál sería el criterio que debe prevalecer entre los jueces, cuando un esposo o conviviente pretenda desconocer la paternidad después de haber dado su consentimiento para la IAH de su pareja? A esta interrogante se le pueden dar dos soluciones, según prevalezca el elemento genético o el elemento consensual, de la siguiente manera:

Si prevalece el elemento genético, se deberá entender que la acción de impugnación de la paternidad prosperara a pesar de que el impugnante haya otorgado su consentimiento.

Si prevalece el consentimiento, y este no fue revocado antes de la aplicación de la técnica, el esposo o conviviente no podrá desconocer la paternidad del hijo; ya que si luego de consentir la inseminación o fecundación

²⁵ Supra, p. 59.

heteróloga, quisiera desconocer el hijo estaría contrariando su conducta anterior, lo cual ni es permitido por la doctrina de los actos propios, según el cual nadie puede ejercer una conducta incompatible con una anterior que se halla realizado de forma deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

Siendo esta última la más aceptada y la que a nuestro parecer es la más razonable, ya que sino se actúa de buena fe en la aportación del consentimiento, pretendiendo luego impugnar la paternidad o maternidad, alegando la no - identidad genética con el hijo, con la aplicación de la doctrina de los actos propios, se garantizara las relaciones jurídicas de este tipo, pero a esto le agregaríamos que la acción de impugnación de la paternidad, cuando el marido haya otorgado el consentimiento, para la aplicación de la técnica, no le sea posible a terceros, pues de que serviría negarle la acción de impugnación al padre o madre legal, si cualquier otro interesado pudiera impugnar la filiación.

Otro problema se da en él supuesto que una mujer se insemine con semen del marido fallecido o le sea implantado un embrión fecundado con semen de este, estaríamos hablando de un procedimiento de tipo homólogo, no siendo este el problema, sino que el problema sería que el marido ha fallecido con anterioridad a la práctica de esta técnica, a lo que llamamos Inseminación Post Mortem²⁶. De ello se derivan múltiples interrogantes; y entre ellas la de ¿Qué tipo de filiación le correspondería al hijo nacido por inseminación Post Mortem y cuales serían sus derechos frente a la persona y bienes del fallecido?

²⁶ Supra, p. 75.

Aunque nos parece injusto traer a un niño bajo estas condiciones y aun si la futura ley en nuestro país lo prohibiera, nos vemos en la obligación de tratar esta situación por que aun si existieran prohibiciones si la situación ya se dio debe de discutirse.

Como dice Zannoni²⁷, si le diéramos trascendencia al elemento biológico que determina la filiación, la paternidad debería atribuírsele al marido fallecido, pero si lo vemos desde la perspectiva de la presunción de paternidad contenida en el Art. 141 C.F. en relación con el artículo 104 C.F. Salvadoreño, se entendería que si el hijo nace antes de los 300 días de la disolución del matrimonio el hijo se presume del marido, aun que este haya muerto y por tal tiene derecho a sucederle. Pero si nace luego de este plazo como suele ocurrir en los casos de inseminación Post Mortem, ya no operaria dicha presunción, ya que ni en el momento de la concepción y menos en el del nacimiento, los padres estaban casados entre sí, lo que correspondería entonces seria iniciar el ejercicio de una acción para determinar la paternidad, lo que nos lleva a un proceso en los tribunales obligando a los jueces de Familia a resolver sobre situaciones que aun no están legisladas, lo cual esta permitido según el artículo 7 literal “f” Código Pr. F., pero que daría lugar a una diversidad de criterios según sea el juez que resuelva, poniendo de nuevo en inseguridad jurídica a estos menores.

²⁷ Hernán Gómez Piedrahita. *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en seres Humanos*”, 1º Edición, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, Colombia. p. 98

Sin embargo existen posiciones doctrinarias menos razonables como la de Zarraluqui²⁸ que dice "nunca un hijo engendrado después del fallecimiento del padre, puede ser hijo de este, carecerá del apellido del padre y no tendrá derecho a su herencia, pues la protección al *nasciturus*²⁹ no alcanza al no concebido".

Nos parece que en este caso no se puede dejar de lado en su totalidad el consentimiento del marido fallecido si ya lo había otorgado, como lo ha hecho Zarraluqui.

Con relación a los derechos sucesorios en la doctrina hay una regla de privar al hijo póstumo del derecho de sucesión respecto al padre fallecido, si su gestación inició con posterioridad a la muerte del padre, esta par evitar que sean intereses económicos los que motiven el nacimiento del niño.

Si se prohíbe o no el uso de la inseminación Post Mortem, no nos interesa, tampoco si la decisión de la viuda es egoísta al traer al mundo a un niño que vivirá en la orfandad desde su concepción, lo que sí nos interesa es que la legislación no sufra una regresión al tratar de forma desigual a los hijos nacidos de esta técnica, aun que solo sea en materia testamentaria, por culpas que no le pertenecen.

²⁸ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, "*La Fertilización In Vitro y la Filiación*", 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993. p. 184.

²⁹ Embrión.

Con relación a la maternidad subrogada³⁰, la máxima del Derecho Romano que expresa " Mater Semper Certa Est", consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido derribada cuando la ciencia posibilitó que una mujer diferente a la que aportó el material genético, lleve a cabo la gestación y posterior parto.

El ordenamiento jurídico Salvadoreño ha adoptado este adagio para determinar la maternidad y, en nuestro Código de Familia, lo recogen en el Artículo 161 inciso 2º cuando expone "la maternidad deberá ser declarada por el Juez cuando aparezca probada en el proceso el hecho del parto y la identidad del hijo...".

Ahora bien el alquiler de vientre presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es quien aporta el óvulo; el inconveniente de ello es que tanto la madre biológica como la genética, basándose una en el lazo de sangre y la otra en el hecho del parto, pueden pedir que se les atribuya la maternidad del menor; entonces ¿ A cual de las dos mujeres debe de atribuírsele la maternidad?.

Según como esta regulada la maternidad en nuestro país, se pudiera considerar que la portadora o madre subrogada no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier otra causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja; por lo que el hijo no tendría derecho a reclamar una filiación materna distinta a la que ya consta y aparece

³⁰ Supra, p. 61.

declarada por la Ley. ¿Cómo quedarían los lazos de sangre entre la madre contratante y el menor, podría esta impugnar esa maternidad?. Con relación a todo esto es conveniente que en países como el nuestro en que todavía no se ha legislado sobre el tema, se busque una solución que evite todos los inconvenientes planteados, tomando en cuenta que si los argumentos que integrarán el debate ya han sido discutidos en otros países, para recurrir a su experiencia sobre el tema, y que nos sirva de fundamento para iniciar el nuestro, y no repetir los mismos errores, ni recorrer el mismo camino que ya a sido transitado por otros.

1.1.7.2. CUESTIONAMIENTO RELIGIOSO.

La Inseminación Artificial con semen del marido se admite con ciertas restricciones, ya que el esperma se obtiene mediante su masturbación siendo entonces concentrado y mejorado en el laboratorio. La masturbación esta prohibida, es por eso que la Iglesia Católica Romana permite la Inseminación Artificial si el semen del marido que es usado sea producto del coito con su mujer, no de la masturbación, pero esto supone normalmente que el coito en la clínica del doctor, es poco romántico, dice el padre Walack.

El Papa Pío XII en su discurso a los medios católicos en ocasión del congreso internacional de 1949 decía que el elemento activo de la fecundación no puede ser jamás procurado licitante por actos contra la naturaleza.

En 1951 repetía dicho discurso mas explícitamente diciendo que el acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una acción personal una cooperación simultanea e inmediata a los cónyuges..., mucho más que la unión de dos gérmenes que puede también efectuarse artificialmente, es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho.

Es decir que se condena el medio empleado por que el matrimonio “no tiene por objeto la descendencia, si no los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y desatinados a ella. La Fecundación Artificial viola la ley natural y es contraria al derecho y a la moral “.Pero el Padre Pio XII continua diciendo que paralelamente se acepta lo se ha dado en llamar, “Inseminación Complementaria” que es una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el medio natural. En otras palabras, es reprochable desde la perspectiva que analizamos sería el medio por el cual se logra la Inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación³¹. Así se condena la masturbación como forma de obtener el semen.

El 29 de Noviembre de 1984 el Vaticano se pronuncio en contra de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida el director del Instituto Pontificio de estudio sobre el matrimonio y la familia hizo énfasis en el argumento del Papa

³¹ Pedro F. Silva Ruiz, “*La Inseminación Artificial, Reproducción Asexual, Implicaciones Jurídicas de las Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana*”, Ponencia oficial, VII congreso Mundial sobre Derecho de familia, San Salvador, El Salvador, Centroamérica, tema 3, Subtema 1, 1992. p. 9-10.

Juan Pablo diciendo que el componente “procreativo” del acto sexual no se puede separar del componente de la unión, esto significa que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida no son moralmente lícitas... Solo el acto conyugal expresado a través del amor de la pareja es el que debe dar la vida³².

La Iglesia Católica cuestiona la Inseminación Artificial con semen de donante esto radica en que los esposos por un acto de voluntad, aceptan que intervengan en la Fecundación el elemento activo de un tercero; pero este tercero no se responde del nuevo ser que contribuye a crear. El Padre Pio XII decía que todo aquel que da la vida a un nuevo ser, la naturaleza le impone en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación. Así mismo expresaba en su discurso que entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiese consentido), no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal³³.

El 22 de febrero del 1987 la Iglesia Católica a través de Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe adopta la postura la más enfrentada a estas formas de procreación; rechaza totalmente la Inseminación artificial por donante, por atentar con la fidelidad y contra la unidad del matrimonio.

Igualmente se cuestiona la maternidad subrogada que es moralmente repugnante, que una mujer deliberadamente quede embarazada por dinero, a sabiendas que entregara a su hijo; y existen otras personas que por muy

³² Pedro F. Silva Ruiz, *Op. cit.* , p. 8.

grandes que sean su anhelo de tener hijos, ofrecen a la madre sustituta dinero para satisfacer sus fines; es decir que lo erróneo de esta técnica es que se hace por dinero y no por amor. Comprometerse en realizar este servicio impersonal para aquellos que puedan pagar, pervierte la relación entre madre e hijos.

La Iglesia Católica cuestiona principalmente este tipo de técnicas y expresa nuevamente la unidad del matrimonio y la procreación de la persona humana. La maternidad subrogada representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo hacer concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres.³⁴

La Iglesia Católica censura todas aquellas formas de reproducción humana realizada a través de procedimientos artificiales, permitiendo únicamente estos, cuando sirvan solo como medio para lograr la cristalización de la paternidad, cuando sea el producto del semen y del óvulo de una pareja unidos en matrimonio sin aceptar la ayuda de un donador, ya sea hombre o mujer; ni inseminación artificial con cualquier otro fin ya sea comercial o científica; no esta en contra de estos métodos solo porque sean artificiales, si no porque, van contra la dignidad y el respeto humano, ya que técnicas como la fecundación In Vitro pueden llevar a manipulaciones genéticas.

Y finalizando la Iglesia Católica se ha pronunciado en contra de estas técnicas a través de las “Encíclicas” EVANGELIUM VITAE, es decir el

³³ Pedro F. Silva Ruiz, *Op. cit.* , p. 10.

EVANGELIO DE LA VIDA, del Papa Juan Pablo II dice: estas técnicas aparecieron puestas al servicio de la vida y son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida. Mas allá del hecho que son moralmente inaceptables desde el momento en que se separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran alto porcentaje de fracaso. Este afecta no tanto a la Fecundación como el desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en corto tiempo. Además se producen con frecuencia embriones en números superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados “embriones supernumerarios” son posteriormente suprimidos o utilizados para investigación, es que bajo el pretexto del progreso científico o médico, reduce en realidad la vida humana a simple “material biológico” del que se puede disponer libremente³⁵.

Si del hombre dependiera la dignidad de la procreación, serian más dignos los niños nacidos de una relación amorosa que de una relación violenta, aunque después sobreviniera la calma y el cariño, frente a la fragilidad e inocencia de un recién nacido, que se confiere la autoridad para otorgar o privar al niño de ser parte de la dignidad de la creación. Es soberbia tan solo pretender que el hombre puede cambiar el programa establecido por Dios y es expresión de soberbia pretender que con nuestras acciones predeterminamos la dignidad de los demás. Los hombres y las mujeres a través de sus actos y mediados por sus semillas son los artesanos utilizados por Dios en la perpetuación del ciclo de vida, los médicos y biólogos son sus colaboradores,

³⁴ Pedro F. Silva Ruiz, *Op. cit.* , p. 11.

cada uno con sus roles y en la medida de sus capacidades. La dignidad del nuevo individuo, del que esta por nacer, se establece desde su mismo origen, no por la voluntad de sus artesanos sino por la voluntad del padre que dio inicio a la creación y que hace posible que cada nuevo ser, refleje de una manera particular a la individual de su materia, una parte indivisible del espíritu universal que nos hace a todos hijos y hermanos.

1.1.7.3.CUESTIONAMIENTO ÉTICO.

La ética es una alternativa válida de control para el acelerado desarrollo tecnológico.

En estos tiempos modernos se ha dejado en manos de la medicina respuestas a situaciones tan fundamentales como es el origen de la vida. No es entonces extraño que el médico se sienta en disposición de decidir sobre la vida y la muerte, no solo porque puede tenerla entre sus manos y ser el quien decida, sino por que participa en la concepción de un nuevo ser (por medio de las TRHA) que de no ser por su intervención nunca hubiese existido. Debido a ello es de reconocer lo que este tipo de prácticas médicas pueden ofrecer a parejas que se ven imposibilitadas para tener hijos, pero hay que detenerse a considerar de forma cuidadosa aquellas técnicas cuya complejidad pueda dar lugar no solo a que se prometa más de lo que dan, sino que pueden ser más dañinas que beneficiosas y si a esto le unimos la sospecha de que su desarrollo

³⁵ Papa Juan Pablo II, “Carta Encíclica Evangelium Vitae”; Punto número 14.

no haya sido siempre teniendo en cuenta el bien de las parejas y del futuro niño nos vemos obligados a plantear cuestiones que parecerían haber sido resueltas, pero no es así; partiendo de que la infertilidad aparece en la vida de una pareja como un problema grave a resolver, desde esta perspectiva quien no pueda ser padre o madre, deberá recurrir a la medicina para que lo solucione. Dejando en segunda instancia la solución legal de la adopción, buscaran entonces la solución a este problema en el tratamiento con fármacos y de no funcionar, la buscaran en las TRHA.

Estas técnicas tienen como protagonistas al médico, a la pareja a tratar, al niño por nacer, a la mujer que presta su vientre para procrear al hijo de terceros en los casos de la maternidad subrogada y como cualquier acción humana a la sociedad de la que formamos parte.

Consideraciones respecto al Embrión:

La práctica de la fecundación asistida (ya sea homóloga, heteróloga o que se trate de maternidad subrogada) da como resultado embriones que no serán implantados ya que solo se implantaran los embriones viables, y la decisión sobre esta viabilidad está en manos del médico, siendo así surgen dos preguntas: ¿Qué pasara con los embriones considerados anormales o no viables? ¿Se utilizaran para experimentación o como suelen llamarlo para investigación?; o simplemente serán destruidos. Cualquiera que sea la respuesta a estas interrogantes queda claro que se estaría ignorando el principio de respeto a la vida humana tratando al embrión como un objeto.

¿Qué pasa con los embriones viables que ya no se necesitan implantar?. Cuando alguien pregunta por dichos embriones la respuesta es que pertenecen a los padres y que ellos son los que deciden si serán usados en practicas posteriores o pueden ser donados a otras parejas estériles, justificando de esta forma el mantenerlos congelados.

De lo anterior cabe preguntarse si el embrión es un objeto sobre el cual se puede tener propiedad. Muchos sostienen que si, pues lo considera una mera célula sobre la base que con el congelamiento el proceso de división celular se detiene; olvidando que en condiciones normales esta célula terminaría siendo un bebe. Ante esto existe la duda razonable de que estemos tratando con una vida humana y ante esa duda no se debe tratar como una cosa a almacenar para luego decidir si lo utilizaremos a menos que ignoremos el principio de respeto al ser humano que es uno de los principios básicos de la ética.

Consideraciones respecto a la pareja:

Un principio básico de la ética profesional obliga a que los médicos, no causen daño a menos que el beneficio sea netamente mayor que el daño. Como consecuencia de ello él medico tiene las siguientes obligaciones: a) Debe conocer el daño que va a ocasionar y el beneficio que puede resultar de dicha practica dañina; b) Debe informar claramente al paciente todas las circunstancias que rodean al tratamiento que propone, para que sea el paciente quien decida si le es beneficioso o no otorgando así lo que llamamos un consentimiento informado. Este consentimiento del que hablamos es un

requisito indispensable para la aplicación de cualquier TRHA; pero la pareja debe de prestar su consentimiento de forma libre, consiente basado en información completa y asesoramiento acerca de los alcances, límites y riesgos que conllevan (por ejemplo que con la estimulación ovárica se provocara malestares físicos generales, dolores musculares, cefaleas, edemas, dolores de espalda, fatiga, malestares psíquicos como irritación, insomnio, estados depresivos; que aumentara ligeramente el tamaño de sus ovarios o la aparición de quistes)³⁶. Cabe preguntarnos entonces si la pareja en este estado de vulnerabilidad ocasionado por sus miedos, angustias, cansados de recorrer clínicas en vano, puede aceptar o no libremente un tratamiento que se le presenta como su última oportunidad de ser padres; ante esta amenaza, la autonomía se ve seriamente afectada, pues solo puede ejercerla una persona que tiene libertad subjetiva para decidir y no solo la libertad objetiva de firmar un consentimiento; ya que si ese consentimiento fue obtenido en base a la manipulación de la información por parte del médico, su conducta carecería de ética profesional pues estaría convirtiendo a sus pacientes en objetos de experimentación valiosos.

Consideraciones respecto a la Madre Sustituta:

Para que se de la maternidad subrogada la mujer gestante debe ser previamente informada de todos los aspectos médicos y jurídicos que este procedimiento acarrea; para que pueda de una forma libre prestar su consentimiento, pero como en todo comportamiento humano, valorable éticamente lo que se debe de tomar en cuenta para emitir un juicio de valor es

³⁶ Información obtenida de la entrevista realizada al doctor Carlos Humberto Bonilla Colorado, Jefe del

la intención; la cuestión de sí es ético o no admitir la maternidad sustituta como una modalidad mas de las TRHA debe analizarse desde los siguientes puntos de vista:

Cuando la mujer gestante se ve impulsada a ayudar de forma desinteresada para que otros puedan procrear, lejos de plantear objeciones éticas para la gestante, es algo de admirar pues el esfuerzo físico y psíquico que este representa para ella; pero para la pareja que utiliza a la gestante como un medio para sus propios fines por muy anhelados que sean los hijos, siempre es éticamente objetable y lo es mas si la mujer esta físicamente capacitada para procrear pero por razones profesionales o estéticas no quiere embarazarse.

Cuando la mujer acepta ser madre sustituta por el beneficio lucrativo que esta actividad pueda proporcionarle, es este caso si se presentan objeciones éticas pues sin importar el fin no se debe de jugar con la dignidad de la persona aprovechando de forma comercial el organismo humano; pues por una parte da lugar a la explotación de aquellas mujeres con una condición social o económica desprotegida, o por otro lado aprovecharse de la desesperación de aquellas parejas imposibilitadas para procrear.

1.1.7.4. CUESTIONAMIENTO SOCIAL

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, han abierto

expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son pocos adecuados o ineficaces; pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas.

No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que debe ser limitada en base en criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una discusión abierta, rigurosa y desapasionada entre la Sociedad y la ciencia de modo que desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites; y en las prioridades y con los ritmos que la Sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad de que todo debe ser en estricto beneficio del ser humano.

Ante el derecho que tienen los cónyuges o en una unión de hecho; de decidir de manera responsable el número y espaciamiento de sus hijos; y de consumir la finalidad del matrimonio, que es la perpetuación de la especie; se encuentran con frecuencia muchas parejas imposibilitadas de poder tener hijos, ya sea por alteraciones o patologías de uno u otro, en ocasiones de ambos, que evitan llevar a cabo dicha finalidad. Ante este problema social, se ofrece como alternativa la posibilidad que se ha prestado en otros países, de acudir a un tercero para que, sin aportar su material genético, sirva de depositario para

desarrollar la gestación del anhelado producto. No se trata de utilizar a otra persona para lograr la gestación de un producto, como equivocadamente se sostiene; si no de colaborar para la realización de un fin social común. La evaluación de la demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia y la tecnología nos darán a conocer los puntos esenciales de su incidencia.

Las ciencias sociales propician los planteamientos interdisciplinarios³⁷; los planteamientos del jurista se enriquecen con las consideraciones de los distintos componentes sociales colectivos implicados para la inserción en el ámbito legislativo, la reproducción humana asistida no solo es un asunto individual sino también social; el objetivo de este trabajo es reflexionar el panorama científico interrelacionado con los distintos enfoques sociales las cuestiones claves que se analizan hacen referencia a la protección de los derechos de los distintos sujetos implicados, los problemas del donantes, el estado del narciturus, la información y el consentimiento de la mujer, la distribución de recursos y la igualdad de acceso a las técnicas; como dijimos anteriormente todos estos componentes sociales ayudaran al jurista a alimentar o enriquece al legislador para integrar y legislar los diversos modelos de Reproducción Humana Asistida.

Cuando hablamos de modelos de reproducción; es preciso considerar una posibilidad absolutamente nueva: la reproducción asistida cuyas técnicas otorgan la posibilidad de ser padres biológicos a algunas personas que sin la

³⁷ Entiéndase que es que establece relaciones entre varias ciencias o disciplinas.

ayuda de estos adelantos biotecnológicos no habrían tenido descendencia. Estas técnicas suelen ser uno de los primeros aspectos que otros Estados estudian para legislar problemas de ciencia y sociedad y nuevas tecnologías. Precisamente porque obligan a considerar desde un enfoque nuevo muchas cuestiones que se daban por resueltas de forma tradicional y por que, junto a los indudables beneficios que suponen, se encuentran explícitas posibilidades de abuso. La Sociedad las acepta aunque se considera necesario un análisis cuidadoso de las mismas, desde los diversos estudios posibles.

La dignidad humana; queda sensiblemente afectada por las nuevas formas de reproducción humana asistida, por ejemplo: la experimentación con embriones. El derecho a crear una familia se altera por las nuevas posibilidades que surgen, y en cuanto a la igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias, si no se tienen las posibilidades económicas se condiciona un panorama adverso que a la vez se transforma en un factor contrario en su uso y en consecuencia necesariamente limitado; mas los gastos de salud siempre crecientes. Si bien es cierto que desde el punto de vista de la autonomía cualquiera tendría derecho a un tratamiento en vista a la fertilidad, pero el nacimiento de un niño en estas condiciones requiere un gasto enorme; en cada intervención, pensemos por ejemplo que cada practica sea sencilla o compleja debe repetirse entre dos y cuatro veces promedio y sumemos a esto el gasto que se origina al nivel de investigación y tendremos una idea aproximada de los costos que supone. Y más si fueran financiadas o subsidiadas por el Estado; por ello la OMS³⁸ indico en su informe sobre las

³⁸ Organización Mundial de la salud.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida que los gobiernos no tienen obligación de garantizar la posibilidad de acceder a estas prácticas ya que existen otras opciones sociales³⁹ para solucionar el deseo de descendencia; esto nos pone en una situación de inequidad para los que no puedan pagarlas; en donde solo los ricos y la clase media puedan y los pobres no. El que la sociedad lo deje librado a la decisión y posibilidad individual convierte a esta práctica en selectiva y discriminatoria.

Por otra parte podemos decir, si es legal realizarlas cuando el porcentaje de desnutrición y muerte de niños a nivel nacional y mundial es tan elevado. Parece ser inconsecuente una sociedad que gasta millones para que nazca un niño al mismo tiempo que también los gasta en técnicas anticonceptivas y abortivas, y que mientras estimula este tipo de investigación por considerarlas científicas, no dispone de gasto social para niños ya nacidos y que no viven dignamente e incluso no llegan a sobrevivir. Hasta el momento los beneficiarios han sido parejas de clase media o alta; sin embargo hay otros beneficiarios, los científicos e investigadores, que pueden estar guiados por la satisfacción de dos deseos, uno el de comprender y controlar el proceso reproductivo, y otro el del eventual reconocimiento social y económico.

En este orden de ideas, la posible creación de una ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida constituida con representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y con los expertos en

³⁹ Opciones tales como la adopción.

estas técnicas, encargados del seguimiento y control de la reproducción asistida, deviene necesaria

CAPITULO II “LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

2.1. BREVE HISTORIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

2.1.1. A NIVEL MUNDIAL.

La Inseminación Artificial fue la primera técnica que se practicó; y para algunos escritores esta técnica fue realizada por los Árabes desde el año de 1322, aunque no existen pruebas que lo demuestren. Se dice que los Arabes la realizaron por primera vez cuando fecundaron una yegua con semen de un hermoso caballo perteneciente a un jefe enemigo de su tribu.

En 1782 el monje Italiano Lázaro Spaallanzani realizó importantes experimentos en este campo especialmente con animales inferiores. Posteriormente amplió sus planes y logró éxito al inseminar una perra con semen de un macho de su misma especie. Este fue propiamente el comienzo de la inseminación artificial en las especies animales.⁴⁰

En lo que la utilización humana se refiere, y a pesar de algunos pintorescos precedentes, parece que se inicio en 1785 cuando Thouret, logro fecundar a una mujer estéril, mediante una inyección intravaginal de liquido

⁴⁰ Hernán Gómez Piedrahita, *Op. cit.*, p. 1-2.

seminal recogido de una jeringuilla de estaño⁴¹; en 1791 el Ingles John Hunter insemino a la esposa de un comerciante de Londres que padecía una hipospadia con anomalía congénita del pené del marido; en 1883 Girault realizó en Francia diez casos exitosos de Inseminación Artificial; en 1884 Pancost realizó la primera Inseminación con fecundación empleando semen de donante; en 1886 el ginecólogo Mario Sims obtuvo un logro de 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero. En Estados Unidos en el año de 1945 se dieron 25,000 nacimientos por el mismo método, desde entonces el nuevo método fecundante ha ido difundiéndose lentamente.

En 1920 se empieza a analizar el esperma y en la década de los 40 se instala en Estados Unidos los Bancos de Semen, siendo de destacar el envío desde el pacifico durante la segunda Guerra Mundial, y la guerra de Corea es donde afianza esta practica. Muchas mujeres de combatientes Norteamericanas van hacer inseminadas con el semen de su marido. Así como la iniciativa de algunos particulares como el llamado “Banco de Semen Nóbel” iniciativa del excelentísimo millonario californiano Robert Graham y que fue un rotundo fracaso, primero por la escasez del “Nóbel” participantes y luego porque los niños de los superdotados no han sido lo que el promotor esperaba.⁴²

A principios del siglo XX se asiste la propagación de las practicas de la Inseminación Artificial en seres humanos y con éxito, sobre todo en los países anglosajones, pese a que se sabe de algunos casos que se remontan a fines

⁴¹ Juan de la Cruz Castro Murillo, “La Inseminación Artificial Humana” p. 58

⁴² Cristóbal Francisco Fabrega Ruiz, “*Biología y Filiación*”, Editorial Comares, Granada, España, 1999. p. 72-74.

del siglo XVIII o a principios del siglo XIX como se mencionaron anteriormente.

La Inseminación Artificial era el único método que existía para ayudar a tener hijos a las parejas en las que el hombre era estéril. Sin embargo en el año de 1937 se iniciaron nuevos experimentos, un editorial de The New England Journal of Medicine, titulado "Conception in a Watch Glass" propuso una idea de la Fecundación In Vitro con transferencia de embriones. Así desde el año de 1937 hasta principios de los años 60 hicieron este tipo de experimentos pero en animales.

En la segunda mitad de los años sesenta Edward comenzó los trabajos con gametos humanos, cultivando ovocitos humanos. A finales de los años 60 y en la década de los 70, en colaboración con Steptoe, publicaron los resultados de una investigación sobre recolección de ovocitos humanos y posteriormente su fecundación. En el año de 1976 realizaron la primera transferencia de embriones obtenida en una probeta, consiguiendo un embarazo tubárico. Este método de Fecundación In Vitro permite solucionar los problemas de esterilidad en la mujer. Esta Técnica nace como una nueva forma de remediar los casos en que la mujer presente una lesión irreparable de las trompas que impiden el transporte de los gametos. El 25 de Julio de 1978 tiene lugar el nacimiento derivada de la Fecundación In Vitro realizadas por Steptoe y Edwards en el Oldham General Hospital de Lancashire, naciendo Louis Brown; demostrando que es posible trasplantar un embrión humano después de haberlo obtenido de un cultivo de laboratorio, donde se han unido

un espermatozoide y un óvulo. Se consigue la Fecundación de un ser humano fuera del vientre materno. Ya no se requiere de una relación sexual de un hombre y una mujer para procrear; solo se necesita de la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio. De este modo se produce la separación entre reproducción y sexualidad. El caso de Louis browm es el primer caso que trascendía a la opinión pública, y que para muchos supone el arranque de la discusión sobre las Técnicas de Reproducción Humana asistida. Igual sentido tendría en Gran Bretaña el nacimiento de Baby Cotton, que si bien no fue el primer caso de transferencia de útero, hubo antes otros casos de Fecundación In Vitro pero que no salieron a la luz pública.

No solo fue este grupo Ingles el que realizó este tipo de Técnicas, paralelamente en 1970 se unieron otros médicos en Australia, pertenecientes al Monash University de Melbourne, desde entonces este equipo de médicos recoge óvulos en intervenciones quirúrgicas y por laparoscopia. En el año de 1973 se realizan los primeros intentos de FIV y transferencia de embriones en Australia, aunque sin éxito en los embarazos; pero en 1979 consiguieron el primer nacimiento de una niña en el Royal Women's Hospital por transferencias de embriones.

Todo lo contrario a lo que la opinión pública se imaginaba, Estados Unidos no fue un país muy activo en la realización de la Fecundación In Vitro, mas que solo a principio de los años 70; ya que en 1975 se interrumpió, debido a la publicación de una normativa del Departamento de Salud, Enseñanza y Beneficencia (HEW) (apoyo a la investigación que implica la fertilización

humana In Vitro y transferencia de embriones). En dicha normativa se estableció que las proposiciones para investigar los fetos humanos y FIV en la especie humana, debían ser revisadas por los Institutos Nacionales de Salud y controlados por el Consejo Asesor de Ética Nacional (EAB) Estas disposiciones impusieron una moratoria a las de investigaciones de la Fecundación In Vitro Humana, con transferencia o sin ella⁴³. En el año de 1984 nace el primer niño por FIVTE en los Estados Unidos. Otro de los casos es el llamado niño “E.T.” nacidos en Los Ángeles por las Técnicas de transferencias de embriones, esto provocó un gran debate público en el país, por lo que el diputado Laborista Leo Hobse en el *Paris Match* dice: “Es una verdad escandalosa que un Norteamericano pueda desembarcar aquí, fletar a una mujer de una manera, tratar a un niño como un objeto y comprarlo como si estuvieras en venta en los almacenes Harrod’S”.

En 1982 el Instituto DEXEUS es el que inicia en España los estudios de la Fecundación In Vitro. El 12 de Julio del año de 1984 nació Victoria Anna una niña, un embarazo dirigido por el equipo del Dr. Barri y la Bióloga Anna Veiga, sin embargo se dice que previamente a este nacimiento el Doctor Jose Angel Portyando había logrado el primer embarazo por Fecundación In Vitro en Bilbao⁴⁴.

Otra desgracia y preocupante situación en nuestro siglo es la infertilidad femenina, a la que podríamos definir como la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Como consecuencia de

⁴³ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 17-19.

esta infertilidad los avances médicos a través de la Fecundación In Vitro ha ido tratando de evitar mas esta situación y así las mujeres infértiles puedan tener hijos en un futuro. Pero estos avances ya se han logrado aunque con pequeñas dificultades ya que han sido duramente criticadas por diversas Instituciones; ya que la madre genética no coincide con la madre gestante a esto es lo que llamamos “Madre Sustituta”, o maternidad de Alquiler o Alquiler de Útero.

La historia de las madres Sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos cuando se publicó en un Anuncio de un periódico de ese país que solicitan a una mujer para ser inseminada artificialmente, a solicitud de una pareja estéril que por dichos servicios ofrecieron una remuneración. Sin embargo esta situación en la que la mujer sustituta dona el óvulo y la inseminan con semen del marido de la mujer estéril no es correcta ya que la madre gestante es también la madre biológica, y ella renuncia a los derechos maternos filiales. En esta situación se trataría una venta de hijo a la pareja contratante, por lo que estaríamos frente a la Técnica de Inseminación Artificial, no a la de Maternidad Subroga; además en Estados Unidos de Norte América la forma mas usada de maternidad Subrogada es la de Inseminar a la mujer Sustituta con semen del marido de la mujer o la pareja contratante. Muchos casos como estos en Estados Unidos se han reconocido como Maternidad Subrogada. Otro ejemplo que fue muy famoso es el caso de “baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató a una mujer con garantías, para que sea inseminada con espermatozoides del señor Stern, y es así que a través de un anuncio contrataron a la señora Whitheads. El contrato plasmaba el

⁴⁴ Cristóbal Francisco Fabrega Ruiz, *Op. cit.*, p. 73-74.

compromiso por parte de la madre sustituta, de no crear un vínculo materno filial con él bebe, y la obligación de abortar si el feto producía anomalías, este servicio generó una remuneración de \$10,000 para gastos, mas otros \$10,000 al entregar el niño.

El 27 de marzo de 1986 nació una niña del vientre de la señora Whitheads a la que ella llamó Sara; en cambio los señores Stern la llamaron Melisa y el Juez la llamó Baby "M". La madre Sustituta se negó a entregar a la niña, y les devolvió el dinero; el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre sustituta alegaba de no poder entregar a su hija y, en efecto, un dictamen psiquiátrico concluye que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse al contrato, no había sido dado con pleno consentimiento de la situación y de los efectos que de ello suscitan. Además un estudio de su personalidad determino cuantas connotaciones psicológicas impidieron desprenderse del bebe.

El juez de New Jersey, que llevo el caso en primera Instancia, dio a los Stern la custodia de la niña sin ningún derecho a los Whiehead y determino que el contrato era valido. Dicha Sentencia fue apelada por la madre Sustituta y el Tribunal superior del Estado procedió a revocar el fallo declarando la nulidad del contrato, sin embargo mantuvo la decisión de la Sentencia del Tribunal Inferior; pero alegando que los señores Sterns podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio económicas para la bebe . Después de diez años, el Tribunal determinó como madre biológica a la señora Whithead y le concedió el derecho de visita.

Este tipo de maternidad Subrogada que los Estados Unidos se realiza, es para que socialmente sea aceptada; ya que existe una venta de niño revestida con otra terminología⁴⁵.

Para ser más exactos en 1984 se dan a conocer los primeros casos en que la madre genética no coincide con la gestante. En el Monash de Melbourne se Fecundo In Vitro el óvulo donado por una mujer, con semen del marido de una mujer estéril por causas ováricas, y en el Harbor Ucla Medical Center de Torrance (California) se inseminó a una mujer fértil con semen del marido de una mujer estéril, se extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera trasplantándolo en el útero de la segunda, donde se desarrollo el resto de la gestación.

Otro de los casos famosos es el de Francia es el del caso de las hermanas gemelas, Magali y Christine. Magali sufre un accidente que la deja estéril, Christine decide ayudarla, aceptando ser inseminada con el semen del marido de Magali y gestar al hijo, para después, entregárselo a magali. Después de entregar al hijo, Christine debe someterse a un tratamiento Psicológico, pues no puede soportar la tensión que le significo el embarazo, sabiendo que tenía que entregar a la criatura que llevaba en su vientre, en sus declaraciones cuenta que llego a odiar a su hermana gemela por esta situación.

En Italia, a una joven de veinte años se le implanta un embrión formado

⁴⁵ Maricruz Gomez de la Torre Vargas, *Op. cit.* , p. 205.

por Fecundación In Vitro con el óvulo de su madre y el espermatozoide del compañero o marido de la madre. Una vez nacida la criatura la madre portadora se lo entregó a su madre, quien lo había encargado.

En Sudáfrica esta el caso de Karen Ferreira no podía tener hijos, y su madre, Pat Anthony, acepta que se le implante un embrión formado por Fecundación in Vitro con el óvulo de Karen y el esperma del marido de esta.

Estos tres últimos casos se han prestado los servicios de una forma desinteresada, ya que la mayoría de casos hay una razón pecuniaria de por medio⁴⁶.

Los casos mas recientes que se han dado ha conocer es en el año de 1994, de una pareja japonesa, al que por sus años y problemas de salud se les negó la posibilidad de adoptar un niño, por lo que la pareja japonesa contrato el vientre de una mujer Norte americana para gestar un embrión concebido In Vitro producto del óvulo del donante y del esperma del marido contratante. Cabe mencionar que la legislación Nipona prohíbe este tipo de practicas y, es por ello, que el esperma debió ser trasladado desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norte americana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los gastos por la aplicación ascendieron aproximadamente a los \$80,000

⁴⁶ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. Pag. 202-203.

El caso de Julie Gerber una joven norteamericana en el año de 1995 le detectaron cáncer, en vista de ello decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con espermias de un donante anónimo, para preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron; pero posteriormente en 1996 Julie falleció dejando establecido en su testamento, que dichos embriones fueran implantados en el vientre de una mujer; los padres de Julie eligieron a la señora Velloff, para que realizara la gestación y posterior alumbramiento.

Esta nueva técnicas se desarrolló sin ninguna reflexión, sin tomar en cuenta el daño que se está causando en el aspecto jurídico ya que se da una serie de confusiones en la filiación.

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

En El Salvador no está documentada la evolución de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo el Doctor Carlos Humberto Bonilla Colorado⁴⁸ nos proporcionó información de la evolución de dichas Técnicas.

La Inseminación Artificial comenzó a practicarse allá por los años de 1985, por el pionero Doctor José Roberto Bonilla Enríquez; el segundo en realizar la Inseminación Artificial fue el Doctor Carlos Humberto Bonilla Colorado.

En cuanto a la Inseminación Artificial en mujeres solas, no se realiza a nivel Institucional es requisito estar casados o tener una pareja estable. Pero el Doctor Carlos Humberto Bonilla Colorado expresa que en su clínica si realiza la Inseminación Artificial en mujeres solas, pero estas no son salvadoreñas sino que extranjeras de nacionalidad francesa, Sueca y de Argentina.

El pionero de la Fecundación In Vitro en nuestro país fue también el Doctor José Roberto Bonilla Enríquez. El caso fue de la propietaria de un salón de belleza reconocido, dicha señora tenía dos hijos y se esterilizó. Posteriormente fallecieron los niños ahogados en una piscina. Después de lo sucedido decidió optar por la Fecundación In Vitro para tener un hijo; este nació por el año de 1989. Este caso salió a la luz pública diciendo: “*nace el primer niño probeta en El Salvador*”. Dicho niño nació en El Salvador; pero la fecundación que dio origen a ese nacimiento, no fue realizada en el país, sino en Colombia por los médicos Salvadoreños: Dr. José Roberto Bonilla en asistencia del Dr. Carlos Humberto Bonilla Colorado.

El Doctor José Roberto Bonilla en el año de 1990 invirtió en el equipo necesario para realizar la Fecundación In Vitro; en El Salvador dicha inversión fue aproximadamente de \$80,000, aunque la inversión realizada para la compra del aparato hasta la fecha no ha sido recuperada.

En cuanto a la Fecundación Post Mortem el doctor Carlos Humberto Bonilla expresa que el no ha realizado ninguna; sin embargo conoce el caso de

⁴⁸ Especialista es infertilidad Femenina y Masculina, Jefe del Departamento de la Unidad de infertilidad

un colega que realizo dicha técnica, donde el esposo decidió congelar su esperma para asegurar su descendencia, puesto que iba a ser tratado con quimioterapia, pero el falleció. Ante tal suceso la esposa del fallecido decidió inseminarse con el esperma del esposo. Esta decisión fue tomada solo por la viuda, ya que el esposo no dejó plasmado su deseo de utilizar su semen aun después de su muerte.

En El Salvador no se ha dado ningún caso la Maternidad subrogada.

La Fecundación generalmente se da con semen de la pareja, pero también se da con semen de donante. Esta se da de dos formas: la primera se realiza con semen congelado y la segunda con semen fresco de personas altruista.

En nuestro país existe un banco de semen y se encuentra en el Hospital Ginecológico. Existen personas que llegan y venden su esperma, son de 6 a 8 muestras las que deben de proporcionar, se congelan y por cada pipeta de semen congelado ya listo para ser inseminado se les paga la cantidad de \$500.00; se anota por cada espécimen las características de todo tipo, racial, físicas y psíquicas. Este proceso de congelación y descongelación es costoso.

La otra forma es con semen fresco; y funciona con donantes altruistas. Estos donantes los elige el doctor basándose en normas éticas, culturales,

sociales hasta normas medicas que incluyen una serie de pruebas de laboratorio.

Los donantes son personas anónimas. Su identidad es desconocida para la pareja; e igualmente para el donante la identidad de la pareja a quien va a donar su esperma es desconocida. Es decir solo el doctor esta como intermediario entre la pareja y el donador del esperma.

En las clínicas de los doctores se realizan aproximadamente de tres a cuatro inseminaciones por semana, generalmente las Inseminaciones son con esperma de la pareja y no con donante.

Existen en El Salvador cinco hospitales en donde se realiza la Inseminación Artificial y cinco médicos uno por cada hospital; y la Fecundación In Vitro solo se realiza en dos hospitales: el de Maternidad y el Ginecológico.

Aun no existen en nuestro país leyes que regulen la utilización de estas técnicas. Sin embargo existen normas que regulan los requisitos de los usuarios de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Hospital de Maternidad, aun que solo son de aplicación institucional, y son llamadas “Normas de Funcionamiento de la Unidad de Infertilidad del Hospital de Maternidad⁴⁹”, esto ha surgido como una respuesta de los médicos ante la falta de regulación para la utilización de dichas técnicas, en un intento por justificar sus actuaciones profesionales.

Dichas normas contienen requisitos generales como por ejemplo:

Requisitos para la pareja:

Solo se realizaran en parejas casadas o que convivan en unión de hecho. Que se hayan sometido a los exámenes médicos pertinentes, y que se hayan agotado las opciones para la obtención de un embarazo; que se hayan sometido a un estudio socioeconómico, para determinar la falta de recursos; que la mujer sea mayor de dieciocho años y menor de treinta y cinco; que el hombre sea mayor de dieciocho años y menor de cincuenta; que estén informadas del procedimiento y condiciones del mismo y que firmen la hoja de consentimiento informado.

Requisitos para el donante:

Que sea anónimo; que sea informado del procedimiento y condiciones del mismo; y que firme la hoja de consentimiento informado; que sea mayor de edad y de fertilidad probada; que sean de la misma raza y que posea características fenotípicas parecidas a las de la pareja; que el grupo sanguíneo del donante sea el mismo de la esposa o del marido y sin antecedentes de enfermedades de transmisión sexual.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Como se había mencionado anteriormente, en el ultimo siglo los adelantos tecnológicos de la medicina, han dado un gran paso en el

⁴⁹ Dr. José Roberto Bonilla Henríquez, y otros “ Normas de Funcionamiento de la Unidad de Infertilidad”,

tratamiento de los trastornos de reproducción con las nuevas técnicas de concepción o reproducción asistida, surgiendo discusiones jurídicas debido a trascendentales implicaciones éticas, sociales y religiosas.

Al hablar de Técnicas de Reproducción, debemos entender como un conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originada fundamentalmente por la infertilidad y que implican intervención médica, y es preciso aclarar que algunas personas sin la ayuda de estas técnicas no habrían considerado la posibilidad de ser padres.

El autor Serrano Alonso define la Fecundación Artificial como: la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico – biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer⁵⁰.

Las Técnicas Artificiales de procreación, las podemos clasificar de la siguiente manera:

2.2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación Artificial es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermatozoides en el interior de los órganos genitales de la mujer.

Hospital de Maternidad, San Salvador, 1992.

⁵⁰ Cristóbal Francisco Fabrega Ruiz, *Op. cit.*, P. 75.

Gisbert Calabuig en medicina legal y practica forense definen la Inseminación Artificial como la introducción del semen el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual⁵¹.

Otros autores lo definen como el procedimiento técnico mediante el cual se introduce semen al aparato reproductor femenino para conseguir la concepción.

Es un procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera, o procedimiento mediante el cual se utilizan los gametos del compañero sexual o de un donante anónimo para su aplicación en diferentes segmentos de tracto genital femenino, con fines reproductivos.

Se dice entonces que la Inseminación Artificial es un procedimiento para obtener la reproducción sin la unión coital; tiene el calificativo de artificial porque necesita la intervención médica, o por lo menos de instrumentos mas apropiados; es por eso que lleva el nombre de artificial ya que solo se provoca los gametos, y lo demás continua siendo función de la naturaleza.

La Inseminación Artificial según la procedencia del semen se clasifica de la siguiente manera:

⁵¹ Miguel Ángel Soto Lamadrid I, “ *Biogenetica y Filiacion y Delito*”, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1990. p. 19.

2.2.1.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DEL CÓNYUGE O PAREJA ESTABLE (HOMOLOGA)

Esta consiste en que el elemento reproductor masculino proveniente del esposo o del compañero permanente (varón que vive establemente con la mujer que va ser inseminada, aunque no este jurídicamente casado), es decir que el semen procede del cónyuge o compañero de vida.

La Inseminación Artificial del cónyuge o compañero de vida se da en los siguientes casos:

En hombres oligostenospermicos, es decir en varones cuyo liquido seminal contiene un bajo número de espermatozoide y de reducida movilidad. (Se podría mejorar el semen, mediante ciertas técnicas).

En varones con problemas anatómicos o sexológicos que les impiden realizar adecuadamente el acto sexual.

En personas afectadas en esterilidad de origen inmunológicos.

La inseminación Artificial con semen del cónyuge o compañero de vida, supone malformaciones o defectos funcionales que no impiden totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, y que han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo⁵².

⁵² Miguel Ángel Soto Lamadrid, *Op. Cit.*, p. 22-23.

2.2.1.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON DONANTE DE ESPERMA (HETERÓLOGA)

En este tipo de técnica el semen proviene de un donante distinto al marido y generalmente anónimo, es decir el semen procede de una persona ajena a la pareja.

Un médico autorizado, y con el consentimiento de la pareja; la mujer es inseminada artificialmente con semen donado por un hombre que no es su esposo (donante de semen: Inseminación Artificial Heteróloga).

La Inseminación Artificial con donante de semen es usado en los siguientes casos:

Cuando un hombre no produzca espermatozoides (Azoospermia secretora) es de un déficit hormonal, puede generar también ausencia de secreción.

Los que presentan espermatozoide poco numerosos (oligospermia)

Los que presentan escasa movilidad o vigor (atenospermia).

La esterilidad del hombre puede ser originada por algún tratamiento químico o radioterapéutico o esterilidad por causa desconocida (idiopática)

En estos casos es donde procede la Inseminación Artificial con semen de donante⁵³.

2.2.2. FECUNDACIÓN IN VITRO

La Fecundación In Vitro nació como resultado para buscar un remedio para resolver problemas de esterilidad. Esta técnica se ha ido desarrollando muy rápido, pudiendo lograr como resultados la procreación; pero por diferentes motivos ya sean justificables o no, muchas personas no siendo infértiles desean procrear por este tipo de técnicas.

Como se había mencionado anteriormente, el acto de procrear es un carácter íntimo, exclusivo, personal e intransferible. Ahora con esos tipos de técnicas se pierden estas características, ya que intervienen en ella terceras personas como: médicos, biólogos, donantes de gametos, donantes de embriones, etc.

Básicamente la Fecundación In Vitro consiste en reproducir con técnicas de laboratorios, el proceso de Fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore* (dentro del cuerpo humano).

⁵³ Miguel Ángel Soto Lamadrid, *Op. Cit.* , p. .25

El autor Gafo dice que la Fecundación In Vitro es más costosa que la Inseminación Artificial, ya que, requiere de una tecnología altamente sofisticada y la presencia de un equipo biomédico de gran especialización.

Otros autores definen la Fecundación In Vitro como la unión del espermatozoide y óvulo, fuera del cuerpo humano, y traslado del huevo o huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior.

En los casos que procede la Técnica la Fecundación In Vitro, tomamos en cuenta la esterilidad (incapacidad para crear gametos) y la infertilidad (incapacidad para concebir, es decir la incapacidad para retener el embrión en la matriz)⁵⁴.

Entre las causas de esterilidad femenina tenemos:

Obstrucción de Trompas de Falopio, Trastornos en la evolución, Ovulaciones en el cuello del útero, alteraciones en el moco cervical, etc.

Este tipo de técnica se clasifica de la siguiente manera:

2.2.2.1. FECUNDACIÓN IN VITRO CON GAMETOS PROVENIENTES DE LA PAREJA (HOMOLOGA)

Consiste en que el embrión que se implanta en el útero de la mujer, procede de la fecundación del óvulo y el espermatozoide de la pareja llevada a

⁵⁴ Miguel Ángel Soto Lamadrid, *Op. Cit.*, p. 33.

cabo fuera del vientre materno, en una placa de laboratorio⁵⁵.

Se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, y se utilizan los gametos propios de la pareja o provenientes de donantes.

2.2.2.2. FECUNDACIÓN IN VITRO CON SEMEN DONADO Y ÓVULO DE LA PAREJA (HETERÓLOGA).

Es aquella en que la fecundación In Vitro se realiza con óvulo de la mujer de la pareja y con semen de un donante siendo el embrión transferido a la mujer para que lleve a cabo la gestación⁵⁶.

Se utiliza principalmente en el tratamiento de la infertilidad masculina. Consiste en que la fecundación In Vitro se realiza con el óvulo de la mujer y el espermatozoides de un donante (Es un tercero y generalmente le exige al médico su anonimato), al ser fecundado se lo implantan a la mujer para que esta lo geste y de luz a la criatura. Este procedimiento se realiza con previo consentimiento del marido o compañero de vida de la mujer y con el consentimiento de ella misma.

2.2.2.3. FECUNDACIÓN IN VITRO CON ÓVULO DONADO Y SEMEN DE LA PAREJA.

Se realiza cuando la mujer es incapaz de proveer sus propios óvulos o

⁵⁵ Miguel Ángel Soto Lamadrid, *Op. Cit.*, p. 121.

⁵⁶ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Op. Cit.*, P. 129.

estos tiene algún defecto genético. Los óvulos pueden ser donados por una desconocida de la pareja o bien con conocimiento de ella, (generalmente piden el anonimato).

Esta técnica se realiza con semen del marido o varón de la pareja y con donación de óvulos, siendo transferido el embrión resultante a la mujer para que esta lleve a cabo su gestación.⁵⁷

2.2.2.4. FECUNDACIÓN IN VITRO CON DONACIÓN DE GAMETOS (SEMEN Y ÓVULO)

Este procedimiento es indicado cuando ambos miembros de la pareja tienen factores que impiden la fertilización. Este procedimiento consiste en que el material genético es completamente donado (los gametos, al igual que los dos casos anteriores suelen ser anónimos), es decir, tanto el semen como el óvulo provienen de terceras personas, y al ser fecundados en un laboratorio, el embrión es implantado en el vientre de la mujer de la pareja que recurrió a este tipo de técnicas

Es aquella en que la Fecundación In Vitro se realiza con el óvulo de la mujer de la pareja y con semen de donante siendo el embrión transferido a la mujer para que lleve a cabo la gestación⁵⁸.

⁵⁷ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Op. Cit.*, p.135.

2.2.2.5. MATERNIDAD SUBROGADA.

El termino de maternidad subrogada viene de la traducción de la expresión inglesa “surrogated motherhood”. También se denomina esta figura como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero⁵⁹.

En su acepción vulgar viene del vocablo “subrogar” que significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra.

En la ciencia de la medicina la maternidad subrogada la define como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre.

La maternidad subrogada o maternidad de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Inglaterra) como: la practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después que nazca.

La Maternidad subrogada implica las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante⁶⁰.

⁵⁸ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Op. Cit.*, P. 129.

⁵⁹ *Ibid.*, p.197.

⁶⁰ *Ibid.*, P. 204.

Además este tipo de técnica posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista copula. La maternidad Subrogada procede en los casos siguientes:

La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

La madre sustituta, aporta el material genético (el óvulo), y es inseminada con semen del marido de la pareja contratante o con semen de tercero (puede ser anónimo o no).

Permite la madre sustituta que le sea implantado un embrión que es el resultado de la Fecundación In Vitro de un óvulo de tercera mujer con el semen del marido que forma la pareja que le pide gestar la criatura y entregarlo al nacer.

Cuando el óvulo es de la pareja contratante y el semen es aportado por un tercero, este es Fecundado e implantado en la madre sustituta para que lo geste y al nacer la criatura sea entregado a la pareja contratante.

Cuando los Gametos son donados tanto el óvulo como el esperma y estos son fecundados en un laboratorio, el embrión es implantado en la madre subrogada para que lo geste y de a luz a la criatura; y una vez nazca la madre sustituta lo debe entregar a la pareja contratante.

En el segundo caso, en nuestra opinión no es maternidad subrogada ya que es la madre sustituta la que aporta el óvulo, es decir no se trataría estrictamente de un alquiler de vientre, en razón de que la portadora es además, autora del material genético, ya que la verdadera subrogación presupone de que el embrión es ajeno, es decir que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

Se puede recurrir a la maternidad subrogada en los siguientes casos:

Cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero.

Cuando la mujer de la pareja es estéril, por anomalías en el útero, pero tiene ovarios normales.

Cuando la pareja es estéril por anomalías o taras genéticas.

Si la mujer antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación in Vitro de un óvulo de ella y espermatozoides de su marido⁶¹.

2.2.2.5.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN.

Entre las características del Contrato de Subrogación se encuentran las siguientes:

⁶¹ Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *Op. Cit.* , p.197.

Acuerdo entre la pareja contratante y una mujer fértil (madre de alquiler) para que ella procrea y de a luz una criatura.

Remuneración pecuniaria a favor de la madre subrogada.

Obligación de la madre sustituta de inseminarse con el semen del marido de la pareja contratante (este tipo de técnicas a nuestro criterio no se determinaría como alquiler de vientre, si no, que es una “venta de hijo”, ya que el óvulo y el útero es de la madre sustituta), o debe de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación In Vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de tercero.

La madre subrogada debe renunciar a los Derechos maternos filiales respecto al niño que ha gestado y dado a luz.

La pareja debe comprometerse a adoptar el hijo que ha dado a luz la madre sustituta.

Existen diversos problemas a la hora de plantear o realizar las cláusulas en el Contrato de subrogación; entre ellos están:

En el caso de que la madre ya no deseara tener la criatura: o porque corre peligro su vida por alguna enfermedad quisiera abortar. La pregunta es ¿puede abortar la madre Subrogada sin el consentimiento de la pareja contratante?

En el caso de que la pareja contratante ya no desea tener la criatura porque el niño va a nacer con malformaciones y le piden a la madre sustituta que aborte y esta se niegue a aborta, ¿Qué sucedería si la criatura nace con malformaciones o anomalías? ¿Lo aceptaría la pareja contratante?

¿Qué ocurriría si la madre portadora no quisiera entregar a la criatura?
¿Se puede determinar en el contrato que la pareja contratante le pueda prohibir a la madre sustituta que no fume, no consuma bebidas alcohólicas, no se drogue ya que le perjudica a la criatura? ⁶².

Todas estas consecuencias se plantean al momento de elaborar el Contrato, sin embargo le toman poco cuidado y estas dudas e interrogantes terminan resolviéndose en los tribunales.

2.2.2.5.2. EFICACIA DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN

En diversos países ya está regulado el contrato de Subrogación, pero el dilema consiste en ¿cual es su eficacia jurídica?, A continuación se mencionaran las criticas de algunos países respecto al contrato de subrogación.

En Holanda, algunas doctrinas consideran que este contrato es nulo, debido a que su causa es ilícita, ya que consideran que es contrario al orden público y la moral.

⁶² Maricruz Gomez, de la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 206.

En Italia existen dos vertientes, unos lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y otros consideran que haría conexión con el Instituto de Adopción, pero existe unanimidad si es que fuera válido el contrato, respecto a la cláusula de entregar al niño por parte de la madre sustituta.

La doctrina Española consideraba este tipo de contratos inexistente (antes de promulgada la Ley de las T.R.H.A.); Porque del acuerdo entre la madre sustituta y la pareja no nace ninguna obligación jurídica, de entregar al hijo porque no puede ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio como es el cuerpo humano. (ya sea el contrato oneroso o gratuito).⁶³

Otro punto de vista es que el contrato de subrogación no puede ser válido, ya que la madre sustituta pone en peligro su salud a cambio de una remuneración pecuniaria.

En El Salvador los elementos del contrato se encuentran en el Art. 1316 C.C. estos son: a) Que sea legalmente capaz; b) Que consientan en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; c) Que recaiga sobre un objeto lícito; y d) Que tenga una causa lícita.

Con estos elementos podríamos establecer que el contrato de subrogación no procede porque el objeto es ilícito, el Art. 1335 N° 1 del C. C. Establece que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres, y

⁶³ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 207-211.

en el Art. 1338 C. C. establece que la causa es ilícita ya que es contraria a las buenas costumbres y al orden público.

De todo lo mencionado anteriormente, consideramos que lo más importante es la entrega del recién nacido, ya que esta fuera del comercio humano, porque la causa del contrato es ilícita al ir contra las buenas costumbres y al orden público, por lo tanto el contrato es nulo ya que uno de los elementos está viciado.

CAPITULO III LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

La filiación, determina cuestiones que no tienen nada que ver o que tienen que ver solo parcialmente con la naturaleza y que derivan y contribuyen a una determinada organización social: el nombre, los alimentos, la custodia y la educación. Esta función social de la filiación es tan importante que precisamente es ella la que ha dado lugar a una categoría de filiación, en la que voluntariamente se omite la relación natural derivada de la reproducción; para sustituirla por otra relación manifiestamente artificial (No natural), con el fin de que ésta desempeñe la mencionada función ante la incapacidad o negativa de los progenitores naturales para llevarla a cabo. (Por ejemplo el caso de la filiación adoptiva, cuyo significado ha ido creciendo hasta el punto de quedar equiparada con la filiación natural).

La aplicación de las Técnicas de Fecundación Humana Asistida permite preconstituir una prueba directa y cierta de todos los sujetos participantes, así como de las voluntades concurrentes. Creemos que es recomendable, por la trascendencia de estas técnicas, que en cada caso se formalice un expediente y que la voluntad de las personas implicadas en todos los pasos o procedimientos sea de forma expresa. La existencia de esa voluntad expresa, permite conocer en todo momento con exactitud quienes son el padre y la madre naturales según sea el caso; porque cuando hablemos de la inseminación heteróloga veremos que es recomendable el anonimato, y ello puede ser especialmente importante para el ejercicio de los efectos que conlleva la filiación.

Con la aplicación de las T.R.H.A. se dan diferentes circunstancias según la técnica utilizada y cada una de ellas tiene sus propias consecuencias, como por ejemplo en los casos de Fecundación Heteróloga cuya consecuencia es una disociación entre paternidad genética y legal o entre la maternidad biológica, genética y legal según sea el caso; por lo nos vemos en la necesidad de presentar a continuación cada una de las situaciones que se podrían suscitar con la aplicación de las técnicas y las formas en que la doctrina las aborda, buscándole la solución mas propicias.

3.1. INSEMINACION ARTIFICIAL

3.1.1 LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DEL CÓNYUGE O PAREJA ESTABLE. (HOMOLOGA).

La Filiación originada de la Inseminación Artificial con gameto del esposo de la pareja o llamada también homóloga, es el caso que menos problemas plantea. Basta con el consentimiento del marido para que se proceda a la Inseminación Artificial de su mujer, acreditado dicho consentimiento, el marido no podrá destruir posteriormente la presunción de paternidad mediante una declaración en contrario; además se encuentran ampliamente compartida la opinión de que la Inseminación Homóloga no requiere un tratamiento especial ya que no existe controversia alguna de la determinación de la paternidad y de la maternidad, ya que los gametos, tanto masculinos como femeninos provienen de la pareja. El único problema en este caso es el de la Inseminación Post Mortem, el cual consiste en que la mujer es inseminada con semen del marido ya fallecido; esta técnica va hacer abordada en el punto 3.2.1. que trata sobre La filiación originada de la Fecundación In Vitro con Gametos Provenientes de la Pareja.

3.1.2. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON DONANTE DE ESPERMA. (HETERÓLOGA)

La Inseminación Artificial a través de donante, según se habla en las legislaciones que se han establecido con anterioridad, debe ser practicada fundamentalmente en parejas casadas o en unión de hecho como dijimos antes, bajo consentimiento del hombre que se propone cumplir en el futuro el rol de padre del niño que nacerá.

En primer lugar se ha de mantener el anonimato del donante de semen. Dicho anonimato, amparado por el secreto profesional, no debe ser violado ni entrar en controversias con la figura jurídica de la filiación. Pero tal anonimato o secreto no debe ser obstáculo para que el establecimiento o institución habilitada al efecto conserve los antecedentes y las condiciones biológicas del dador de los gametos, en cuanto puedan interesar para el mejor desarrollo de la vida del futuro nacido, quien, por razones de salud, puede tener acceso a los datos biológicos que de su progenitor consten en el establecimiento.

Debe impedirse que el donante pueda ser considerado como padre o que le puedan alcanzar las responsabilidades que eventualmente pudieran derivar de la Inseminación, tanto en el orden de asumir el rol de la paternidad como en el orden de cualquier responsabilidad que pudiera serle demandada por razón de la donación de Gametos.

Se califica como “donante” a aquella persona que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales con donante, Actualmente, la regla del anonimato total es uno de los principales presupuestos que se manejan en las fecundaciones artificiales. Para los que sostienen esta teoría, prima el derecho a la intimidad del donante y por ende no se le permite al niño, tomar conocimiento de los datos personales a él relacionados. El requisito del anonimato total es la regla utilizada por la mayoría de Estados y por ende de sus respectivos Derechos positivos en las que se regula este procedimiento. De esta manera se busca impedir cualquier tipo de

relación jurídica entre los donantes y los niños nacidos mediante estas técnicas y evitar futuros conflictos con lo que respecta a la filiación.

Entre otras de las posturas que se invocan en apoyo a este pensamiento es la tranquilidad de los padres, ya que mediante este anonimato se les garantiza una relación estable y segura con su hijo, ya que de tener conocimiento el niño de su “padre” biológico, cabría la posibilidad de algún tipo de intervención afectiva o influencia por parte del donante respecto del niño o viceversa y esto incomodaría a sus padres

Se habla también de un derecho a la intimidad del donante, la que podría verse lesionada si fuera investigada y reconocida la donación de gametos. Creemos que ningún derecho es absoluto y ante la colisión del derecho a la intimidad y el derecho a la identidad, creemos que ambos son muy importantes, puesto que el derecho a conocer el origen genético de la persona y el derecho a la intimidad son derechos inalienables y fundamentales para el desenvolvimiento normal de cualquier ser humano. Así mismo se invoca también a la intimidad de la pareja que opta por recurrir a esta técnica de fecundación artificial ya que de conocerse la identidad del donante, pondría de manifiesto tanto la Infertilidad del cónyuge cuyo gameto es cambiado por el gameto de un tercero.

En lo que respecta a la interrogante de cual es el Derecho que prevalece; nuestra afirmación es que debe privar el Derecho a la intimidad ya que si bien es cierto; por un lado el niño nacido a través de las técnicas de Reproducción

Humana Asistida tiene Derecho a investigar quienes son sus padres Biológicos; en el caso concreto de la filiación por estas técnicas el nacido solo tendría Derecho a Investigar los rasgos Genotípicos de sus progenitores; Por otro lado los dadores anónimos como ya se dijo en párrafos anteriores estas personas otorgan sus gametos, de forma altruista u onerosas; por este presupuesto y las anteriores afirmaciones es que prevalece el Derecho a la Intimidad.

Cuando se habla de la determinación en este apartado nos referimos a que cuando se hace uso de gametos de un tercero, se observa una voluntad conjunta (la de ambos cónyuges) destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar origen a una nueva vida de donde se desprende “la responsabilidad procreacional” es decir la voluntad de la paternidad; es evidente que para que la voluntad del marido en este tipo de concepción signifique la determinación de una relación jurídica de filiación, el orden legal debe darle el interés suficiente para lograr los fines esperados por los cónyuges. Se trata de un caso de discordancia o falta de armonía entre el vinculo biológico y el social que la posible ley reconocería, privilegiado el rol paterno del marido de la mujer inseminada con gameto de donante; podría considerarse como un efecto de la pareja estable una nueva fuente de filiación.

Si la madre inseminada y su marido desean optar desde un principio por que la verdad de la filiación quede debidamente recogida en el correspondiente título de determinación legal para conseguir, a cambio de la renuncia a la apariencia, una mayor seguridad en la posición que desean mantener ambos

con respecto al hijo de la madre, el camino que tienen que recorrer es suficientemente complicado como para desanimar a cualquier pareja.

Ante la realidad de la existencia de los Bancos de Esperma, estos abre una nueva perspectiva que es a la de acceder a la maternidad sin tener una relación sexual y sin compartir la parentalidad del niño con un hombre. Ante esta realidad la pregunta es ¿Si merece una protección jurídica?. La respuesta a esta pregunta puede variar, según el interés que salvaguarde.

Si nuestro interés es en la mujer, podemos decir que es respetable, ya que ocupa esta técnica como un medio alternativo para la procreación, puesto que pueden existir diferentes causas afectivas y emocionales que llevan a la mujer a usar este tipo de técnicas.

Pero si nuestro interés es el niño, entonces podemos afirmar que las consecuencias de ese daño repercutirán en el menor, ya que el niño tiene el derecho de contar con una figura femenina y una masculina.

Uno de los países que aparentemente acepta la posibilidad de utilizar esta Técnica por la mujeres solas es Inglaterra a través la Human Fertilization and Embryology Act, basándose por el principio de que todo lo no prohibido es permitido.

Entre los países que prohíben que las mujeres solas utilicen este tipo de técnicas esta el de Suecia que dictó la Ley del 1^a de Marzo de 1985 sustentada

en los Derechos del niño, y por ello solo autoriza el uso de los métodos de procreación asistida a parejas matrimoniales o convivientes.

Noruega en el Art. 4^a de la ley 628 del 12 de Junio de 1987 fue un poco más rigorista y solo permite la utilización de estas técnicas a mujeres casadas.

El proyecto de Ley remitido a la Asamblea Legislativa de Costa Rica permite solamente la utilización de estas técnicas a las parejas matrimoniales.

En El Salvador adoptamos la posición de prohibir la utilización de este tipo de técnicas a mujeres solas, ya que uno de los derechos que protegen al menor es el de nacer en condiciones familiares.

3.2 FECUNDACION IN VITRO

3.2.1. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO CON GAMETOS PROVENIENTES DE LA PAREJA.

La Filiación originada por FIV con gametos provenientes de la pareja o así llamada Homologa no presenta ninguna problemática (salvo cuando el marido a fallecido y ha dejado su esperma crioconservado lo cual explicaremos mas adelante), puesto que el embrión que se implanta en el útero de la mujer es el resultado de una fecundación de óvulo y espermatozoide de la pareja atribuyendo entonces al hombre la paternidad genética y legal y a la mujer tanto

la maternidad genética como biológica⁶⁴, rigiéndonos entonces por las normas establecidas en el código de familia o código civil según sea el país de que se trate, para la determinación del vínculo paterno o materno filial. Así la atribución de la paternidad en la fecundación natural viene dada por el elemento genético y la responsabilidad que debe de asumir por realizar el acto necesario para fecundar (la copula), en cambio en la fecundación asistida la atribución de la paternidad viene del consentimiento, prestado por el marido o conviviente, y una vez acreditado dicho consentimiento el marido o conviviente no podrá destruir la atribución de la paternidad declarando lo contrario, salvo que se pruebe que el niño no es producto del uso de las T.R.H.A. Por lo tanto para cada intento de un nuevo embarazo se exigirá un nuevo consentimiento⁶⁵.

Cuando hablamos de Fecundación Post Mortem entenderemos a: Los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido, y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido.

De la definición anterior se infiere:

Que solo se hablará de fecundación Post Mortem cuando el fallecido sea el hombre que conforma a la pareja (casada o no); ya que si la fallecida es la mujer, estaríamos frente a una maternidad subrogada o de sustitución en la que se necesita de una mujer que no es la que aporció el óvulo para que gesté y de a luz al niño (a).

⁶⁴ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ *Ibid*, p. 126.

Que no se puede hablar de fecundación Post Mortem cuando se trate de fecundación con semen de donante ya que ese donante es anónimo y si por alguna razón no lo fuera, el donador no posee ninguna relación jurídica con el hijo que engendra.

Aclarado lo anterior hablaremos sobre las posturas de permisividad o rechazo de la fecundación Post Mortem:

- Un grupo se opone a la fecundación Post Mortem y exigen su prohibición alegando que es inconcebible programar el nacimiento de un niño que será huérfano desde su concepción anteponiendo el interés de la madre al bienestar del menor. Agregando que lo que legitima el uso de las T.R.H.A. es remediar el problema de esterilidad de la pareja, pero al morir el marido o compañero, este vínculo desaparece. Y que se crean conflictos innecesarios con relación al Derecho Sucesorio. Postura sostenida por Suecia en su Ley 1140 del 20 de Diciembre de 1984, en el artículo 2; por el Vaticano, en la Instrucción del Vaticano sobre "El respeto de la vida Humana naciente y la dignidad de la Procreación"; y por Alemania en su Ley sobre Embriones e Ingeniería del 13 de Diciembre de 1990.

- Están los que piensan que la fecundación Post Mortem no se puede prohibir, pero que debería de privarse a los niños nacidos por esta técnica de su vocación sucesorial respecto del padre muerto. Esta postura es la que sostiene España según el informe Warnock recomendación N° 61 y N° 64.

- Están los que aceptan la fecundación Post Mortem, pero con las siguientes condiciones:
- Que se cuente con el consentimiento expreso, postura contenida en la proposición de la Ley Italiana Nº 2660 en su Art. 12; y otros que van mas allá con relación al consentimiento pues consideran que este debe constar en documento publico o testamento. Esta postura se encuentra en el Informe del Grupo de Trabajo Constituido en la Dirección General de Registros y Notarios, en 1985, de España.
- Que la mujer se mantenga en su estado familiar de viuda durante todo su embarazo.

En relación con el plazo según el cual se podría realizar la fecundación; dicho plazo varía desde quienes sostienen que la mujer debería ser fecundada dentro del plazo de seis meses a partir de la muerte del marido, hasta quienes creen que el plazo debería ser dentro de los cinco años posteriores al deceso.

En cualquiera de los casos siempre que se cumpla con los requisitos de forma y plazo el hijo será de ambos cónyuges⁶⁶.

En El Salvador no existe ningún tipo de pronunciamiento en relación a la implementación de las T.R.H.A., pero como grupo consideramos que la fecundación Post Mortem no debería ser permitida, ya que entran en conflicto

⁶⁶ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.* , p. 167-175..

los intereses del niño y de la madre, debiendo de prevalecer en este caso el bienestar del niño ya que si bien es cierto la mujer tiene derecho a la maternidad, este derecho no significa que pueda vulnerar los que posee la persona que esta por nacer, privándolo de forma deliberada de la asistencia personal de uno de los progenitores y convirtiéndolo así en un instrumento para satisfacer sus necesidades o sueños de maternidad.

3.2.2. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO CON DONANTE DE GAMETOS (HETEROLOGA).

“Es aquella en que la fecundación in Vitro se realiza con óvulo de la mujer de la pareja y con semen de un donante, siendo el embrión transferido para que lleve a cabo la gestación”. Hay identidad en la maternidad genética y biológica, pero hay una doble paternidad: la genética que corresponde al donante y la formal, legal o social que corresponde al varón de la pareja ⁶⁷.

En este tipo de técnica para que haya un vinculo paterno-filial con el marido o compañero de la gestante, es necesario que este de su consentimiento para la utilización de la FIVTE; debido a que los elementos indispensables para determinar la paternidad son el genético y el volutivo, pero como en el proceso no existe lo genético de su parte habría de estar plasmada su intención de asumir el rol de padre para poder atribuírsele la paternidad al varón de la pareja, caso contrario podrá ser atribuido únicamente a la madre. Pero cuando conste el consentimiento de parte del marido o conviviente de la

⁶⁷ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.* , p. 129.

gestante, el hijo que resultare de la FIV con donante de gametos será hijo de la pareja; esta atribución de paternidad no podrá ser impugnada ⁶⁸, salvo que se pruebe que el hijo no es el resultado de la aplicación de las T.R.H.A.

Con relación al donante que aportó los gametos este no posee ningún derecho u obligación con el niño que nace y es por ello que se recurre a la donación anónima, pero si por alguna razón se revela la identidad del donador al niño o a sus representases no implicaría en ningún momento determinación legal de filiación.

Lo anterior se justifica sobre la base de que el consentimiento del varón de la pareja es indispensable, en cambio el material genético es sustituible, pues el semen puede ser de uno u otro donante. Colocándose de esta forma el elemento voluntarista por encima del genético ya que la participación del marido es consiente, deliberada y activa en la persecución de convertirse en padre, en cambio el donador ni busca el nacimiento de un hijo suyo, ni desea asumir el rol de padre.

En el caso de la FIVTE en mujer sola, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida Española no regula la filiación de los hijos nacidos de la fecundación asistida cuando se trata de mujer sola, y los resuelve aplicando de forma supletoria el Código Civil de dicho país, según el cual, el hijo es atribuido a la madre y no contara con padre; es por ello que cabe la interrogante de si el niño nacido por FIVTE esta en desigualdad frente al nacido por fecundación

⁶⁸ Esta limitante a la acción de impugnación se basa en la teoría de los actos propios; según cual no se

natural debido a que este último puede investigar quien es su padre y exigirle que lo reconozca, en cambio el nacido por esta técnica no sabrá quien es su padre por el anonimato del donante; y si por alguna razón se entera de su identidad, no podrá exigir su reconocimiento como hijo. Debiéndose limitar por motivo de esto último, el acceso a esta técnica cuando la mujer no cuente con una pareja estable. Posición defendida por Suecia y Noruega; y que según el espíritu de nuestra legislación es la que le correspondería adoptar a El Salvador; agregándole según nuestra opinión que la mujer debe de estar con una pareja estable que sea de diferente sexo al suyo⁶⁹.

3.2.3 LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO CON GAMETOS DEL MARIDO O VARÓN DE LA PAREJA Y DONACIÓN DE ÓVULOS.

“Es aquella en que la fecundación in Vitro se realiza con semen del marido o varón de la pareja y con donación de óvulo, siendo transferido el embrión resultante a la mujer para que lleve a cabo la gestación⁷⁰”. Existe coincidencia entre paternidad genética y legal, pero existe una doble maternidad: la genética correspondiente a quien dono el óvulo y la gestacional o biológica correspondiente a la mujer de la pareja.

Sobre la donación de óvulos y sus implicaciones jurídicas no existe ni doctrina, ni regulación específica, tal vez por que este tipo de practica es mucho

puede contrariar la conducta anterior cuando fue realizada de forma consciente.

⁶⁹ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.* , p. 134-135.

⁷⁰ *Ibid.* , p. 135.

más limitada que la donación de espermatozoides; de hecho solo se refieren a ella de forma indirecta coincidiendo en su mayoría con la ley Española según la cual madre es quien gesta y da a luz al hijo⁷¹. Basándonos en esto podemos decir que la maternidad originada por la Fecundación con óvulo donado, cuando sea la mujer de la pareja quien lo gestó será determinada por el parto cuyo momento como siempre será el principio de la verdad biológica, según el cual madre es la que da a luz al niño, sin atribuirle importancia al elemento genético; el cual no le pertenece a la mujer que da a luz; todo ello para que el menor posea una filiación cierta desde su nacimiento. Esta sería la posición en la que se ubica nuestro país ya que la maternidad según el Código de Familia Salvadoreño está determinada por el parto. Pero esta solución a criterio de nuestro grupo es solo parcial pues aun que otorga cierta seguridad jurídica en la determinación de la maternidad originada por el parto, no está tomando en cuenta que con la implementación de las T.R.H.A. principios como el de la verdad biológica dejaron de tener vigencia por que se ha abierto la puerta a una gama increíble de situaciones, como la maternidad Subrogada, que antes eran inimaginables.

Al igual que con la donación de espermatozoides no existe ningún tipo de relación jurídica entre la donante y el niño, por tanto la donante no posee ningún derecho u obligación respecto al menor ni viceversa; a la donante en ningún momento se le podrá atribuir la filiación, ni esta se encuentra legitimada para reclamarla.

⁷¹ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 136.

3.2.4. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO CON DONACIÓN DE EMBRIÓN.

“Es aquella en que a la mujer de la pareja se le implanta un embrión donado, para que lleve a cabo la gestación. No hay paternidad ni maternidad genética, solo maternidad de gestación⁷²”

En este caso la determinación de la maternidad se basa en primer lugar en el hecho del parto y en segundo lugar en la voluntad de someterse a esta técnica y de asumir el papel de madre; en cambio la determinación de la paternidad se basa solo en el consentimiento prestado para la utilización de esta técnica y la voluntad de asumir el rol de padre, de un niño que genéticamente no es de ninguno de los miembros de la pareja, viéndose imposibilitados de impugnar la filiación sobre la base de que no pueden contrariar sus propios actos⁷³, ni revocar su consentimiento una vez iniciada la práctica de la técnica.

Los donantes del embrión en caso de estar vivos, no podrán en ningún momento reclamar la paternidad del menor⁷⁴, ni tampoco se les podrá atribuir por ningún motivo dicha paternidad.

3.2.5. MATERNIDAD SUBROGADA

El elemento original de la filiación es el vínculo biológico (principio de la

⁷² Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 136.

⁷³ *Ibid.*, p. 152.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 160.

verdad biológica), la maternidad se determina presuntamente mediante el parto así lo expresa el Art. 136 C. F. (sin olvidar la adopción), una vez establecida la maternidad recurrimos al momento de la concepción para determinar la paternidad; es así que en el Art. 141 C. F. establece la presunción de la paternidad y el 142 del mismo Código determina la presunción de la paternidad en caso de nuevo matrimonio de la madre.

Todas estas presunciones, nos conducen al vínculo biológico, ya que la maternidad hasta hace muy poco tiempo resultaba impensable (absurdo) que la mujer que daba a luz no fuese la que había aportado el material genético, pues la posibilidad de extraer y transferir óvulos de una mujer al vientre de otra o de Fecundación In Vitro y colocarlos después en útero ajeno, es de un tiempo reciente.

Podemos decir entonces que en nuestro Código a quedado anclado ya que todavía se basan en el principio tradicional de que la madre es quien da a luz al hijo; y aun le toca determinar la maternidad y paternidad según las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Como ya habíamos dicho anteriormente que hasta hace poco tiempo era imposible el proceso de fecundación, gestación y parto por una mujer que no era la que aportó el material genético.

La maternidad Subrogada es uno de los puntos de mas conflictos dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

3.2.5.1. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON MATERIAL GENÉTICO DE LA PAREJA CONTRATANTE EN ÚTERO DE ALQUILER.

Los gametos de la pareja (espermatozoide y óvulo) pertenecen a la pareja contratante y es fecundado artificialmente en un laboratorio; posteriormente es implantado a la mujer subrogada, para que lo gesté y de a luz a esa criatura que al nacer deberá ser entregado a la pareja contratante.

En este caso la pareja contratante aporta los gametos (semen y óvulo) y se transfieren a la madre sustituta. De esto se origina el problema de la doble maternidad y surge una interrogante ¿Cuál de las dos es la verdadera madre, la que aportó el óvulo o la que gestó y dio a luz a la criatura?.

En el caso de que existiera el Contrato de Subrogación los derechos maternos y paternos filiales se imputarían a la pareja contratante en virtud del consentimiento y de lo acordado entre las partes. Teniendo en cuenta que los padres que aportaron los gametos son los padres genéticos, y la madre subrogada solo presta sus servicios alquilando el vientre para gestar y dar a luz a la criatura y parto.

Pero si el contrato no tuviera validez, y tomamos en cuenta que la filiación materna, es un hecho que deriva de los datos biológicos externos comprobables del embarazo y del parto, podríamos deducir que la filiación le

corresponde a la madre que gestó y dio a luz a la criatura, aun si el óvulo no le perteneciera, ya que la maternidad se determinaría mediante el embarazo,

3.2.5.2. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON OVULO DONADO Y ESPERMA DEL VARÓN DE LA PAREJA CONTRATANTE EN ÚTERO DE ALQUILER.

En el caso que el óvulo sea donado y el espermatozoide sea aportado por el esposo de la pareja contratante estos son fecundados en un laboratorio e implantado a la madre Sustituta. En este caso se da a nuestro criterio triple maternidad interviniendo tres mujeres: la madre genética (la que dono el óvulo); la madre gestante (la que gestó y dio a luz a la criatura) y la mujer de la pareja comitente, aquella que dio su consentimiento para ser la madre legal de la criatura. Con estas tres intervenciones de mas de una mujer en la concepción, gestación y alumbramiento de una criatura, existe una confusión de papeles, ya que la madre genética no coincide con la madre gestante y además una tercera persona que es la mujer de la pareja contratante que desea ser la madre legal de la criatura.

En el caso que existiera el contrato de subrogación la madre que gestó y dio a luz a esa criatura no tendrá derechos maternos filiales, ya que previamente renuncio a ellos: naturalmente la donante del óvulo, es la titular del material genético, que puede resultar ser una persona desconocida para la pareja, o por el contrario puede ser de conocimiento de la pareja contratante. En este supuesto la mujer que donó el óvulo no se le atribuiría jurídicamente la

maternidad, ya que ella al donar el óvulo pide estrictamente que sea anónimo y al mismo tiempo renuncia a los derechos que le corresponden: por último si la mujer de la pareja contratante expreso el consentimiento en dicho contrato la criatura sería hijo de la pareja contratante, renunciando la madre genética y de gestación a los derechos maternos filiales

El padre sin lugar a duda sería el esposo de la pareja contratante ya que él aportó el espermatozoide, por lo que este sin problema alguno procedería a reconocerlo, es decir este siendo el titular del gameto masculino existen razones para imputársele la paternidad jurídicamente hablando, puesto que genéticamente nadie puede dudar que es progenitor, ya que uno de sus componentes fisiológicos es a su voluntad de ser padre.

Si el contrato no existiere la filiación materna se le imputaría a la mujer que gestó y dio a luz al hijo: sin importar la procedencia del óvulo; y sin importar el consentimiento de la mujer de la pareja contratante ya que la maternidad se determina por el parto; y la paternidad se le atribuiría lógicamente al varón de la mujer contratante ya que él aportó el semen.

3.2.5.3. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON ESPERMA DE DONANTE Y ÓVULO DE LA MUJER DE LA PAREJA CONTRATANTE EN ÚTERO DE ALQUILER.

Este supuesto se da cuando el espermatozoide es donado (tercero) y el óvulo es aportado por la mujer de la pareja contratante, estos gametos son

fecundados en un laboratorio e implantado posteriormente a la madre portadora o sustituta.

Por una parte estamos frente a una doble paternidad. Primero la paternidad legal que asume el marido o compañero de la pareja contratante; segundo la paternidad genética que correspondería al progenitor donante del semen. Y por otra parte la doble maternidad. Primero la mujer de la pareja que apporto el óvulo y la mujer que gestó y dio a luz a la criatura.

Si la pareja receptora expresa su consentimiento se le va a atribuir la paternidad al varón de la pareja contratante, el hijo será de ambos (pareja contratante), sin que pudiera reclamar la paternidad, el progenitor biológico ya que este al donar el semen generalmente le piden al médico su anonimato (donando gametos sin voluntad de ser padre).

Si el contrato no existiera, la filiación materna se le imputaría a la madre que lo gestó y dio a luz, y la filiación paterna se le imputaría al varón que donó el semen, ya que es él, el que apporto y donó el material genético.

3.2.5.4. LA FILIACIÓN ORIGINADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON GAMETOS DONADOS EN ÚTERO DE ALQUILER.

En el caso que la pareja contratante no aporte ninguno de los materiales genéticos (espermatozoide y óvulo), recurriendo por este medio a la obtención de un embrión donado para que a su vez se implante en útero de la

madre sustituta (distinta a la contratante) que se hará cargo de la gestación, cabe mencionar que los titulares de las células germinales fueron donantes; ya que por regla general le exigen a los médicos el anonimato por lo que se desconocen el destino de lo donado

En este supuesto se genera una confusión de papeles materno y paternos filiales y se vuelven aún más conflictivo, ya que en este caso existe la madre genética (la donadora del óvulo), la madre gestante (la que gestó y dio a luz a la criatura) y la mujer de la pareja contratante que pretende ser la madre legal del niño, por otro lado cabe mencionar el problema de la paternidad entre el donador del semen y el varón de la pareja contratante que pretende ser el padre legal.

En el supuesto de que el contrato fuera válido, la finalidad de este, es que la pareja contratante, que dio el consentimiento sean los padres de la criatura, aun cuando estos no hayan aportado el material genético. Es decir con solo el consentimiento expreso ante un contrato de Subrogación ellos tendrían todos los derechos sobre el niño, ya que ellos contrataron los servicios de una mujer fértil para que esta gestara y diera a luz.

En cuanto a los donadores del material genético (semen y óvulo) ellos de antemano renuncian a los derechos maternos y paternos filiales y exigen al médico su anonimato.

En cuanto a la madre sustituta, ella al suscribirse al contrato de subrogación expresa su renuncia al derecho materno filial.

En el supuesto de que el Contrato sea considerado inexistente los derechos maternos filiales le corresponderían a la madre sustituta, ya que se toma en cuenta que esta mujer se encontraba embarazada y dio a luz a la criatura, es decir se toma el parto como el supuesto biológico para determinar la filiación materna y conferir los derechos y obligaciones que de esta derivan.

La responsabilidad paterno filial así como las consecuencias que derivan de ello, se le imputaría al hombre que dono el semen, el seria el padre biológico del hijo nacido por estas técnicas

La posibilidad de que una mujer o una pareja estéril, desee tener un hijo a través de un contrato de maternidad subrogada es discutida en diversos países de Europa; no así en Estados Unidos y Canadá.

En Estados Unidos cada Estado tiene competencia para legislar en materia de Derecho de Familia, por tanto no existe un Derecho de Familia Federal; es así que existe doce Estados que reglamentan y permiten la Maternidad Subrogada. Tenemos por ejemplo el Estado de California que regula los acuerdos y reconoce que la maternidad subrogada como un método alternativo de reproducción y que resuelve temas que tienen un efecto directo

en el bienestar del niño. Esto explica el distinto tratamiento estatal que se otorga a la maternidad subrogada⁷⁵.

Otro país que otorga de una forma u otra la admisión de la maternidad subrogada es Canadá. Así el informe Ontario se mostró favorable a la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regule los respectivos contratos.

En los países de Europa hay ciertas tendencias de rechazo a la maternidad subrogada; ya que no se considera que el derecho de procreación sea un derecho protegido constitucionalmente.

En Inglaterra el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido se pronunció en contra de la gestación por sustitución, debido a que la madre subrogada no puede de antemano predecir cual será su actitud con respecto a la criatura que dará a luz y, a demás, la entrega del hijo puede producir sufrimiento emocional al niño. El Informe Warnock recomienda la prohibición de la maternidad subrogada, y que los contratos de subrogación sean contratos ilegales.

En Alemania, el informe Benda rechaza la maternidad subrogada, porque considera que durante el embarazo se produce una estrecha relación entre madre e hijo, que va hacer esencial para el posterior desarrollo psicológico del

⁷⁵ Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Op. cit. , p. 213.

niño y que va hacer interrumpido por la entrega de la criatura a otra mujer, después de su nacimiento.

La Ley Alemana sobre Embriones e Ingeniería Genética prohíbe la maternidad Subrogada. No prevé castigos para la mujer que accede a este tipo de contratos, pero si impone penas para el medico que lleva a cabo este tipo de Técnicas.

En Italia solo las Proposiciones de Ley presentadas por el grupo Liberal en el Art. 8 prohíbe la practica médica que pueda derivar en la existencia de una madre de sustitución; y la segunda Proposición Ministerial del 22 de Noviembre de 1985, en su Art. 34, párrafo primero, prohíbe el acuerdo por el cual una mujer se le insemine utilizando su óvulo para llevar a cabo un embarazo y parto, para luego ceder el nacido a otra pareja, aunque sea gratuitamente. En el párrafo segundo, prohíbe el acuerdo por el cual a una mujer se transfiere un embrión, formado por fecundación In Vitro con gametos de la pareja contratante para realizar la gestación y el parto, obligándose a entregar el nacido a la pareja contratante.

En Suecia el Informe sobre “Niños concebidos por Fecundación In Vitro y madres portadoras” consideró que la maternidad subrogada es contraria a los principios básicos del Derecho Sueco, según el cual la mujer que da a luz es su madre. Si otra persona propone encargarse del niño, el único cause posible es la adopción, lo cual no se autoriza sobre la base de un contrato de sustitución de maternidad.

Y por ultimo en España el Informe de la Comisión Especial del Congreso Español, Informe Palacios, analizó los pros y los contra de la maternidad de sustitución. Señalo que como justificación de ella, las personas adultas son libres de decidir su reproducción y que impedirselo significa privarles del derecho a satisfacer sus deseos de maternidad y paternidad, en circunstancias que la ciencia pueda remediar su esterilidad con esta forma de gestación; además en el caso de las madres portadoras se les impediría realizar una acción humanitaria, solidaria con los demás. Al mismo tiempo indica como razones para rechazar este tipo de gestación que no respeta la unidad de valor que se da en la maternidad, implicando una doble maternidad que deben de evitarse. Agrega, que este tipo de gestación constituye una manipulación del cuerpo femenino, inadmisibile en una sociedad democrática y justa⁷⁶

3.3. DETERMINACION DE FILIACION ORIGINADA POR LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL SALVADOR.

Hasta la fecha en nuestro país no sea presentado en los Tribunales un caso en que la pretensión sea la Determinación de la Filiación (maternidad o paternidad) originada de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; pero ya se ha conocido de un caso de Impugnación de Paternidad, el cual ha sido el primero y único hasta el momento.

⁷⁶ Maricruz Gomez de la Torre vargas, *Op. cit.* , p. 219-225.

La primera controversia jurídica acerca de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestro país se dio en Enero del año 1995; Inicio con la interposición de una demanda de Impugnación de Paternidad, en la que se alegaba la imposibilidad del hombre para poder engendrar, por razón de haberse practicado años antes del momento de la concepción de la menor una esterilización masculina (vasectomía), sin hacer mención de que el embarazo se había logrado por la practica de la inseminación artificial con semen de donante, la cual fue solicitada por la pareja y se había realizado con el consentimiento de ambos. Esta omisión de información fue con el objeto de que el proceso se desarrollara de manera ordinaria; al constatar la imposibilidad del hombre de poder engendrar al momento de la concepción de dicha menor; se concluiría que no era el padre de la menor; si por alguna razón quedara duda de ello y se ordenara la practica del examen de ADN, el resultado de dicho examen confirmaría que no existe vinculo filial, procediendo el Juez a resolver en favor de la Impugnación de la Paternidad. Esto seria lo que hubiera ocurrido si la contra parte no introduce al proceso el hecho de la utilización de la Inseminación Artificial con espermatozoides de donante con el consentimiento de los padres de la menor. Encontrándose el Juez ante la obligación de dirimir esta controversia (art. 7 literal f C. Pr. F.) pero sin una legislación específica en la cual poder sustentar su resolución. Ante esta situación los aplicadores de justicia Salvadoreños le dieron solución a este problema de la siguiente manera:

Tomaron en cuenta el Código de Procedimientos Familiares en su Artículo 218 el cual dice: “En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente Ley, se aplicaran supletoriamente las disposiciones de las leyes

especiales referente a la familia y las del Código de Procedimientos Civiles, siempre que no se opongan a la naturaleza y finalidad de esta Ley”. Siendo este el caso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ya que aun no se cuenta con una Ley que las regule y establezca en que debe el Juez de fundamentar la Sentencia. Ante la ausencia de ley se aplican de forma supletoria las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que tratan sobre las providencias judiciales y su ejecución, mas específicamente se aplicara el articulo 421 Pr.C. por que ahí se regula que las sentencias serán fundadas en las leyes vigentes, en su defecto en doctrina de los expositores, y a falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural; considerando esto, al no contar con una normativa sobre el tema, los jueces deben de fundamentar sus resoluciones en la doctrina de los expositores tal y como lo establece el código de procedimientos civiles, teniendo el deber de buscar una jurisprudencia no solo que se apegue al caso concreto y a las condiciones de nuestra sociedad, sino también que no se oponga a la naturaleza, finalidad y a los principios rectores en los cuales se le da prioridad a los hijos, a los adultos mayores y a la Institución Familiar

Esa libertad de que el Juez escoja la jurisprudencia a aplicar, se debe a que en el Derecho de Familia se permite la aplicación del Sistema de Valoración de la Sana Critica, pero esto no quiere decir que su decisión sea antojadiza ya que debe establecer cuales fueron las razones por las que tomo esa elección, sin perder de vista los parámetros antes mencionados.

Podemos decir, que existe un vacío legal en el sentido de que no contamos con una norma expresa, ni sustantiva ni procedimental que regule las situaciones que se originan de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero eso no quiere decir que no hay forma de que el Juzgador Salvadoreño resuelva estos procesos, por que existen normas genéricas con las cuales se abarca cualquier situación que pueda suscitarse y con ello siempre hay una manera de solucionarlo; la desventaja es que se genera una inseguridad jurídica por que es el Juez quien decide en base a que doctrina va a fundamentar su resolución, según su criterio, de lo que considera justo; claro esta respetando los principios rectores, naturaleza, finalidad y espíritu de la legislación familiar salvadoreña, ya que de no hacerlo la parte afectada puede hacer uso de los recursos pertinentes.

CAPITULO IV EL CONSENTIMIENTO DE LOS USUARIOS DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

La fuente jurídica de la filiación comenzó principalmente con la filiación biológica. La maternidad por ejemplo se determinaba presuntamente mediante el parto, y una vez establecido, se recurre a la época de la concepción para suponer la paternidad del marido; es decir el principal problema para determinar la filiación era el secreto en las relaciones sexuales. Posteriormente por las condiciones de los menores abandonados y por la infertilidad tanto femenina como masculina se incluyo otra fuente de filiación que es la adoptiva.

Con las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida es posible la procreación sin necesidad de relación sexual, y sin que las personas que deseen asumir la paternidad hayan aportado el material genético, es por ello que las Técnicas de Reproducción deben partir de una nueva fuente, y que además se debe incluir entre la clasificación de las fuentes que existen. La nueva fuente de la que hablamos es la voluntad procreacional; es decir el consentimiento que debe de dar el padre, la madre, el dador anónimo y la madre subrogada según sea el caso, para el nacimiento de un nuevo ser bajo estas técnicas.

El Consentimiento según Luis Vázquez López: es el acuerdo de voluntades de dos o mas personas con un objeto lícito o destinado a producir efectos jurídicos⁷⁷.

El consentimiento visto en forma general según José Arias: es la acepción popular que se reduce a la manifestación de voluntad de la parte contratante que acepta el convenio, es decir que se adhiere a una oferta. El consentimiento es el resultado de un proceso formado por dos etapas: 1) la oferta que significa la armonía de lo que uno y otro quiere; 2) la aceptación, es la decisión de hacer este acuerdo obligatorio.

El consentimiento puede ser otorgado de forma expresa o tácita. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Es tácito cuando resulta de hechos o actos que lo presuponga

excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad⁷⁸.

El Código Salvadoreño regula el consentimiento en el art. 1316 N° 2 del Código Civil y para que sea válido no tiene que adolecer de ninguno de los vicios: error, fuerza y dolo⁸¹, además, que la persona posea la capacidad legal de manifestar su voluntad. Si el consentimiento adolece de alguno de los vicios antes mencionados este será nulo según el art. 1,552 Código Civil

A continuación precisamos los requerimientos formales del consentimiento, recogidos indistintamente en las diferentes regulaciones sobre Reproducción Asistida:

1) Las personas que se someterán a las técnicas de reproducción asistida pueden emitir su consentimiento en cualquier momento previo a la ejecución de las mismas.

2) Debe ser expreso: no se admite la presunción de voluntad ni el consentimiento tácito. Lo importante del consentimiento, como requisito necesario para la intervención del profesional o para la disposición de gametos y embriones por terceros, es que sea explícito, claro y que especifique las materias autorizadas, por ejemplo el destino de los embriones supernumerarios

⁷⁷ Luis Vásquez López, “ De las Obligaciones”, Tomo I, 2º Edición, Editorial Aquilina, San Salvador, El Salvador, 1982. Pag 38.

⁷⁸ José Arias “ *Contratos Civiles, Teoría y Practicas*”, Tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, Argentina, 1939. Pag. 99.

o sobrantes, la utilización de los embriones si se produce el fallecimiento de uno o ambos cónyuges, etc.

3) Debe ser por escrito: La importancia de que se obtenga el consentimiento escrito de la pareja radica en la seguridad que da, tanto a los miembros de ésta como a los propios profesionales que intervienen; su carácter probatorio facilita la prueba de su existencia, por lo que en caso de conflicto se pueda evitar una serie de litigios en los Tribunales.

En los centros dedicados a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida existe una serie de formularios o documentos impresos en los cuales los implicados dejan constancia de su decisión. Aunque para mayor seguridad jurídica se pudiera mejor otorgar ante una autoridad notarial.

4) Es un acto personalísimo, no admite representación ni complemento de capacidad, por lo cual los menores de edad quedan excluidos como usuarios de las T.R.H.A.

5) Revocable: el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento antes de la realización concreta de la fecundación asistida o del fallecimiento en el caso de la fecundación Post Mortem. La vía para hacerlo o se regula en las legislaciones vigentes. Pero consideramos que su revocación debería de expresarse de la misma manera y con las mismas formalidades que se otorga; así si se otorga en escritura pública o acta notarial debe de revocarse en el mismo documento.

6) Carácter informado del consentimiento de las partes, significa que la aquiescencia para participar en las técnicas de reproducción asistida se produjo previa explicación de las características de la técnicas en emplear, las posibilidades de éxito, sus implicaciones y los eventuales riesgos de todos los actos.

4.1. CONSENTIMIENTO DE LA PAREJA CUYA MUJER SERÁ FECUNDADA ARTIFICIALMENTE CON SEMEN DEL MARIDO.

En la fecundación artificial conyugal, es necesario el consentimiento de la pareja para la extracción del semen con la finalidad precisa de la inseminación en la mujer.

La Fecundación de la mujer con semen del marido contra la voluntad de éste, trae como consecuencia que el niño nacido por la fecundación asistida en estas condiciones no contará con la filiación paterna, correspondiéndole únicamente a la madre asumir los derechos y obligaciones que se originan de los lazos filiales. Dicho de otro modo, el consentimiento del marido para la Fecundación Artificial de pareja estable es relevante a efectos de la determinación de la filiación en circunstancias ordinarias. La acción de desconocimiento por parte del marido queda excluida (si hubiere reconocimiento expreso) sin perjuicio de que en la practica de algunas legislaciones concurra el consentimiento a través del reconocimiento que se haga.

Para cuando falte la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, la posibilidad de inscribir al hijo como suyo por el consentimiento de ambos cónyuges dará cabida a los casos de inseminación artificial conyugal, pero siempre que exista consentimiento para la aceptación de la paternidad.

No se ven razones especiales para que se prohíba la inseminación artificial entre dos personas no casadas que quieren asumir la paternidad del hijo así engendrado, al menos si conviven establemente. En todo caso, las objeciones que pudieran suscitarse son muy inferiores a las que se levantan para la inseminación de mujer soltera con dador anónimo.

En el supuesto del consentimiento para la inseminación pretende también serlo para la paternidad, pero el Derecho, de momento, no lo valora así, pues no podemos encuadrar este consentimiento en ningún supuesto de reconocimiento, que será necesario para la determinación de la filiación respecto del cónyuge o conviviente. Puesto que el reconocimiento corresponde a la verdad Biológica, ningún problema hay por este lado. Naturalmente, cabría también la determinación mediante el ejercicio de una acción de reclamación.

4.2. CONSENTIMIENTO EN LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

En la fecundación Post Mortem, el causante a morir, deja su semen para poder engendrar, por si le sobreviene algún motivo de infertilidad a causa de alguna enfermedad, por lo se produce la concepción y la gestación del hijo con

posterioridad a la muerte; es decir muere antes de realizarse la concepción de su futuro hijo.

Los países donde se permite la practica de la Fecundación Post Mortem son: Francia, Gran Bretaña, España y Estados Unidos.

Algunas legislaciones como la Española consideran necesario la voluntad del progenitor para que su semen sea utilizado por su cónyuge con posterioridad a su muerte, y esta deberá ser expresada en Escritura Publica o por testamento, siendo posible su revocación hasta el momento mismo del fallecimiento.

En el caso que se utilice el semen del marido fallecido para una fecundación Post Mortem, sin que haya sido el deseo de este el convertirse en padre aun después de muerto, es realizar la aplicación de la técnica sin su consentimiento, y por ende el niño solo será considerado de la madre, privándosele de la filiación paterna y con ello de todos los derechos que le corresponderían respecto a su padre (derecho sucesorios, derecho a utilizar el apellido paterno, etc.) y que si tuviese sí este ultimó hubiera consentido la fecundación Post Mortem.

Hemos venido mencionando como grupo que no se debe permitir la fecundación Post Mortem; sin embargo si el óvulo y el esperma ya esta fecundado en un laboratorio entonces ese embrión se debe implantar en la

esposa, pues de no ser así se atentaría contra la vida y el respeto humano.

4.3. CONSENTIMIENTO DE LA PAREJA CUYA MUJER SERÁ FECUNDADA ARTIFICIALMENTE CON SEMEN DE TERCERO.

El consentimiento firme y escrito de los esposos y su decidida voluntad de seguir adelante con las técnicas, son para eliminar los reparos que la intervención de un tercero pudiera tener. No se puede considerar como un acto adulterio, porque no existe acceso carnal y el consentimiento expreso de los esposos o compañeros elimina cualquier sombra de infidelidad y dota de una madurez y seriedad propios para tan importante decisión como el de traer un niño al mundo. Pero si la mujer casada se somete a Fecundación Artificial con esperma de tercero, sin consentimiento de su marido, infringe el deber conyugal de respeto, y el marido de esta no tendrá ningún tipo de responsabilidad para con el niño, puesto que no existe el vínculo filial entre ellos, quedando privado el menor de la filiación paterna.

Este consentimiento del marido y la pretensión de que tenga efectos jurídicos sobre la filiación nació de la práctica médica que utiliza la fecundación artificial con donante como tratamiento de la esterilidad masculina. Esta práctica no tendría sentido sin el ferviente deseo del marido de tener un hijo, aunque sea por este medio; de modo que su consentimiento es un requisito de la terapia pretendida, a la vez que tiende a exonerar al médico de responsabilidad.

4.4. CONSENTIMIENTO DEL DADOR ANÓNIMO.

La gratuidad del semen es bien recibida por la moral social en Europa; por el contrario, en los Estados Unidos se paga por ese servicio en la mayoría de los casos.

La gratuidad del semen es una estrategia respetable y plenamente coherente con las connotaciones de exclusividad médica y finalidades terapéuticas que se pretenden para la Fecundación artificial con donante.

El consentimiento del donante de semen ha sido exigido en la práctica por los médicos, dedicados a la Fecundación Artificial, los bancos de semen e Instituciones similares. Este consentimiento se pide a través de formularios médicos en los que el paciente acceda a una intervención terapéutica. Pero es obvio que el donador de semen no es un paciente; sin embargo se hace de esa forma con el objeto de reducir el riesgo que corren los médicos

El donador al dar el consentimiento, da a demás el derecho a los médicos de a llevar un historial clínico, incluido el de los miembros de la familia, la ocultación de la identidad de la receptora y el compromiso de no averiguarla y de proteger el anonimato del dador; y como punto muy importante la renuncia por parte del dador del semen a todo derecho paterno filial sobre la criatura que pueda nacer y por ultimo el semen queda a exclusiva disposición del adquirente, sin que el dador tenga la posibilidad de saber el destino de su semen.

Para finalizar, los criterios de los países según se haya prestado consentimiento o no para la realización de las técnicas de reproducción asistida, reviste diversas propuestas en los ordenamientos que han tratado. Por ejemplo en Suiza en el Código Civil en el Art. 256 impide al marido intentar la acción de impugnación si se ha consentido la concepción por obra de un tercero. Aunque la Ley Suiza no explica si esa concepción es fruto de una cohabitación o de una fecundación asistida con donante.

El Código Civil Holandés dice que no habrá lugar a la acción de impugnación si el marido dio su consentimiento a un acto que pudo tener por consecuencia la concepción de un hijo.

En las preposiciones de la ley de Italiana correspondiente a los grupos Liberal y Radical se establece que no será posible la acción de impugnación de la paternidad si previamente se presto el consentimiento.

En El Salvador el semen no es gratuito, ya que quienes lo aportan para el único Banco de Semen que existe en el país, reciben a cambio una retribución económica por su servicio, aun que también hay hombres altruistas que le proporcionan a los médicos el material genético necesario para la realización de las T.R.H.A., solo que en este caso el semen no es criopreservado, sino que una vez extraído es utilizado en alguna fecundación que esta programada. Con relación al consentimiento del dador de semen en nuestro país, los médicos ante la ausencia de una legislación que regule sus

actuaciones profesionales en cuanto a la reproducción asistida han tenido la iniciativa de crear un formulario en el que consta el consentimiento del dador para que su semen sea utilizado en la practica de alguna técnica de fecundación que el hospital decida, sin que sepa quienes serán los usuarios de su semen; obligándose además a someterse a todos los exámenes clínicos que dicha institución de salud le señale, claro esta que estos exámenes son realizados de forma gratuita a los dadores.

4.5. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO

Tomando en cuenta la trascendencia que tienen las Técnicas de Reproducción Humana Asistida con relación a la dignidad humana, la inviolabilidad de la persona, la inalienabilidad del cuerpo humano y la protección del material genético, se hace necesario que se regule la responsabilidad de los médicos encargados de la aplicación de dichas técnicas.

El pronunciamiento reiterado en diferentes informes, leyes de diversos países, etc., de la necesidad de contar con el consentimiento de los usuarios de las T.R.H.A, previo a su aplicación tiene una doble finalidad:

Por un lado garantizar la protección de los derechos de los usuarios de las técnicas, entendiéndose no solo a la pareja, sino también al donante en los casos en que se recurra a ello.

Por otro lado, sirve como un mecanismo de protección de los profesionales médicos, utilizando como base el consentimiento, para eximirse de responsabilidad ante determinados litigios jurídicos. Ya que el equipo medico es el que lleva a cabo la aplicación de la técnica de reproducción asistida, y es el único que puede controlar el otorgamiento del consentimiento respectivo; correspondiéndole entonces el deber de exigir anticipadamente y por escrito el consentimiento de los receptores y de los donantes según sea el caso; el incumplimiento de este deber, debe acarrear no solo responsabilidades profesionales, sino también civiles y penales.

Los países que ya cuentan con leyes referentes a la T.R.H.A., se han pronunciado en el establecimiento de cada una de las responsabilidades mencionadas anteriormente; pudiéndose resumir de la siguiente manera:

Responsabilidad Profesional:

Él medico que realice la T.R.H.A sin los respectivos consentimientos deberá ser inhabilitado del ejercicio de su profesión por un periodo determinado, según sea el país de se trate.

Responsabilidad Civil:

Él medico que aplique alguna de las Técnicas de Reproducción Asistida sin los consentimientos necesarios, deberá de indemnizar a los afectados por los perjuicios morales, psicológicos o físicos causados.

Responsabilidad Penal:

Deberá responderse de las anteriores responsabilidades, sin perjuicio del establecimiento de la Responsabilidad Penal correspondiente, cuando el hecho esté tipificado como delito en la legislación penal del país de que se trate.

En nuestro país no existe legislación alguna que regule las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ni los requisitos para su aplicación, ni los supuestos en los cuales proceden; solo se cuenta con un artículo en el Código Penal que trata sobre las penas que deberán ser impuestas ya sea cuando se realice una inseminación artificial no consentida o una inseminación fraudulenta y los médicos han creado un reglamento a nivel administrativo con el objeto de justificar sus actuaciones profesionales y evitar repercusiones jurídicas en su contra, además de regular los requisitos de forma general para que la pareja interesada pueda acceder a dichas técnicas.

CAPITULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

Siendo la filiación el vínculo Jurídico que une al hijo respecto de sus padres podemos decir que; aunque la vinculación jurídica establecida en la relación filial coincide en la mayoría de los casos con el nexo biológico o de sangre, hay otros casos en los que no existe ese nexo biológico entre padres e hijos y a pesar de ello la ley los vincula en una relación jurídica, fundándola en el interés familiar, siendo este caso el de la adopción. Sobre la base de lo

anterior podemos definir la filiación como la relación inmediata entre el padre o la madre con el hijo; independientemente que el lazo que los une sea sanguíneo o adoptivo. Siendo tradicionalmente consideradas como fuentes de la filiación la consanguinidad y la adopción. Con la aparición de las Técnicas de Reproducción Asistida la doctrina ha establecido una nueva fuente de creación de los lazos filiales, siendo esta la llamada “Voluntad Procreacional”; fuente que ha sido reconocida por los países que cuentan con la legislación referente a la aplicación de las T.R.H.A.

En cuanto a El Salvador la legislación primaria reconoce la igualdad de los hijos ante la ley (art. 36 Cn.), Entendiéndose que se debe de garantizar la seguridad jurídica de los hijos sin importar la naturaleza de la filiación, pero esta garantía Constitucional en la practica no tiene aplicación en su totalidad; porque el Código de Familia solo reconoce dos clases de filiación: la filiación consanguínea y la adoptiva, dejando sin una regulación expresa a la filiación de los niños cuyo nacimiento fue originado por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo cual equivale a una inseguridad jurídica ya que no se establece a quien le corresponderá asumir los derechos y obligaciones con relación a estos niños. La inexistencia de una regulación específica de las T.R.H.A. en cuanto al ámbito de su aplicación, los usuarios, las Instituciones medicas encargadas de su aplicación, al personal medico de las mismas y a los niños nacidos gracias a esta tecnología; facilita por un lado que los padres puedan evadir sus responsabilidades al no verse obligados a reconocerlos y por ende a no brindarles la protección que se merecen; por otro lado se facilitaría la evasión de responsabilidad profesional, civil y penal, de los

médicos y de las Instituciones de Salud cuando con sus actuaciones medicas causen perjuicio a los usuarios de esta tecnología.

De todo lo que se ha mencionado, esta demás decir que urge que el Estado brinde una protección efectiva a los denominados niños de laboratorio, reconociendo y regulando la filiación originada del uso de la tecnología reproductiva, otorgándole a la Voluntad procreacional el lugar que se merece entre las fuentes de determinación de la filiación; Al llegar el momento de su regulación, se debe de tomar en cuenta las diferentes situaciones que se generan de la aplicación de estas técnicas de acuerdo a la realidad Salvadoreña, sin pretender por supuesto darle respuesta específica a cada una de dichas situaciones que podrían generarse, pero si en condiciones de proporcionar los insumos necesarios para dar una solución de forma general, según sea el caso.

En esta misma línea de ideas consideramos que según el momento coyuntural que vive nuestro país, la maternidad subrogada o vientre de alquiler está fuera de contexto por lo cual debería ser prohibida su utilización. Al igual que la Fecundación Post Mortem y la utilización de estas técnicas por mujeres solas, ya que si la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida está en gran medida justificada, para ayudar a una matrimonio a procrear y así formar una familia, es ilógico permitir su utilización en los casos en los que no existe una unión matrimonial o una unión de hecho, como también es ilógico permitir la fecundación Post Mortem, ya que en este caso el matrimonio ha sido disuelto por el fallecimiento del marido; aunque hay que contemplar una

excepción a esta prohibición, y es que si al momento del fallecimiento el embrión ya está formado, por protección del mismo deberá permitirse la implantación en la viuda; debiéndoseles de reconocer los mismos derechos que los hijos concebidos naturalmente ya que en una época en la que con gran esfuerzo se ha logrado disminuir la discriminación por razones de sexo, raza o credo, no debiera permitirse este tipo de retroceso.

5.2. RECOMENDACIONES

El derecho del nasciturus a ser reconocido, debe ser ejercitado efectivamente a fin de favorecer la situación del menor y los derechos de asistencia, educación, alimentación, prevención social y demás derechos, para que tengan efectividad.

Fortalecer, a través de los organismos internacionales y nacionales que se dediquen a la protección de los derechos de los menores, el ejercicio de la paternidad responsable proveniente de estas técnicas o bien generar campañas a través de los medios de comunicación los derechos y acciones posibles para lograr el mejor actuar de los padres.

Impulsar debates públicos a través de organismos o instituciones en el cual estén inmersos los distintos sectores interesados en estas técnicas como por ejemplo: Médicos, legisladores, jueces y usuarios; Que a la vez les sirva de capacitación para el mejor entendimiento e implementación de los distintos conceptos, características y propuestas concretas que se hagan sobre el tema.

Desarrollar e impulsar programas de educación a la Sociedad utilizando como apoyo a los medios de comunicación con el fin de eliminar los prejuicios sociales que ésta tiene sobre los hijos nacidos por estas técnicas, al conciderarlos como fruto de algo artificial y del pecado o de actos inmorales.

5.2.1. RECOMENDACIONES SOBRE MODIFICACIONES AL ORDENAMIENTO JURIDICO.

5.2.1.1. MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN

Art.136 Cn. Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, los adoptivos y los nacidos por las técnicas de Reproducción Humana Asistida, tiene iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

5.2.1.2. MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE FAMILIA:

El Art, 134 sobre las clases de filiación, por lo que debería ser modificado de la siguiente manera:

Art. 134 “ La filiación puede ser por consanguinidad, por adopción y por voluntad procreacional, en los casos de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”

Se entiende por Voluntad procreacional: aquella voluntad que ejercen los padres biológicos a través del consentimiento para la utilización de sus gametos en la procreación de un nuevo ser; solo se aplicará en los casos de parejas estables o de hecho.

Entre el artículo 134 y 135 C.F. deberá de agregarse el 134-A debiendo establecerse de la siguiente manera.

Art. 134 - A “ En los casos de inseminación artificial y fecundación con gametos de donantes, la filiación se determinará conforme a lo establecido en este Código y la ley de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Art. 139. El hijo tiene Derecho a investigar quienes son sus progenitores este Derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible. En este caso se admite toda clase de prueba.

Se deberá agregar un tercer inciso así:

En los casos cuya filiación se originó por utilización de las técnicas de Reproducción Humana Asistida; el hijo no podrá investigar la Identidad de su progenitor; solamente tendrá derecho a investigar sobre las características Genotípicas del mismo.

Art. 149. La paternidad será declarada por el juez cuando resulte de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, de su relación sexual con la madre en el período de la concepción, de la posesión de estado del hijo, o de

otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad. “ y cuando se compruebe el consentimiento que el padre haya otorgado, cuando el hijo sea producto de la utilización de las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Se presume la paternidad del hombre que hubiere convivido con la madre durante el período de la concepción, salvo la inexistencia de Nexo Biológico.

Art. 151 se deberá agregar un segundo inciso que deberá ir de la siguiente manera:

“No podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, el marido o concubino que probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él, haya dado su consentimiento para que se fecunde a su mujer con semen de donante. A no ser que demuestre que el niño no fue producto de la aplicación de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida.”

5.2.1.3. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA.

Art. 140. En los procesos de investigación de la paternidad o de la paternidad, el juez a solicitud de parte o de oficio, ordenara que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y terceros para reconocer pericialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre.

El inciso deberá quedar de la siguiente manera:

“En los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad el juez a solicitud de parte interesada o de oficio ordenara que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y a terceros para dar a conocer pericialmente las características antropomórficas y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre. En el caso que la investigación científica de la paternidad sea por consecuencia de las técnicas de Reproducción Humana Asistida, el interesado no podrá investigar mas allá de sus razgos genotipicos excluyéndose cualquier tipo de responsabilidad por parte del donante de gametos

5.2.1.4. PROPUESTA DE REGULACION DE LAS T.R.H.A. EN CUANTO A LA FILIACION.

CONSIDERANDO:

I) Que nuestra Constitución establece en el articulo 33 que la ley regulara las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre si, y entre ellos y sus hijos, estableciendo los deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creara las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad.

II) Que si bien la legislación vigente da lugar a resolver por aplicación supletoria del Código Civil, las controversias que se originan por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cuanto a la determinación de la Filiación; esto no es lo mas conveniente para la seguridad jurídica de los usuarios y de los niños nacidos por estos métodos; por lo que se vuelve necesario reformar la institución de la filiación cómo ahora la conocemos.

III) Que es conveniente regular de manera especial lo referente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en materia familiar.

POR TANTO:

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del presidente de la República, por medio del Ministerio de Gobernación y de los Diputados...

DECRETA LA SIGUIENTE:

LEY DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

TITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Ambito de Aplicación y Finalidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Art. 1.- La presente Ley regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.): la Inseminación Artificial (IA); Fecundación In Vitro (FIV); con transferencias de embriones (FIVTE); y la transferencia intratubarica de gametos (FIVTIG). Las cuales deberán realizarse en los centros autorizados por El Ministerio de Salud Publica y Asistencia Social.

Art. 2.- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida tienen como finalidad la actuación medica ante la esterilidad humana, para lograr la procreación cuando otros tratamientos sean descartados por ineficaces, pudiéndose recurrir a ellas para la prevención y tratamientos de enfermedades de origen genéticos o hereditarios.

Definiciones:

Art. 3.- Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

a) Técnicas de Reproducción Humana Asistida o T.R.H.A.: Conjunto de procedimientos médicos creados para lograr el nacimiento de un niño en parejas que se ven imposibilitadas para procrear por vía natural.

b) Inseminación Artificial o IA: Introducción del semen dentro de la vagina o útero de la mujer por medios diferentes a la copula o acoplamiento sexual.

c) Fecundación In Vitro: Unión de gametos masculino y femenino que se realiza en un cristal; hace referencia a una técnica de laboratorio. Como modalidades de la Fecundación In Vitro se encuentran: la FIVTE que significa Fecundación In Vitro con transferencias de embriones y la FIVTIG cuyo significado es Fecundación In Vitro con transferencia intratubarica de gametos.

d) Fecundación Post Mortem: Es cuando se realiza la inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja ya fallecido; o se implanta en la mujer un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido.

e) Maternidad Subrogada: Practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después que nazca.

f) Material Genético: Son los Gametos femeninos y masculinos en los cuales se encuentra la información necesaria para el desarrollo de un nuevo ser.

g) Gametos: Células reproductoras o germinales. El gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino óvulo. **Espermatozoide:** Célula reproductora o gameto masculino producido en los testículos. **Óvulo:** Célula reproductora o gameto femenino producidos en los ovarios.

h) Donante: Cualquier persona que ofrece sus gametos o en su caso el útero para uso o en beneficio de otra u otras personas.

i) Embrión: Célula que cubre una serie de etapas, desde la formación del cigoto hasta su transformación en feto, si llega a implantarse en el útero y desarrollarse. **Feto:** Se designa así al individuo en desarrollo ubicado en el útero materno desde el segundo mes de gestación hasta el momento del parto.

j) Implantación: Es el momento en el cual se establecen las relaciones celulares permanentes entre el embrión y la pared del útero de la madre.

TITULO SEGUNDO

DE LOS REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS T.R.H.A.

CAPITULO I

DE LOS REQUISITOS DE LOS USUARIOS

Art. 4.- Las T.R.H.A. solo se realizaran cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a-) Cuando de estudios médicos se concluya que es el tratamiento indicado y que existen posibilidades razonables de éxito, las cuales no suponen un riesgo grande para la salud de la mujer y sus futuros hijos.

b.-) En mujeres mayores de edad, casadas o conviviendo en unión de hecho, en buen estado físico y mental, con plena capacidad para actuar, si las han solicitado y consentido libremente.

c.-) El consentimiento tanto de la mujer como del marido o concubino, deberá ser previo a la aplicación de las T.R.H.A. y deberá ser otorgado de manera libre e informada, consiente, expresa y constara en Escritura Publica.

El consentimiento solo podrá ser revocado si no se ha realizado la fecundación de los gametos.

CAPITULO II

REQUISITOS DE LOS CENTROS AUTORIZADOS

Art. 5.- La Instituciones de salud que deseen ser autorizadas para brindar los servicios de aplicación de las T.R.H.A. deberán:

Presentar solicitud ante el Ministerio de Salud Publica y Prevención Social, para tal efecto.

Demostrar que cuentan con los recursos logísticos, financieros y de personal capacitado para cumplir eficazmente con la función para la cual solicitan ser autorizados.

Los demás establecidos por el respectivo reglamento.

Art. 6. – Los Centros autorizados para la realización de las T.R.H.A. deberán llevar historias clínicas individuales, las cuales deberán ser manejadas con las reservas sobre la esterilidad de los usuarios, y el origen de los hijos nacidos por estas Técnicas; así como el secreto de identidad cuando se recurra a donante.

Art. 7. - Las instituciones que cuenten con el departamento de infertilidad en las cuales se brinden los servicios de las T.R.H.A., deberán ser dirigidos por médicos, que tendrán la responsabilidad directa por la adecuada aplicación de la Ley.

TITULO TERCERO

DE LA FILIACION ORIGINADA DE LAS T.R.H.A

Determinación de la Filiación

Art. 8.- La Filiación de los nacidos por medio de la aplicación de las T.R.H.A. se determinará por las normas vigentes con los agregados contenidos en esta ley.

Art. 9.- La maternidad será determinada por el hecho del parto, no importando que el material genético femenino perteneciere a otra mujer.

Art. 10. - La paternidad de los niños nacidos por las T.R.H.A. se regirán por las presunciones del Código de Familia y en caso de que los gametos masculinos sean donados, se considerara padre del concebido al marido o concubino que haya prestado su consentimiento con todos los requisitos contenidos en el Art. 2 Lit. "c" de la presente ley.

Art. 11.- La identidad del donante es secreta, pero si por alguna razón se revelara, ello no implicará determinación legal de Filiación.

De la Inscripción:

Art. 12. - La inscripción en el Registro del Estado Familiar por ningún motivo reflejará datos de los cuales pueda concluirse que la concepción tuvo origen por el uso de las T.R.H.A.

Art. 13.- Si el conviviente luego de prestar su consentimiento para la utilización de las T.R.H.A, se negare a reconocer como suyo al niño nacido por dichas técnicas, bastara con que se presente ante el Registro del Estado Familiar la Escritura Publica en la que conste su consentimiento, junto con certificación medica que establezca la realización de dicha practica.

Impugnación de la Filiación:

Art. 14.- Los usuarios de las Técnicas una vez prestado el

consentimiento para su realización, no podrán impugnar la Filiación del hijo resultante de su aplicación, a menos que se pruebe que el niño no es producto de la utilización de las T.R.H.A.

Reclamación de la Filiación

Art. 15. - Cuando los gametos usados en las T.R.H.A. no pertenezcan a la pareja, el donante o la donante, no podrá realizar acción alguna de reclamación de la Filiación de los niño nacidos producto de ellas.

TITULO CUARTO
PROHIBICIONES EN LA APLICACIÓN DE LAS T.R.H.A.
CAPUTULO UNICO

Maternidad Subrogada

Art. 16.- Queda terminantemente prohibida la maternidad subrogada. Será nulo cualquier contrato en el que se convenga la gestación a cargo de una mujer, que al nacer el niño renunciará a la maternidad para que la asuma la mujer de la pareja contratante.

Fecundación Post Mortem

Art. 17.- Queda prohibida la Fecundación Post Mortem, aun cuando el fallecido haya plasmado su consentimiento en Escritura Publica o Testamento; salvo que el embrión exista al momento del fallecimiento, en cuyo caso se permitirá su implantación.

De los Médicos

Art. 18.- Los Médicos que realicen la aplicación de las T.R.H.A. tienen prohibido utilizar gametos propios, cuando se requiera de donación de los mismos.

Art. 19.- Queda prohibida la aplicación de cualquiera de las T.R.H.A., si no se cuenta con el consentimiento de ambos miembros de la pareja.

TITULO QUINTO

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y VIGENCIA

CAPITULO UNICO

Disposiciones Transitorias

Art. 20.- Los procesos cuya pretensión sea la impugnación, reclamación y reconocimiento de los lazos filiales iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se resolverán tal y como se ha venido realizando.

Reglamento

Art. 21.- El reglamento general de la presente ley, deberá ser emitido por el Presidente de la República, en un plazo de 30 días, contados a partir de la vigencia de esta ley.

Vigencia

Art. 22.- La presente Ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO, San Salvador, a los ____ días
del mes de _____ del año _____.

PRESIDENTA

PRIMER VICEPRESIDENTE

SEGUNDA VICEPRESIDENTA

TERCER VICEPRESIDENTE

PRIMER SECRETARIO

SEGUNDO SECRETARIO

TERCER SECRETARIO

CUARTO SECRETARIO

QUINTO SECRETARIO

BIBLIOGRAFÍA

BOSSERT, GUSTAVO A., “Manual de Derecho de Familia”, 3ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991.

CALDERON DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS, “Manual de derecho de Familia”, 3º Edición, Centro de Información Jurídica, San Salvador, 1996.

CANO, MARIA ELEONORA, “Breve Aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada” s.e, s.a.

DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ GOMEZ, “La Fecundación In Vitro y La Filiación”, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

ERRAZURIZ EGUIGUREN, MAXIMIANO, “Manual de Derecho Romano”, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

FABREGA RUIZ, CRISTÓBAL FRANCO, “Biología y Filiación”, s.e., Editorial Comares, Granada, 1999.

GOBIERNO VASCO, DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DEL PAIS VASCO, II Congreso Mundial del País Vasco, “La Filiación a Finales del Siglo XX Problemática Planteada Por Los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana”, 1ª Edición, Editorial Trivium. S.A., 1998.

GONZALEZ DE CANCINO, EMILSEN, “Los Retos Jurídicos de la Genética”, 1ª Edición, Editorial Departamento de Publicaciones, Bogota, 1995.

LLOVERAS, NORA, “Patria Potestad y Filiación”, s.e., Editorial de Palma, Buenos Aires, 1986.

PETIT, EUGENE, “Tratado Elemental de Derecho Romano“, s.e., Editorial Porrúa S.A., México, 1986.

PIEDRAHITA GOMEZ, HERNAN, “Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en Seres Humanos”, s.e., Editorial Librería del Profesional, s.a.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, “Curso de Derecho Civil”, s.e., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1986.

SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL, “Biogenética Filiación y Delito”, s.e., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

SUARES FRANCO, ROBERTO, “Derecho de Familia”, Tomo II, 3ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogota, 1999.

VII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DE FAMILIA, “Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana y su Control legal”, Tema III, s.e. , San Salvador, del 20 al 26 de Septiembre, 1992.

ZANNONI, EDUARDO, “Manual de Derecho de Familia”, s.e., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L., s.a.

LEYES:

Constitución de la República.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Código de Familia.

Código Civil Derogado.

OTRAS FUENTES:

www.gineconet.com/articulos/19.htm.

<http://aleph.cs.buap.mx/az18/com.htm>

<http://www.espectador.com/text/campell/cam09022.htm>

<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/regnardonantesra.htm/>

<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/libdermangenc1..htm/>

<http://www.bioetica.bioteca.org/mono1.htm/>

http://www.bioeticaweb.com/comentariosjuridicos/la_filiaon_en_d_caso_de_la_u
[t.htm_la_filiación_resultante](http://www.bioeticaweb.com/comentariosjuridicos/la_filiaon_en_d_caso_de_la_u)

http://www.datadiar.com/actual/legislacion/pena/135_88.htm.ley.35/1988

www.aaba.org.ar/bizoop12.htm

www.uchile.cl/bioetica/doc/resiss/htm

www.ub.es/fildt/eap29.htm

www.cl/programas/entremendos/em_anexo09.asp

bibliojuridicas.org/libros/1/82/4.htm

comité.bioético.org/mesa2.htm

vidahumana.org/vidafam/repro/biotecnología.html

GLOSARIO

Célula: Unidad fundamental estructural y funcional de los organismos vivos capaz de reproducción independiente. Representa un sistema multimembranoso, compartimentalizado en orgánulos o áreas funcionales específicas con funciones discretas, pero coordinadas e interrelacionadas de modo complejo. Las reproductoras se denominan gametos.

Cigoto: Célula formada por la fusión de los gametos. Dicha célula tiene la información genética que constituye el programa de la desarrollo del huevo.

Concepción: Acción y efecto de concebir. Fecundación.

Congelación: Conservación de los elementos biológicos a temperatura muy bajas durante un periodo de tiempo mas o menos largo.

Consanguinidad: Hace referencia al apareamiento de dos individuos relacionados entre si por sus antecesores.

Donante: Cualquier persona que ofrece sus gametos o en su caso el útero para uso o en beneficio de otra u otras personas.

Embrión: Célula que cubre una serie de etapas, desde la formación del cigoto, hasta la transformación en feto si llega a implantarse en el útero y desarrollarse.

Espermatozoide: Célula reproductora o gameto masculino producido en los testículos.

Esterilidad: Cualquier fallo total o parcial que presente un individuo en la producción de gametos funcionales (esterilidad gamética) o cigotos variables (esterilidad cigótica).

Fecundación: Unión de gametos masculinos y femeninos o fusión del óvulo con el espermatozoide.

Fertilidad: Potencial reproductivo de un individuo medido por la capacidad de producir descendencia viable.

Gameto: Célula reproductora o germinal. El gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino óvulo.

Gestación: Periodo intrauterino del desarrollo del embrión. Embarazo de la mujer.

Gestación subrogada: Sinónimo de maternidad subrogada: la que lleva consigo la subrogación del útero.

Inseminación Artificial: Introducción del semen dentro de la vagina o útero de la mujer por medios diferentes a la copula o acoplamiento sexual.

Infertilidad: Incapacidad para concebir, que puede ser transitoria o definitiva.

Implantación: Fijación del óvulo en la mucosa uterina.

Madre genética: La que proporciona el óvulo que al ser fecundado por el espermatozoide da lugar al cigoto, a partir del cual se desarrolla el nuevo ser.

Madre legal: La que asume, a los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de la maternidad. Puede ser o no la madre genética o la madre biológica.

Madre Subrogada: La que ha cedido su útero para la gestación de un embrión que le ha sido transferido. La madre subrogada que es la madre biológica, no coincide con la madre legal; no obstante puede ser en ocasiones la madre genética, en cuyo caso no es necesario la transferencia de embrión sino, simplemente, la inseminación artificial.

Óvulo: Célula reproductora o gameto femenino producidos en los ovarios.

Padre genético: El que proporciona el espermatozoide que al fecundar al óvulo da lugar al cigoto a partir del cual se desarrollará el nuevo ser.

Semen: Fluido compuesto por la mezcla de espermatozoide y secreciones producidas por la vesículas seminales, la próstata y las glándulas de Cowper.

Transferencia de Embriones: Acción de trasladar embriones al interior del útero.

Trompa de Falopio: Son dos conductos situados a ambos lados del útero destinados a conducir el óvulo procedente del ovario.

Útero: órgano de los mamíferos hembras en el que se desarrolla el embrión hasta el momento de parto.

Vagina: Órgano copulador femenino en forma de canal que va desde el útero hasta la abertura externa del canal genital.

ANEXOS

**LEY 22-11-1988, núm. 35/1988 REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA
(España)**

TEXTO: I

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la Inseminación Artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD), se viene realizando desde hace bastantes años: concretamente en España, el primer Banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento. La Fecundación In Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en nuestra nación el primero de los hoy casi cincuenta nacimientos por esta técnica tuvo lugar en 1984. La Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) comienza a realizarse también en España.

Las técnicas de Reproducción Asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Se calcula que en España hay unas 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil, admitiéndose un porcentaje del 10-13 por 100 del total, de las que un 40 por 100 podrían beneficiarse de la FIVTE o técnicas afines y un 20 por 100 de la Inseminación Artificial. Existen, además, 13 Bancos de gametos y 14 Centros o Establecimientos sanitarios, públicos o privados, en los que se realizan estas técnicas o sus procedimientos accesorios.

Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, ético, biomédico y jurídico principalmente.

Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer. Trátase de asuntos de enorme responsabilidad, que no pueden recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, que por otra parte tal vez rechazarían. En este orden de cosas, la creación de Comisiones Nacionales multidisciplinarias, constituidas con amplia representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y por expertos en estas técnicas, encargadas del seguimiento y control de la Reproducción Asistida, así como de la

información y asesoramiento sobre las mismas en colaboración con las autoridades públicas correspondientes, facilitará, como se está haciendo en otros países, y como recomienda el Consejo de Europa a sus Estados miembros en la Recomendación 1.046 de septiembre de 1986, la definición de sus límites de aplicación, contribuyendo además a superar normativas nacionales aisladas que, dadas las posibilidades de expansión de estas técnicas, resultarían ineficaces o contradictorias.

Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de Reproducción Asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa.

TEXTO II

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de Reproducción Asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de

Reproducción Asistida, y la adaptación del Derecho allí donde proceda, con respecto a: el material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crioconservación de gametos y preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.).

El material biológico utilizado es el de las primeras fases del desarrollo embrionario, es decir, aquel desarrollo que abarca desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento. Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario, tal y como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1.046, de 1986.

Generalmente se viene aceptando el término «preembrión» - también denominado «embrión preimplantatorio», por corresponderse con la fase de preorganogénesis-, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero - acabado el proceso de implantación que se inició días antes-, y aparece en él la línea primitiva. Esta terminología ha sido adoptada también por los Consejos Europeos de investigación médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días 5 y 6 de junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia. Por «embrión» propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos

meses y medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de «embrión posimplantatorio», a que hace referencia el Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania para estudio de las «Posibilidades y riesgos de la tecnología genética» presentado como Documento 10/6.775 de 6 de enero de 1987. Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado in vitro más allá del día 14 al que sigue a su fecundación, sostenido en la aludida Recomendación 1.046 del Consejo de Europa, en el Documento del CAHBI o Comité adhoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas, de 5 de marzo de 1986 (Principio 18, variante 2d), en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados, aprobado por el Pleno el 10 de abril de 1986, y en otros Informes o documentos, con lo que se manifiesta la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embriológico. Al margen de tales consideraciones biológicas, diversas doctrinas constitucionales apoyan tal interpretación. Así el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en sentencia de 25/2/75, al establecer que «según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación», mientras que por su parte, el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 11/4/85 fundamento jurídico 5.a), se manifiesta expresando que «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte»; queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Finalmente, por «feto», como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son

embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones.

Teniendo en cuenta que la fecundación in vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de Reproducción Asistida en las personas que los aportan o en otra, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los Centros o Servicios que los manipulen o en los que se depositen.

La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias

de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo.

Los Centros o Establecimientos donde se realicen estas técnicas habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Sanidad o que se establezcan normativamente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen habrán de estar contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un Jefe de Centro o Servicio, en el ámbito de equipos de trabajo.

TEXTO III

En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán

más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas.

No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

TEXTO IV

No pretende esta Ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

CAPITULO PRIMERO

Ambito de aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida

Artículo 1.

1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados.

2. Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.
3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.
4. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14, 15, 16 y 17 de esta Ley.

CAPITULO II

Principios generales

Artículo 2. 1. Las técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente:

- a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.

2. Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los Equipos médicos y de los responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen.

3. La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella.

4. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.
5. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en Historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

Artículo 3. Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Artículo 4. Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

CAPITULO III

De los donantes

Artículo 5.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado.
2. La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor.
3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.
4. El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

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.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un 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 artículo 8.º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

6. El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles.

7. Los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del marido, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de su esposa.

Las usuarias de las técnicas

Artículo 6.

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.
3. Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
4. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8.º, apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.
5. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de Reproducción Asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Las padres y los hijos

Artículo 7.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.
2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que puedan inferirse el carácter de la generación.

Artículo 8.

1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes,

podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

Artículo 9.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Artículo 10.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

CAPITULO IV

Crioconservación y otras técnicas

- Artículo 11. 1. El semen podrá crioconservarse en Bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.
2. No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.
 3. Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años.
 4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.

Diagnóstico y tratamiento

- Artículo 12. 1. Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.

2. Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente.

Artículo 13 1. Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

2. Toda intervención sobre el embrión o sobre el feto en el útero vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo.

3. La terapéutica a realizar en preembriones in vitro, o en preembriones, embriones y fetos; en el útero, sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola, hayan sido rigurosamente informados sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente.

b) Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías, al menos, razonables, de la mejoría o solución del problema.

c) Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

d) Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza.

e) Si se realiza en Centros sanitarios autorizados, y por Equipos cualificados y dotados de los medios necesarios.

Investigación y experimentación

Artículo 14. 1. Los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación básica o experimental.

2. Se autoriza la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de los ovocitos, así como de crioconservación de óvulos.
3. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones con fines de procreación.
4. Se autoriza el test del hamster para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos hasta la fase de división en dos células del óvulo del hamster fecundado, momento en el que se interrumpirá el test. Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o, en su caso, de la Comisión Nacional multidisciplinar, si tiene competencias delegadas.

Artículo 15. La investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

1. Para cualquier investigación sobre los preembriones, sea de carácter diagnóstico, o general, será preciso:
 - a) Que se cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, incluidos, en su caso, los donantes, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones.
 - b) Que no se desarrollen in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieron haber estado crioconservados.
 - c) Que la investigación se realice en Centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados bajo control de las autoridades públicas competentes.
2. Sólo se autorizará la investigación en preembriones in vitro viables:
 - a) Si se trata de una investigación aplicada de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos o preventivos.
 - b) Si no se modifica el patrimonio genético no patológico.
3. Sólo se autorizará la investigación en preembriones con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos:

- a) Si se trata de preembriones no viables.
- b) Si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.
- c) Si se realiza en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes o, en su caso, por delegación, por la Comisión Nacional multidisciplinar.
- d) Si se realiza en los plazos autorizados.

Artículo 16. 1. En las condiciones previstas en los artículos 14 y 15 de esta Ley se autoriza:

- a) El perfeccionamiento de las técnicas de Reproducción Asistida y las manipulaciones complementarias, de crioconservación y descongelación de embriones, de mejor conocimiento de los criterios de viabilidad de los preembriones obtenidos in vitro y la cronología óptima para su transferencia al útero.
- b) La investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases iniciales sobre el envejecimiento celular, así como sobre la división celular, la meiosis, la mitosis y la citocinesis.
- c) Las investigaciones sobre los procesos de diferenciación, organización celular y desarrollo del preembrión.
- d) Las investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina, los mecanismos de la ovulación, los fracasos del desarrollo de los ovocitos o de la implantación de los óvulos fecundados en el útero, así como sobre las anomalías de los gametos y de los óvulos fecundados.
- e) Las investigaciones sobre la estructura de los genes y los cromosomas, su localización, identificación y funcionalismo, así como los procesos de diferenciación sexual en el ser humano.
- f) Las investigaciones sobre la contracepción o anticoncepción, como las relacionadas con la creación de anticuerpos modificadores de la zona pelúcida del óvulo, la contracepción de origen inmunológico, la contracepción masculina o la originada con implantes hormonales de acción continuada y duradera.

g) Las investigaciones sobre los fenómenos de histocompatibilidad o inmunitarios, y los de rechazo entre el esperma y/o los óvulos fecundados y el medio vaginal, el cuello o la mucosa uterina.

h) Las investigaciones de la acción hormonal sobre los procesos de gametogénesis y sobre el desarrollo embriológico.

i) Las investigaciones sobre el origen del cáncer y, en especial, sobre el corioepitelioma.

j) Las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, tales como las cromosopatías, las metabolopatías, las enfermedades infecciosas o las inducidas por agentes externos (mutágenos, teratógenos, físicos, químicos u otros), en especial las de mayor gravedad.

k) Cualquier otra investigación que se estime oportuno autorizar por normativa, o a falta de ésta, por la Comisión Nacional multidisciplinar.

2. Se prohíbe la experimentación en preembriones vivos, obtenidos in vitro, viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines. Si en determinados protocolos experimentales se demuestra que el modelo animal no es válido, se podrá utilizar la experimentación en preembriones humanos no viables por las autoridades competentes o por la Comisión Nacional multidisciplinar, si así se delega.

3. Cualquier proyecto de experimentación en preembriones no viables in vitro deberá estar debidamente documentado sobre el material embriológico a utilizar, su procedencia, plazos en que se realizará y objetivos que persigue. Una vez terminado el proyecto autorizado, se deberá trasladar el resultado de la experimentación a la instancia que concedió tal autorización.

4. Se prohíbe la experimentación en preembriones en el útero o en las trompas de Falopio.

Artículo 17. 1. Los preembriones abortados serán considerados muertos o no viables, en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.

2. Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente conocidos y autorizados.
3. Se autoriza la utilización de preembriones muertos con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

CAPITULO V

Centros sanitarios y Equipos biomédicos

Artículo 18. Todos los Centros o Servicios en los que se realicen las técnicas de Reproducción Asistida, o sus derivaciones, así como los Bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano, tendrán la consideración de Centros y Servicios sanitarios públicos o privados, y se registrarán por lo dispuesto en la Ley General de Sanidad y en la normativa de desarrollo de la misma o correspondiente a las Administraciones Públicas con competencias en materia sanitaria.

Artículo 19. 1. Los Equipos biomédicos que trabajen en estos Centros o Servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de Reproducción Asistida, sus aplicaciones complementarias, o sus derivaciones científicas, y contarán para ello con el equipamiento y medios necesarios. Actuarán interdisciplinalmente y el Director del Centro o Servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones.

2. Los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de Reproducción Asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

3. Los Equipos médicos recogerán en una Historia Clínica, a custodiar con el debido secreto y protección, todas las referencias exigibles sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

CAPITULO VI

De las infracciones y sanciones

Artículo 20. 1. Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad.

2. Además de las contempladas en la Ley General de Sanidad, a los efectos de la presente Ley, se consideran infracciones graves y muy graves las siguientes:

A) Son infracciones graves:

- a) El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos biomédicos.
- b) La vulneración de lo establecido por la Ley General de Sanidad, la presente Ley y normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de trabajo.
- c) La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente Ley, así como la falta de realización de Historia Clínica.

B) Son infracciones muy graves:

- a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.
- c) Mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.
- d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.

- e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.
- f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos en los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen, y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.
- g) Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes.
- b) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE a la TIG.
- i) Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de vitalidad.
- j) Desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley.
- k) Crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.
- l) La creación de seres humanos por colación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.
- m) La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- n) La selección del sexo a la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.
- o) La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductivos u otros.
- p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para la producción de híbridos.
- r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas.

- s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.
- t) La creación de preembriones con espermatozoides de individuos diferentes para su transferencia al útero.
- u) La transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulo de distintas mujeres.
- v) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.
- x) Las investigaciones o experimentaciones que se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen.

3. Cuando las infracciones sean imputables al personal sanitario adscrito a Centros públicos, la exigencia de responsabilidad se ajustará a las respectivas normas de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración Pública.

CAPITULO VII

Comisión Nacional de Reproducción Asistida

Artículo 21

1. El Gobierno establecerá mediante Real Decreto la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, a colaborar con la Administración en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los Centros o Servicios donde se realiza las técnicas de Reproducción Asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.

2. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida podrá tener funciones delegadas, a falta de la normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos, de investigación o de experimentación.
3. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida estará constituida por: representantes del Gobierno y de la Administración; representantes de las distintas sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas, y por un Consejo de amplio espectro social.
4. Una vez fijadas por el Gobierno las competencias y funciones de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, Esta realizará su propio Reglamento, que deberá ser aprobado por aquél.

DISPOSICION TRANSITORIA

El gobierno, en el plazo de seis meses, y según los criterios que informen la Ley general de Sanidad, regulara y armonizará los términos de esta Ley con respecto a las Comunidades Autónomas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.-El Gobierno, mediante Real Decreto y en el plazo de seis meses, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, establecerá:

- a) Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios sanitarios, así como de los Equipos biomédicos relacionados con las técnicas de Reproducción Asistida, de los Bancos de gametos y preembriones o de las células, tejidos y órganos de embriones y fetos.

- b) Los protocolos de información de los donantes y de los usuarios relacionados con estas técnicas, a presentar por los Equipos biomédicos de los Centros y Servicios sanitarios correspondientes.
- c) Los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y los usuarios relacionados con estas técnicas, a cumplimentar por los Equipos biomédicos.
- d) La lista de enfermedades genéticas o hereditarias que puedan ser detectadas con el diagnóstico prenatal, a efectos de prevención o terapéutica, y susceptible de ser modificada a medida que los conocimientos científicos así lo exijan.
- e) Los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, preembriones o fetos humanos y aquellas autorizaciones al respecto que puedan delegarse en la comisión Nacional de Reproducción Asistida.

Segunda.-El gobierno, en el plazo de seis meses, a partir de la promulgación de la presente Ley establecerá las normas de transporte de gametos y preembriones o sus células, entre el Centro y Servicios autorizados y relacionados con estas técnicas o sus derivaciones.

Tercera.-El gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la promulgación de esta Ley, regulará la creación y organización de un registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de secreto y en forma de clave:

- a) El Registro Nacional consignará, asimismo, cada hijo nacido de los distintos donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras, y su localización territorial en cada momento, siempre que sea posible.
- b) Si el Registro Nacional o en los Centros o Servicios en los que se realizan las técnicas de Reproducción Asistida se tuviere conocimiento de que han fallecido los correspondientes donantes, la muestra donada pasará a disposición de los Bancos, que la utilizará en los términos acordados con aquéllos y en base a esta ley.

Cuarta.-el gobierno, en el plazo de seis meses, a partir de la promulgación de esta Ley, regulará los requisitos de constitución, composición, fusiones y atribuciones de la comisión Nacional Asistida y sus homólogos regionales o en los Centros y Servicios.

RECOMENDACIONES DE LA COMISION WARNOCK (REINO UNIDO)
RECOMENDACIONES CONTENIDAS EN EL «INFORME DE LA COMISION
DE INVESTIGACION SOBRE FECUNDACION Y EMBRIOLOGIA HUMANA»
(Londres, julio 1984)

A) ORGANISMO PARA LA CONCESION DE LICENCIAS Y
FUNCIONES DEL MISMO

1. Debe establecerse por ley una nueva autoridad para la concesión de licencias en orden a regular tanto la investigación como aquellos servicios para tratamiento de la Infertilidad que, según recomendación de la comisión han de ser objeto de control.
2. Entre los miembros de esta autoridad creada por ley en orden a regular la investigación y los servicios para tratamiento de la Infertilidad ha de haber una sustancial representación de no profesionales, el presidente será un no profesional.
3. Todos los facultativos cuyos servicios, según recomendación de la comisión, han de ser prestados sólo con licencia, y todos los locales utilizados en tal prestación, incluido el suministro de semen fresco y los bancos para almacenar óvulos, semen y embriones humanos congelados, deben ser autorizados por el organismo concesionario de las licencias.
4. La IAD (inseminación artificial con donante), supuesta una adecuada organización y con la debida autorización, estará a disposición de aquellas parejas infértiles para las que pueda estar indicada. La prestación de servicios de IAD sin licencia para ese fin, debe ser constitutiva de delito.
5. Los servicios de FIV (fecundación in vitro) deben seguir estando disponibles, sometidos al mismo tipo de autorización e inspección recomendado para la regulación de la AID.

6. La donación de óvulos debe ser aceptada como una técnicas reconocida par el tratamiento de la Infertilidad, sujeta al mismo tipo de autorización e inspección recomendado para la regulación de la AID y de la FIV.
7. La donación de embriones que supone la donación de semen y óvulos fecundados in vitro, debe ser aceptada como tratamiento de la Infertilidad, sujeta al mismo tipo de autorización y control recomendado para la AID, la FIV y la donación de óvulos.
8. La técnica de donación de embriones por lavado no debe utilizarse actualmente.
9. No deben utilizarse óvulos congelados en tratamientos terapéuticos hasta que se demuestre que no conllevan ningún riesgo inaceptable. Este punto será materia a revisar por el organismo concesionario de las licencias.
10. El uso clínico de embriones congelados podrá continuarse bajo la vigilancia del organismo concesionario de las licencias.
11. La investigación realizada sobre embriones humanos in vitro y el manipularlos deben ser permitidos sólo bajo licencia.
12. Ningún embrión humano derivado de fecundación in vitro (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación,. Si no es traslado al cuerpo de una mujer; Tampoco se le puede utilizar como objeto de investigación más allá de los catorce días a partir de al fecundación. Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión esté congelado.
13. Para la utilización o disposición de los embriones sobrantes, deben contarse con el debido consentimiento. 14. Un correcto proceder pide que ninguna investigación se realice sobre un embrión sobrante sin el consentimiento informado de la pareja de la cual se generó, siempre que sea esto posible.
15. La fecundación interespecies, como parte de un programa reconocido para alivio de la Infertilidad o utilizada en orden a la evaluación o diagnóstico de la subfertilidad, debe estar sujeta a licencia; y es condición para la concesión de la misma que el desarrollo de cualquier híbrido resultante sea interrumpido en la fase de dos células.

16. El organismo competente para la concesión de licencias verá la necesidad de realizar estudios de seguimiento sobre los niños nacidos de las nuevas técnicas, incluyendo la necesidad de mantener un registro central de tales nacimientos.

17. La compra-venta de embriones o gametos humanos debe ser permitida sólo con autorización del organismos concesionario de licencias y está sujeta a las condiciones que él fije.

B) PRINCIPIOS QUE DEBEN REGULAR LA PRESTACION

18. Un correcto proceder pide que cualquier tercero, donante de gametos para el tratamiento de la Infertilidad ha de ser desconocido para la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento; igualmente el donante no ha de conocer la identidad de la pareja asistida.

19. Algún tipo de asesoramiento debe estar a disposición de toda pareja infertil y de los donantes durante cualquier fase del tratamiento, tanto en el «Servicio nacional de salud» como en el sector privado.

20. Al llegar a los dieciocho años, el hijo tendrá acceso a la información básica sobre el origen étnico y la salud genética del donante y se aprobará una ley para reconocer este derecho.

21. En el caso de formas más especializadas de tratamiento de la Infertilidad, el consentimiento escrito de la pareja debe ser obtenido, siempre que sea posible, antes de iniciar el tratamiento; así lo pide un correcto modo de proceder. EL consentimiento escrito debe obtenerse en un formulario apropiado de consentimiento.

22. El consentimiento formal y escrito de la pareja debe ser siempre obtenido antes de comenzar el tratamiento de IAD; así lo pide un correcto modo de proceder. El formulario de consentimiento debe ser íntegramente explicado a ambas partes.

23. Por ahora, debe establecerse un límite de diez niños engendrados por un donante.

24. Cuando un facultativo se niegue a la prestación del tratamiento, deberá dar al paciente una explicación completa de sus razones.
25. Los números del «Servicio de salud» de cada donante deben ser controlados por las clínicas donde hagan sus donaciones con un nueva lista central de números del SNS de los donantes existentes y ésta deberá mantenerse aparte del registro de donantes del SNS («Servicio nacional de salud»)
26. Ha de tenderse gradualmente hacia un sistema en el que a los donantes de semen se les paguen únicamente sus gastos.
27. Los principios exigidos por un correcto modo de proceder, expuestos respecto de otras técnicas deben aplicarse a la donación de óvulos: anonimato de la donante, limitación a diez del número de niños nacidos de los óvulos de una donante, claridad con el niño sobre sus orígenes genéticos, disponibilidad de asesoramiento para todas las partes, consentimiento informado.
28. Debe ser aceptada la práctica de ofrecer gametos y embriones donados a quienes corren el riesgo de transmitir taras hereditarias.
29. Toda clase de instrumental para seleccionar el sexo, de los llamados «hágalo usted mismo», deben ser colocados bajo el control previsto por la ley de medicina, con el fin de garantizar la seguridad, eficiencia y nivel aceptable de uso, de tales productos.
30. Debe continuar la utilización de semen congelado para la inseminación artificial
31. Ha de haber revisiones automáticas cada cinco años, de los depósitos de semen y de óvulos.
32. El período máximo para almacenar embriones será de diez años; una vez transcurrido éste, el derecho a usarlos a disponer de ellos pasará a la autoridad de la instalación en que se conservan.
33. Cuando muera un miembro de la pareja, el derecho a usar o disponer de cualquier embrión depositado por ella, deberá pasar al que sobreviva. Si mueren ambos, el derecho pasará a la autoridad responsable de la conservación.
34. A falta de consenso entre la pareja, el derecho a decidir el uso o la disposición de un embrión, pasará a la autoridad responsable de la conservación, como si hubiera vencido el período de diez años.

C) PRESTACION DEL SERVICIO

35. Se sustanciarán fondos para la recogida de datos adecuados sobre la Infertilidad y los servicios para su tratamiento.

36. La respectiva autoridad sanitaria ha de revisar las instalaciones par el estudio y tratamiento de la Infertilidad y contemplar, separada de los servicios generales de ginecología, la creación de una clínica especializada en fertilidad, que mantenga estrechas relaciones con otras unidades especializadas y que incluya servicios de asesoramiento genético organizados a nivel regional y supraregional.

37. Donde no sea posible tener una clínica independiente, los pacientes con problemas de Infertilidad han de ser atendidos separadamente de otros pacientes ginecológicos, siempre que sea posible.

38. Debe crearse un grupo de trabajo a nivel nacional, integrado por departamentos centrales de salud, autoridades sanitarias y personas que trabajen en el campo de al Infertilidad, con el fin de redactar una guía detallada con la organización de los servicios. 39. La inclusión de proyectos para servicios de Infertilidad ha de considerarse como parte de la próxima confección de planes estratégicos por las autoridades sanitarias.

40. La FIV debe seguir prestándose dentro del «Servicio nacional de salud».

41. Uno de los primeros cometidos del grupo de trabajo será el ver la mejor forma de organizar los servicios de FIV dentro del «Servicio nacional de salud»

D) LIMITES LEGALES A LA INVESTIGACION

42. El embrión humano debe recibir algún tipo de protección legal.

43. Cualquier uso no autorizado de un embrión in vitro constituirá en sí mismo un delito.

44. La legislación debe disponer que la investigación pueda llevarse a cabo sobre cualquier embrión resultante de fecundación in vitro, cualquiera que sea su procedencia,

hasta el fin del día catorce después de la fecundación, pero sujeta a cualquiera otra limitación que pueda imponer la autoridad competente para la concesión de licencias.

45. Será delito tratar o utilizar como objeto de investigación cualquier embrión humano derivado de la fecundación in vitro más allá del límite de los catorce días después de la fecundación.

46. Ningún embrión utilizado como objeto de investigación puede ser trasladado al organismo de una mujer.

47. Cualquier uso sin licencia de fecundación inter-especies utilizando gametos humanos debe ser delito. 48. La colocación de un embrión humano en el útero de una especie en orden a su gestación debe considerarse delito. 49. El organismo concesionario de licencias deberá promulgar un guía sobre qué tipo de investigación aparte aquellos prohibidos por la ley, serían difícilmente aceptables desde un punto de vista ético en cualquier circunstancia y que, por lo tanto, no serían autorizados.

50. La compraventa de gametos o embriones humanos debe constituir un delito.

E) MODIFICACIONES LEGALES

51. Los niños concebidos por IAD deben ser contemplados por la ley como hijos de sus madres y de los maridos de éstas, cuando ambos hayan prestado su consentimiento al tratamiento.

52. Debe modificarse la ley de manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternos respecto al hijo.

53. Siguiendo a la Comisión Inglesa de Derecho, debe presumirse que el marido ha consentido a la IAD, salvo prueba en contrario.

54. La ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre.

55. La legislación propuesta debe aplicarse también a los niños nacidos como resultado de la donación de embriones.

56. La legislación propuesta debe aplicarse también a los niños nacidos como resultado de la donación de embriones.

57. Debe introducirse una legislación que convierta en delictiva la creación o funcionamiento en el Reino Unido de agencias entre cuyos fines esté el reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados o la realización de gestiones a favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una mujer portadora; semejante legislación debe ser lo suficientemente amplia como para incluir organización lucrativa y no lucrativa.

58. La legislación debe ser lo suficientemente amplia como para hacer penalmente responsables a los profesionales y otras personas que ayuden a sabiendas a establecer un embarazo subrogado.

59. Debe establecerse por ley que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación sean contratos ilegales y, por tanto, no podrán hacerse valer ante los tribunales.

60. La legislación ha de prever que cuando una persona muera durante el período de depósito o cuando no pueda ser localizada en la fecha de la revisión, el derecho a utilizar o disponer de sus gametos congelados deberá pasar a la autoridad responsable del depósito.

61. Debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño nacido a partir de una IAC (Inseminación artificial del cónyuge) y que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea tenido en cuenta para sucederle o heredarle.

62. Debe promulgarse una legislación que garantice la no existencia de un derecho de propiedad sobre un embrión humano.

63. A efectos de establecer la primogenitura, el factor determinante será la fecha y hora de nacimiento y no la fecha de fecundación.

64. Debe promulgarse una legislación que prevea que cualquier niño nacido como resultado de una FIV, utilizando un embrión congelado y depositado en un banco, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea retenido en cuenta para sucederle o heredarle.

RECOMENDACIONES DE LA COMISION PALACIOS (ESPAÑA)

[359-374]

**INFORME DE LA COMISION ESPECIAL DE ESTUDIO DE AL
FECUNDACION «IN VITRO» Y LA INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA
(aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión el día 10 de abril
de 1986, pp. 197-216)**

Como resultado de los trabajos realizados en la «Comisión especial de estudio de al fecundación in vitro y al inseminación artificial humanas», se elevan al Congreso de los diputados las siguientes

RECOMENDACIONES

A) DE CARACTER GENERAL

1. Se deberá autorizar la realización de las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro con transferencias de embriones, u otras similares), siempre que estén justificadas y autorizadas y se realicen en centros o servicios sanitarios y por equipos cualificados y legitimados
2. Debería procederse a la probación de una legislación que posibilite y regule las técnicas de fecundación asistida, así como la investigación y experimentación positivas que de aquellas puedan derivarse. En su defecto, y hasta entonces deberían promulgarse las normas reglamentarias precisas.
3. La legislación o normativa debería tenerse en cuenta los intereses en conflicto de las mujeres receptoras, de los padres legales, de los donantes, de los futuros hijos, de los centros sanitarios y de los colectivos profesionales que realicen o intervengan en la realización de estas técnicas.
4. Debería producirse legislación o normativa sobre la cualificación y protección jurídica de los gametos y de los embriones humanos, considerando a estos últimos desde su origen y hasta su extinción natural, no provocada caprichosa ni arbitrariamente.

5. Debería garantizarse tanto al hombre como a la mujer, solteros o casados, el secreto sobre su esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción.
6. Se debería considerara como pareja heterosexual estable a la pareja que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquel.
7. Deberán prohibirse las denominadas «desviaciones no deseables» será considerada delito criminal.
9. Debería prohibirse la importación de gametos o embriones humanos.
10. No debería autorizarse la realización de estas técnicas en parejas homosexuales.
11. Se debería permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia. Véanse recomendaciones 13 y 61.
12. Se debería permitir la utilización de embriones en favor de un miembro del matrimonio o la pareja, estable, después que el otro miembro haya fallecido.
13. Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de al muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o herencia del fallecido.
14. Se deberá reglamentar sobre las condiciones en que se puedan congelar los gametos o embriones con garantías para su integridad y viabilidad, y sobre las manipulaciones de que puedan ser objeto.
15. Debería definirse legislativamente el ámbito constitucional de al investigación de la paternidad y maternidad.
16. Debería actualizarse la legislación en materia de adopción.

2.

B) SOBRE LAS TECNICAS DE FECUNDACION ASISTIDA

17. La inseminación artificial y al fecundación in vitro con transferencia de embriones o técnicas

- afines tendrán como finalidad fundamental la actualización médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando o imposibles de realizar.
18. Estas técnicas podrán utilizarse también para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo, y sea factible hacerlo con suficientes garantías.
 19. Una vez realizadas las técnicas, podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos y con embriones humanos no variables ni implantaciones, con fines exclusivamente positivos y en base a una estricta regulación.
 20. Estas técnicas no deberán aplicar solamente cuando haya posibilidades de éxito y no supongan riesgo para la salud de la madre o la descendencia.
 21. Estas técnicas no deberán utilizarse con la intervención de seleccionar el sexo del futuro hijo, excepto cuando se trate de evitar una grave enfermedad ligada al sexo del hijo que va a nacer.
 22. Estas técnicas sólo podrán realizarse en personas mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica y genética, cuando aquéllas así lo soliciten y estén indicadas.
 23. Se considera obligatoria una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas de reproducción humana o sean donantes o receptores de gametos y embriones humanos, sobre los aspectos o implicaciones posibles de las técnicas como pueden ser los resultados previsibles o sus riesgos.
 24. La información y asesoramiento se extenderá a cuentas consideraciones de carácter jurídico, biológico, ético o económico (si hubiere costes), lo requieran.
 25. La aceptación de cualquier a de estas técnicas o sus derivaciones deberá recogerse en un formulario al efecto, cubierto y firmado por los propios receptores y/o donantes.
 26. La mujer debe firmar libre y responsablemente su consentimiento para la inseminación artificial o la FIV y la TE o técnicas afines y podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización.
 27. La inseminación artificial o la FIV u otras técnicas afines realizadas con semen de donante, en el caso de parejas estables o matrimonio deberán hacerse también con consentimiento expreso y escrito del varón de la pareja correspondiente.

28. La fecundación in vitro con óvulos de donante deberá hacerse con el conocimiento y consentimiento escrito previos tanto de al mujer como del varón con el que forma pareja o matrimonio.
29. Nunca deberá mezclarse semen de diferente donantes para inseminar a una mujer.
30. Nunca deberá utilizarse óvulos de distintas donantes para realizar una FIV o técnicas similares.
31. Se deberá autorizar la capacitación in vitro del semen del varón correspondiente, para realizar una IAC.
32. En el supuesto de que por regulación legal o en su defecto por acuerdo de la «Comisión nacional de fecundación asistida» se autorizase una gestación con estas técnicas sin finalidad terapéutica, los gastos no deberán ser costeados con fondos públicos.
33. Deberá transferirse al útero de al mujer solamente gametos o embriones con las debidas garantías genéticas y de viabilidad.
34. Solamente deberán transferirse al útero de al mujer el número de embriones considerado científicamente necesario para asegurar razonablemente el embarazo.
35. Cuando se realicen estas técnicas, con gametos o embriones de donantes especialmente, estos datos sólo constarán en la historia clínica de la mujer , que deberá tratarse con las reservas exigibles.

C) LA DONACION DE GAMETOS Y EMBRIONES

36. Se debería autorizar la donación de gametos y embriones humanos.
37. La donación de gametos para la fecundación asistida no debería poder ser revocada.
38. La donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo y comercial, si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquéllas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento.
39. Se deberán prohibir las instituciones, ajenas a los centros sanitarios autorizados para realizar las técnicas de fecundación asistida, que trafiquen con gametos o embriones humanos.
40. Las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos serán objeto de sanción.
41. La donación de gametos o de embriones será realizada únicamente por personas mayores de edad, en buen

estado de salud psicofísica y genética y con libertad y capacidad para decidir.

42. La donación de gametos a los bancos de gametos sólo se podrá realizar cuando el estudio psicofísico estandarizado de los donantes resulte favorable, e incluirá el fenotipo y el cariotipo, para descartar la transmisión de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas.

43. Tales estudios de selección de donantes, y en el caso de utilización de material genérico fresco para uso inmediato, se realizarán en la medida de lo posible con la misma amplitud que cuando el material se va a congelar.

44. La donación de gametos o embriones será siempre voluntaria, y se realizará sin ningún tipo de coacción o inducción sobre los donantes, que la realizarán dando consentimiento escrito una vez que son aceptados como tales y han sido informado sobre sus fines y consecuencias.

45. La edad de los donantes debería establecerse entre los dieciocho y los treinta y cinco años de edad.

46. Cada hombre o mujer que donen semen y óvulos, respectivamente, y también si conjuntamente donaran embriones, deberán comunicar si están casados o forman pareja estable o no . Cuando ocurra lo primero, deberán hacer la donación con consentimiento del otro miembro al que están vinculados.

47. Los donantes de gametos y embriones deberán ser mantenidos en el anonimato, custodiándose su ficha o historia clínica referencia en los Centros y Servicios Sanitarios con la exigencia del más escrito secreto.

48. Los donantes no deberán conocer la identidad de la receptora, y viceversa.

49. Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que el o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad.

50. Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad.

51. Los donantes tienen derecho a que los gametos o embriones sean tratados con las debidas garantías científicas y técnicas.

52. De un/ a mismo/ a donante de semen u óvulos, respectivamente, sólo deberían nacer como máximo seis descendientes, y en una misma circunscripción territorial, hasta que este número se determine por Ley.

53. Se prohibirá desvelar la identidad de los donantes de gametos o embriones, y de los receptores.

Sólo cuando se den circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implicara reconocimiento jurídico de la paternidad ni publicidad de la identidad del donante.

54. No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores, o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo que los receptores o los hijos nacidos soliciten información general sobre los donantes que no incluya su identificación.

55. Debería organizarse un registro nacional informatizado de donantes de gametos y embriones, así como de las muestras de material reproductor humano, con las garantías, cautelas y requisitos precisos, y en forma de clave.

56. El registro nacional de donantes de gametos y embriones debería consignar asimismo cada uno de los hijos nacidos de los distintos donantes, la identidad de las parejas o personas receptoras y su localización territorial, siempre que sea posible.

57. SE garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación.

58. La donación por parte del banco de gametos o embriones a posibles receptores, exigirá en éstos los mismos estudios y pruebas a los donantes.

59. Los donantes de gametos y embriones nunca intervendrán en el traslado del material donado de un Centro o servicio a otro.

60. Cuando en el registro nacional citado o en los centros o servicios sanitarios dedicados a la fecundación asistida se tenga conocimiento de que han fallecido los correspondientes donantes, la muestra donada deberá pasar a disposición de los bancos en que el depósito deberá conservarse para ser utilizada según el acuerdo establecido al hacer la donación.

61. Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrán ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido.

62. Las personas que vayan a ser tratadas con radio terapia, quimioterapia o procedimientos similares para los mismos fines, podrán depositar sus muestras de material reproductor en los bancos correspondientes, y sólo

para su propia utilización posterior. Estas muestras serán destruidas si los depositantes fallecieran.

63. No deberá permitirse la donación de embriones obtenidos por lavado uterino, para transferencia a otra mujer.

D) SOBRE MANIPULACION CON GAMETOS Y EMBRIONES

64. El semen podrá congelarse, conservarse y depositarse en bancos de gametos autorizados, durante el tiempo que la Ley determine y con las garantías que se señalen. Hasta que no exista normativa, el tiempo máximo de congelación se deberá establecer en cinco años.

65. La congelación de óvulos no deberá autorizarse con fines terapéuticos hasta que se demuestre científicamente como realizable, con las garantías precisas.

66. Tales criterios de permanencia de las muestras en el banco de gametos podrán ser modificadas por indicación de la «Comisión nacional de fecundación asistida», en base a los nuevos conocimientos o avances técnicos y de forma reglamentada.

67. Deberá comunicarse a la pareja a cuya mujer se realiza una FIVTE, el número de embriones sobrantes y su manipulación ulterior para la congelación, conservación y depósito.

68. Los embriones sobrantes, pero no transferidos al útero, podrán ser congelados y depositados en los bancos de embriones autorizados al efecto, por un máximo de cinco años, en tanto este tiempo de congelación no sea fijado por ley.

69. Pasados dos años del depósito de gametos o embriones congelados, éstos quedarán a disposición de los bancos correspondientes.

70. Hasta que se legisle al efecto, la duración de la congelación de los embriones podrá ser modificada reglamentariamente por indicación de la «Comisión nacional de fecundación asistida», y en función de los nuevos conocimientos científicos y técnicos.

71. El posible cambio en el tiempo de congelación de los embriones deberá comunicarse a la pareja que los produjo, salvo que los hubiera donado.

72. Los embriones congelados y almacenados en el banco de embriones que no hayan sido congelados a éste, o se encuentren en el plazo de congelación establecido, serán patrimonio de la pareja que los produjo para tener descendencia, la cual podrá disponer de ellos durante el tiempo

reglamentado, para una nueva gestación.

72 bis. Los embriones que queden a disposición del banco correspondiente sólo podrán ser utilizados para transferencia cuando sean implantables, en las condiciones que legalmente se establezcan, que en ningún caso podrán suponer comercialización de los mismos, o para investigación autorizada.

73. Las parejas con embriones sobrantes de la FIVTE y congelados, deberán expresar su voluntad por escrito sobre aquellos, para el caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, de divorcio, de contratación de enfermedades concretas o cuando deseen donarlos. Si hubieren fallecido, los embriones sobrantes pasarán a disposición del banco de embriones.

74. Mientras permanezcan congelados y en depósito, los embriones no tendrán ningún derecho jurídico hereditario.

75. Los gametos o embriones deberán ser revisados periódicamente, en los tiempos que reglamentariamente se estimen.

2. Investigación y experimentación

76. Sólo se autorizará la investigación y la experimentación en embriones no implantables.

77. Los embriones sólo pueden ser objeto de investigación y experimentación científica positivas hasta el catorce día siguiente al de su formación in vitro, y cuando se manifiesten en ellos señales de su imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías.

78. La investigación o experimentación sobre embriones sólo serán posibles si están autorizados legalmente, o en su defecto, por la «Comisión nacional de fecundación asistida» En cualquier caso esta «Comisión nacional» deberá conocer previamente los proyectos claramente desarrollados, y autorizarlos.

79. Cualquier investigación sobre embriones no implantables tendrá exclusivamente como finalidad una actuación positiva en beneficio del individuo y de la humanidad.

80. La investigación y experimentación en embriones deberá contar con el consentimiento de la pareja de la que son sobrantes, una vez que haya sido informada de los fines que se persiguen.

81. Los embriones no podrán ser mantenidos in vitro más allá de catorce días desde que fueron originados, descontando de ese tiempo el que estuvieren congelados. Pasados esos catorce días los

embriones deberán ser destruidos, o en otro caso se incurrirá en delito.

82. Los embriones que hayan sido objetivo de investigación no deberán desarrollarse más de catorce días, descontando de ellos el tiempo en que pudiera haber estado congelados.

83. Se prohibirá la transferencia de embriones al útero de una mujer, cuando hayan sido objeto de investigación.

84. Se prohibirá utilizar gametos humanos para producir embriones, si hubieren sido objeto de investigación y experimentación, y su transferencia a una mujer.

85. Durante la vida intrauterina, el embrión o el feto engendrados por estas técnicas de fecundación asistida o por vía natural, no podrán ser objeto de investigación si no es con una finalidad terapéutica legal (este sería el caso del diagnóstico de anomalías fetales graves para la interrupción voluntaria del embarazo según está establecido por ley).

86. Deberá autorizarse la investigación dirigida a conocer el origen y desarrollo de la vida humana, la infertilidad y sus causas, los medios de anticoncepción y el cáncer, especialmente el coriocarcinoma.

87. Deberá prohibirse la experimentación con embriones y gametos humanos.

88. Podrá autorizarse el test del hámster con fines positivos de investigación y experimentación. Si bien debería regularse normativamente o, en su defecto ser autorizadas previamente por la «Comisión nacional de fecundación asistida», una vez estudiado el expediente oportuno.

89. Se prohibirá la unión de gametos humanos con los de otras especies, y las denominadas «desviaciones no deseables» de estas técnicas de reproducción humana asistida que serán consideradas delito.

3. La terapéutica génica

90. La terapéutica génica sólo se autorizará en aquellas enfermedades en que haya un diagnóstico muy preciso, que sean de pronóstico muy grave o fatal, que no cuenten con otra alternativa de tratamiento y cuando ofrezca garantías de solución, al menos razonable, del problema.

91. La pareja deberá ser rigurosamente informada sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades de éxito y riesgos de la terapéutica génica, en el supuesto que ésta les fuera propuesta.

92. Se debería disponer de una lista de enfermedades en las que la terapia génica cuenta con medios diagnósticos fiables y con posibilidades razonables de éxito.
93. La terapéutica génica nunca deberá influir sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni irá dirigida a la selección de la raza.
94. La investigación de las enfermedades que se indiquen y la terapéutica génica, se realizará únicamente en centros o servicios autorizados, y por equipos especializados y autorizados.

E) LAS RECEPTORAS DE GAMETOS Y EMBRIONES

95. Se debería recomendar como edades más idóneas de la mujer para la procreación utilizando estas técnicas, las comprendidas entre los dieciocho y los treinta y cinco años.
96. Quienes vayan a ser asistida por estas técnicas de procreación no podrán escoger los donantes, debiendo confiara su elección al mejor criterio del equipo médico que realiza las técnicas.
- < 97. Se deberá garantizar que los donantes tengan la mayor similitud fenotípica e inmunológica, y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y con el varón de pareja o matrimonio que constituyen.
98. Las receptoras de gametos o embriones y el varón que forme la pareja estable o matrimonio, tienen derecho a conocer determinadas características del o de los donantes, tales como el fenotipo, el grupo étnico, el grupo sanguíneo, la salud genética, etc., pero no su identidad.
99. La mujer y su pareja tienen derecho a ser informados sobre las pruebas que se hayan realizado al o a los donantes elegidos para contribuir a la realización en ella de estas técnicas.

F) CON RESPECTO A LOS PADRES

100. Deberá regularse que le matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice una IAD, o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes previa y fehacientemente consentida por ambos miembros de aquel vínculo, serán los padres legales del o de los hijos que nazcan.
101. El marido o varón de una pareja estable, a cuya mujer se ha realizado una IAD o una FIV con

material germinal donado, sin que él haya dado su consentimiento o cuando si hubo consentimiento éste fue desatendido en sus términos sustanciales probadamente , podrá al hijo así nacido, que será registrado como sin padre.

102. Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito.

103. La condición de padres legales previamente consentida en esos casos citados, no podrá anularse aunque los hijos nacieren con taras o enfermedades hereditarias.

G) CON RESPECTO A LOS HIJOS

104. Los niños nacidos con estas técnicas de procreación cuando en su origen hayan participado donantes anónimos, tendrán los mismos derechos que los niños concebidos, de forma natural o no, con gamenio.

105. Los niños nacidos por estas técnicas tienen derecho a exigir la protección de sus padres legales.

106. Los hijos nacidos por estas técnicas cuando intervienen donantes, se inscribirán en el registro local sin que conste ningún dato sobre su origen biológico.

107. El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehacientemente.

108. Debería prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa y expresamente por escrito.

109. Se debería garantizar el secreto del origen de los niños nacidos por estas técnicas de procreación, no sólo por los profesionales o centros sanitarios, sino también al amparo de una legislación.

110. Sobre los hijos nacidos post-mortem, ver recomendaciones 13 y 61.

111. Los hijos nacidos de donantes tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características generales biofísicas de los donantes, pero no sin identidad.

112. Debería establecerse legalmente si los hijos nacidos de donantes pueden recurrir al amparo constitucional y a las leyes para recabar la investigación de la paternidad.

113. En cualquier caso, la investigación de la paternidad no deberá tener consecuencias legales para los donantes de gametos o embriones.

114. Para establecer la progenitura en los niños nacidos por donación de embriones se tendrá en cuenta la fecha en que nacieron y no el momento de la producción in vitro de los embriones correspondientes.

H) SOBRE LA GESTACION DE SUSTITUCION

115. Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.

116. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen.

117. Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución.

I) SOBRE LA GESTACION EN LA MUJER SOLA

118. Podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique, y con cargo al erario público.

119. Si la mujer sola estéril tiene un ciclo ovárico normal no se autoriza la gestación por donación de embriones.

120. La mujer sola estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donante, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos.

121. Para autorizar una gestación en la mujer sola por estas técnicas, se valorará previa y razonablemente si la mujer reúne las condiciones precisas para gestar, mantener y educar dignamente

al futuro hijo, y par facilitarle el adecuado ambiente de bienestar, evitando que pueda ser vejado o indiscriminado socialmente por causas ostensibles y notorias inherentes a la mujer.

J) SOBRE LOS REQUISITOS DE LOS CENTROS SANITARIOS

122. Todos los centros o servicios en los que se realicen estas técnicas de procreación humana deberán tener la consideración de centros o servicios sanitarios, públicos o privados, y se regirán por lo informado en la «Ley general de sanidad» y en la normativa correspondiente de las distintas Administraciones públicas.

123. Las técnicas de fecundación asistida, y las actuaciones permitidas que de ellas pueden derivarse, sólo podrán ser realizadas en centros o servicios sanitarios legalmente autorizados, acreditados y homologados para tales fines. Estarán dirigidos por un médico o titulado superior cualificado en las materias específicas que realicen, y su ámbito actuacional serán los equipos de trabajo.

124. El incumplimiento de los requisitos reglamentarios para el funcionamiento de estos centros y servicios, con responsabilidades que de ello puedan derivarse, será sancionado administrativamente, sin perjuicio de otras actuaciones legales de que pueda ser objeto.

125. Para garantizar la buena práctica de estas técnicas, los centros y servicios deberán contar con el equipamiento y medios precisos, humanos y materiales, y entre ellos, en su caso, gabinetes psicológicos.

126. Los centros y servicios tendrán carácter regional y nacional.

127. Los centros y servicios deberán someterse al control de calidad y la evaluación de sus actividades.

128. Se debería tender a que los bancos de gametos y embriones formen una unidad específica e interdisciplinar en los centros o servicios en los que se realizan las técnicas de fecundación asistida.

129. En los departamentos o servicios de ginecología debería procurarse que las personas subsidiarias de estas técnicas y tratamientos sean atendidas independientemente de otras usuarias.

130. Se debería reglamentar el transporte de gametos o embriones entre los centros o servicios que realicen estas técnicas.

131. Se debería contar con un registro nacional de centros o servicios que realizan estas técnicas de procreación, a disposición de los usuarios.

132. La «Comisión nacional de fecundación asistida» y las Administraciones sanitarias deben indicar, y ser exigidos por las últimas, los requisitos de organización y funcionamiento de estos centros y servicios y los mecanismos de información y asesoramiento.

K) SOBRE LAS ACTUACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS EQUIPOS MEDICOS

133. Los equipos médicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar contrastadamente cualificados y legitimados y contarán con las estructuras y equipamiento necesarios. Actuarán interdisciplinarios y bajo la dirección de un director de centro, departamento o servicio.

134. Los equipos médicos que responsabilicen de la realización de estas técnicas habrán de exigir los oportunos consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que constituyan, anticipadamente y por escrito.

135. Los equipos médicos serán responsables penalmente si violan el anonimato de los donantes, si realizan mala práctica con los gametos o embriones o con las técnicas de fecundación asistida o si por omitir el chequeo genético de las partes implicadas se transmitirán a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias que hubieran podido evitarse con aquel examen previo.

136. El equipo médico que hayan actuado con buena práctica no será responsable de los problemas que estas técnicas puedan derivarse, siempre que las técnicas hayan sido programadas y realizadas correctamente y que las personas estén debidamente informadas de las posibles eventualidades y riesgos.

137. El equipo médico que hayan actuado con buena prácticas no será responsable de los hijos nazcan con taras o malformaciones, si bien, ocurriendo esta posibilidad con igual incidencia que en el embarazo normal, deberá comunicarse previamente a las personas sometidas a estas técnicas.

138. El equipo médico que actúe con buena práctica no será responsable de los daños que puedan producirse en los gametos o embriones, tanto frescos como congelados.

139. Los equipos médicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén protocolizados, y en especial los que puedan evitar la transmisión de enfermedades infecciosas, hereditarias o genéticas, o de cualquier otro factor que pueda originar daños a la mujer o al futuro hijo.

140. El equipo médico y el personal que trabaje en estos centros y servicios estará obligado a guardar el secreto de los donantes y de las personas a las que se realicen estas técnicas.

141. Se sancionará penalmente cualquier información sobre los donantes o receptoras, con excepción de la gestación de sustitución, si esta se autoriza.

142. Todas las referencias o datos sobre los donantes o receptoras y sus compañeros en el matrimonio o la pareja, así como los consentimientos de las partes implicadas, deberán recogerse en una historia clínica en los centros o servicios correspondientes, con la debida cautela y protección.

143. La no realización de las historias clínicas o la omisión de las citadas referencias o datos, determinará responsabilidades de los equipos médicos.

144. Los datos de las historias clínicas, exceptuando la identificación de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y del varón al que está vinculada, o del hijo legal de ambos nacido por estas técnicas (llegada la mayoría de edad) si fueran solicitados por aquellos.

145. El equipo médico no aceptará la donación de gametos o embriones cuando pueda sospechar razonablemente que no va a guardarse el secreto de la donación.

146. El equipo médico deberá responsabilizarse del seguimiento de los embarazos que haya conseguido por estas técnicas, aunque éstos puedan ser atendidos en el ámbito territorial de la mujer gestante.

147. El equipo médico deberá explicar a los solicitantes de estas técnicas las razones por las que no acepta realizarlas.

148. El equipo de un banco de gametos o embriones deberá explicar las razones por las que un candidato a donante es rechazado.

149. El equipo médico no podrá realizar investigaciones o experimentaciones en gametos o embriones si no están legalizadas, o en su defecto si no han sido autorizadas previamente por la autoridad sanitaria, oída la «Comisión nacional de fecundación asistida», y sobre la base de un

proyecto.

150. Los equipos médicos no realizarán terapéuticas genéticas cuando haya otra posibilidad, o si no hay las debidas garantías diagnósticas y del tratamiento a seguir.