



**UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:**

**ANÁLISIS DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**PRESENTADO POR:  
RENÉ MAURICIO CHICAS ROMERO**

**PARA OPTAR AL GRADO DE:  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**SAN SALVADOR, EL SALVADOR C.A., NOVIEMBRE DE 2012**



UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**AUTORIDADES UNIVERSITARIAS**

RECTOR  
**INGENIERO MARIO ANTONIO RUIZ RAMÍREZ**

VICE RECTORA  
**DOCTORA LETICIA ANDINO DE RIVERA**

SECRETARIA GENERAL  
**LICDA. TERESA DE JESÚS GONZÁLEZ DE MENDOZA**

DECANA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
**DOCTORA JANNETH CAROLINA BRITO CENTENO**

**SAN SALVADOR, EL SALVADOR C.A., NOVIEMBRE DE 2012**



01/01-2012/04-LJ

## Universidad Francisco Gavidia

### ACTA DE LA DEFENSA DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Acta número DOS, en la Sala UNO, del Edificio Administrativo de la Universidad Francisco Gavidia, a las dieciséis horas treinta minutos, del día lunes veintiséis de noviembre del dos mil doce; siendo estos el día y la hora señalada para la defensa oral del Proyecto de Investigación "ANÁLISIS DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA", presentado por los(as) egresados(as): RENE MAURICIO CHICAS ROMERO, de la Carrera de LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.

Y estando presentes los(as) interesados(as) y el Jurado Evaluador, se procedió a dar cumplimiento a lo estipulado en el Reglamento General de Graduación y el Instructivo de Graduación por Proyecto de Investigación, habiendo llegado el Jurado, después de las exposiciones, el interrogatorio y las deliberaciones correspondientes, a pronunciarse por este fallo:

*Aprobado*

**RENE MAURICIO CHICAS ROMERO**

Y no habiendo más que hacer constar, se da por terminada la presente.

Presidente/a

*M. Recinos*  
**LIC. MARIA ELENA RECINOS**

Vocal

*J. Campos Pérez*  
**LIC. JAMIE CAMPOS PÉREZ**

Vocal

*J. Campos Montoya*  
**LIC. JUAN HÚMBERTO CAMPOS MONTROYA**

Egresado/a:

*R. Chicas Romero*  
**RENE MAURICIO CHICAS ROMERO**  
"Tecnología, Innovación y Calidad"

**DEDICADO A:**

*Mis padres por darme la vida y educarme en el camino del bien; a Lorena, la mujer ideal, mi compañera incondicional; a mis hijos Mónica Fernanda y René Mauricio, por permitirme día con día vivir mi vocación de padre.*

**AGRADECIMIENTOS ESPECIALES A:**

*Doctora María Hortensia Cruz de López y Licenciado Mario Gustavo Torres Aguirre, quienes desde el principio de mi carrera, me brindaron su amistad y apoyo, y con sus sabios consejos le han inyectado un mejor rumbo a mi formación profesional.*

## TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	i
RESUMEN.....	iii
INTRODUCCIÓN.....	iv
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.    DEFINICIÓN DEL PROBLEMA .....	1
2.    ENUNCIADO DEL PROBLEMA .....	7
3.    JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.....	8
4.    OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	11
A)  OBJETIVO GENERAL.....	11
B)  OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	11
CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL .....	12
1.    ANTECEDENTES .....	12
1.1.  Antecedentes históricos .....	12
1.2.  Antecedentes Legislativos .....	16
2.    MARCO TEÓRICO .....	20
2.1.  Inseguridad Jurídica que genera la falta de regulación de la Reproducción Asistida, en el Código de Familia. ....	20
2.1.1.  El Nasciturus .....	22
2.1.2.  La Paternidad.....	30
2.1.2.1.  Inseminación Artificial .....	30
2.1.3.  La Maternidad subrogada .....	39
2.1.4.  La Fecundación In Vitro (FIV) .....	51
2.1.4.1.  Definición .....	51
2.1.4.2  Características de la FIV .....	54
2.1.5.  Derechos de los hijos e hijas a investigar la paternidad o la maternidad .....	59
3.    TÉRMINOS BÁSICOS.....	63
CAPÍTULO III: SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	71

A)	SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	71
B)	OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	72
	CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	75
A)	NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	75
B)	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	75
C)	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	76
D)	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	77
	CAPÍTULO V: RECOLECCIÓN DE DATOS.....	78
	CUADRO GENERAL DE RESULTADOS JUECES DE FAMILIA Y MAGISTRADAS DE CAMARA DE FAMILIA.....	78
	CUADRO GENERAL DE RESULTADOS JUECES DE LO PENAL.....	79
	CAPÍTULO VI: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS (PREGUNTA POR PREGUNTA).....	80
	CÉDULA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A MÉDICOS Y PSIQUIATRAS.....	80
	ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A JUECES DE FAMILIA Y MAGISTRADAS DE CAMARA DE FAMILIA.....	90
	ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A JUECES DE LO PENAL.....	103
	CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	114
A)	CONCLUSIONES:.....	114
B)	RECOMENDACIONES:.....	117
	CAPÍTULO VIII: PROPUESTA.....	120
	PROPUESTA DE REFORMAS AL CODIGO DE FAMILIA.....	120
	PROPUESTA DE REFORMAS AL CODIGO PENAL.....	126
	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	129
	ANEXOS.....	132

## RESUMEN

El desarrollo de la investigación acerca de los Efectos Jurídicos de la Reproducción Asistida, ha sido llevado a cabo con énfasis en la vertiente jurídico-legal del tema en cuestión, sin dejar naturalmente de lado los aspectos más relevantes de la parte médica, bioética y científica.

Dicha investigación se centra en primer lugar en plantear, definir y enunciar el problema en estudio, luego hace una síntesis global de los aspectos teóricos más relevantes, iniciando con sus antecedentes a nivel históricos y legislativos. En el estudio del marco teórico, se abordan los diferentes puntos de vista de los estudiosos tanto del derecho como de la ciencia, que buscan demostrar la importancia que tiene el uso, aplicación y legitimidad de las técnicas de reproducción asistida o, por otra parte, su incidencia negativa y por tanto inmoral e ilegítima en las diferentes sociedades del mundo moderno.

Luego de conocer los aspectos teóricos del tema en estudio, el autor plantea un sistema de hipótesis que posteriormente por medio de la metodología de la investigación y de la investigación de campo, serán sometidas a comprobación a fin de demostrar su validez o su rechazo ante el problema planteado.

Finalmente y no por eso menos importante, la investigación plantea un abanico de conclusiones y recomendaciones acerca del tema investigado, tomando como insumo principal el trabajo de campo llevado a cabo. Con este menú de conclusiones y recomendaciones, el autor somete a consideración la propuesta del estudio realizado, misma que va en dos direcciones, a saber: Llevar a cabo reformas a nivel del Código de Familia y del Código Penal vigentes.

## INTRODUCCIÓN

Hablar de la institución “Reproducción Asistida” en El Salvador, es aún novedoso, pues son pocos los que hasta la fecha han llevado a cabo investigaciones referidas al tema, ya que actualmente ninguna ley vigente en el país, la regula de manera integral, tal como sucede en otras legislaciones.

En este contexto es que se pretende orientar la presente investigación, proporcionando no sólo una herramienta de análisis, sino también planteando una propuesta que se convierta en una alternativa de solución a la falta de seguridad jurídica y de vacíos legales que aquejan a los ciudadanos y ciudadanas que cada vez más demandan que nuestras leyes estén acordes a la realidad de nuestro tiempo.

Siguiendo esta perspectiva, la estructura general del trabajo investigado comprende ocho capítulos, que se describe a continuación:

El primer capítulo comprende el planteamiento del problema investigado. En el mismo se pretende brindar una descripción concreta del problema en estudio, dando una versión de los hechos y fenómenos cuya explicación sea interesante y útil, tanto para el investigador y el lector como para el medio académico y la sociedad.

El capítulo segundo aborda lo relativo al marco teórico del problema en estudio. Por lo mismo aquí se analiza gran parte de lo que hasta la fecha se ha escrito acerca del tema, es decir, lo que se sabe del mismo y desde qué perspectivas se ha abordado. Inicia con el estudio de sus antecedentes, a fin de sustanciar teóricamente el problema de investigación, yendo más allá de la mera descripción teórica de un solo aspecto o punto de vista del fenómeno en estudio, sino más bien privilegiando la

abundancia de corrientes de pensamiento o puntos de vista de los autores y actores de la sociedad.

Le sigue el capítulo tercero, el cual centra su atención en la formulación de las hipótesis como una explicación anticipada, o una respuesta tentativa que el investigador formula con respecto al problema investigado. Dicho sistema de hipótesis se somete a comprobación, a fin de determinar si son afirmadas o refutadas, lo que luego da pie a las conclusiones y recomendaciones.

El capítulo cuarto aborda la parte metodológica, es decir, los pasos y procedimientos que se han utilizado para llevar a cabo la investigación y la forma en que se desarrolló la misma. Dicho capítulo se complementó con el capítulo cinco que consiste en la recolección de los datos, utilizando para ello el método basado en entrevistas y encuestas. Por medio de dichos instrumentos, se recabó la información pertinente extraída directamente de la fuente primaria cuyos entrevistados y encuestados representaron la muestra tomada del universo escogido.

Seguidamente el capítulo seis, enfoca su atención al análisis e interpretación de los resultados recabados a través de la investigación de campo. Para ello se utilizaron técnicas estadísticas apropiadas, entre las que destaca, la tabulación de los resultados de las encuestas, expresando los datos en términos absolutos, relativos y de manera gráfica.

Luego de hacer el análisis e interpretación de los resultados obtenidos, el autor elabora el capítulo siete, consistente en la presentación de las conclusiones y recomendaciones extraídas directamente de la confrontación de los datos recabados en la investigación de campo y su análisis e interpretación realizada. Este abanico de conclusiones y recomendaciones es lo que da pie al capítulo final de esta investigación.

El capítulo ocho es con el que finaliza la presente investigación y el mismo constituye la propuesta de investigación realizada; con esto se concretan todos los esfuerzos de investigación y es aquí donde convergen la teoría y la práctica, es decir, todo el marco teórico planteado y el trabajo de campo realizado. Dicha propuesta se enmarca en llevar a cabo reformas sustanciales en el Código de Familia y el Código Penal vigentes en El Salvador.

La investigación se cierra con el detalle de la Bibliografía o fuentes consultadas, así como los anexos que han formado parte del presente trabajo.

# **CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

## **1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA**

La reproducción es un proceso biológico que permite la creación de nuevos organismos. Así, las dos modalidades básicas de reproducción se agrupan en dos tipos, que reciben los nombres de asexual o vegetativa y de sexual o generativa.

Para efectos de la presente investigación, el centro de interés lo ocupa la reproducción sexual o generativa, cuyo acontecimiento se lleva a cabo entre dos individuos de distinto sexo, es decir un hombre y una mujer.

Desde luego, la reproducción sexual es desde hace tiempo, tarea, no solo de un hombre y una mujer, sino que en el proceso puede ser sustituido cualesquiera de ellos o alguna de las etapas del proceso, sin que esto altere el normal acontecimiento de traer al mundo una nueva vida.

Es a esta sustitución, ya sea de uno de los miembros de la pareja -o de ambos- así como de alguna de las etapas, aplicando en vez de ellos una técnica, a lo que la ciencia moderna ha dispuesto llamar "Reproducción Asistida". Naturalmente, dicho proceso no es antojadizo, sino que tiene aplicación cuando la reproducción, no es posible por medios naturales.

Evidentemente a lo largo de la historia la reproducción humana no deja de ser un acontecimiento de trascendental importancia y de fascinante atracción para cualquier profesional de la salud y en general para los seres humanos. Este fenómeno hasta hace unos años, se concebía única y exclusivamente como un acto natural entre dos personas, es decir un hombre y una mujer. Sin embargo hoy en día han aparecido técnicas y procedimientos que con la ayuda de la medicina y de la ciencia, hacen posible la reproducción humana de manera asistida con aquellas parejas que presentan problemas de infertilidad por diversas causas.

Para comprender mejor la reproducción asistida y cómo puede ayudar a parejas con dificultades para ser padres, es necesario entender la concepción que se lleva a cabo de manera natural.

Para que la concepción tradicional ocurra, el hombre debe depositar el semen (el líquido que contiene el espermatozoide) en la vagina de la mujer, al aproximarse el tiempo de la ovulación, cuando los ovarios han liberado el óvulo.

La ovulación es controlada por la glándula pituitaria, la cual está localizada en la base del cerebro. Dicha glándula segrega la hormona folículo estimulante (FSH), que estimula el crecimiento de un folículo en uno de los ovarios.

El folículo produce la hormona estrógeno y contiene el óvulo que se está madurando. Cuando el óvulo está maduro, la glándula pituitaria secreta la hormona luteinizante (LH) que hace que el folículo se rompa y libere al óvulo.

Después de la ovulación, el óvulo es recogido por una de las trompas de Falopio. Como la fertilización usualmente ocurre dentro de la trompa de Falopio, el espermatozoide debe ser capaz de nadar a través de la vagina y del moco cervical; pasando por el canal cervical llegará al útero y de ahí a la trompa de Falopio, donde tendrá que fijarse al óvulo y penetrarlo para fertilizarlo.

El óvulo fertilizado continúa su viaje al útero y se implanta en el revestimiento uterino, donde crece y madura. Si todo marcha bien, en aproximadamente nueve meses nacerá un bebé<sup>1</sup>.

Es en este contexto en el que se plantean los problemas éticos de lo que el uso actual y a futuro de la reproducción asistida por intervención de terceros, llámense profesionales de la salud, científicos o técnicos experimentados, representan; es aquí donde se presentan desafíos bioéticos de desmedidas proporciones.

Hasta hace un poco más de tres décadas, el trabajo de reproducción humana era tarea exclusiva e íntima de un hombre y una mujer, que unidos en acto carnal y que

---

<sup>1</sup> García Colorado, Gabriel. Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida. Editorial Trillas. México D.F. primera edición, enero de 2009.

estando las condiciones tanto en ella como en él para lograr la fecundación, se daba origen a un nuevo ser que aproximadamente nueve meses después nacería del vientre materno.

No obstante, a partir de 1978 en que se produjo el primer nacimiento mediante fertilización in vitro, se han desarrollado diversos procedimientos en el campo de la biomedicina; en particular, las técnicas de reproducción asistida que actúan sobre los componentes de la reproducción humana, ya sea en células germinales, gametos, cigotos o embriones<sup>2</sup>.

En palabras de Gabriel García Colorado, “la reproducción asistida consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de infertilidad”<sup>3</sup>.

Hoy en día, en pleno siglo XXI cabe preguntarse si estas técnicas y procedimientos contribuyen al logro de los derechos plenos que todo ser humano posee. Se habla de los derechos de los padres, de dos personas que se aman y que por lo mismo desea tener uno o más hijos y que por circunstancias ajenas a su voluntad o que escapan de su control, no pueden procrearlos de una manera natural.

Si se parte de la base de que todos los seres humanos poseemos derechos fundamentales, entonces el derecho a procrear se sitúa dentro de estos derechos. ¿Qué sucede entonces con aquellas parejas adultas que deseando de todo corazón volverse padres, se ven imposibilitados por circunstancias fuera de su control? ¿Pueden amparados en esos derechos, recurrir a estas técnicas?

Como ya se mencionó anteriormente, en primer lugar el uso de estas técnicas, implica una interferencia en un acto muy íntimo y privado como es concebir un hijo, al estar ligadas a cuestiones tan personales como la reproducción, y a la manipulación de material germinal (sean éstos óvulos, espermatozoides o embriones) respecto de los cuales hay posiciones muy diversas desde las diferentes religiones, en las

---

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem.

diferentes sociedades y en el mundo científico; muchos de los debates respecto de estas técnicas están teñidos por posiciones emocionales<sup>4</sup>.

En un segundo momento ésta práctica involucra, la incorporación de técnicas científicas y médicas que parecen llevar a una “desnaturalización” y “medicalización” de éste proceso. Rebecca Cook y Bernard Dickens recuerdan un comentario de Kleegman y Kaufman respecto del desarrollo a la aceptación de la inseminación artificial que ilustra la “aversión” que ciertas tecnologías generan (algo semejante sucedió con los primeros trasplantes de corazón): “Cualquier cambio en las costumbres o las prácticas en esta área emocionalmente sobrecargada, ha generado siempre una primera respuesta de negación con horror de las costumbres establecidas o de la ley, luego de negación sin horror, luego una lenta y gradual curiosidad, estudio, evaluación, y finalmente una muy lenta pero constante aceptación”<sup>5</sup>

Por otra parte es necesario considerar el hecho que provoca la necesidad del uso y aplicación de estas técnicas de reproducción asistida, especialmente por lo que toca a la “Infertilidad”. A la luz de esto hay que conocer la magnitud del problema, señalando que aproximadamente entre el 15 y el 20% de las parejas en edad fértil padecen algún problema de infertilidad, lo que equivale a que una de cada cinco parejas tiene problemas para lograr el embarazo.

En el 2003 se calculaba que más de 186 millones de parejas de países en desarrollo (excluyendo China) padecían problemas de fertilidad. Un 40% de los casos de infertilidad tiene causa masculina, otro 40% es de origen femenino y el 20% restante tiene causas desconocidas. Es decir que, pese a que generalmente se asocian los problemas de infertilidad con la mujer, ya que ésta es la que “pone” el cuerpo, éstos no son problemas únicamente femeninos<sup>6</sup>. A la fecha, esta tendencia sigue casi

---

<sup>4</sup> Luna Florencia. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José C.R.: IIDH, 2008, pág. 12

<sup>5</sup> Cook R. y Dickens B.M. “Algunos problemas éticos y legales en Tecnología de Reproducción Asistida”, Revista Internacional de Ginecología y Obstetricia 55: 55-61, 56.G, 1999.

<sup>6</sup> Luna Florencia. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José C.R.: IIDH, 2008, pág. 15.

igual, con un leve cambio hacia el aumento en el caso de las mujeres, acercándose al 50%.

En esta perspectiva es que pretende abordarse el tema en cuestión, dándole el enfoque jurídico que le corresponde, que al final permita ofrecer un aporte que en un futuro cercano contribuya a formar un cuerpo legal que regule la institución denominada en las legislaciones ya existentes en otros países como “Reproducción Asistida”.

Desde esta óptica y en esa lógica de ideas, se sabe que, las leyes están destinadas a regular las atribuciones, obligaciones y las formas de relacionarse entre personas de una determinada sociedad. A pesar de las dificultades filosóficas para definir desde cuando se es persona, el diccionario de la Real Academia de la Lengua define persona como "un individuo de la especie humana". En el mismo diccionario se define individuo como "ser organizado, sea animal o vegetal, respecto a la especie a que pertenece. Que no puede ser dividido".

Como puede advertirse, dicha definición es bastante genérica, sin embargo da paso a hacer algunas consideraciones a la luz de la Constitución vigente en El Salvador, desde 1983. Al respecto el Art. 1, inciso 1º de la Carta Magna, establece claramente que *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”*. Más concretamente en su inciso 2º establece lo relativo a la existencia de la persona, así: *“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”*.

Siguiendo ésta línea, se puede fácilmente determinar que el inciso segundo de la Constitución, arriba citado, reconoce y protege al individuo o persona que está por nacer, desde el instante mismo de la concepción. Dicho así, la pregunta que debemos hacernos es ¿Desde qué etapa de la fecundación se establece una estructura indivisible cuya identidad se mantiene incambiable hasta nacer y de allí en adelante? Es aquí donde puede observarse la discrepancia constitucional y la práctica de la reproducción asistida por medio de sus técnicas, en El Salvador.

No obstante esta definición constitucional, el Código de Familia, no regula de manera explícita este tema, sino más bien de manera general. Sin embargo, será la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), en sus Disposiciones Preliminares, recogidas en el Art. 3, *“Definición de niña, niño y adolescente”*, y en el Art. 5, *“Sujetos de derecho”*, que claramente hacen alusión al precepto constitucional que emana del Art. 1, inc. 2º de la Carta Magna. Más adelante, esta misma Ley, en el Art. 16, *“Derecho a la vida”* enfatiza dicho concepto prescribiendo claramente que... *“Se reconoce el derecho a la vida desde el instante mismo de la concepción”*... El Art. 17, *“Derecho a la protección de las personas por nacer”*, vuelve a retomar este mismo precepto emanado de la Constitución. De nuevo el Art. 20 de este mismo cuerpo normativo en la parte final del inciso primero, con el acápite *“Derecho a un nivel de vida digno y adecuado”*, retoma el mismo concepto. Finalmente el Art. 32, en el inc. 2º se refiere a este mismo derecho.

Por su parte, el Código Penal salvadoreño, escasamente dedica dos artículos a regular parte del tema. Los Arts. 156 y 157, son los que se refieren a la Inseminación Artificial, que como bien se sabe, constituye una de las técnicas de reproducción asistida.

Naturalmente, dichos artículos regulan de manera general la práctica de esta técnica y prescriben las penas en que se incurrirá, si su práctica se hace violentando el consentimiento de la mujer o si se practica de manera fraudulenta o con engaño de la persona.

Como puede advertirse, definir este problema es una tarea compleja, ya que el dilema que surge entre la experiencia en otros países en la que su legislación va a la vanguardia con la práctica de la reproducción asistida y la realidad en El Salvador, en la que tanto la Ley primaria como secundaria no regulan integralmente dicha práctica.

En suma, con la presente investigación se pretende buscar las respuestas y sugerir el camino a seguir para armonizar la legislación con la práctica de la reproducción asistida.

## 2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1. ¿Cuáles son los derechos y garantías constitucionales afectados por la práctica de la Reproducción Asistida?
2. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que originan la práctica de la Reproducción Asistida?
3. ¿Cómo determinar la filiación en la práctica de la inseminación Artificial Heteróloga?
4. ¿Cuáles son los efectos jurídicos producidos por la práctica de la Inseminación Artificial Homologa Post Mortem en relación al sujeto concebido?
5. ¿Cómo determinar la filiación en la maternidad subrogada o vientre de alquiler?

### 3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

La reproducción asistida debe ubicarse en el contexto de la salud sexual y reproductiva. Es así que durante la última década del siglo XX se explicita un concepto de salud sexual y reproductiva basada en la definición de salud aceptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto es, la salud es un estado completo de bienestar físico y mental y social y no la mera ausencia de enfermedad o dolencias. La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995, adopta un concepto integral de salud sexual y reproductiva<sup>7</sup>.

*“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia [...] el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permiten los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”<sup>8</sup>.*

En este contexto es que el estudio de este tema resulta de especial interés en las sociedades modernas y aunque si bien es cierto que en El Salvador, no existen mayores estudios al respecto, ni mucho menos legislación que regule su tratamiento y práctica, no se puede negar que en un futuro cercano, tenga que ser legislado a fin de que su práctica médica esté regulada y controlada con leyes que ofrezcan garantías de que los derechos de las personas que libre y voluntariamente deseen someterse a esas prácticas, tengan garantizados sus derechos fundamentales.

---

7 Cook R., Dickens B., Fathalla M. Salud reproductiva y derechos humanos, Bogotá, Pro familia, Oxford, p. 74. 2003.

8 Cook R, Dickens, B. Fathalla, op. cit., p. 74.

Naturalmente como en todo tema novedoso, existen posiciones encontradas; mientras unos apoyan la práctica de dichas técnicas y procedimientos, otros se niegan a aceptarlas. Antes de entrar en las consideraciones sobre las posiciones a favor y en contra de la justificación moral al respecto, es necesario tener en cuenta que actualmente la mayoría de estos procedimientos forman parte de los tratamientos o servicios médicos, aún si hay grandes variaciones respecto de cada sociedad y Estado en cuanto a la reglamentación y regulación. Desde 1998, y luego en el 2004 y 2007 la Sociedad Internacional de Fertilidad y Esterilidad publica un estudio que tabula las prácticas respecto de las técnicas de reproducción asistida. En la última versión, la de 2007 brinda datos de 57 países, calculando que éstos cubren dos tercios de la población mundial<sup>9</sup>.

Sin embargo resulta significativo que en el año 2002, la OMS dedicara una reunión internacional de evaluación y un libro al estado de la cuestión después de 25 años de práctica y casi un millón de niños nacidos por medio de estas técnicas<sup>10</sup>. De alguna manera este emprendimiento de la OMS muestra un reconocimiento como práctica establecida y reconocida que necesita un seguimiento.

A pesar de que existen grandes sectores de la sociedad, quienes desde el escenario político o religioso, se oponen a la práctica de la reproducción asistida, hay otro gran sector de la sociedad, que considera necesaria su regulación que garantice su correcta aplicación.

Naturalmente, aquellos sectores que hasta hoy se oponen, tarde o temprano no tendrán más remedio que aceptar la realidad, pues este es un proceso que a la fecha se ha vuelto irreversible.

Precisamente por eso se vuelve necesario y de vital importancia el estudio y profundización del tema en cuestión, ya que siguiendo las proyecciones de los científicos, se podría desarrollar un futuro carente de ética si, desde ahora, no se

---

9 Jones H., Cohen J., Cook I., Kempers R. "IFFS Surveillance 07", *Fertility and Sterility* 87(4): S1-S8, 2007.

10 "Reproduction", held at WHO headquarters at Geneva, Switzerland, 17-21 September 2001, edited by Effy ayena, Patrick J. Rowe and P. David Griffin. WHO Publications, 2002.

regulan jurídicamente los posibles desenlaces científicos, técnicos y biomédicos, para que puedan cumplir con los principios éticos y bioéticos necesarios<sup>11</sup>.

Cabe entonces preguntarse ¿Es justificable la práctica de estas técnicas? Si se justifica su aplicación, entonces ¿Debe regularse jurídicamente su práctica en nuestra sociedad?

A estas alturas no se pueden negar entonces, los beneficios que aportan a las parejas el uso y aplicación de estas técnicas. Siendo así, tanto la ética como el derecho deben ocuparse de estas cuestiones proponiendo pautas de conducta para la mayoría de los ciudadanos, y respetando a las minorías; en ambos casos se deben materializar en el respeto de los derechos humanos<sup>12</sup>.

En esta perspectiva, es innegable que la reproducción asistida tenga que ser regulada, pues como ya se dijo en la definición del problema, la carencia de legislación general o especial que se encargue de regular dicha materia, nos pone en desventaja con otras sociedades tanto europeas como latinoamericanas, que en estos momentos ya cuentan con leyes apropiadas para esta materia.

Consecuentemente la importancia de la presente investigación debe centrarse en el aporte que dará a los profesionales del derecho, estudiantes de ciencias jurídicas, aplicadores de justicia y sociedad en general, en vista de que por la misma carencia de legislación en esta materia, en el presente y futuro cercano, se vuelve necesario crear las figuras jurídicas que regulen la reproducción asistida y sus técnicas, a fin de que exista concordancia entre esas técnicas y las leyes vigentes.

De esa forma se evitarán posibles vacíos jurídicos que provoquen cualquier agravio a la familia, base de la sociedad y en consecuencias se protejan sus derechos y garantías fundamentales.

---

11 García Colorado, Gabriel. Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida. Editorial Trillas. México D.F. primera edición, enero de 2009.

12 María Casado. "Reproducción humana asistida: Los problemas que suscita desde la bioética y el derecho". Pág. 53, 1997.

## **4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **A) OBJETIVO GENERAL**

Investigar acerca de la reproducción asistida y sus efectos jurídicos en el contexto de los derechos reproductivos de las personas.

### **B) OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Determinar las implicaciones bioéticas en la aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida en el marco de los derechos reproductivos de las personas.
- b. Analizar con base a la legislación existente, las infracciones y delitos que se derivan del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
- c. Determinar si la legislación vigente que regula esta materia, contiene la normativa necesaria para garantizar los derechos reproductivos de las personas, así como los derechos que conciernen a la filiación, maternidad, paternidad y al nasciturus.

## **CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL**

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1. Antecedentes históricos**

El desarrollo científico y tecnológico es un producto genuino de la naturaleza humana. El hombre dotado de una inteligencia superior al resto de los habitantes del planeta, se ha visto permanentemente afectado por un llamado que nace de su interior y que lo obliga a descubrir y aventurarse más allá de los límites que percibe a través de sus sentidos. Es esta fuerza aventurera la que motivó a nuestra especie a migrar y poblar las más vastas geografías, más allá de las necesidades alimenticias y reproductivas que movilizan a la mayor parte de los mamíferos. Es también esa fuerza aventurera la que moviliza al hombre a descubrir los misterios de su propia existencia así como los del universo entero. La ciencia nace con el hombre como una herramienta insustituible en el proceso de develar, y de poner en el conocimiento de todos, las maravillas de nuestra naturaleza.

La ciencia médica desde tiempos inmemoriales ha contribuido en situar al hombre como el principal responsable de su destino. La generación de la vida así como el advenimiento de la muerte, ya no puede tan sólo entenderse como un mandato divino unidireccional.

El hombre es probablemente el único ser con conciencia de poseer una existencia que se inicia en un momento determinado y que está irremediablemente limitada por la muerte. Los seres humanos son probablemente los únicos con capacidad de entender que su existencia está ligada a un pasado y un futuro haciendo que su realidad existencial forme parte de otra mucho más amplia e inmutable.

Desde que Patrick Steptoe y Robert Edwards en 1978, lograron el primer embarazo con técnicas de fecundación in vitro y transferencia de embriones al útero (FIV/TE), la comunidad científica se vio conmovida por la posibilidad de intervenir

efectivamente en el proceso reproductivo humano. Miles de parejas infértiles que hasta ese entonces se veían imposibilitadas para tener hijos, recurrieron a estos procedimientos como un camino real y eficiente hacia la paternidad. Una vez más, la ciencia ponía una nueva tecnología al servicio de la humanidad. En esta oportunidad sin embargo, el descubrimiento científico, dejó rápidamente de pertenecer a los científicos, pasando de inmediato al dominio público.

Las personas por primera vez, tuvieron acceso a ser actores conscientes de los procesos biológicos con que se ponía en marcha su existencia material y, naturalmente ello concitó la concurrencia de las más variadas formas del saber. Así, las diferentes corrientes filosóficas, religiosas, biológicas y legales han intervenido con justa razón en el debate y en la reflexión sobre los efectos éticos y legales que este nuevo descubrimiento aporta a la comunidad. Comunidad que finalmente se ha visto y se verá en un futuro afectada por una avalancha de nuevos descubrimientos que el hombre se ha dado, al abrir la puerta que lleva a la irrenunciable aventura de descubrir las maravillas de nuestra existencia.

Todo hombre por naturaleza nace, crece y convive en una familia. Este hombre es producto biológico de los progenitores de sexos complementarios que lo han engendrado genéticamente y que por lo general están casados. Este es el ideal de la procreación social.

Sin embargo, este proceso de procreación natural, puede ser fácilmente sustituido hoy en día por la ciencia; ejemplo de ello es la reproducción humana mediante técnicas asistidas, tema objeto de estudio.

La reproducción asistida es uno de los tratamientos más antiguos para combatir la esterilidad, que actualmente es uno de los problemas más comunes de la salud. Este tratamiento consiste, como ya se dijo, en reemplazar alguna etapa del proceso biológico de la reproducción a través de fertilización asistida, inseminación artificial, fecundación in vitro, entre otras.

No hay unanimidad en cuanto al origen histórico de la utilización de estas técnicas, sin embargo, se dice que fueron los pueblos Babilónicos y Árabigos quienes hallaron en los vegetales el método de la reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles<sup>13</sup>.

En la Antigua Grecia y en el Imperio Romano se realizó esta técnica con animales. En el siglo VI, los Árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante la inseminación artificial en animales.

En el Siglo XII (Edad media) un médico Árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad, el baño en una tina que contenía agua con esperma.

Alrededor de 1424 y 1474, el médico Arnaud de Villeneuve inseminó artificialmente a Doña Juana de Portugal segunda esposa de Enrique VI de Castilla (El Impotente); en 1776, se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides. En el año de 1780 se da propiamente el comienzo de la Inseminación artificial en las especies animales, cuando se logra inseminar a una hembra de la especie canina. Posteriormente en 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial; en 1890, se coloca la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión; en 1930, se logra la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre<sup>14</sup>.

En 1937 una editorial anónima de una prestigiosa revista<sup>15</sup>, sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente el material genético humano; en 1944 se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; en 1949 se descubre que la glicerina puede ser usada para congelar esperma.

Es en 1950 cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograr congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito; en 1951 se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra; en 1952 nace el primer

---

13 RAMOS R. DE VECIANA. "La Eutelegenesia ante el Derecho Canónico". Editorial Bosh, Barcelona, 1957. Pág. 57.

14 Oswaldo Salaverry y Garcia, Gustavo Delgado Matallana. Historia de la medicina peruana en el siglo XX, Tomo II. 2000. Pág. 817.

15 Concepción en un vidrio de reloj. Revista de medicina de Inglaterra No. 217, Pág. 678.

becerro producto de semen congelado, y en ese mismo año se clonan células de renacuajo<sup>16</sup>.

En 1953, se usa semen congelado en una inseminación humana; también se logra que un embrión fecundado in vitro sobreviva hasta el estado de mórula; en 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización in vitro. En 1970 se mantiene vivo un embrión humano durante sesenta días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la iglesia católica. En 1972 sobreviven crías de ratones de embriones congelados; 1975 se logra la multiplicación por clones en conejos; 1978 nace la primera bebé probeta en Gran Bretaña, llamada Louise Brown; en 1979 embriones de ovejas son clonados; 1980 el embrión de una res es clonada; 1981 nace en Australia, la segunda bebé probeta Amandine y, a finales de ese mismo año se logran obtener ratones transgénicos como transnucleados (derivados de ovocitos con núcleos sustituidos).

Fue en el año de 1983 cuando nace en Australia, el primer bebé de un embrión congelado a quien se le dio el nombre de Zoe que significa “Regalo de la Vida”. En 1985 nacen los primeros cuádruples, producto de las técnicas de inseminación artificial; en 1993 clonan embriones humanos; en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales; en ese mismo año se desarrolla el método de Inyección Intracitoplasmica del Esperma (ICSI) de fecundación asistida; en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados, en 1997 se clona a una oveja, a la que se le llamo Dolly.

Lo más complejo de esta situación, radica en que a medida la ciencia avanza en este camino de descubrimientos, el marketing se aprovecha de estos descubrimientos para obtener jugosas ganancias; otros actores como los gobiernos, legisladores y fuerzas sociales, se quedan atrás en cuanto a exigir o promover la creación de legislación actualizada y acorde con estos descubrimientos, a fin de que no se

---

16 El Diario USA Today (Miami, 2/11/1993, Sección D. Pág. 7), se refiere a un artículo titulado “Del renacuajo, una teoría del nacido”, esta intervención fue realizada por los doctores Robert Briggs y Thomas King del Instituto de Investigación del Cáncer de Filadelfia por la que se creó decenas de renacuajos genéticamente iguales.

cometan abusos y sobre todo que sean respetados los derechos reproductivos de la civilización presente y futura.

## **1.2. Antecedentes Legislativos<sup>17</sup>**

La Legislación Comparada que regula el Derecho Genético en la actualidad, si bien no es muy abundante, es variada y diversa en la forma de tratar este avance en la ciencia biomédica y su influencia en el ser humano.

Países Europeos como Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia, Suiza, cuentan con leyes de avanzada que regulan esta materia. Sin embargo, sus orientaciones no son para nada uniformes, muy por el contrario están definidas por directrices dispares, de las que se puede apreciar dos tendencias legislativas, claramente marcadas:

a. La que da Prevalencia al Desarrollo Técnico:

Esta corriente legislativa fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona, es decir como su nombre lo indica, otorga primacía al avance de la tecnología por encima del interés de las personas ligadas a ellas, en particular del niño. Se sustenta en los siguientes postulados:

- Ausencia de requisitos especiales por parte de los destinatarios de las Técnicas de Reproducción Asistida (por ejemplo: Que se trate de una pareja heterosexual unida por un vínculo estable).
- Aceptación de todas las variantes técnicas. Esto implica una amplia libertad en materia de manipulación y de creación de los embriones en exceso, con congelación, donación o destrucción de los sobrantes.

Algunos de los países que siguen esta tendencia son:

---

<sup>17</sup> García Colorado, Gabriel. Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida. Editorial Trillas. México D.F. primera edición, enero de 2009.

España. Regula la materia por Ley 35/1988 (22/11/1988) sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la Ley 42/1988 (28/12/1988) sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos. Estas leyes, en mayo de 1994, fueron modificadas incluyendo sanciones más severas para manipulaciones de genes. El antecedente de estas leyes es el Informe Palacios (abril, 1986).

Gran Bretaña, circunda similar orientación con el Human Fertilisation and Embriology Act, de noviembre de 1990, siguiendo la tendencia del Informe Warnok, este es un estudio realizado en conjunto por Inglaterra e Irlanda del Norte en el año de 1984.

Francia<sup>18</sup>. Aquí, la estructura del Derecho Genético es bastante sólida, en virtud de la Ley 94-653, relativa al respeto del Cuerpo Humano y la Ley 94- 654 (ambas del 30/7/1994) referida a la Donación y Utilización de Elementos y Productos del Cuerpo Humano, la Asistencia Médica para la Procreación y el Diagnóstico Prenatal. Estas leyes han integrado normas especiales al Código Civil, Código Penal y Sanitario de ese país. Su antecedente se haya en el Anteproyecto de Ley 66 discutido en la primera sesión ordinaria del Senado Francés del 26/11/1992.

Alemania. Regula parcialmente esta materia con la Ley 745/90 (13/12/1990) relativa a la Protección del Embrión, en la cual se impone drásticas sanciones a la manipulación genética, además este país cuenta con las directrices deontológicas fundamentadas por la Comisión Benda (1985) y por el Congreso Médico (1985) que le sirven de base jurídica.

Austria, siguiendo similar orientación que Alemania, el 1 de julio de 1992 puso en vigor de ley la materia analizada. En esta, sólo se permiten las técnicas Homólogas siendo las variantes heterólogas únicamente admitidas en forma excepcional, por lo cual se tienen que cumplir una serie de condiciones que la vuelven difícil de practicar, como por ejemplo: El espermatozoide debe ser entregado a una clínica que lo

---

18 ANDORNO, Roberto. "El Derecho frente a la Nueva Eugenesia: La Selección de Embriones in Vitro". Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, Número 2, 1994. Pág. 324.

utilizará en un máximo de tres parejas, no pudiendo guardarlo más de un año ni sacarlo de la clínica. A ello, se agrega el derecho que tiene el niño, nacido de inseminación heteróloga de conocer a su padre biológico.

Suecia. Cuenta con la Ley 1140 (920/12/1984) referente a la Inseminación Artificial, y la Ley 711 (14/06/1988) relativa a la Fecundación In Vitro. La primera, permite la fecundación heteróloga de la mujer casada o concubina, reconociendo al niño el derecho de indagar la identidad de su progenitor. La Ley de 1988 por su parte, sólo admite la fecundación homóloga en lo concerniente al respeto de la vida embrionaria, en cambio la posición Sueca, se vuelve ambigua ya que la Ley 115 (14/136/1991) autoriza la experimentación con embriones de menos de catorce días.

Suiza, el 17 de mayo de 1992, introdujo en su Constitución un nuevo artículo que protege al hombre y su hábitat contra los abusos en materia de técnicas de procreación y manipulación genéticas.

Es importante destacar, que cada una de las tendencias anteriores, se inspira en cierta concepción de la dignidad de la persona y de la clase de familia que se quiere para el futuro. Es por eso que la primera recibe serias críticas, que se fundamentan en una profunda modificación de lo que se concibe ser la función del Derecho, frente a los progresivos avances técnicos y científicos en la que se reduce el orden jurídico a una función de carácter administrativo, como un instrumento neutro, el cual ya no emite juicios de valor, sino que se limita a legitimar las prácticas biomédicas<sup>19</sup>.

#### b. La que Protege a la Persona Humana.

Esta tendencia mantiene un enfoque radicalmente opuesto, y considera como lo más importante, que el Derecho resguarde la dignidad de las personas y, en especial del

---

19 CRIOLLO, José Ernesto, "Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia", Publicación Financiada por el Proyecto de Reforma Judicial II, USAID, San Salvador, El Salvador, Primera Edición, 1992. Pág. 334.

niño y de la niña, conservando así su rol clásico de fijar normas de conducta sociales en función del interés general.

En suma, lo que hay que procurar en el presente y futuro de la práctica de la reproducción asistida, es la garantía de que se respeten los Derechos Humanos, principalmente el derecho a la vida, a la reproducción y el interés superior de los niños y niñas, así como garantizar con reglas claras el desarrollo de la ciencia apegada a los principios éticos fundamentales.

## 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Inseguridad Jurídica que genera la falta de regulación de la Reproducción Asistida, en el Código de Familia.

La reflexión sobre la reproducción humana asistida permite diversos enfoques complementarios. Las ciencias sociales propician los planteamientos interdisciplinarios y así el punto de vista del jurista se enriquece con la consideración de los que defienden los diversos enfoques implicados. Esto es así porque la reproducción no solo es un asunto individual sino también social.

Las cuestiones clave que se analizan hacen referencia a la protección de los derechos humanos de los distintos implicados, es decir, los problemas de los donantes, el estatuto del embrión, el diagnóstico prenatal, la información y el consentimiento de la mujer, la distribución de recursos y la igualdad de acceso a las técnicas, entre otros. A esto hay que agregarle lo que se refiere a la filiación, a la determinación de la maternidad y al interés superior del niño y la niña.

Resulta obvio que las nuevas técnicas de reproducción humana, trascienden del campo de lo meramente biológico, pues la licitud de sus efectos es cuestionada desde los más diversos puntos de vista, desde el ético, moral o religioso<sup>20</sup>, hasta el puramente jurídico, con implicaciones tanto dentro del Derecho Público como del Privado.

---

20 La Iglesia Católica en la Instrucción Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la procreación, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, señala como moralmente ilícita la maternidad sustitutiva, así como la fecundación artificial heteróloga, por “ser contrarias a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustitutiva 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 a ser conocido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físico, psíquicos y morales que la constituyen”.

No obstante estas objeciones de orden ético, moral o religioso, lo que atañe a esta investigación, es el orden jurídico y su seguridad en cuanto al uso y aplicación de las diversas técnicas de reproducción asistida que existen.

En este contexto, es el Derecho Privado y social el que realmente se ve afectado por este tema ya que los avances científicos en este campo nos hacen replantear conceptos tan básicos y fundamentales como los de paternidad, maternidad y filiación. Conceptos que por otro lado no están unidos necesariamente al de progenitor. Esto es así porque hoy día es posible, no solo disociar sexualidad y procreación considerando que la sexualidad no está dirigida a procrear, sino también que no toda procreación tiene que venir precedida de un acto sexual; es suficiente pensar en la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

Pero el Derecho de filiación no es el único afectado dentro del Derecho privado y social, no faltan las implicaciones de carácter matrimonial ante la posibilidad de que la mujer por ejemplo consienta unilateralmente que se realicen prácticas que, no consentidas por el otro cónyuge, se vuelven atentatorias contra la presunción de paternidad, consagrada en los incisos 1º y 2º del artículo 141 del Código de Familia en relación directa con el artículo 36 de la Constitución.

Pero las disociaciones van más allá. En la actualidad es posible, también, separar los conceptos de fecundación y gestación, tanto desde el punto de vista temporal como del de las personas intervinientes en el proceso. Pensemos para el primer caso en una FIV cuyo fruto es congelado y transferido tiempo más tarde al seno de la mujer que aportó el óvulo, o bien en el supuesto de que sea transferido a una segunda mujer (madre gestante). En este supuesto la Ley considera Madre a la que gesta y alumbró. Por otra parte, pensemos en una pareja estéril a causa del marido y que acude para remediar la falta de hijos a la donación de semen de un tercero anónimo;

biológicamente este es el padre, pero legalmente será padre el marido que consiente esta técnica<sup>21</sup>.

No acaban aquí las repercusiones que la reproducción asistida puede tener en el Derecho Privado. En este marco, el Derecho de Sucesiones puede verse afectado con el reconocimiento de derechos sucesorios a favor de quien aún no ha sido concebido; así, el Derecho Patrimonial tiene que enfrentarse ante nuevas categorías de negociación, contratos de inseminación artificial, fecundación in vitro, donación de gametos, etc., siendo necesario examinar su naturaleza contractual, naturaleza jurídica, licitud del objeto, responsabilidad por cumplimiento defectuoso, etc., y sobre todos los aspectos indicados pueden repercutir sobre los derechos inherentes a la persona, como son el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la intimidad personal y familiar, entre otros<sup>22</sup>.

A partir de esta perspectiva, es necesario, analizar los efectos jurídicos de la reproducción asistida en las diferentes instituciones del Código de Familia que tienen relación con dicha temática.

### 2.1.1. El Nasciturus

¿Y qué decir del Nasciturus? El Nasciturus es el concebido y no nacido y como tal goza de la protección del Estado, ya que la Constitución en el inciso 2º del Art. 1 establece que ***“reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante mismo de la concepción”***.

Luego el Código Civil en el Art. 75 establece lo siguiente con relación al nasciturus: ***“Los derechos que se referirían a la criatura que está en el***

---

21 Cfr. Cárcava Fernández, C. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humanas. Bosch, Barcelona, 1995. Pág. 36.

22 Leonseguí Guillot, Rosa Adela. Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida. Boletín de la Facultad de Derecho, números. 8-9, Madrid 1995

***vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se difirieron”.***

A la luz de esta regulación, cabe preguntarse ¿el anterior artículo es aplicable a aquellos cigotos concebidos por medio de las técnicas de fecundación asistida que todavía no han sido transferidos al vientre materno, sino que permanecen congelados en el laboratorio?

Hay que considerar que dicho artículo es aplicable únicamente a la concepción natural y a las técnicas de reproducción en las cuales la fecundación se produce dentro del útero de la madre, ya que claramente el texto legal se refiere a la criatura que está dentro del vientre materno, dejando de lado el embrión que está fuera de él. Sin embargo, es importante analizar si el embrión puede ser considerado como persona y por ello contar con la protección jurídica que el nasciturus ostenta a la luz de las normas legales vigentes en El Salvador, o si por el contrario, por estar fuera del vientre materno no tiene tal calidad y por lo tanto, no goza de dicha protección.

Para responder a esta pregunta, es necesario analizar varias posiciones doctrinales y del derecho comparado:

*Autores como Miguel Ángel Soto Lamadrid considera que la vida “surge con la fecundación misma donde quiera que ocurra y aun en circunstancias anormales como la fecundación in vitro, y merece algún tipo de protección jurídica, aunque no exista hasta el momento ley que defina el status del cigoto o embrión de laboratorio, es decir, disposiciones que definan claramente su naturaleza jurídica, sus derechos o prerrogativas y los límites de su disponibilidad”<sup>23</sup>.*

---

23 Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y delito. Buenos Aires: Astrea, 1990, pág. 159.

Todo lo contrario, la tratadista española María Jesús Moro Almaraz, señala que *“el problema es que ni siquiera se puede decir del concebido, y menos del embrión de pocos días, que sea un ser humano. Pero además, la cualidad de persona es la que determina la aptitud genética para ser titular de derechos”*<sup>24</sup>.

Emilssen González de Cancino, basándose en la legislación colombiana afirma que *“no se puede considerar al embrión in vitro como una persona jurídicamente protegida por el ordenamiento, ya que científicamente es casi imposible que éste tenga un desarrollo normal por fuera del útero de la madre por más de 14 días, y en caso de tenerlo, es igualmente indispensable el nacimiento para ser considerado persona jurídica”*<sup>25</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-013 del año 1997, se refiere en algunos pasajes al tema de la protección del nasciturus, así:

*“... La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física”.*

*“...En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital”.*

*“...Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo*

---

24 Moro Almaraz, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial. Barcelona: Bosch, 1998, pág. 135.

25 González de Cancino, Emilssen. Los retos jurídicos de la genética. Bogotá, 1995, pág. 58-59.

*científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica*<sup>26</sup>.

Ahora bien, es de vital importancia analizar y determinar con base a la legislación salvadoreña, la naturaleza jurídica del embrión en los supuestos de fecundación asistida, porque de la respuesta que se dé a ello, depende la resolución de otros problemas que presentan en la actualidad.

Para analizar esta problemática es necesario preguntarnos desde cuándo nuestro ordenamiento jurídico considera que existe la persona.

Como ya se manifestó, nuestro ordenamiento jurídico establece que la persona humana existe desde el momento de su concepción en el vientre materno. Así ha sido consagrado en la reforma Constitucional del inciso 2º del Art. 1, de fecha 3 de febrero de 1999 que establece que **“reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante mismo de la concepción”**.

El debate que se ha planteado desde que los avances científicos permitieron la posibilidad de recurrir a las técnicas de fecundación asistida, se circunscribe a la determinación del inicio de la existencia de la persona, como también a su protección jurídica.

Pero además de esta disyuntiva, surge otra situación que requiere de atención. Dicha situación es la referida a la existencia de la persona, ya que si bien es cierto, nuestra Constitución establece que **reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante mismo de la concepción**, la legislación secundaria en materia civil establece que *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.*

---

26 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013/97. Ref. Expediente D-1336 y D-1359. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

*La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. Art. 72 Código Civil.*

Ante esto no puede haber ninguna contradicción, pues lo que regula la Constitución en el artículo antes citado, es el reconocimiento del derecho a la existencia natural de la persona que comienza con la concepción, o sea, el momento en que se unen las células sexuales masculina y femenina, y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la existencia legal que es lo que regula el Art. 72 del Código Civil antes citado.

Alessandri y Somarriva lo plantean así: “...nuestro Código Civil sólo exige, para conceder la personalidad, que la criatura nazca viva; la duración de la vida extrauterina es indiferente: para la adquisición de los derechos basta vivir el más mínimo espacio de tiempo. Esta es la doctrina jurídica de la **vitalidad**: para ser persona, sólo es indispensable nacer vivo”.

*Pero ciertas legislaciones, como la francesa y la española, acogen otra doctrina, la llamada de la **viabilidad**, que es la aptitud del ser para continuar viviendo fuera del seno materno; supone, pues, que la criatura nazca viva y sea capaz de seguir viviendo extrauterinamente.*

*Esta doctrina merece críticas por las muchas dificultades que ofrece.*

*Desde luego, se basa en un pronóstico, y no en un hecho, como la doctrina de la vitalidad, ya que para afirmar que un recién nacido no es viable, menester es predecir que morirá. Para salvar la duda, algunas legislaciones presumen viable la criatura que viviere veinticuatro horas. Sin embargo, la ciencia demuestra que bien puede el niño vivir dicho lapso y no ser viable. Por otra parte, como dice don Andrés Bello en una de sus notas, “añádase la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo”. Y todavía, es completamente arbitrario e injustificado designar cierto plazo. Si se exigen, por*

*ejemplo, veinticuatro horas, ¿por qué ha de negarse la existencia legal al que sólo sobrevive doce horas, o seis, o una, o cinco minutos?*<sup>27</sup>

*“La tendencia moderna, que revelan los Códigos Alemán y Suizo, es aceptar la doctrina de la vitalidad, pues está más de acuerdo con los actuales principios que atribuyen la personalidad al ser humano por el hecho de ser tal, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquier otra circunstancia.*

*El mismo criterio sigue el Código Civil Italiano de 1942 (art. 1º), el portugués de 1967 modificado en 1977 (art. 66, el boliviano de 1975 (art. 1º) y el peruano de 1984 (art. 1º).*

*El legislador toma en cuenta la existencia natural, o sea, la que inicia con la concepción, con el fin de proteger la vida y los derechos del que está por nacer*<sup>28</sup>.

En consecuencia, lo que regula el Art. 72 del C.C., es lo relativo al inicio de la existencia legal de la persona, a fin de garantizar la protección de los derechos patrimoniales del nasciturus, que estarán suspensos hasta la fecha del nacimiento, tal como lo prescribe el Art. 75 del mismo cuerpo normativo.

Ahora retomemos el tema de la fecundación asistida. Frente a ello, hay juristas que plantean que solamente el embrión que está dentro del seno materno, debe considerarse persona<sup>29</sup>.

Sin embargo, esta interpretación literal conduce a un resultado poco preciso que no concuerda con el pensamiento del legislador que es proteger la vida humana desde el momento de su concepción.

En este sentido Rabinovich afirma que *"la interpretación de un precepto debe hacerse dentro del contexto histórico-social, no en abstracto. Pretender que la*

---

27 Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. Tratado de Derecho Civil partes Preliminar y General, redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H. Tomo I, Ed. Dislexia Virtual

28 Ibídem.

29 Bossert G. "Fecundación asistida", JA. 1988- IV- 871

*no mención en el Código de la fecundación extrauterina (completamente desconocida entonces) importa negar personalidad al concebido que no está en el seno materno*<sup>30</sup>.

Para superar este obstáculo hermenéutico, hay que extender por analogía lo que establece el inciso 2º del Art. 19 del Código Civil, en lo relativo a la aplicación de esas disposiciones al supuesto en que la concepción se logre por dichas técnicas fuera del vientre materno.

En suma habrá que decir lo siguiente:

El reconocimiento y protección de los derechos personales y, especialmente, del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la identidad, a la dignidad entre otros, se produce desde el momento de la concepción, no especificándose si ésta se produce por el método natural o artificial.

“La legislación que se sancione en un futuro sobre el tema de fecundación asistida, deberá incorporar los derechos personales del embrión, sea que se encuentre en una probeta o ya implantado en el útero y que se derivan de las reglas constitucionales vigentes en nuestro país, y estos son: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y genética, y al reconocimiento de la dignidad humana, como consecuentemente el derecho a la protección jurídica contra todo ataque a estos derechos, desde el momento de la concepción, in vivo o in vitro. El embrión muerto debe ser respetado como se respeta el cadáver de otro ser humano muerto”<sup>31</sup>.

En palabras del maestro italiano, ENRIQUE BANCHIO se ha llegado a la conclusión que “entre el nasciturus (in vitro o in vivo) y la persona ya nacida, existe una verdadera paridad ontológica, toda vez que se trata, como lo demuestra la genética moderna, de un mismo ser, en dos momentos distintos

---

30 Rabinovich Berkmanr “Derecho Civil parte general”. Ed Astrea, pag.219, año 2000

31 Obra citada. Pág. 68

de su continuo devenir vital que, iniciado en la concepción, ha de finalizar con la muerte”<sup>32</sup>.

Finalmente deseo establecer mi posición en dos de los puntos planteados, a saber: Primero en lo referido a las teorías de la vitalidad y de la viabilidad. En este apartado, comulgo con la teoría de la vitalidad por ser ésta la que protege y garantiza el derecho a la vida y todos los demás derechos que de éste se derivan, desde el instante mismo de la concepción, tal como lo establece nuestra legislación primaria y es desarrollada en la legislación secundaria.

En segundo lugar mi posición con relación a lo que algunos miembros de la comunidad jurídica del país, plantean acerca de que el Art. 72 del Código Civil vigente desde 1859, está derogado tácitamente, en virtud de la reforma constitucional de fecha 3 de febrero de 1999, arriba citada. Ante esto, sostengo que no existe tal derogatoria, pues lo que el inciso segundo de la Constitución citado hizo, fue reconocer y proteger el derecho a la existencia natural de la persona, desde el instante mismo de la concepción; en cambio el Art. 72 del C.C., lo que establece es el inicio de la existencia legal de la persona humana.

---

32 CATALANO, PIERANGELO en su exposición de incorporación a la “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba” como miembro correspondiente de Italia (21-VIII-1986) (citado por Banchio Enrique, Op. Cit. pág. 834)

## 2.1.2. La Paternidad

Si bien es cierto, nuestro Código de Familia, no establece ninguna definición de Paternidad, sino que únicamente se limita dentro del Libro Segundo “Filiación y Estado Familiar”, Título I “Filiación”, Art. 135, a las *“FORMAS DE ESTABLECER LA PATERNIDAD: La paternidad se establece por disposición de la ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial”*. Ahora bien, los artículos 140 al 142 del mismo cuerpo normativo, se refieren al establecimiento de la paternidad por ministerio de ley y por presunción.

Sin embargo la Real Academia de la Lengua Española define la paternidad como *“Cualidad de padre”*. En cambio la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL, define la Paternidad como: *“la relación que los hombres establecen con sus hijas e hijos en el marco de una práctica compleja en la que intervienen factores sociales y culturales, que además se transforman a lo largo del ciclo de vida tanto del padre como de los hijos (as). Se trata de un fenómeno cultural, social y subjetivo que relaciona a los varones con sus hijos(as) y su papel como padres en distintos contextos, más allá de cualquier tipo de arreglo conyugal”*<sup>33</sup>.

En este orden de ideas hay que referirse a los efectos jurídicos de la reproducción asistida en la paternidad, examinando las diferentes técnicas aplicadas:

### 2.1.2.1. Inseminación Artificial

En primer lugar hagamos una aproximación a una definición del concepto Inseminación Artificial.

---

33 NACIONES UNIDAS COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. Propuesta de indicadores de paternidad responsable. Octubre de 2002, pág. 7.

Para López Bolado, en su obra *“Los médicos y el Código Penal”*, define la inseminación artificial como *“el procedimiento por el cual se introduce esperma humano en el interior de los órganos genitales femeninos prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de este”*<sup>34</sup>.

En este contexto se puede hablar de diferentes tipos de inseminación artificial, a saber:

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

La inseminación de una mujer casada con el esperma de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella, es hijo del matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está ya prevista en el Código de Familia. Art.141 C.F. Existe por tanto, una identidad entre la filiación consanguínea y la legal.

Ante esto la Cámara de Familia de la Sección de Occidente ha dicho lo siguiente: *“En el primer caso, el Art. 141 del C.F., establece los presupuestos legales para la presunción de la paternidad del marido o sea el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad, excepto cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo hubiese sido reconocido por persona diferente al marido”*<sup>35</sup>.

¿Qué sucede en los casos donde no existe vínculo matrimonial, sino que sólo existe el hecho de que los padres están acompañados o son convivientes con o sin impedimento legal alguno para contraer matrimonio, pero acceden a la inseminación? En este caso, no opera la presunción de paternidad, sino que

---

34 López Bolado, Jorge. *Los médicos y el Código Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universal, 1981, pág. 177.

35 CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DE OCCIDENTE. Sentencia 053-11-ST-F. 14-04-11, pág. 4.

operará el llamado reconocimiento voluntario tal como lo establecen los artículos 143 y 144 del Código de Familia.

Ahora bien ¿Qué sucede con el hijo, en aquellos casos en que no existe vínculo matrimonial ni tampoco una convivencia estable, sino únicamente una relación esporádica y aun así la mujer con engaño o utilizando cualquier argucia, logra la inseminación sin el consentimiento de ese hombre? En ese caso sólo será posible establecer la filiación materna respecto a su hijo el cual será inscrito como hijo no reconocido por su padre y carecerá de filiación por línea paterna. Art. 15 Ley del Nombre de la Persona Natural. Esto sin perjuicio de las consecuencias en materia penal que puedan suscitarse si es que el hombre al darse cuenta alega algún agravio. Art. 157 C.P.

En suma, como presupuesto para llevar a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja estable.

Así, el hijo nacido como resultado de una inseminación homóloga, es hijo del matrimonio, el esposo de la mujer inseminada fue el donador del semen y, por lo tanto, el padre natural. La situación de padre biológico y padre legal se identifica. La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna será reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, autoridad parental, alimentos y derechos sucesorios.

**b) Inseminación Artificial Heteróloga:** se define como aquella técnica donde el semen del varón no es obtenido de la pareja sino de un tercer sujeto que es el donador.

La discusión en el plano doctrinal sobre el derecho a la inseminación artificial comienza en este punto. Las opiniones más radicales incluso han llegado a

afirmar que esta inseminación configura un delito de adulterio y que como tal debe de ser tratado.

En Italia, en la década de los cuarenta, y hasta los tardíos cincuenta, se consideró a las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias en su cuerpo, con semen que total o parcialmente no fuera de su esposo, como responsables de un delito. Un proyecto de Código Penal de 1958 establecía castigo de prisión tanto a la mujer que se sometía a las prácticas inseminatorias, como para el marido que las consentía, pero también para el donador del semen y para aquellos que practicaran la inseminación.

Otras corrientes doctrinales, en cambio, han considerado en la misma Italia que la inseminación heteróloga no constituye un adulterio. Giandomenico Milan<sup>36</sup> señala que es característico del adulterio la unión de los sexos, en consecuencia, la inseminación artificial no cae en ese supuesto, porque falta el elemento material, personalización del sexo y el psicológico, voluntad de concupiscencia. El fundamento del adulterio es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho de exclusividad sexual que pertenece al marido.

En el mismo sentido, Cuello Calón opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. *"Los adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial como una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios"*<sup>37</sup>.

En los casos de inseminación heteróloga, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica; en cambio, el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina "voluntad procreacional", que es el deseo de asumir a un

---

36 Citado por García Aguilera, José Antonio, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial", Revista de Derecho Judicial, México, 1972, pág. 194.

37 Cuello Colón, Eugenio. En torno a la inseminación artificial en el campo penal. España, 1961.

hijo como propio aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independientemente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero status filii (estado de hijo), aún más, un status familiae (institución de la familia).

En esa misma línea se ha expresado la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación 1055 Ca. Fam. S.S., de fecha 22 de septiembre del año 2003. Veamos algunos párrafos:

*... “En primer lugar, el recurrente considera que la Cámara interpretó erróneamente el Art. 134 C.F., luego que ésta manifestara en su sentencia, que dicho precepto no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; ya que, señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla”.*

*... “A juicio del impetrante, la voluntad procreacional no es una nueva fuente de filiación, pues quedó al margen de lo dispuesto en el Art. 36 Cn., que contiene una reserva de ley relativa a las formas de establecer la paternidad y que, por tanto, excluye a otras formas no contempladas expresamente en el Código, al señalar que: La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad”.*

*... “Finalmente sostuvo que la interpretación correcta de la disposición es que la filiación sólo es consanguínea o por adopción, pues, en esta materia, los artículos del Código de Familia revelan la orientación genetista de dicho ordenamiento: concluyendo que, en el estado actual de nuestro derecho de familia, la voluntad procreacional involucrada en la fecundación humana asistida no es fuente de filiación”.*

*... “Sobre el particular, el tribunal de alzada dijo que “... en el presente caso lo que interesa es establecer si de acuerdo a nuestra legislación de familia puede*

*la voluntad procreacional considerarse como fuente del vínculo paterno filial. En forma expresa la ley contempla como ejemplo de estos casos, la adopción [...] Respecto a la posibilidad de contrariar la Constitución alegada por el recurrente, sostenemos, que la interpretación de dicho precepto no es correcta, ya que el artículo supuestamente violado indica la obligación de investigar y establecer la paternidad, dejándose el desarrollo de esta precepto a la ley respectiva. En cambio el caso que nos ocupa se refiere a una paternidad ya reconocida y establecida por la misma ley, la cual se pretende impugnar o desplazar la filiación de dicha menor para dejarla sin protección paternal...”*

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

*... “Por ello, sin perjuicio de lo que más adelante diremos para la solución del caso planteado, estimamos que el tribunal de alzada interpretó correctamente el Art. 134 C.F., en el sentido que la filiación consanguínea y la adoptiva no son las únicas clases de filiación: pues, en este orden, la voluntad procreacional en juego con las técnicas de reproducción humana asistida, constituyen el fundamento de una nueva clase de filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico de ningún modo ha sido vedada”.*

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada o acompañada sin que el esposo o conviviente haya otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, sin embargo, la legislación,

establece, tal como ha sido señalado más arriba que, si el hijo nace dentro del matrimonio, se presume hijo del cónyuge; asimismo, si éste al nacer, es reconocido de manera voluntaria por el padre, quedaría establecida la filiación paterna.

En vista de que las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, aunque posteriormente el esposo o conviviente demostrara la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro del matrimonio o haya sido reconocido por éste. Las presunciones antes mencionadas pueden destruirse sólo cuando el marido probare que el hijo no ha podido ser engendrado por él. Art. 151 C.F. Esto podría suceder porque el marido es estéril o por la imposibilidad de acceso carnal durante el tiempo de la concepción; o cuando probare que se le ha ocultado el parto. Art. 152, inciso 2º C.F. Sin esas pruebas no podrá impugnar su paternidad, además de tener en cuenta los plazos que el último artículo citado, establece para ejercer la acción.

Sin embargo, de acuerdo al análisis que se ha presentado de la inseminación como un acto jurídico, éste sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen, tanto material como jurídicamente, y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional.

- c) Inseminación artificial post-mortem:** Esta inseminación no se refiere al donador anónimo que depósito su esperma en un banco y que muere después, sino a aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte.

La legislación española la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre ellos, la manifestación de la voluntad del donante y que la inseminación se efectúe después de su muerte. Así lo establece el Art. 9 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo del 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En Francia, el artículo L.2141-2 del Código francés de Salud Pública, en la redacción dada por la Ley 2004-800, afirma que la procreación artificial está destinada a responder a la demanda parental de una pareja y tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad. Dispone que la procreación artificial está reservada para el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, que estén vivos; no está permitida la fecundación post-mortem, párrafo 3: el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones; prohíbe asimismo la denominada madre de alquiler o útero de alquiler (art. 16-7 del Código Civil francés).

Sin embargo, la Jurisprudencia francesa sí se ha pronunciado acerca de la inseminación post-mortem, con el famoso caso Parpalaix que, después de un largo y complicado proceso, se resolvió en un fallo del Tribunal de Gran Instancia de Créteil en el sentido de que se practicara la inseminación post-mortem a Corinee Parpalaix con el semen de su marido muerto<sup>38</sup>.

Este último caso ha sido retomado de manera muy atinada, por la Sala Constitucional de la república Bolivariana de Venezuela, en demanda de Amparo en contra de GRUPO MEDICO DE FERTILIDAD, C. A. del CENTRO MEDICO DOCENTE LA TRINIDAD, de fecha 6 de julio de 2005, interpuesta por la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, por negarse el

---

38 Diario el País de España: [http://elpais.com/diario/1984/08/02/portada/460245601\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1984/08/02/portada/460245601_850215.html)

demandado a practicar inseminación post-mortem a la señora demandante, habiéndolo dispuesto así su esposo cuando aún estaba en vida<sup>39</sup>.

Algunos extractos de esa Sentencia son los siguientes:

*Como antes se apuntó, no existe en el país regulación expresa sobre el tema de la reproducción asistida, mucho menos sobre la fecundación de una mujer viuda, con semen crioconservado de su esposo fallecido. Pero se conocen casos reales que han sido resueltos por los órganos jurisdiccionales de otros países, uno a juicio de la Sala, digno de referir: el caso de Corinne y Alain Parpalaix, comentado por la parte actora, y reseñado por Carmen García Mendieta en el artículo “La filiación: problemas jurídicos actuales”, pág. 11-14, publicado en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2106/26.pdf>, (el subrayado es mío), de la manera siguiente:*

*... “Concitó la atención pública en Francia el caso de Corinne Parpalaix, joven viuda que reclamó judicialmente el semen congelado de su esposo, depositado tres años antes de la muerte del mismo en el banco estatal de esperma CECOS. La repercusión del proceso pasó desde los periódicos hasta las revistas jurídicas, que se ocuparon profusamente del caso. El Tribunal de Gran Instancia de Créteil, en fallo de fecha 1° de agosto de 1984, que dispone la entrega del esperma a la esposa reclamante, examina varios aspectos del problema y constituye un hito en la historia moderna de la filiación. El Tribunal consideró que las condiciones de conservación y devolución del esperma y la inseminación posterior de la viuda son cuestiones que no están prohibidas por la ley, y ni siquiera están reglamentadas. Sostuvo que el hecho no se opone al derecho natural, siendo la procreación uno de los fines del matrimonio. El Tribunal puso énfasis en todo momento en averiguar cuál había sido la voluntad del difunto marido, Alain Parpalaix. Así, adjudicó especial relevancia*

---

39 República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1456-270706-05-1471.htm>

*a la actitud del mismo, quien durante la enfermedad que lo llevó a la muerte (cáncer de testículos) quiso preservar sus posibilidades de tener un hijo, depositando una toma de esperma en el banco demandado. Y, dos días antes de su muerte, contrajo matrimonio civil y religioso con Corinne. (Ésta, en definitiva, no logró concebir.)...”.*

*... “Se pregunta la Sala, ¿y es que no puede entonces existir inseminación artificial ni fecundación in vitro post mortem? Ha pasado en Tokio, en Inglaterra, en Argentina, por mencionar algunos países, que después de fallecido el cónyuge (muerte súbita), la viuda ha solicitado se extrajera y congelara el semen del hombre fallecido, a los fines de que se le practique la inseminación artificial y, en algunos casos han pedido se reconozca la paternidad, esto es, la relación familiar entre el bebé y el padre fallecido, [www.consumer.es/web/es/economia\\_domestica/2003/03/02/58529.php](http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/2003/03/02/58529.php), (el subrayado es mío), donde aparece reseña del caso Diane Blood, en el cual un Tribunal Británico en febrero de 1998 admitió la paternidad de un hombre fallecido hace ocho años)”.*

En suma, y remitiéndonos a nuestra legislación en El Salvador, si la mujer viuda se somete a una inseminación con esperma del marido fallecido, el hijo será sólo de ella. De acuerdo con la explicación que formulamos con anterioridad, la personalidad concluye con la muerte, y el hijo, resultado de una inseminación practicada después de la muerte del donador, no tiene padre. La Ley lo considera hijo nacido fuera de matrimonio, pues no estaría dentro de los términos de presunción y, por lo tanto, no tendría derecho al nombre ni a la herencia y menos a la vinculación parental con la familia del aportador del semen.

### **2.1.3. La Maternidad subrogada**

Uno de los principales problemas en cuanto a los efectos jurídicos de la Reproducción Asistida, radica en la llamada Maternidad subrogada o vientre de alquiler. Naturalmente este no es un tema nuevo y, para ilustrarlo, es necesario hacer un breve recorrido histórico al respecto:

#### **a. Historia de la maternidad subrogada:**

Desde la antigüedad más remota el hombre siempre ha soñado con tener hijos y, pese a la infertilidad incurable en aquellos tiempos, ha procurado por todos los medios conseguir un heredero tan anhelado. La primera madre de alquiler conocida en la historia nació hace unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. He aquí lo que dice al respecto el Antiguo Testamento (Génesis 16), libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. Sarai, la esposa de Abram (Sara y Abraham se llamarán un poco más tarde), era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Sarai dijo a Abram: “Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”. Y Abram accedió al deseo de Sarai. En aquel entonces Abram tenía 86 años, pero su edad venerable no impidió la concepción<sup>40</sup>.

En 1910 A.C. Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Sarai le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de un programa de la llamada “gestación subrogada tradicional”. A propósito, de Ismael descienden todos los árabes que se llaman también ismaelitas o agarenos, por el nombre de la “madre subrogada” que ha gestado a Ismael. Es interesante que 14 años después del nacimiento de Ismael, en 1897 A.C. (el año de la destrucción de Sodoma y Gomorra) Sara

---

40 La santa biblia. Génesis cap. 16

consiguió quedarse embarazada de su marido legítimo, quien se preparaba para festejar su centenario, dando a luz a Isaac<sup>41</sup>.

El segundo programa de gestación subrogada, del que se tiene conocimiento, se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII A.C. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 A.C.; disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales no se podía vender “por plata”.

Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.

Estos son algunos de los hechos más relevantes que se tienen en la antigüedad sobre la maternidad subrogada, que en la actualidad se les conoce como hijos fuera del matrimonio.

---

41 Cfr. La santa biblia. Génesis cap. 21

Cabe destacar que en aquellas épocas a la mujer no se le consideraba como persona, más bien era considerada como una cosa material que pertenecían al hombre, como si fuera una silla o una casa; además de que se tenía la idea que la prevalencia de las castas era lo más importante, por tal motivo se utilizaba a mujeres para lo procreación de un hijo varón con otra mujer que no fuera su esposa, y la esposa legítima tomaba al recién nacido como su hijo.

## **b. Definiciones de maternidad subrogada**

Existen variadas definiciones doctrinales sobre el tema. Sin embargo, se exponen algunos de las encontradas.

Una de ellas dice que la maternidad subrogada es *"la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento"*.<sup>42</sup>

Respecto a esta definición, no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que gaste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera, incluso podría ser lesbiana<sup>43</sup>. A partir de aquí, es importante que se determine claramente en la legislación, qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada.

Otra definición es la que se expone a continuación: *"La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la*

---

42 Hurtado Oliver. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 54.

43 Ibídem

*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 contratante.*<sup>44</sup>

Puede advertirse dentro de esta definición que contiene elementos casi idénticos a la anterior, excepto porque en ésta ya se menciona el contrato de subrogación, el cual denomina contrato de gestación, para lo cual establece ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual.

El tratadista Eduardo Zannoni, dice:

“... se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja”.

Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa.

La maternidad subrogada o maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella es quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno. En cambio la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación<sup>45</sup>. Este deslinde queda poco claro considerando los otros conceptos.

---

44 De la Torre Vargas, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 204.

45 Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, octubre de 1987. Citado en: MENDOZA GARCÍA, Isidro. “Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada”, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pág. 80.

La Iglesia Católica, en su documento titulado Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva (sic) a las dos hipótesis que maneja Zannoni de la siguiente forma:

- a) *La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación, y*
- b) *La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación*<sup>46</sup>.

La Iglesia Católica, clasifica los dos casos como maternidad subrogada, ya sea que la madre sustituta, aporte su óvulo, o cuando solo presta su útero. Pero para el autor Zannoni, en cambio solo es maternidad subrogada cuando ella solo presta su útero y no aporta el óvulo, y cuando la madre sustituta, presta su útero y aporta su óvulo, dice que es simplemente madre.

La maternidad subrogada, para Mendoza García, ...”es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño. En estos casos si somos más estrictos, en el primer caso es madre de gestación y en el segundo madre gestante y biológica”.<sup>47</sup>

---

46 Iglesia Católica. Instrucción Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la procreación, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, 1987.

47 Mendoza García, Isidro. “Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada”, Op. Cit., pág. 81.

La maternidad subrogada la clasifica de:

- *Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y,*
- *Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.*<sup>48</sup>

### **c. Naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada**

Aquí nos enfrentamos a problema de desmesuradas proporciones, porque si bien es cierto nuestra legislación y muchas otras del derecho comparado, prohíben o no han legislado acerca de este tipo de contrato o lo declaran nulo, no puede pasarse por alto, el hecho de que fruto de este acuerdo, ha habido una gestación. En este sentido, como ha puesto de relieve MONTE PENADÉS, “el acuerdo de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que sale de esta técnica”.<sup>49</sup>

En doctrina, vamos a encontrar diferentes posturas:

Para una parte de la doctrina, el contrato puede calificarse de diverso modos, pero no cabe duda de que existen diversos tipos de contratos:

- Uno de arrendamiento de obra o de servicio entre el médico, la pareja y la madre portadora.
- Un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura.
- Un contrato de arrendamiento de servicios entre el médico y el hospital.<sup>50</sup>

---

48 Ibídem.

49 Postura expresada en la Comisión Especial de estudio de la Fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas. Sesión celebrada el 18 de diciembre de 1985 en “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados”, España, 1985, II Legislatura, núm. 385. Pág. 11673.

50 Lacruz Berdejo, J. L. “Informe sobre la fecundación artificial y otros extremos semejantes”. 1985. Pág. 11. Citado por Martínez Pereda Rodríguez, J. M., Massigoge Benegiu, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág.132.

Para otra parte de la doctrina, si hubiera que encasillar esta figura contractual de la maternidad subrogada entre las figuras contractuales conocidas, habría que ubicarla dentro de las de arrendamiento de obra o de servicio.<sup>51</sup>

Otros califican a la subrogación materna como un servicio, cuando se trate del arrendamiento de útero, situando tal figura jurídica entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre aquellos otros que transmiten el uso o el dominio de una cosa, evitándose así decir que el servicio o el hecho “no está en el comercio”, pues tal expresión sólo se aplica a las cosas, debiendo decirse más bien que el servicio “no es posible” o “no es lícito”. Sostienen que el contrato de cesión de úteros es posible como lo atestiguan los numerosos niños nacidos a través de este método.<sup>52</sup>

En cuanto al Derecho Comparado, hay que considerar las siguientes legislaciones:

La legislación alemana promulgó en 1990 la Ley de protección del embrión, nº 745/90 del 13/12/90.

En su Art. 1.- referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción., establece que:

*1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:*

*1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*

*2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;*

En México, dos códigos estatales dan distinta solución al caso:

Así, el art. 347 del Código civil del Estado de Tabasco, México, dispone:

---

51 Lledó Yagüe. “Fecundación artificial y derecho”. Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 149.

52 Soto Lamadrid, Miguel. Ángel. “Biogenética, filiación y delito”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. Pág. 238.

*“Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”*

En cambio, los artículos 489 y 491 del código civil del Estado de Coahuila dicen:

*“Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.*

*El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.*

*Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.”*

En el derecho español, dicho contrato se regula en la Ley 14/2006, del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El art. 10 de dicha ley dice:

- 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.*

Por otra parte está la Jurisprudencia:

Un famoso caso de alquiler de vientres donde el acuerdo fue incumplido por parte de la madre sustituta fue el caso de Baby M en Estados Unidos. En el año 1985, exactamente el 6 de febrero una pareja de esposos decidió llegar a un acuerdo con la Sra. Whitehead para que mediante inseminación artificial el Señor Stern y su esposa llegaran a ser padres. Cuando nació la niña, inicialmente la Sra. Whitehead la entregó, pero un día decidió ir a verla y llevarla a su casa, rehusándose después a entregarla, a pesar de que las autoridades de la Policía rodearon toda su residencia. El debate se sumergió a un lio judicial en el que finalmente el Tribunal de New Jersey cedió todos los derechos al padre natural, es decir al Señor Stern y a su esposa y negó la potestad a la madre subrogada. Este es el famoso caso de la bebe americana que se conoce como Baby M en el mundo entero.<sup>53</sup>

Otro caso importante es el de Mark y Crispina Calvert.

*Ellos eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984, sin embargo sus ovarios siguieron en condiciones de producir huevos, y finalmente la pareja consideró la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert. El 15/1/89 Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado por el espermatozoide de Mark y el huevo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como el hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a "todos sus derechos como madre" respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de \$ 10.000 en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se*

---

53 Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada. [http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm#\\_ftn8](http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm#_ftn8).

*comprometieron a pagar por un seguro sobre la vida de Anna, por valor de \$200.000.*

*El cigoto fue entonces implantado el 19/1/90. Menos de un mes más tarde, un test de ultrasonido confirmó que Anna se encontraba embarazada.*

*Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Mark se enteró de que Anna no había revelado que había sufrido varios partos en los cuales el niño había nacido muerto y embarazos fracasados. Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho lo suficiente para otorgar la póliza de seguro requerida. También se sintió abandonada durante el comienzo de los dolores prematuros de parto en junio.*

*En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre del niño. Finalmente, ambos casos fueron unificados. Las partes estuvieron de acuerdo en la designación de un guardián independiente "ad litem" a los fines del pleito.*

*El niño nació el 19/9/90, y se obtuvieron muestras de sangre de Anna y del niño para ser analizadas. La prueba de sangre excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del tribunal que disponía que el niño permaneciera temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.*

*Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1a. instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el contrato de*

*maternidad sustituta era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas.*

*Anna interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1a. instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó la decisión, y la Corte Suprema del Estado de California entendió que no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto:*

- *Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.*
- *El contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.*
- *No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducirlas a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.*
- *No considera a los niños mercancías.*
- *Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.*
- *Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.*
- *La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención expresa; que la intención de las partes fue traer al mundo el niño de Mark y Cristina; ésta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que Anna lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre natural del niño.*

De esta manera, la Corte Suprema del Estado de California resolvió a favor de la validez del contrato de maternidad, basándose, en la teoría de la intención.<sup>54</sup>

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, el avance de la ciencia ha dado un gran salto en los últimos años y sin lugar a dudas el Estado debe desempeñar un papel activo en la regulación de los límites de aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, con el fin de proteger el orden público, las buenas costumbres y en consecuencia, los derechos humanos de todos los ciudadanos y ciudadanas de este país.

#### **2.1.4. La Fecundación In Vitro (FIV)**

##### **2.1.4.1. Definición**

Fertilización “in vitro” o fecundación in vitro se traduce literalmente como “fertilización en vidrio o cristal”. Así, se entiende como fecundación in vitro, la modalidad de reproducción asistida en la cual la unión del gameto femenino y masculino se realiza en condiciones extracorpóreas. En este sentido, es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre y posteriormente el óvulo fecundado es implantado en el útero de la mujer para continuar con la gestación.

Ésta se define como: *“Técnica de reproducción asistida basada en la unión de óvulos y espermatozoides en el laboratorio para que se produzca la fecundación en un tubo de ensayo y luego poder implantar uno o varios embriones en el interior del útero materno a fin de conseguir el inicio de un*

---

54 Medina, Graciela, Maternidad por sustitución. La Ley, Año 1997. <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>

*embarazo. Las principales indicaciones para la utilización de este método son la esterilidad femenina debida a la obstrucción de las trompas de Falopio, la esterilidad masculina debida a una escasa concentración o ausencia de espermatozoides en el semen y la esterilidad de causa desconocida”.*<sup>55</sup>

De la definición anterior, se deduce que para realizar este procedimiento, es necesario realizar varias etapas<sup>56</sup>, a saber:

1. Estudio y preparación de la pareja

Tiene por objeto asegurar que el ciclo de FIV es la decisión correcta para solucionar el problema de infertilidad y que la pareja se encuentra física y psicológicamente preparada para iniciarlo. En caso contrario, se orienta a los pacientes hacia otros tratamientos.

2. La Estimulación Ovárica

Para ampliar al máximo las posibilidades de embarazos, necesitamos obtener más de un ovocito, que es lo que madura habitualmente el ovario de una mujer. Para estimular la producción de varios ovocitos y garantizar su buena calidad, administramos una combinación de fármacos cuya respuesta se controla mediante ecografías vaginales y ocasionales análisis de sangre.

El proceso total dura, según los casos, entre 8 y 12 días aproximadamente. Si se observase una respuesta ovárica deficiente o exagerada puede interrumpirse el tratamiento.

3. Recogida de Ovocitos

---

55 Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.

56 Instituto Bernabeu. Medicina Reproductiva.

<http://www.institutobernabeu.com/es/3-1-2/pacientes/fertilidad/fecundacion-in-vitro/>

Cuando los ovocitos están maduros, los recogemos mediante ecografía vaginal, bajo anestesia local y sedación suave; es decir, de forma totalmente indolora. El proceso dura tan sólo unos 15 minutos y no requiere intervención quirúrgica, ingreso hospitalario, puntos de sutura o anestesia general.

#### 4. Fertilización en Laboratorio

Los ovocitos recogidos se llevan al laboratorio de FIV donde se preparan para ser inseminados. Paralelamente, el semen es activado para mejorar e incrementar su capacidad fecundante. Ovocitos y espermatozoides se unen, durante varias horas, en una incubadora que proporciona las condiciones óptimas para su fertilización y desarrollo. Hasta el día siguiente no sabremos el número de ovocitos fertilizados pero la tasa de fertilización es del 60% por lo que es habitual obtener varios embriones.

#### 5. Transferencia de embriones

La fase de cultivo embrionario puede prolongarse de dos a cinco días. Esto nos permite observar el desarrollo de los embriones para una adecuada selección de los de mayor calidad, dejando que sea la naturaleza la que descarte a los más débiles. En general, puede decirse que en un cultivo largo contamos con un número menor de embriones pero de mejor calidad que en uno corto.

La tasa de implantación, esto es, el porcentaje de embriones que anidan, en ocasiones se sitúa entre el 40 y 50%, por lo que para evitar embarazos múltiples, se propone en muchos casos transferir un único embrión y congelar los restantes. Los embriones se depositan en el útero en un proceso rápido, cómodo e indoloro seguido por un periodo de reposo.

De la misma manera que la inseminación artificial, ésta técnica de reproducción, admite la clasificación de homóloga, heteróloga y mixta.

#### **2.1.4.2 Características de la FIV**

La principal característica de esta técnica de reproducción asistida es que la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, de tal manera que es en el laboratorio donde se ven los resultados del proceso.

Este tipo de fecundación es utilizado por parejas que tienen problemas de esterilidad femenina ya sea por obstrucción en las trompas de Falopio, por ausencia de óvulos, por anomalías del útero, esterilidad masculina o por incompatibilidad genética.

La fecundación in vitro presenta soluciones a los problemas que no pueden ser tratados por la medicina o por medio de la inseminación artificial.

El problema jurídico al que debemos enfrentarnos cuando se utiliza la técnica de fecundación in vitro, es lo concerniente a la utilización de los embriones que son extraídos en el laboratorio para ser fecundados y posteriormente transferidos al aparato reproductor de la madre para que continúen su crecimiento en el útero.

Surge entonces la pregunta ¿Qué sucederá con aquellos embriones extraídos y que no serán transferidos al útero de la madre?

Por lo general, los embriones que no son transferidos al cuerpo de la mujer, son crioconservados, ya sea para transferirlos en caso de fracasar el primer intento o para utilizarlos en embarazos posteriores.

Sin embargo, el problema no acaba aquí ya que no existe unanimidad con relación a qué hacer con los embriones congelados cuando éstos no pueden ser utilizados, ya que los mismos pueden durar años en el congelador.

Hoy en día existen países que cuentan con legislación al respecto, otros en cambio no cuentan con regulación alguna.

Para el caso, España, en la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida., en el Art. 11, establece lo siguiente:

*Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.*

1. *El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.*
2. *La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.*
3. *Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.*
4. *Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:*
  - a. *Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.*
  - b. *La donación con fines reproductivos.*
  - c. *La donación con fines de investigación.*
  - d. *El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido*

*en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.*

5. *La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.*
6. *El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.*
7. *En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.*

*Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.*

8. *Añadido por Ley 26/2011, de 1 de agosto. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.*

9. *Reenumerado según Ley 26/2011, de 1 de agosto.. Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente.*

En cambio Costa Rica en el Art. 10 del Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, disponía lo siguiente: *“Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”.*

Dicho Decreto fue anulado por resolución de la Sala Constitucional No. 2306 de las 15 horas con 24 minutos del 15 de marzo de 2000, por ser Inconstitucional.

Entre otras cosas, la Sala Constitucional resolvió Inconstitucionalidad por las siguientes razones:

*... En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un*

*riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro- aumenta las posibilidades de lograr un embarazo.*

*... La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos.*

*... Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta- viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución.*

Finalmente es necesario resaltar el hecho de las diferencias entre ésta técnica y la técnica de Inseminación Artificial. Si bien es cierto, ambas técnicas son modalidades de reproducción asistida, la diferencia entre una y otra es notoria.

Por su parte, la fecundación en la inseminación artificial se hace de forma natural, es decir que, una vez puestos los espermatozoides en el cuerpo de la

mujer, el proceso sigue su curso normal, dejando de lado la intervención humana.

En cambio en la fecundación “in vitro”, tal como fue mencionado anteriormente, el proceso de unión del óvulo con el espermatozoide se hace en el laboratorio, de manera que la intervención de la ciencia se hace más notoria y por lo mismo se requiere de una vigilancia más estricta por parte del equipo médico.

En suma, la Fecundación In Vitro, se puede utilizar en los mismos casos en que se utiliza la inseminación artificial, y además en aquellos en que se sale de las posibilidades de ésta última. Y aunque es una técnica que requiere de un proceso más largo y complicado, a esto hay que agregarle que es mucho más costosa, sin embargo los resultados generalmente son muy efectivos y se ven con mayor rapidez.

#### **2.1.5. Derechos de los hijos e hijas a investigar la paternidad o la maternidad**

Naturalmente al hacer esta reflexión centrada en los derechos y garantías que deben protegerse al momento de utilizar cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, es necesario no dejar de lado la reflexión acerca de los derechos inherentes a los hijos e hijas que sean fruto del uso y aplicación de las referidas técnicas.

Estos derechos no pueden ser diferentes de los ya reconocidos y establecidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, para los hijos e hijas nacidos de forma natural. Todo lo contrario, lo que se debe hacer es profundizar en los mismos y tal como se planteará en la parte final de la presente investigación, lo pertinente es hacer reformas sustanciales en la legislación existente o introducir nuevas leyes atinentes al tema.

Dichos derechos son diversos, sin embargo en este apartado se pretende abordar lo referente al derecho que tienen los niños y niñas que nazcan producto de las técnicas de reproducción asistida, a investigar la paternidad o la maternidad.

Lógicamente no en todos los casos en que se haga uso de las referidas técnicas, se encuentran vacíos legales, pues en algunos casos la ley vigente protege y garantiza dicho derecho. Sin embargo, los casos en que se vuelve apremiante normar lo relativo a la investigación de la paternidad o la maternidad son: Cuando se haga uso de la inseminación artificial o la fecundación in vitro en forma heterólogas y en el caso de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

En lo referente a la inseminación artificial o fecundación in vitro heterólogas, surge el problema del donante, ya sea de esperma u óvulo y, en el caso de la maternidad subrogada habrá que considerar dos situaciones, a saber: El caso de la mujer que únicamente alquila su vientre y el caso de aquella que no sólo alquila su vientre sino que también aporta material genético.

Si partimos del precepto constitucional, consagrado en el inciso cuarto del Art. 36, que literalmente dice: *“...La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad”*.

Dicho precepto es desarrollado en el Art. 139 del C.F., que dice: *“El hijo tiene derecho a investigar quiénes son sus progenitores. Este derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible.*

*En este caso se admite toda clase de prueba”*.

De igual manera, el Art. 78 de la LEPINA consagra el derecho de los niños y niñas a conocer a su madre y padre y ser criado por ellos. *“Todas las niñas, niños y adolescentes, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su*

*madre y a su padre y ser criados por ellos, salvo en este último caso cuando sea contrario a su interés superior”.*

Por su parte la Ley Procesal de Familia en el Art. 140, inciso primero regula la investigación de la paternidad o maternidad así: *“En los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad, el Juez a solicitud de parte o de oficio, ordenará que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y a terceros para reconocer pericialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre”.*

En este orden de ideas, las interrogantes que surgen son ¿Qué criterio debe imperar en la legislación salvadoreña? ¿El derecho del donador anónimo y de la madre que alquila su vientre o el interés superior del niño o de la niña a conocer su identidad paterna o materna? ¿Qué debe prevalecer, el derecho a la identidad o el derecho a la intimidad o anonimato? ¿Será permisible para las mujeres solteras el acceso a estas técnicas?

La respuesta a esta y otras interrogantes no debe darse a la ligera ni de manera antojadiza, sino más bien, debe ser el resultado de un análisis serio y responsable que tome en cuenta todos los derechos que están en juego, tanto de los niños y niñas, así como de los padres y de los terceros involucrados. Desde luego lo que debe prevalecer en todo esto es lo ya establecido en el Art. 39 del C.F. antes citado, en relación al derecho del hijo o hija a investigar la paternidad o la maternidad.

En el ámbito del derecho comparado podemos constatar que el "principio de veracidad biológica", que conlleva el acceso al conocimiento de la auténtica identidad de las personas, en lo referente a sus orígenes biológicos, es admitido por Suiza en su constitución<sup>57</sup>; La ley española de reproducción asistida de 2006 está diseñada en

---

57 Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999. Art. 119-2-g.  
[http://www.admin.ch/org/polit/00083/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t,Inp6i0NTU042i2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yyq2Z6gpJCDdH9,gGym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A](http://www.admin.ch/org/polit/00083/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t,Inp6i0NTU042i2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yyq2Z6gpJCDdH9,gGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A)

beneficio exclusivo del adulto, sin embargo excepcionalmente establece la revelación de la identidad de los donantes.

En consecuencia, lo que debe hacerse es establecer normas que incorporadas a la legislación de familia o a una ley especial, regulen de manera armónica y en consonancia con el principio de igualdad, tales derechos, inherentes a cada uno de los que participen de las técnicas de reproducción asistida, privilegiando naturalmente el interés superior de los niños y de las niñas que nazcan por medio de dichas técnicas.

### 3. TÉRMINOS BÁSICOS

**ACTO MEDICO:** Es aquella intervención sobre el cuerpo humano realizado por el profesional de la salud titulado que tiene una finalidad de diagnóstico o de terapia.

**ADN o DNA:** Ácido desoxirribonucleico Está formado por dos cadenas lineales enrolladas en espiral conocidas como de doble hélice. Cada cadena consta de nucleótidos que se distinguen por la base nitrogenada que contiene (adenina, timina, citosina y guanina). Constituye el material de los genes que contienen la información genética hereditaria.

**ANTICONCEPCIÓN:** Se denominan técnicas anticonceptivas a los recursos de los que dispone el hombre para controlar la reproducción, mediante la interrupción del proceso que se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Además de los preservativos, el diafragma o la píldora convencional, hoy se está extendiendo cada vez más el uso de la píldora RU-486.

**ANTINOMIA:** Aparición de dos juicios contradictorios, pero igualmente fundamentados, en el curso de un razonamiento.

**BANCOS DE ESPERMA:** Son aquellos establecimiento sanitarios que tiene como finalidad la obtención, evaluación, conservación de semen humano para su utilización en las técnicas de reproducción asistida.

**BIOÉTICA:** Término acuñado en 1971 por el oncólogo Van Rensselaer Potter en su libro «Bioética un puente hacia el futuro», para determinar la reflexión moral sobre el conjunto de las ciencias biológicas que sirven para mejorar la calidad de vida. Aunque durante muchos años ha estado identificada con la ética médica o la ética aplicada, lo cierto es que la Bioética es una materia multidisciplinar que se ocupa de examinar, desde el punto de vista de los valores y los principios éticos, el impacto del

desarrollo y las aplicaciones de las ciencias médicas y biológicas en todos los organismos vivos.

La Enciclopedia de Bioética propone la siguiente definición: estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, por cuanto dicha conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales. Es la ética de todo aquello que tiene que ver con la vida. La Bioética concierne esencialmente al ser humano, en relación con sus factores ambientales, -naturaleza, cultura, sociedad-, y su campo es más vasto y mucho más interdisciplinario que el de la ética médica. En gran medida, la Bioética se presenta como el laboratorio experimental de la ética en el campo de la vida y, por este título, como ella (la ética), comprende una meta bioética racional de principios (teórica o conceptual) y una bioética normativa orientada hacia la acción.

El amplio uso del término Bioética para describir una ética enfocada de manera más estrecha aplicada al campo de la medicina que Potter originalmente pretendía, ha requerido de la utilización de adjetivos para definir el significado original pretendido y su desarrollo ulterior; han aparecido las llamadas Bioéticas regionales. Por ejemplo: Bioética médica, Bioética ecológica o ecoética, Bioética filosófica, Bioética económico-política y otras.

**BLASTOCITO:** Conjunto de sesenta y cuatro células que se forma cuatro días después de la fecundación y que corresponde a la fase de formación del embrión anterior a la implantación.

**CALIDAD DE VIDA:** El Grupo de la Organización Mundial de la Salud para su estudio la define como "la percepción de los individuos de su posición en la vida en el contexto de la cultura y del sistema valórico en el que vive y en relación con sus metas, expectativas, normas e intereses». -Diferentes aspectos de experiencias personales que dan a la vida su carácter humano y proporcionan la satisfacción que hace de la vida humana algo valioso-. Una vez identificados y articulados, los

aspectos diferentes de la experiencia subjetiva se transforman en indicadores de medición que señalan si los beneficios de las intervenciones médicas compensan las cargas. Las consideraciones sobre la calidad de vida se vuelven importantes porque sobre preferencias médicas no se tiene conocimiento y, por consiguiente, las decisiones deben basarse en su mejor interés. La calidad de vida incluye experiencias como placer, dolor, funcionamiento físico, autoconciencia, autonomía, relaciones, independencia financiera, etcétera. Calidad de vida personal, referida a la capacidad de poseerse a sí mismo y relacionarse libremente con otros seres humanos. Es una sensación subjetiva, es compleja y multidimensional pues admite muchas.

**CÉLULA:** El más pequeño elemento dotado de vida. Los seres superiores tienen millones de células. Se compone de una masa de citoplasma con un núcleo y está rodeada por una membrana. En el núcleo se concentra el material genético en forma de ADN. Las células, además, reúnen una colección compleja de moléculas que de forma integrada son capaces de agruparse y reproducirse.

**CLON:** De la palabra griega "klon", que significa vástago, rama pequeña. Son células de idéntica dotación genética que proceden de una sola célula por división (mitosis).

**CLONACIÓN:** Técnica de reproducción no sexual mediante la cual se obtiene seres genéticamente idénticos al organismo del que proceden. Existen diferentes tipos de clonación: celular, molecular o parcial y de genes. La clonación celular es un proceso de multiplicación de células genéticamente idénticas a partir de una célula. La clonación molecular consiste en insertar un segmento de ADN dentro de un vector que se replica en un huésped específico. La clonación de genes es una técnica que permite multiplicar un fragmento de ADN recombinante en una célula huésped y aislar luego las copias de ADN obtenidas.

**CLONACIÓN NO REPRODUCTIVA:** Su pretensión según dicen es generar conocimiento embrionario con fines terapéuticos, para realizar cultivo de tejidos y de posibles órganos.

**CLONACIÓN REPRODUCTIVA:** Se plantea que tiene como finalidad la obtención de individuos clónicos.

**COMITÉS DE ÉTICA:** Instituciones de carácter consultivo que agrupan a científicos, médicos, personal sanitario, juristas y personas ajenas al ejercicio de la medicina (por ejemplo, filósofos, teólogos, etc.). Cumplen diversas funciones; las educativa, consultiva y normativa.

**CRIOPRESERVACIÓN:** Conservación a bajas temperaturas de espermatozoides, óvulos y embriones para fines de reproducción.

**EMBRIÓN HUMANO:** Fase inicial en el desarrollo de un ser humano antes del nacimiento. La etapa embrionaria del ser humano abarca los dos primeros meses a partir de la concepción. Gracias a las técnicas de fecundación in Vitro, se pueden crear embriones en los laboratorios, transferirlos o congelarlos.

**EMBRIONES SOBRANTES:** Son aquellos embriones in Vitro que no son transferidos al útero y que se conservan con el fin de utilizarlos si hay fracaso en la reproducción asistida. El tiempo legal de conservación varía de acuerdo a cada legislación en las que está regulada por ley esta práctica.

**CONCEPCION:** Fusión del óvulo y el espermatozoide.

**CONSENTIMIENTO:** Acción y efecto de consentir. Permitir algo, conceder en que se haga aceptar una oferta o proposición.

**CRIOCONSERVACION:** Es el mantenimiento de un órgano congelado.

**DONANTE:** Es aquella persona que proporciona el material genético necesario para llevar a cabo una fecundación artificial.

**DONACION DE OVULO:** Es el proceso por medio del cual se le extrae un óvulo a una mujer para ser fecundado e implantado extracorporalmente en otra.

**DONANTE DE SEMEN:** Es aquella persona (hombre) que proporciona material genético necesario (semen), para realizar una inseminación artificial o fecundación in vitro.

**EMBRION:** Es la 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.

**ESPERMATOZOIDE:** Es la célula reproductora o gameto masculino producido en los testículos.

**ESTERILIZACIÓN:** Supresión de la facultad de procrear.

**ÉTICA MÉDICA:** Es una manifestación particular de la ética general; es un conjunto de normas de comportamiento para los miembros de la profesión, en sus relaciones con quienes demandan sus servicios y las que mantienen entre sí.

**EUGENESIA:** Término que procede de la palabra griega eugenés que significa "bien nacido". Fue acuñado por Sir Francis Galton en 1893, para definir la ciencia que trata de todos los influjos que mejoran las cualidades innatas de una raza. Hoy en día las prácticas eugenésicas tratan de mejorar o corregir los factores hereditarios. Se distinguen dos tipos: la positiva, que se ocupa de mejorar el sistema genético o su desarrollo mediante alteraciones planificadas, y la eugenesia de la normalidad, que forma parte de los programas para asegurar que los individuos tengan una cantidad mínima de genes normales.

**FECUNDACION:** Fusión del óvulo con el espermatozoide. Ver Concepción

**FECUNDACION IN VITRO:** consiste en extraer los óvulos y los espermias de los donantes, producir la fecundación en una probeta o placa especial y en una tercera etapa, en la transferencia del embrión resultante al útero de la mujer que hará de receptora.

**FERTILIZACION:** capacidad de reproducirse.

**FILIACION:** vinculo existente entre padres e hijos.

**GAMETOS:** Es la célula reproductora o germinal. El gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino óvulo.

**ICSI:** Inyección Intracitoplasmica del Esperma. Se trata de una técnica de fecundación en la que se inyecta un solo espermatozoide en el interior de un ovocito, por medio de una aguja.

**INFERTILIDAD:** incapacidad para reproducir que puede ser transitoria o definitiva.

**INSEMINACIÓN:** Mecanismo de facilitación intra corporal de la fecundación.

**INSEMINACION ARTIFICIAL:** Es la fecundación de la mujer por medio de la introducción de espermatozoide sin realización de coito. Introducción por medio de instrumento del semen en la vagina o la matriz para producir el embarazo.

**INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA:** Es la practicada con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente.

**INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA:** Es la inseminación practicada con material genético de un tercero o cedente, o mixta realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

**INSEMINACION POST MORTEN:** Es el caso de la inseminación artificial o fecundación in vitro en la que se utiliza para la inseminación de una mujer el semen de su marido o varón, que era su pareja y que ya ha fallecido.

**INTERES SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA:** Es la satisfacción integral de sus derechos y por tanto es una garantía ya que toda decisión que concierne al niño y niña debe considerar primordialmente sus derechos.

**MATERIAL HEREDITARIO:** Está constituido por el ADN y en algunos casos por el ARN.

**MATERNIDAD:** Relación parental que une a la madre con el hijo.

**MATERNIDAD SUBROGADA:** Es aquel proceso por medio del cual una mujer permite que un óvulo fertilizado de otra le sea inyectado en su útero, llevándolo hasta el término del embarazo para la otra pareja. Este procedimiento es adoptado por la mujer que tiene problemas para llevar el embarazo.

**OVULO:** Es la célula reproductora o gameto femenino producido en los ovarios.

**PATERNIDAD:** Calidad de Padre. Relación parental que une al padre con el hijo.

**PERSONA:** Viene del latín per-sonans (sonar o dar voces a través de algo), sujeto de derecho. Individuo moral con capacidad para establecer relaciones internas con los demás. Es toda vida humana dotada de capacidad racional y agencia moral, es decir, de libertad y de responsabilidad. Es un sujeto individual, que es único e irrepetible, fin en sí mismo y autor de su propia historia.

**PILDORA RU-486:** Píldora anticonceptiva que se administra en las primeras semanas de embarazo, provocando aborto sin intervención quirúrgica. Tiene un índice de eficacia entre el 94 y el 97 por ciento. A las 48 horas después de la administración produce una menstruación con la expulsión del feto, puede ser utilizada en embarazos tempranos de menos de 49 días hasta los de ocho semanas. Actualmente se comercializa en varios países del mundo.

**REPRODUCCION:** Es la Reduplicación molecular con posterior desarrollo anatómico, maduración bioquímica y complicación neurofisiológica.

**RESPONSABILIDAD MÉDICA:** Obligación que tienen todas las personas que ejercen una rama del arte de curar, de responder ante la justicia por daños ocasionados con motivo del ejercicio de su profesión. La misma cuenta con las siguientes ramas. Impericia, imprudencia, negligencia, delito, error médico, infracción o falta médica y la iatrogenia.

**SEMEN:** Es el líquido producido por los testículos que contiene en suspensión los espermatozoides.

**TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA):** todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

**TRANSFERENCIA DE EMBRIONES:** Es el transporte de embriones producidos por la fecundación in vitro desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

**ÚTERO RENTADO:** Ver maternidad subrogada.

**ZIGOTO:** Célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión.

## **CAPÍTULO III: SISTEMA DE HIPÓTESIS**

### **A) SISTEMA DE HIPÓTESIS**

1. La regulación de la reproducción asistida, protegerá derechos fundamentales de la familia.
2. La carencia de legislación expresa en materia de reproducción asistida, genera incertidumbre e inseguridad jurídica en los profesionales y usuarios de dicha práctica.
3. Los constantes avances en la ciencia en materia de reproducción asistida, obligan a contar con una legislación que garantice los efectos jurídicos que se desprendan de su uso y aplicación en lo relativo a la relación filial de todos los involucrados.

## B) OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

<b>HIPÓTESIS Nº 1</b>	
La regulación de la reproducción asistida, protegerá derechos fundamentales de la familia.	
<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Regulación de la reproducción asistida.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Reformas Constitucionales</li><li>• Ley especial</li><li>• Reformas al Código de Familia</li><li>• Reformas a la LEPINA</li><li>• Ley procesal de familia</li><li>• Código Penal</li><li>• Código de Salud</li></ul>
<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Protección de derechos fundamentales de la familia.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Interés superior del niño</li><li>• Filiación</li><li>• Paternidad</li><li>• Maternidad</li><li>• Unidad familiar</li><li>• Derecho al nombre</li></ul>

## HIPÓTESIS Nº 2

La carencia de legislación expresa en materia de reproducción asistida, genera incertidumbre e inseguridad jurídica en los profesionales y usuarios de dicha práctica.

<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Carencia de legislación expresa en materia de reproducción asistida.	<ul style="list-style-type: none"><li>• A nivel Constitucional</li><li>• A nivel del Código de Familia</li><li>• A nivel de la Ley Procesal de Familia</li><li>• A nivel de la LEPINA</li><li>• A nivel del Código Penal</li><li>• A nivel del Código de Salud</li><li>• A nivel del Código Civil</li><li>• Una Ley Especial</li></ul>
<b>VARIABLE DEPENDIENTE 1</b>	<b>INDICADORES 1</b>
Incertidumbre e inseguridad jurídica en los profesionales de dicha práctica.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Inseminación Artificial</li><li>• Fecundación In Vitro</li><li>• Médicos</li><li>• Laboratorios</li><li>• Bancos de Semen</li></ul>
<b>VARIABLE DEPENDIENTE 2</b>	<b>INDICADORES 2</b>
Incertidumbre e inseguridad jurídica en los usuarios de dicha práctica.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Inseminación Artificial</li><li>• Fecundación In Vitro</li><li>• Donantes</li><li>• Vientres de alquiler</li><li>• Bancos de Semen</li><li>• Fecundación Post-Mortem</li></ul>

### HIPÓTESIS Nº 3

Los constantes avances en la ciencia en materia de reproducción asistida, obligan a contar con una legislación que garantice los efectos jurídicos que se desprendan de su uso y aplicación en lo relativo a la relación filial de todos los involucrados.

<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Los constantes avances en la ciencia en materia de reproducción asistida obligan a contar con una legislación.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Ingeniería Genética</li><li>• Crioconservación</li><li>• Manipulación Genética</li><li>• Transferencia de embriones</li><li>• Esterilidad e Infertilidad</li></ul>
<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Que garantice los efectos jurídicos que se desprendan de su uso y aplicación en lo relativo a la relación filial de todos los involucrados.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Maternidad subrogada</li><li>• Consentimiento</li><li>• Determinación de la paternidad</li><li>• Determinación de la maternidad</li><li>• Derechos sucesorios</li><li>• Impugnación de paternidad y maternidad</li><li>• Alimentos</li><li>• Incumplimiento de contratos</li></ul>

## **CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

Considerando lo emblemático de la temática objeto de análisis, se recurrirá a la aplicación del método hipotético deductivo, pues la investigación a realizar estará sustentada en hipótesis que van de lo general hacia lo particular, estableciendo de esta manera “premisas” para la obtención de una conclusión que permita la creación de un documento de consulta como fuente referencial.

### **A) NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

En la redacción del presente trabajo la técnica de investigación utilizada consistirá en la revisión bibliográfica y documental, a efecto de recabar los insumos tendentes a su estructuración. De esta forma se tendrá acceso a la doctrina de renombrados tratadistas y se logrará no solo identificar sino estructurar puntos medulares que puedan resultar problemáticos en el desarrollo y aplicación de la temática que se analiza cuando se pretenda considerar su sentido, alcance y desarrollo.

### **B) POBLACIÓN Y MUESTRA**

- **POBLACIÓN (N)**

La población de la que se extraerá la muestra objeto de estudio, comprenderá ocho jueces de los tribunales de Familia de San Salvador, dos Magistrados de la Cámara de Familia de la Sección del Centro y seis jueces de lo penal con sede en el departamento de San Salvador o en otros departamentos del país.

Asimismo, dentro de la población se entrevistará a cinco médicos-psiquiatras, dos de la Asociación de Bioética de El Salvador (A.B.I.O.E.S.), dos docentes de la carrera de medicina y con especialidad en psiquiatría de cualquiera de las Universidades

privadas con sede en la ciudad de San Salvador y uno del Instituto de Medicina Legal de la Corte Suprema de Justicia.

- MUESTRA (n)

Debido a que la población es finita, ésta se tomará en su totalidad, de manera que se trabajará con la totalidad del universo que se vuelve muestra poblacional.

### **C) TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

Para desarrollar la investigación de campo, se utilizarán las técnicas de entrevistas y encuestas; los instrumentos que las acompañaran serán la cédula de entrevista y dos cuestionarios, el primero dirigido a los Jueces de Familia y Magistrados de la Cámara de Familia y el segundo a los Jueces de lo Penal.

La cédula de entrevista estará dirigida a los médicos-psiquiatras. Está compuesta por diez ítems con preguntas abiertas afines al tema en estudio, con lo que se pretende medir el grado de incidencia de la reproducción asistida y sus repercusiones sociales, médicas y psicológicas en la sociedad salvadoreña (Ver anexo No 1).

El primer cuestionario estará dirigido a los Jueces de Familia y a los Magistrados de la Cámara de Familia y se compone de trece ítems, con preguntas cerradas y las posibilidades de respuesta serán: Si, No; instrumento que se dirigirá, con el objetivo de obtener la opinión sobre la importancia del tema desde la perspectiva jurídica y su aplicación concreta en la legislación de familia vigente en El Salvador (Ver anexo No 2).

El segundo cuestionario estará dirigido a los Jueces de lo Penal y se compone de once ítems, con preguntas cerradas y las posibilidades de respuesta serán: Si, No; instrumento que se dirigirá, con el objetivo de obtener la opinión sobre la importancia del tema desde la perspectiva jurídica y su aplicación concreta en la legislación penal salvadoreña (Ver anexo No 3).

## **D) TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

- **DOCUMENTAL:** En la presente investigación se hará uso de: revistas, libros de bioética, de derecho de familia, periódicos, documentales sobre el tema en estudio, sitios web certificados, conferencias y otros.
- **DE CAMPO:** La cual se dará por medio de la observación a través de: la observación directa e indirecta, entrevistas y encuestas.

## CAPÍTULO V: RECOLECCIÓN DE DATOS

### CUADRO GENERAL DE RESULTADOS JUECES DE FAMILIA Y MAGISTRADAS DE CAMARA DE FAMILIA

Tipo de respuesta Nº de pregunta	SI	NO	TOTAL
1	8	2	10
2	-	10	10
3	10	-	10
4	5	5	10
5	7	3	10
6	10	-	10
7	8	2	10
8	10	-	10
9	1	9	10
10	9	1	10
11	8	2	10
12	1	9	10
13	-	10	10
TOTAL	77	53	130

## CUADRO GENERAL DE RESULTADOS JUECES DE LO PENAL

Tipo de respuesta Nº de pregunta	SI	NO	TOTAL
1	3	3	6
2	-	6	6
3	5	1	6
4	2	4	6
5	5	1	6
6	5	1	6
7	1	5	6
8	6	-	6
9	2	4	6
10	2	4	6
11	1	5	6
TOTAL	32	34	66

## **CAPÍTULO VI: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS (PREGUNTA POR PREGUNTA)**

### **CÉDULA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A MÉDICOS Y PSIQUIATRAS**

1. ¿Considera usted que la práctica de la reproducción asistida es un acto inmoral?

Al respecto de esta interrogante, todos los especialistas entrevistados, por unanimidad respondieron que no consideran que la práctica de la reproducción asistida sea un acto inmoral.

Las razones que aducen son entre otras las siguientes: Porque si una pareja no puede concebir un hijo para formar una familia, por el derecho que tienen a la reproducción, pueden echar mano de la ciencia como una alternativa para superar su problema; otros consideran que no es un acto inmoral porque no atenta contra los valores y principios de la vida, tanto de los padres como de su hijo o hija que nazca.

2. ¿Considera usted que la práctica de la reproducción asistida violenta el principio de respeto a la persona humana?

De todos los especialistas entrevistados, la mayoría opina que en ningún momento se violenta el respeto a la persona humana, por las razones aducidas en la interrogante anterior, es decir por el derecho que se tiene a la reproducción y porque no violenta principios de dignidad humana.

Otros profesionales en cambio afirman que no se violenta ningún principio porque la práctica de la reproducción asistida por cualquiera de sus técnicas, tiene como fin lograr la realización maternal y paternal que tiene su culmen en el nacimiento de un nuevo ser fruto de su deseo y amor.

3. ¿Considera lógico equiparar el derecho fundamental a la reproducción natural con el derecho a la reproducción asistida?

La mayor parte de los profesionales entrevistados consideran lógico equiparar el derecho a la reproducción natural con la reproducción asistida. Esta afirmación la sustentan en el hecho de que existe un derecho universal a la reproducción, ya sea de manera natural o con ayudada de la ciencia.

Otro grupo de entrevistados, en cambio dicen que lo consideran lógico, siempre y cuando existan leyes que garanticen que no se violarán derechos fundamentales, principalmente el derecho a la vida, tanto de la madre como del nuevo ser.

4. ¿Considera usted que el embrión puede ser tratado simplemente como una cosa, o al contrario merece que se trate con todo el respeto y consideración que se debe a la persona humana?

En esta interrogante, el 100% de los entrevistados y entrevistadas, no dejó paso a la duda, en cuanto a que el embrión debe ser tratado con todos los derechos y garantías de la persona humana y por lo mismo con el respeto y consideración que esta merece.

Es por ello que algunos de estos profesionales, afirmaron su rechazo al descarte de embriones, cuando se utiliza la técnica de Fecundación In Vitro.

5. ¿Considera usted aceptable desde el punto de vista ético-médico, que amplios sectores religiosos, rechacen el uso y la práctica de la reproducción asistida?

La mayoría de profesionales consultados, considera que no es aceptable desde el punto de vista ético-médico, aunque sí lo es desde el punto de vista religioso. Naturalmente esto es así porque históricamente la religión ha sido crítica de la ciencia y sus métodos.

Sin embargo, el resto de profesionales consultados manifestó que esto es aceptable bajo el esquema que los valores y principios que defiende la religión, están orientados a la defensa de la familia y del bien común.

6. ¿Cuál es su consideración desde el punto de vista médico que una mujer soltera haga uso de la inseminación artificial?

La mayoría de profesionales consultados, respondieron esta interrogante con un no. Esta negativa la sustentan en el hecho de que una mujer soltera no ofrece las garantías necesarias para que la niña o niño concebido, goce de una educación y desarrollo integrales, que le permitan ser una persona de bien.

El resto de profesionales que contestó estar de acuerdo en que una mujer soltera haga uso de la inseminación artificial, sustentan su posición en el derecho que toda persona tiene a la reproducción.

7. ¿Cuál es su consideración desde el punto de vista ético que una mujer soltera practique la maternidad subrogada o el vientre de alquiler?

Ante esta interrogante hubo opiniones encontradas. Un porcentaje de entrevistados dijo que considera viable que una mujer soltera practique la maternidad subrogada, aunque aquí en el país como en muchos otros, no esté permitida. Su respuesta la basan en el derecho universal a la reproducción.

Otros profesionales, en cambio, manifestaron que no están de acuerdo, por las discrepancias que puedan haber en el futuro entre la madre biológica y los padres del niño o niña nacido por de esta manera.

El resto de entrevistados, manifestó que estaría de acuerdo si el óvulo es fecundado con el espermatozoides del padre, convirtiéndose así en su padre biológico.

8. ¿Considera usted más viable realizar la práctica de la inseminación artificial de un hijo que la adopción?

Ante esta interrogante, el 100% de los profesionales entrevistados, manifestó que prefieren que se lleve a cabo la adopción.

Sin embargo, establecen como excepción que estarían de acuerdo en la inseminación artificial, siempre y cuando se lleve a cabo de manera homóloga, es decir con el óvulo o esperma de uno de los padres biológicos.

9. ¿Cuál es su consideración ética-médica, acerca de que una mujer viuda practique la fecundación post mortem, para concebir un hijo de su esposo fallecido?

La opinión proporcionada por los entrevistados en relación a esta interrogante consistió en su mayoría rechazada, ya que consideran que desde que el esposo muere el vínculo se termina, además se plantean la inquietud de quien podrá velar de los derechos por los concebidos a nacer sin padre.

Un pequeño porcentaje de profesionales dice que considera viable que este tipo de fecundación se lleve a cabo, siempre y cuando se garanticen derechos fundamentales del nuevo ser y de su madre a fin de que tenga un entorno familiar acorde a sus necesidades.

10. ¿Cuáles considera que son los efectos psicológico-emocionales en la madre y en el hijo concebido por medio de una técnica de reproducción asistida?

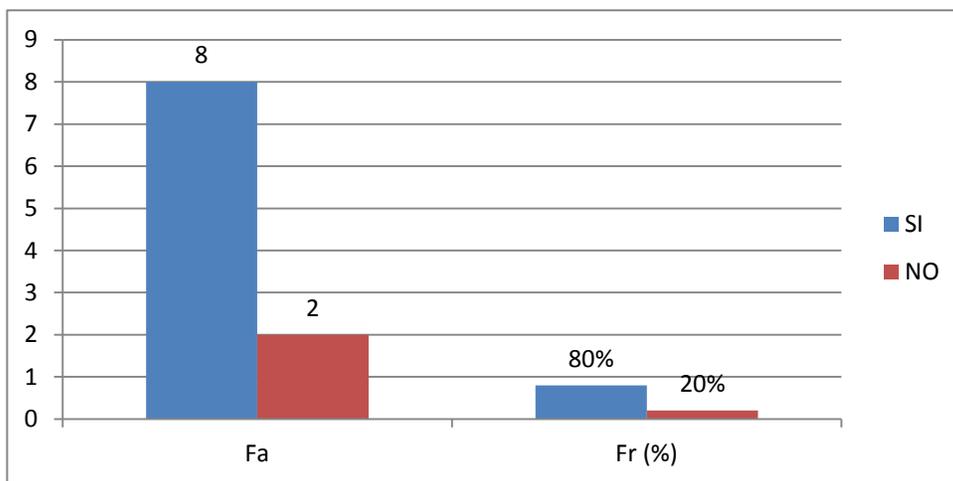
Ante esta interrogante, los entrevistados y entrevistadas coincidieron en los siguientes efectos:

- Si se recurre a la inseminación artificial o fecundación in vitro, se corre el riesgo de perder la íntima relación hombre-mujer, donde el amor y el deseo se mezclan en una situación de entrega mutua, con la participación de cuerpo y espíritu, en la creación del nuevo ser, porque predomina el ambiente de laboratorio.
- Si se recurre a la inseminación artificial heteróloga, la procreación ya no se realiza en el contexto de la entrega de dos personas, que trasciende la causalidad biológica.
- Si se recurre a la maternidad subrogada o vientre de alquiler, se pierde el concepto de familia, reconocido por todos como el núcleo fundamental de la sociedad y el lugar ideal para el desarrollo de los seres humanos.
- Si se hace uso de la fecundación in vitro heteróloga, se pone en riesgo la unidad matrimonial, pues ya no se cumple el principio que existe en una familia normal donde hay por parte de los cónyuges un derecho exclusivo de llegar a ser padre o madre sólo a través del otro.
- No obstante todo esto, la reproducción asistida bien utilizada puede llenar de felicidad a millones de personas, con el respeto de las normas éticas y legales previamente establecidas.

## ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A JUECES DE FAMILIA Y MAGISTRADAS DE CAMARA DE FAMILIA

1. ¿Considera usted que actualmente el código de familia, ante un conflicto derivado por la práctica de la reproducción asistida, protege derechos fundamentales de la familia?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

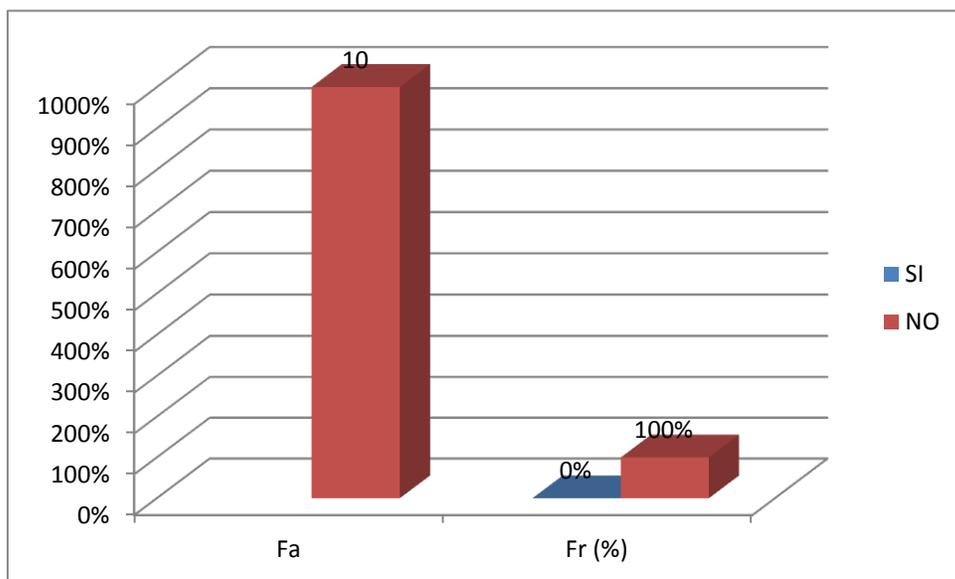


Del 100% de la población encuestada, el 80% respondió que ante un conflicto que se derive de la práctica de la reproducción asistida, el Código de Familia protege derechos fundamentales de la familia, en cambio el 20% restante considera que no es así.

Sin duda alguna, los problemas jurídicos que se pueden generar a partir de la práctica de la reproducción asistida no están expresamente regulados en la normativa de familia actual, sin embargo, para proteger derechos fundamentales, puede recurrirse a otra normativa que complemente el Código de Familia, pudiendo ser la Ley Procesal de Familia, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la normativa internacional.

2. ¿Considera usted que existe fundamento Constitucional para regular la reproducción asistida en El Salvador?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI		0%
NO	10	100%
TOTAL	10	100%

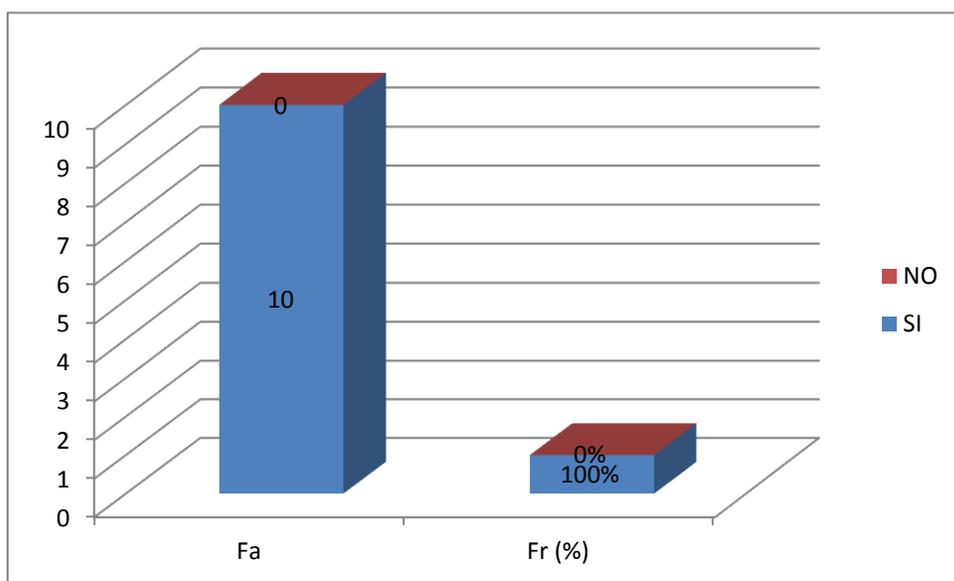


Al cuestionar a la población a cerca de la existencia de un fundamento constitucional que permita regular la reproducción asistida en El Salvador, el 100% de los encuestados manifestaron que actualmente no existe.

El problema ante esta interrogante radica en que la Constitución actualmente no regula de manera expresa lo que concierne al tema de la reproducción asistida. En su Art. 1, inciso 2º únicamente considera lo relativo a la concepción y tal como está redactado, no permite que en una ley secundaria se puedan regular técnicas como la fecundación in vitro y la criopreservación de embriones. De igual manera quedan fuera de la norma Constitucional lo que se refiere a la fecundación post mortem, la maternidad subrogada y la inseminación heteróloga.

3. ¿Cree usted que sería necesario reformar el código de familia para regular la reproducción asistida?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%

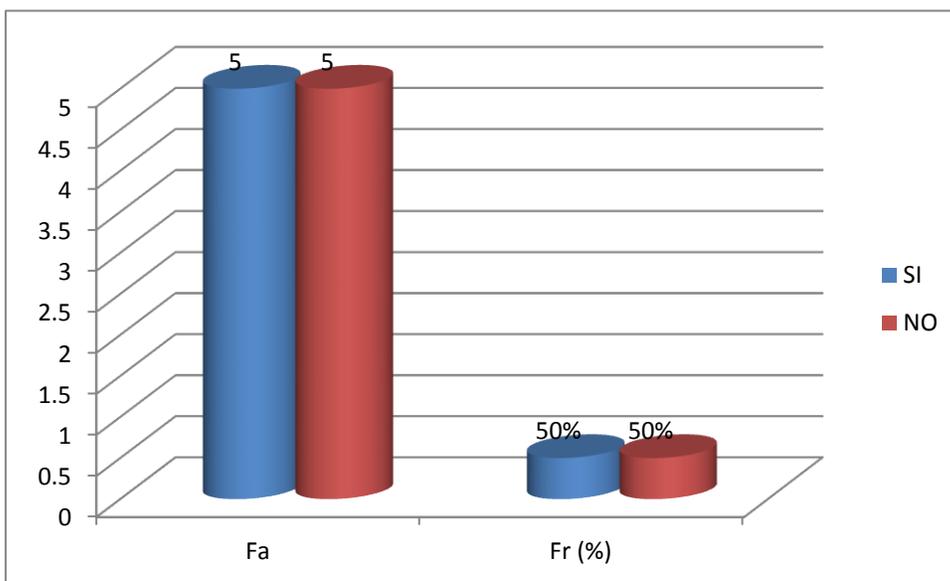


Ante la interrogante de si consideran necesario reformar el Código de Familia para regular la reproducción asistida, el 100% de la población encuestada de manera unánime respondió que sí es necesario efectuar reformas.

En este sentido y tal como lo consideran los principios rectores del Código de familia, con las reformas se estaría garantizando la defensa de esos derechos fundamentales y en consecuencia la protección integral de cada miembro que integra la familia.

4. ¿Considera usted que con la práctica de la maternidad subrogada por parte de los homosexuales se les garantizaría el derecho a fundar una familia?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	5	50%
NO	5	50%
TOTAL	10	100%

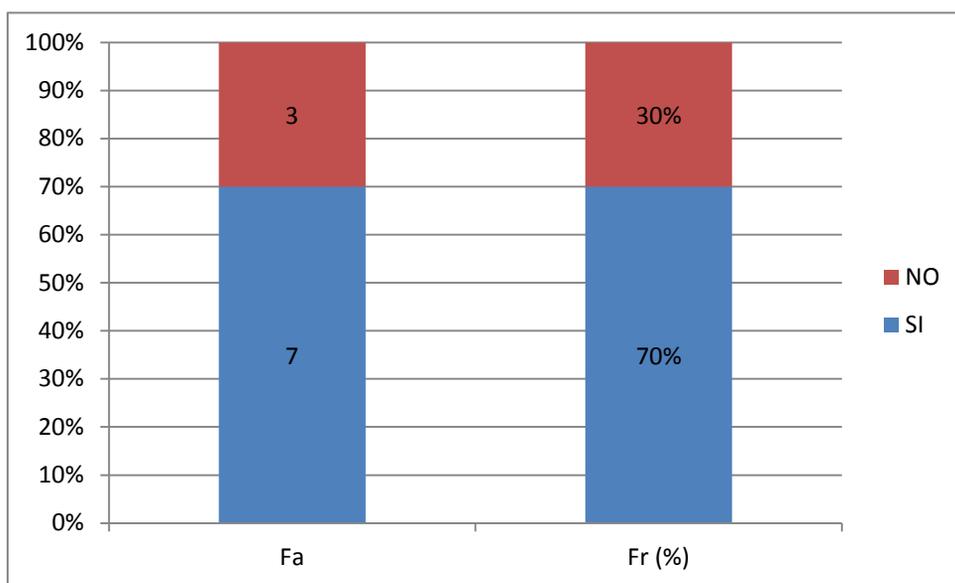


Del 100% de la población encuestada, el 50% manifestó que con la práctica de la maternidad subrogada, las parejas de homosexuales estarían haciendo uso del derecho a fundar una familia. El otro 5% de la población considera que no es así.

No obstante los estereotipos sociales y culturales que persisten en nuestra sociedad y que por ende provocan el rechazo de la población hacia las parejas de homosexuales, existe un alto porcentaje de los operadores de justicia que a pesar de que no está regulado en nuestro país lo relativo a este tema, consideran que es viable garantizar ese derecho en estas parejas, sobre todo tomando en cuenta lo que establece el derecho comparado.

5. ¿Considera usted que la práctica de la inseminación artificial heteróloga puede generar incertidumbre en las relaciones paterno-filiales?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	7	70%
NO	3	30%
TOTAL	10	100%

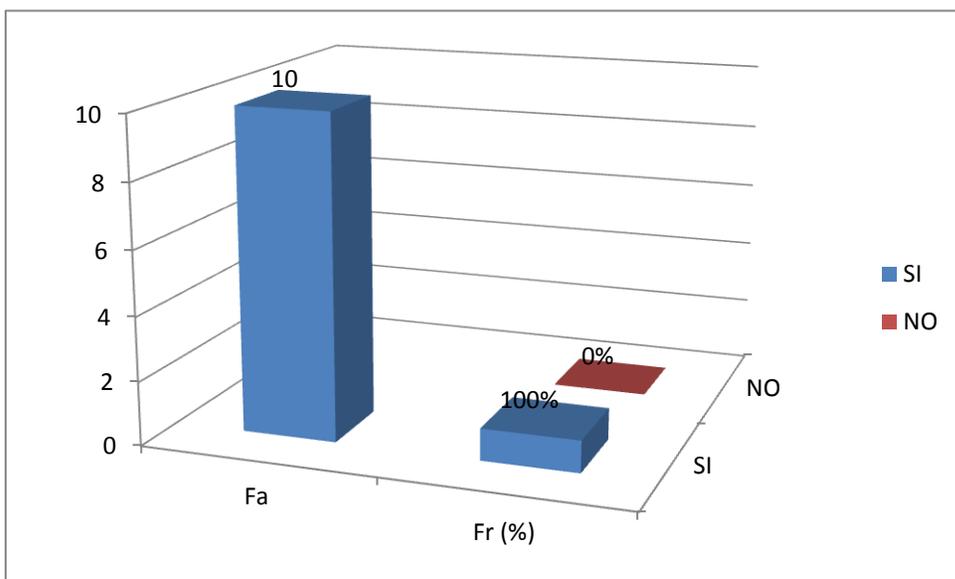


Al respecto de esta interrogante, un 70% de los operadores de justicia, considera que la inseminación artificial heteróloga puede generar incertidumbre en las relaciones paterno-filiares. En cambio el 30% restante es de la opinión que no habría lugar a dicha incertidumbre.

En este sentido, el porcentaje que considera la tesis que si se genera incertidumbre, basan su respuesta en el hecho de que los concebidos con gametos donados, carecen de vínculo consanguíneo con uno de los padres o con ambos, provocarían una inestabilidad psicológica, social y emocional en el seno de la familia.

6. ¿Cree usted que es necesario el consentimiento del cónyuge o conviviente para practicar la inseminación artificial?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%

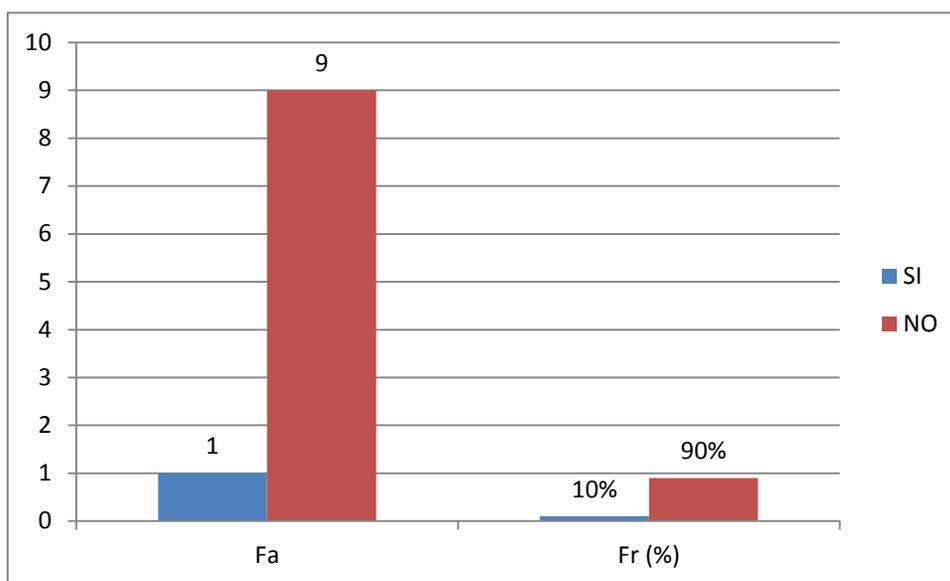


Al respecto de esta interrogante, el 100% de los operadores de justicia encuestados, opina que el consentimiento del cónyuge o conviviente es un requisito necesario para llevar a cabo la realización de la inseminación artificial.

Esto es así, sin duda alguna porque el Código Penal reflejado en los Art. 156 y 157 establece como delito, la falta de consentimiento para la práctica de la inseminación artificial. En este sentido, también la doctrina, la jurisprudencia y la legislación internacional lo regulan.

7. ¿Cree usted que nuestra Legislación está preparada para resolver un conflicto jurídico derivado de un contrato de maternidad subrogada?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

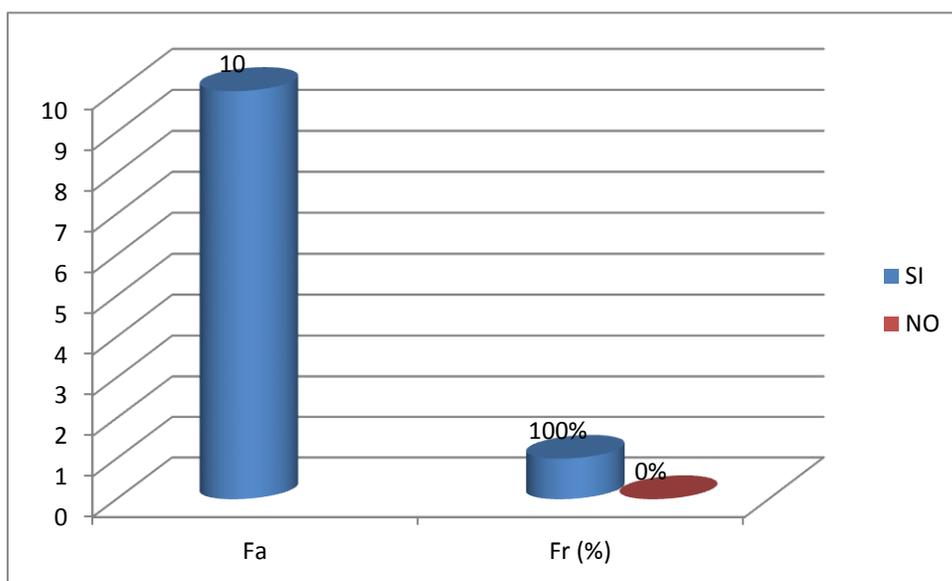


No obstante que la mayoría de los operadores de justicia, es decir un 90% respondió que nuestra legislación no está preparada para resolver un conflicto derivado de un contrato de maternidad subrogada, hubo un escaso 10% que contestó que la legislación sí está preparada.

Naturalmente el 90% es consecuente con el hecho de que en El Salvador, no sólo no está prohibida la práctica de la maternidad subrogada, como ocurre en otros países, sino que también no está regulada y por lo tanto, tal técnica de reproducción no cuenta con el asidero legal para resolver un conflicto que pudiera surgir de la celebración de un contrato de esta naturaleza, en vista de que nuestra legislación civil, que es la que norma lo relativo a contratos, no le da cabida a contratos de tal índole.

8. ¿Cree usted que los avances científicos en ingeniería genética han generado problemas jurídicos en relación con la reproducción asistida?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	10	100%
NO		0%
TOTAL	10	100%

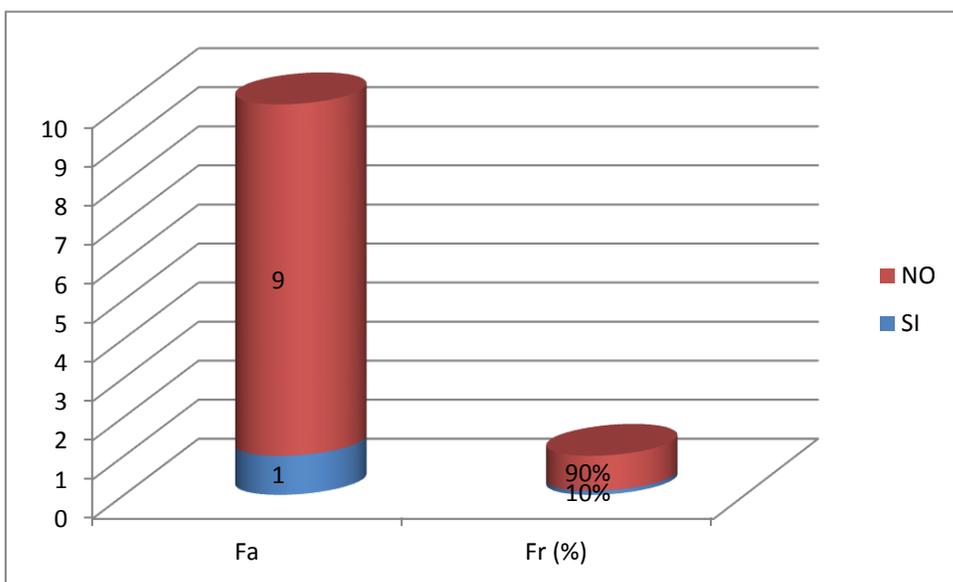


De toda la población encuestada, el 100% manifestó que los avances en ingeniería genética han generado problemas jurídicos, en lo que a reproducción asistida se refiere.

Es lógico este resultado en el sentido que los avances científicos en materia biogenética en el área de la reproducción asistida, tienen como propósito proporcionar a las parejas que no pueden engendrar ni concebir hijos de manera natural, los medios científicos que les permitan reproducirse y constituir una familia nuclear normal. Sin embargo el progreso de la ciencia en esta materia genera diversas situaciones que no pueden ser excluidas del ámbito del derecho ya que éste último busca imponer deberes y normas que confieren facultades y que establecen las bases de convivencia social, cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia.

9. ¿Considera usted que la práctica de la inseminación artificial y fecundación in vitro por mujeres solteras generaría proliferación de familias monoparentales en el salvador?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

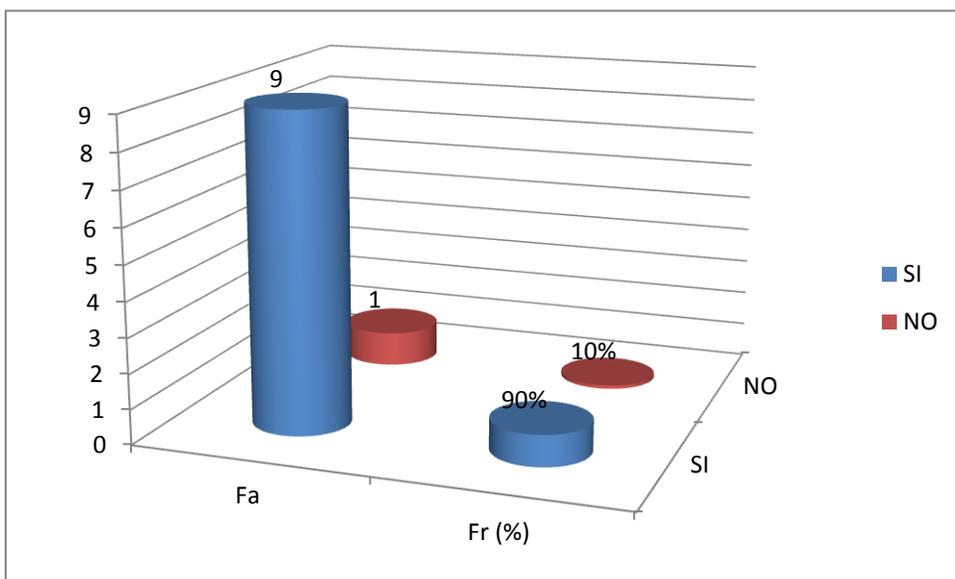


La existencia de familias monoparentales en El Salvador no es un fenómeno nuevo y se agudizó en El Salvador, durante la guerra civil que duró doce años.

Es por eso que el 90% de los operadores de justicia considera que con la práctica de la inseminación artificial y fecundación in vitro por parte de mujeres solteras, no se generaría proliferación de familias monoparentales, ya que este fenómeno social tiene causas de orden socio-cultural que van más allá del uso y aplicación de dichas técnicas de reproducción asistida.

10. ¿Considera usted que los concebidos por medio de la fecundación post mortem se les priva del derecho de la asistencia personal de uno de los progenitores?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%

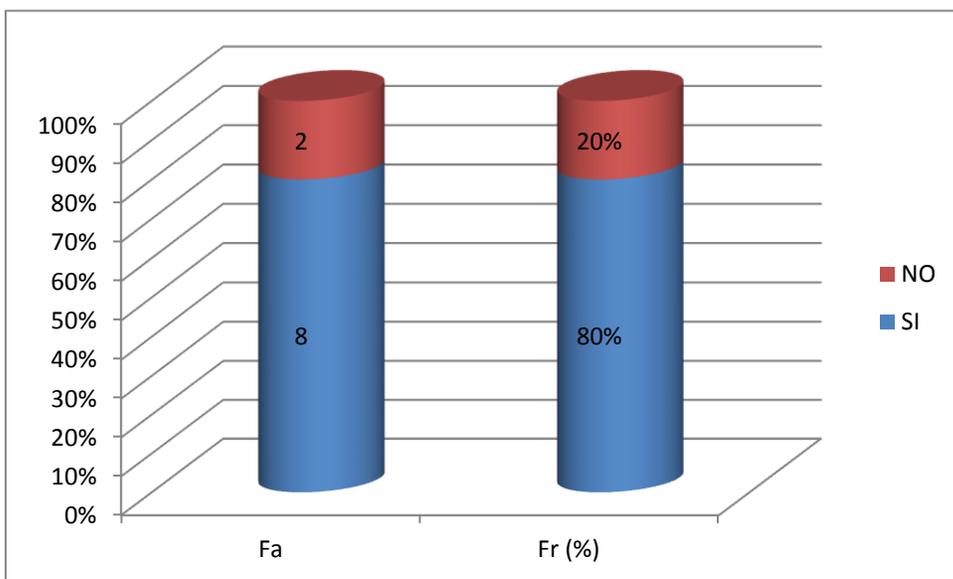


Del 100% de la población encuestada, un 90% considera que a los niños o niñas que se conciben por medio de la fecundación post mortem, se les priva del derecho a la asistencia personal de uno de los progenitores.

Se sabe que la fecundación post mortem tiene la variante que se da después de muerto el progenitor, lo que genera es una orfandad premeditada de parte del padre, para el niño o niña concebidos por esta técnica. Con base en eso es que el 90% de la población encuestada estima que de forma deliberada se está privando a los concebidos de la asistencia personal de uno de los progenitores.

11. ¿Considera usted que la fecundación in vitro viola el derecho de identidad del concebido?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

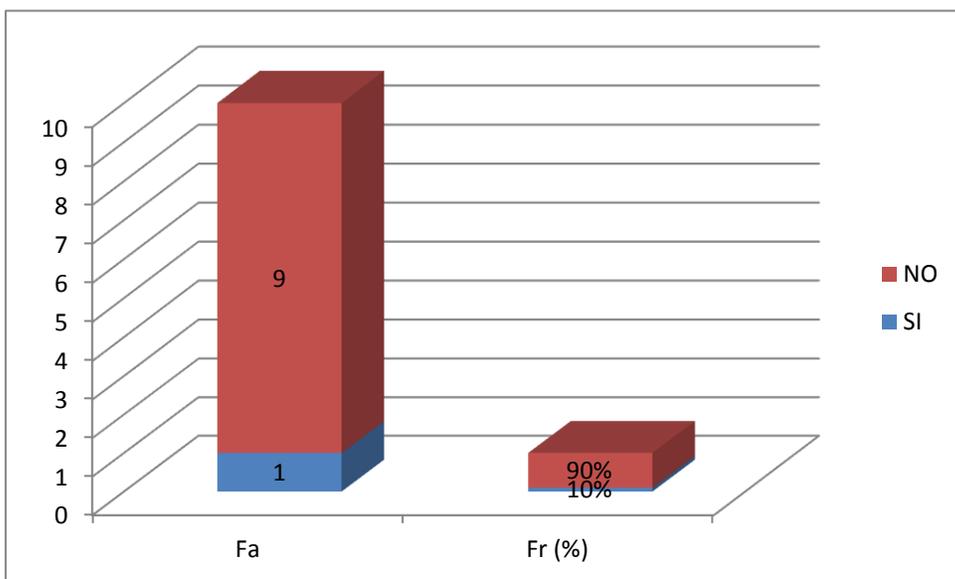


Al respecto de esta interrogante, el 80% de la población manifestó que el uso de la técnica de fecundación in vitro si violenta el derecho de identidad de las niñas o niños concebidos; por otra parte el 20% restante respondió que no se violenta el referido derecho.

Los que consideran que tal derecho es violentado, parten del principio que el niño o niña, tienen derecho a saber quiénes son sus padres biológicos, cuando se utilizan gametos de un tercero llamado donante anónimo ya que esta situación de anonimato genera una violación del derecho de identidad filiativa del concebido. En cambio el 20% que opina que dicho derecho no es vulnerado, lo hace pensando en que la fecundación se lleve a cabo con gametos de uno de los cónyuges o conviviente.

12. ¿Considera usted que la fecundación en un tubo de ensayo violentan el derecho a un ambiente sano?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

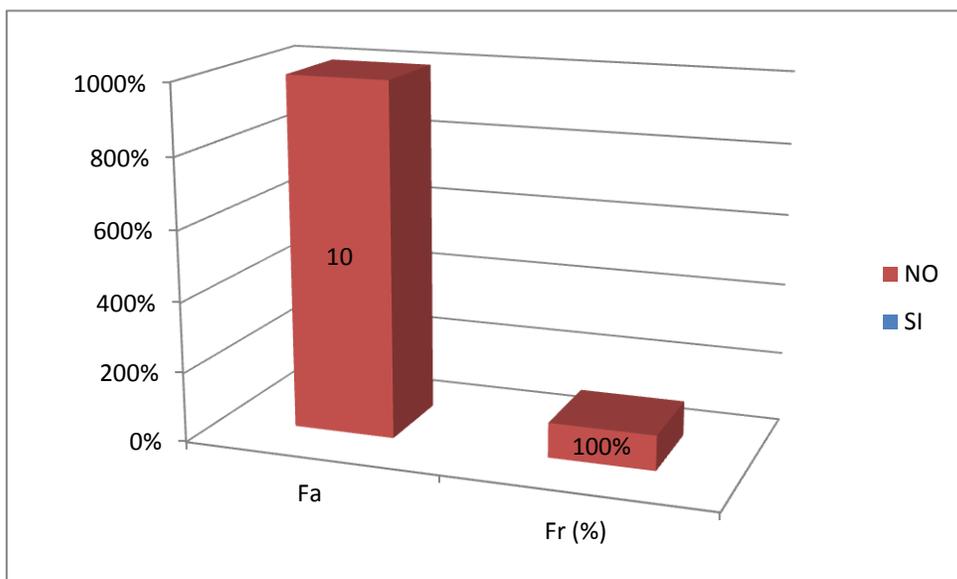


Del 100% de los operadores de justicia, un escaso 10% considera que la fecundación en un tubo de ensayo violenta el derecho a un ambiente sano. En cambio el 90% restante afirma que no.

De hecho el ambiente sano o propicio para la concepción y posterior desarrollo del embrión, se considera que es en los órganos reproductores de la mujer, pues fuera de él, los riesgos de ser afectado por agentes artificiales o químicos se multiplican. Sin embargo hoy en día con los avances de la ciencia, la idea de que esto suceda (la contaminación), se vuelve cada vez más remota, pues los controles en este tipo de laboratorios son de alto nivel y ante todo buscan preservar la vida y salud del nuevo ser y de su progenitora.

13. ¿Cree usted que la criopreservación en reproducción asistida, constituye el ejercicio de derecho de propiedad?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI		0%
NO	10	100%
TOTAL	10	100%



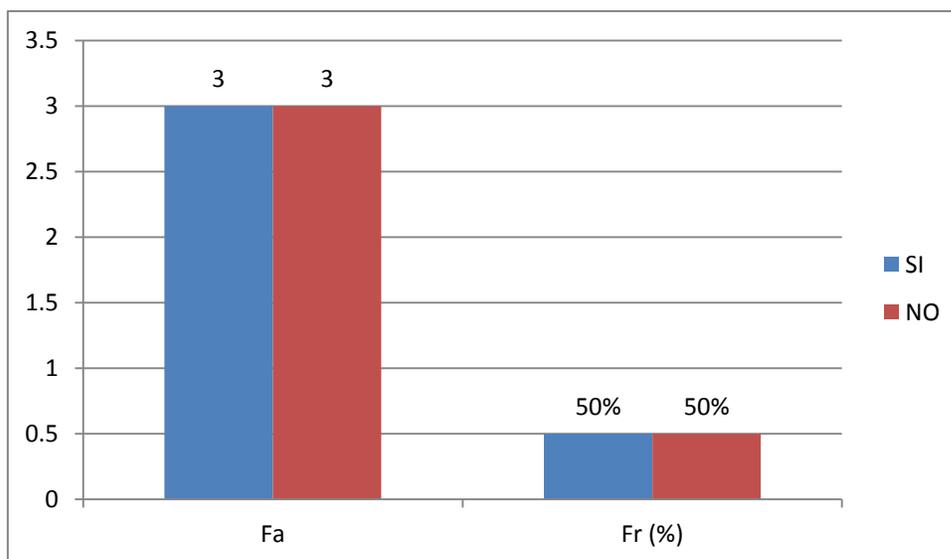
Del 100% de los operadores de justicia encuestados, la totalidad respondió negativamente a esta interrogante, es decir que todos manifestaron que la criopreservación no constituye un ejercicio de derecho de propiedad.

A partir de aquí, la tesis que se defiende aduce a que las células reproductoras, por su naturaleza no pueden ser consideradas como un bien, ya que las mismas no son susceptibles de dominación patrimonial. En ese sentido no se puede hablar del ejercicio del derecho de propiedad al tratar de disponer de las mismas.

## ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A JUECES DE LO PENAL

1. ¿Considera usted que actualmente el código penal, ante un conflicto derivado por la práctica de la reproducción asistida, protege derechos fundamentales de la familia?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	3	50%
NO	3	50%
TOTAL	6	100%

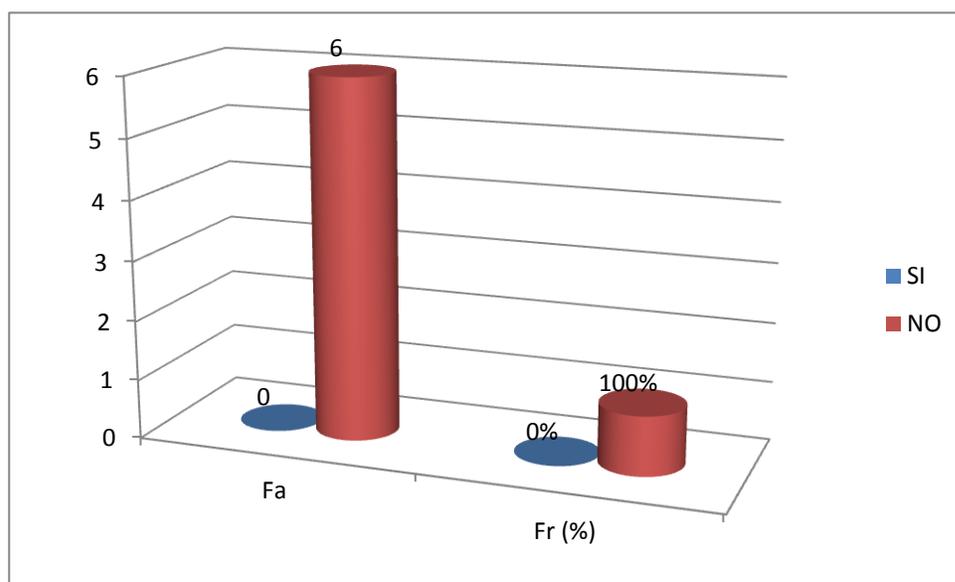


Del 100% de la población encuestada, el 50%, respondió que ante un conflicto que se derive de la práctica de la reproducción asistida, el Código Penal protege derechos fundamentales de la familia. No obstante, este resultado, el 50% restante estima que no existe garantías suficientes para proteger dichos derechos.

Tomando en cuenta que la reproducción asistida en El Salvador, es a pesar de todo, un tema novedoso, las opiniones planteadas son equilibradas en cuanto a los puntos de vista de los operadores de justicia, porque aunque expresamente dicha legislación no regule la reproducción asistida, sí permite interpretar la norma obteniendo jurisprudencia que regule esa práctica.

2. ¿Considera usted que existe fundamento Constitucional para regular la reproducción asistida en El Salvador?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	0	0%
NO	6	100%
TOTAL	6	100%

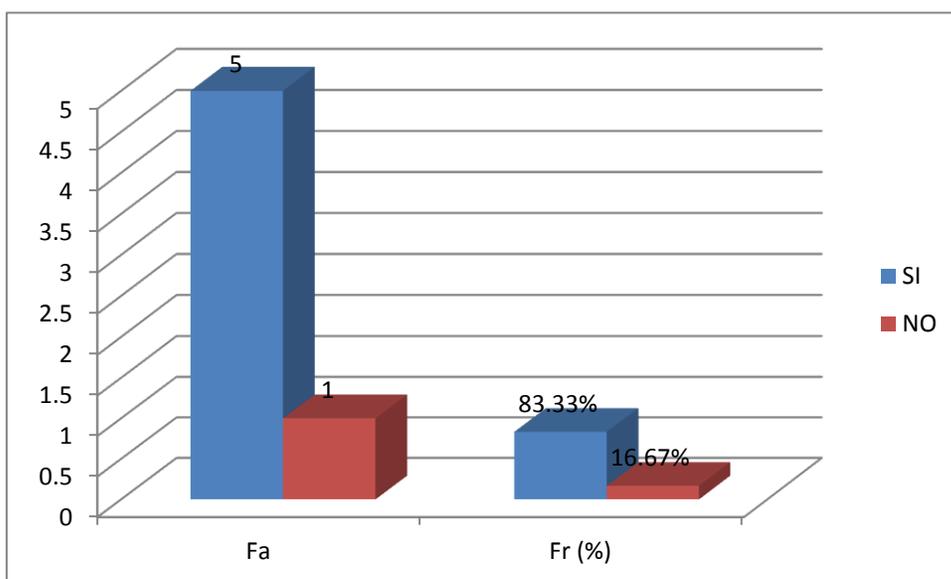


Al preguntar a la población acerca de su consideración sobre el fundamento constitucional para regular la reproducción asistida, el 100% de los encuestados, manifestó que no existe el fundamento constitucional que permita regular la institución de la reproducción asistida.

Al respecto se puede concluir que esto se debe a que algunas técnicas de reproducción asistida, violentan el principio constitucional vigente que protege a la persona humana desde el instante mismo de la concepción.

3. ¿Cree usted que sería necesario reformar el código penal para regular la reproducción asistida?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	5	83.33%
NO	1	16.66%
TOTAL	6	100%

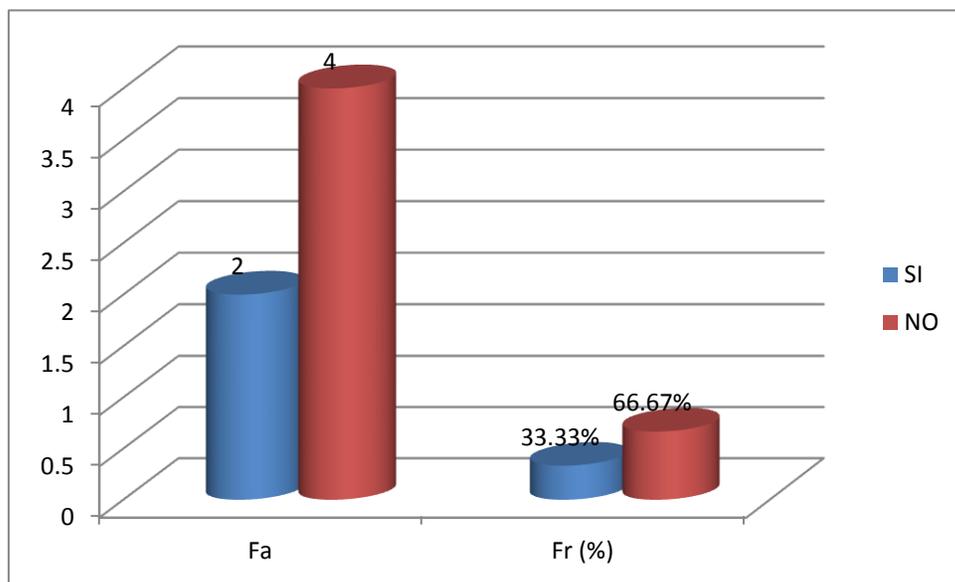


Ante esto, de la población encuestada, 5 que representan el 83.33% de la población, considera que es necesario introducir reformas en la norma penal vigente. Por su parte el 16.67% de la población encuestada, considera que no es necesario hacer reformas.

A la base de esta respuesta, está el hecho de que el Código Penal actual, escasamente regula lo relativo a la inseminación artificial, pero no considera otros tipos penales, que forman parte de las técnicas de reproducción asistida, como son la fecundación in vitro, la criopreservación de óvulos.

4. ¿Considera usted que con la práctica de la maternidad subrogada por parte de los homosexuales se les garantizaría el derecho a fundar una familia?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	2	33.33%
NO	4	66.67%
TOTAL	6	100%

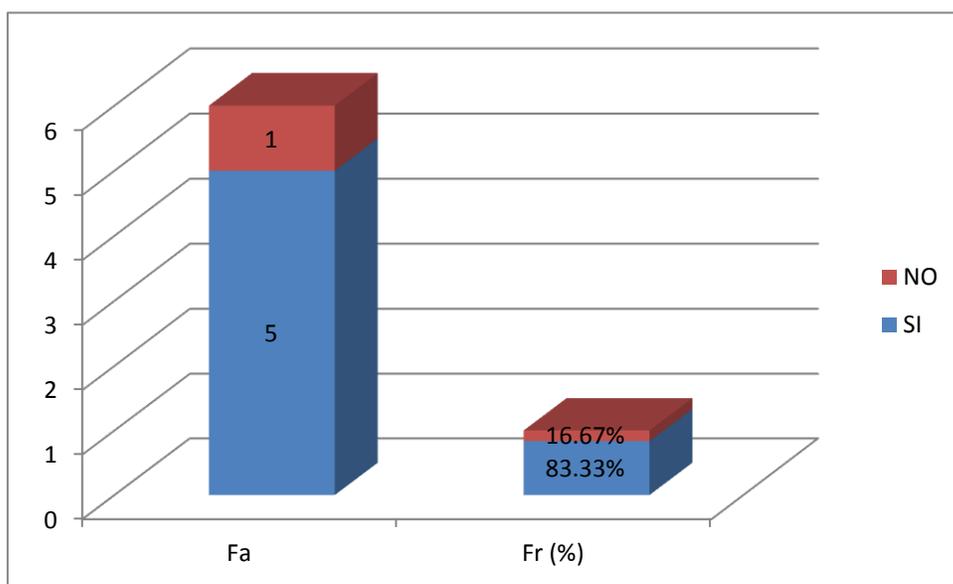


Del 100% de los encuestados, únicamente el 33.33% manifestó que con la práctica de la maternidad subrogada, a las parejas de homosexuales se les garantiza el derecho a fundar una familia. En cambio la mayoría, que representa el 66.67% de la población considera que esto no es así.

La razón principal que da como resultado esta respuesta, en su mayoría negativa, obedece a que los estereotipos sociales y culturales, provocan el rechazo de la población hacia las parejas de homosexuales, con el agravante de que la maternidad subrogada, carece de regulación expresa en nuestra legislación.

5. ¿Cree usted que es necesario el consentimiento del cónyuge o conviviente para practicar la inseminación artificial, so pena de cometer un delito?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	5	83.33%
NO	1	16.67%
TOTAL	6	100%

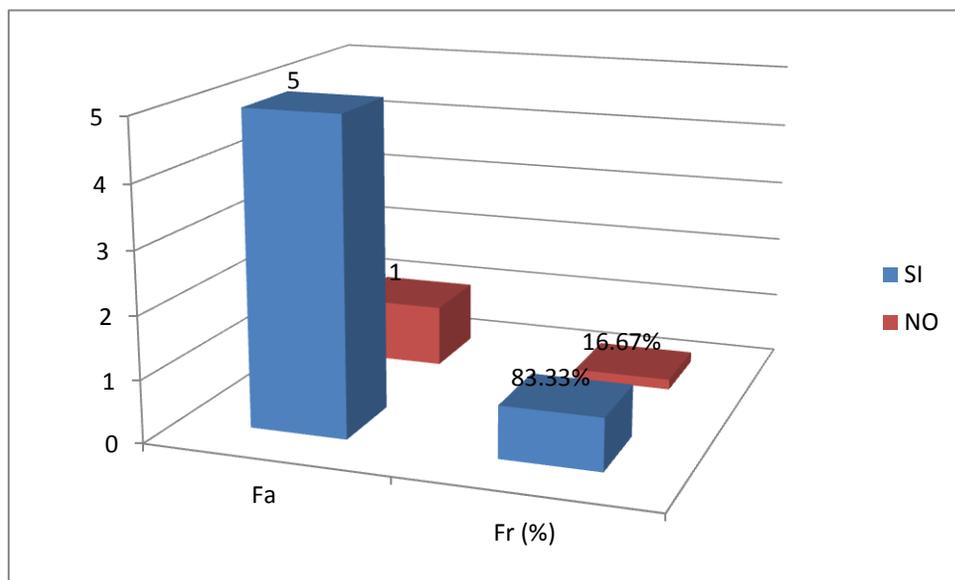


Ante esta interrogante, el 83.33% de la población encuestada, manifestó que el consentimiento del cónyuge o conviviente es necesario para la llevar a cabo la inseminación artificial, so pena de cometer un delito. Por otra parte el 16.67% de los encuestados, respondió no es necesario obtener dicho consentimiento.

La mayoría de los encuestados ha acertado en cuanto a esto, tal como lo establece la doctrina y la legislación internacional, con miras a garantizar derechos y proteger bienes jurídicos fundamentales.

6. ¿Cree usted que la falta de consentimiento en la práctica de la fecundación in vitro podría ser constitutivo de delito?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	5	83.33%
NO	1	16.67%
TOTAL	6	100%

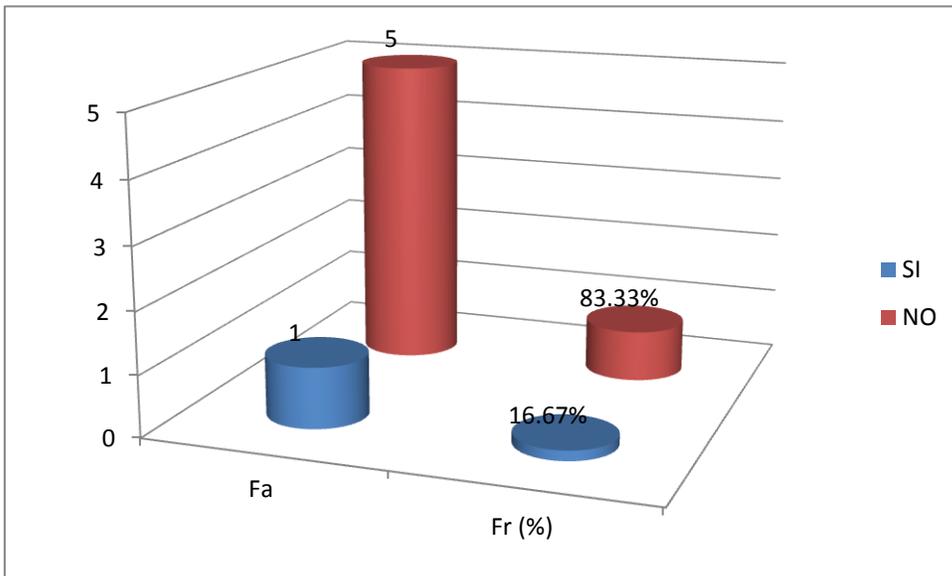


Del 100% de la población encuestada, el 83.33% manifestó que la falta de consentimiento en la práctica de la fecundación in vitro, produce un acto ilícito y en consecuencia se constituye en un delito. En cambio, un tan solo 16.67% dijo que no considera la falta de consentimiento, como una forma que traiga como consecuencia un ilícito penal.

Si bien es cierto, la práctica de la fecundación in vitro no está expresamente regulada en el Código Penal, su práctica puede derivar en consecuencias jurídicas que analógicamente pueden referirse a la inseminación artificial no consentida y la inseminación fraudulenta, reguladas en los Art. 156 y 157 del Código Penal.

7. ¿Cree usted que nuestra Legislación está preparada para resolver un conflicto jurídico-penal derivado de un contrato de maternidad subrogada?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	1	16.67%
NO	5	83.33%
TOTAL	6	100%

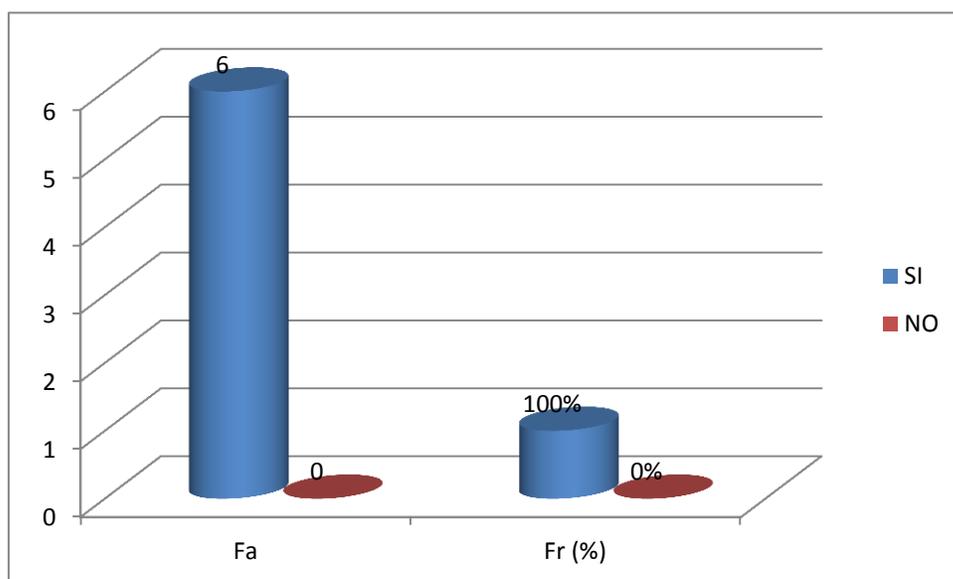


La mayoría de encuestados, que representa el 83.33%, manifestó que nuestra legislación no está preparada para resolver un conflicto jurídico-penal que se derive de un contrato de maternidad subrogada y sólo un escaso 16.67% dijo considerar que la legislación sí está preparada para ello.

Al contrastar estos resultados con la doctrina y legislación comparada, puede advertirse que la maternidad subrogada en la mayoría de países no tiene un fundamento legal porque es considerada ilícita, ya que en el campo civil que es el que regula lo relativo a los contratos, no encuentra asidero legal, pues no puede ser ubicado dentro de las categorías tradicionales de actos que generan obligaciones recíprocas por lo que será necesario la integración de las leyes actuales con una ley especial a fin de que pueda ser admitido o prohibido.

8. ¿Cree usted que los avances científicos en ingeniería genética han generado problemas jurídico-penales en relación con la reproducción asistida?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	6	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

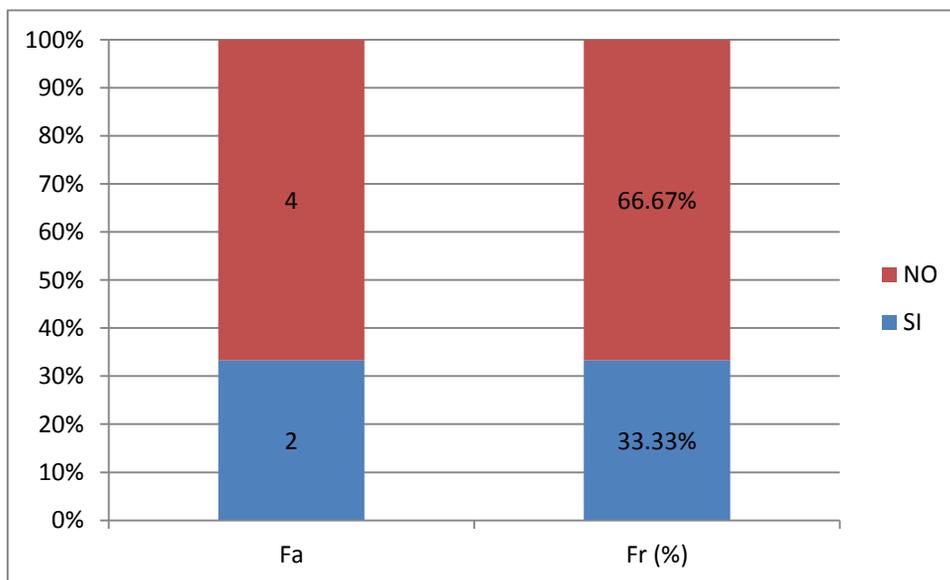


De la totalidad de los encuestados, el 10% manifestó de manera categórica que los avances científicos en ingeniería genética, han provocado o generado problemas jurídico-penales, en relación con la reproducción asistida.

No cabe duda que el desarrollo de la biogenética en el campo de la reproducción asistida tiene como propósito fundamental, proporcionarle los medios científicos a las parejas que tiene problemas de infertilidad, brindándoles la posibilidad de poder reproducirse, es decir, poder constituir una familia nuclear normal. Pero el progreso de la biomedicina ha creado métodos que generan diversas situaciones que no pueden ser excluidas del ámbito del derecho debido a que las relaciones que se generan son un fenómeno relativamente nuevo en cualquier sociedad y que en consecuencia estas tienen que ser legisladas debido a los vacíos legales que se producen.

9. ¿Considera usted que la fecundación in vitro viola el derecho de identidad del concebido?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	2	33.33%
NO	4	66.67%
TOTAL	6	100%

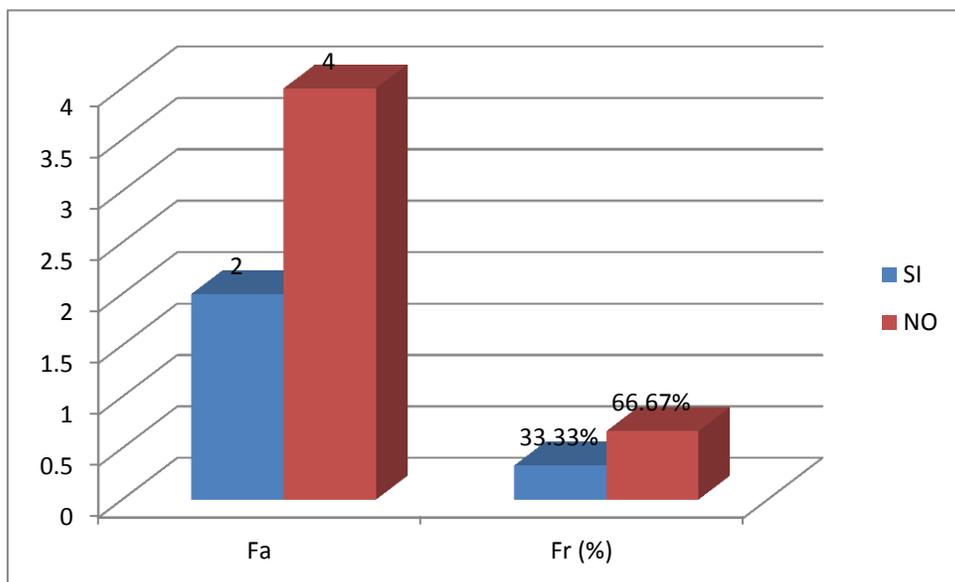


La mayoría de los encuestados, que representa el 66.67% de la población, opina que la práctica de la fecundación in vitro, no viola el derecho de identidad del concebido. En cambio el 33.33% restante sí considera que dicho derecho es violado.

La razón principal de la mayoría de la población encuestada, es que considera la fecundación in vitro de manera homóloga, es decir, utilizando gametos de los cónyuges o convivientes. No obstante el otro grupo de la población, considera violentado el referido derecho, si la fecundación in vitro, se lleva a cabo con gametos de un donante anónimo, es decir por fecundación heteróloga, generando esta situación de anonimato una violación del derecho de identidad del concebido.

10. ¿Considera usted que la fecundación en un tubo de ensayo violentan el derecho a un ambiente sano?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	2	33.33%
NO	4	66.67%
TOTAL	6	100%

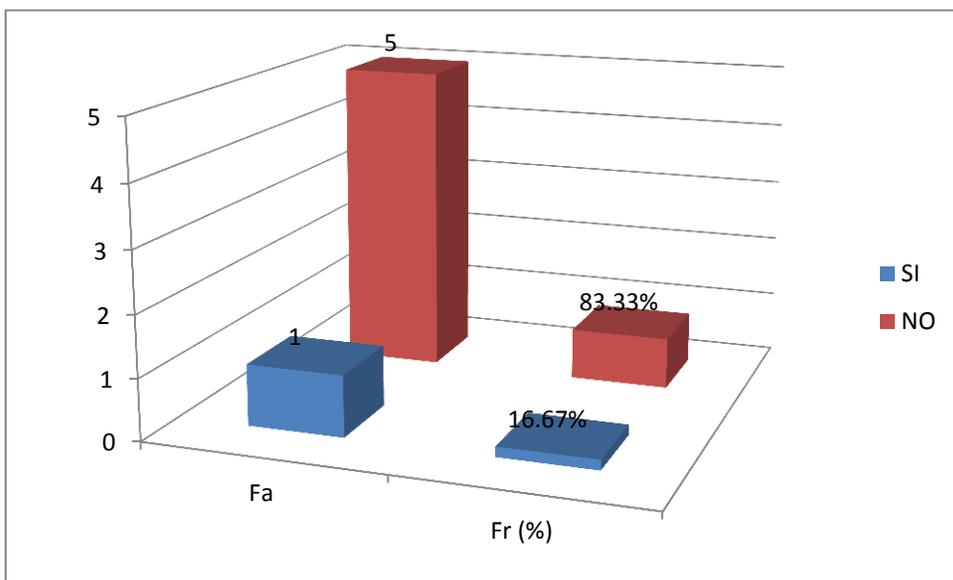


La mayoría de la población encuestada, representa por un 66.67%, considera que la fecundación en un tubo de ensayo, no violenta el derecho a un ambiente sano, siempre y cuando se garanticen las medidas científicamente aplicadas para este tipo de fecundación en el laboratorio.

No obstante esta posición, el 33.33% restante de la población encuestada, afirma que fecundación en un tubo de ensayo, se vuelve atentatorio contra la salud del nuevo ser concebido, lo cual deja entrever su preocupación por las medidas científicas que se apliquen al momento de hacer la fecundación en el laboratorio.

11. ¿Cree usted que la criopreservación en reproducción asistida, constituye el ejercicio de derecho de propiedad?

Tipo de respuesta	Fa	Fr (%)
SI	1	16.67%
NO	5	83.33%
TOTAL	6	100%



La mayoría de los encuestados, que representa un 83.33%, es enfático al decir que la criopreservación, no constituye un ejercicio de derecho de propiedad, ya que las células reproductoras, por su naturaleza no pueden ser consideradas como un bien, porque estas no son susceptibles de dominación patrimonial. En ese sentido no se puede hablar del ejercicio del derecho de propiedad al tratar de disponer de las mismas.

En cambio, el 16.67% restante, afirmó que el uso de este tipo de técnica en reproducción asistida, sí permite y da paso a ejercer dominio patrimonial sobre las células reproductoras, crioconservadas en el laboratorio.

## CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### A) CONCLUSIONES:

1. En los últimos cincuenta años se ha investigado y avanzado en mayor proporción que en todo el resto de los años que tiene la ciencia y la tecnología. En la biomedicina se observa lo mismo. Ante esta situación, y en un intento de síntesis entre la ética y el desarrollo científico, surge la interrogante sobre la supremacía de la ética sobre la ciencia. Aunque no nos guste debemos decirlo: la ciencia debe subordinarse a la ética. La ciencia no tiene que desarrollarse ilimitadamente, pues entonces estaríamos perdiendo en muchos de los casos el sentido último del hombre. La ciencia debe estar al servicio del hombre, y si observamos que su desarrollo y su práctica comienzan a afectar lo esencial en el hombre, es el momento de detenernos.
2. Tanto la ciencia como el conocimiento son privilegios del hombre y como tales pueden ser de gran ayuda en la potenciación del mismo y en su avance y desarrollo; así como también puede ser el debacle de la raza dependiendo del uso que se haga de esa misma ciencia y conocimiento. De acuerdo al avance de la ciencia, muy pronto se podría llegar a resultados monstruosos, hasta hoy impensables aunque no imposibles tales como la selección de razas, mejora de individuos para lograr la creación artificial de un superhombre, seres clónicos, etc. Por eso es necesario establecer límites a las prácticas, puesto que no debe admitirse como lícito todo aquello que sea técnica y científicamente posible.

3. En El Salvador la reproducción asistida como actividad médica es una realidad. En este contexto, existe una disparidad bien marcada cuando se contrasta con el ámbito jurídico, pues la Constitución y la legislación secundaria, no cuentan con la regulación necesaria que garantice la seguridad jurídica para todos aquellos actores y usuarios de estas técnicas.
  
4. El Estado por mandato constitucional está obligado a garantizar Seguridad Jurídica a las personas desde el instante mismo de la concepción. Para tal efecto se le ha conferido la facultad de crear normas que le garanticen a todas las personas el ejercicio y goce de sus derechos, siendo uno de ellos el derecho a la procreación. De esta manera el Estado, al no regular la reproducción humana asistida está en flagrante incumplimiento con uno de sus fines por los cuales se ha constituido como tal.
  
5. En caso de recurrir a la maternidad subrogada o vientre de alquiler, la prueba del parto y la identidad del recién nacido establecida en el artículo 136 del Código de Familia, como formas de determinar la maternidad, no son adecuadas, por cuanto la madre gestante puede haber aportado parte del material genético del hijo, atribuyéndosele legalmente la maternidad a ésta. En los casos de maternidad subrogada, el derecho del hijo a nacer dentro de una familia puede resultar vulnerado, dependiendo de la valoración adoptada por el juez al momento de resolver los procesos en los que se impugna la maternidad. Se vulnera cuando el juez determina la maternidad conforme al artículo 136 del Código de Familia, sin atender otros aspectos como quien de las dos mujeres aporta el óvulo, si la madre gestante o la madre solicitante.

6. Es por ello que, a partir de la práctica de la reproducción asistida, es necesario que se efectuó una reforma al Código de Familia, debido a que este cuerpo normativo desde la fecha de su vigencia ha regulado situaciones que han tenido como parámetro el desarrollo social, económico, jurídico y cultural-religioso, sin tomar en cuenta los avances que se han obtenido en el campo de las ciencias médicas, específicamente en el área de la Biomedicina, Biotecnología o Biogenética.
  
7. En virtud de que los avances en la ingeniería genética que día con día incorpora nuevos elementos, hacen que los conceptos tradicionales e instituciones jurídicas como el vínculo filiativo paterno y materno y sus formas de reconocimiento, se consideren obsoletos; es apremiante hacer reformas profundas en esa legislación a fin de que las nuevas figuras sean incorporadas a la sociedad y en consecuencia se ofrezca la seguridad jurídica necesaria a la familia.
  
8. En lo relativo a la fecundación post mortem, dicha práctica no es aceptada como una forma de reproducción humana asistida, en vista de que violenta los derechos del futuro niño o niña, al venir al mundo e integrarlo a una sociedad sin la posibilidad de que este tenga un padre, ya que se le ha coartado dicho derecho desde su concepción.
  
9. En materia penal, la legislación se limita únicamente a castigar delitos relacionados con la inseminación artificial, dejando por fuera otros tipos penales que se configuran cuando usuarios, médicos, investigadores u otras personas, hagan uso o pongan en práctica alguna de las técnicas de reproducción asistida.

## **B) RECOMENDACIONES:**

1. El Estado debe incluir en el ordenamiento jurídico nacional, tanto en la ley primaria como secundaria, el derecho a la procreación de manera natural y en forma asistida, como un derecho fundamental de la persona humana, que vaya en sintonía con el Derecho Internacional, y de esa forma cumplir con el mandato Constitucional de garantizar Seguridad Jurídica a sus habitantes en todas las etapas de su desarrollo.
2. Se vuelve determinante la creación de una Comisión Nacional que analice, norme y regule la actuación en materia de reproducción asistida. Esta Comisión deberá estar integrada en primera instancia por juristas, sociólogos, investigadores científicos, especialistas en bioética, psicólogos, psiquiatras, médicos especializados y otros facultativos relacionados con esta especialidad.
3. Elaborar una reforma del Capítulo I y II, del Libro Segundo del Código de Familia, a fin de que incluya los elementos legales necesarios para resolver los conflictos que en materia de filiación surgen en virtud de la utilización de las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro heterólogas y en lo que a maternidad subrogada se refiere, adoptando un criterio amplio respecto a la forma en que aquella habría de determinarse, obviando la verdad legal tradicional y sobreponiendo a esta el principio de la voluntad procreacional.
4. Ante la imposibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, por no existir legislación en materia de filiación cuando esta surge por la utilización de la maternidad subrogada, por el Principio Mater Semper Certa Est, que sea el operador jurisdiccional quien tome en cuenta los diferentes elementos de la filiación para

poder establecer la relación materno filial en casos como este, ya que el elemento biológico no debe ser el único elemento determinante para establecerla, puesto que existen otros elementos, como son el volitivo, constituido por esa voluntad intensa en una persona de ser madre o de ser hijo según sea el caso; y el genético que consiste en la identidad genética entre la madre y el niño o niña.

5. Que se contemple la posibilidad que el niño o la niña llegando a los 18 años de edad, tenga legitimidad para poder impugnar la maternidad biológica, puesto que él es la persona más indicada para poder establecer su filiación con base a criterios genéticos, volitivos y afectivos, siendo él, el mayor interesado en su filiación.
6. En casos de filiación por fecundación o inseminación heteróloga, los jueces con base al Principio *Iura Novit Curia* no deje de aplicar el derecho por vacío o deficiencia de la ley, teniendo como prioridad, al momento de resolver, el interés superior del niño o niña, por cuanto es el interés más digno de proteger en virtud de que este sujeto involucrado no ha tenido la posibilidad de decidir sobre la utilización de la técnica de reproducción empleada.
7. Para resguardar el derecho a la identidad del hijo, se debe imponer en la futura Legislación, límites al derecho de anonimato del donante, ya sea de óvulo o de esperma. Asimismo que se establezca que no se debe privar al niño o niña de saber de quién provienen los gametos que posibilitaron su nacimiento.
8. Se le recomienda al Ministerio de Salud Pública que fomente una Ley que regule la creación, organización y funcionamiento de laboratorios y tecnificación de médicos en relación a la práctica de la reproducción asistida, garantizando con

ello que no se realizará con fines de manipulación genética, sino que solo en los casos de infertilidad procreacional.

9. Que la escuela de capacitación judicial, brinde capacitación permanente sobre la temática de las técnicas de reproducción asistida y los problemas jurídicos que generan a los aplicadores de justicia en el ámbito de derecho de familia y de derecho penal, para que en caso de presentarse en los tribunales respectivos conflictos de esta naturaleza, sean resueltos de la mejor manera, generando seguridad jurídica a la sociedad.

## **CAPÍTULO VIII: PROPUESTA**

### **PROPUESTA DE REFORMAS AL CODIGO DE FAMILIA**

**PROPUESTA DIRIGIDA A LA COMISIÓN REDACTORA DE REFORMAS DEL CODIGO DE FAMILIA DE EL SALVADOR.**

**DECRETO NÚMERO: XXX**

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,**

#### **CONSIDERANDO:**

- I. Que el artículo 1 de la Constitución de La República establece que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común;
- II. Que el artículo 3 del Código de Familia establece que el Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico;
- III. Que el desarrollo que han tenido los avances de las ciencias médicas, específicamente en el uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida en muchos de nuestros países, no puede ser ajeno a la consideración de que dichas técnicas se vienen practicando de manera extensiva en

especial en el ámbito privado. De esa realidad se deriva que la intervención de los poderes públicos en este campo permita ofrecer garantías jurídicas a los usuarios y a quienes las apliquen, con el fin de proteger a la familia de manera integral, tal como lo establecen los principios rectores del Código de Familia.

**POR TANTO,**

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de La República, por medio del Ministro de Gobernación.

**DECRETA:** la siguiente reforma al código de familia,

**Artículo 1.-**

**Refórmese el artículo 134 del Código de Familia**

**Art.- 134.-** La filiación puede ser por consanguinidad, por adopción y por ley;

**Artículo 2.-**

**Agréguese al artículo 139 un inciso 3º.**

No obstante lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, en aquellos casos en que se recurra a técnicas de reproducción asistida en forma heteróloga, se buscará ante todo proteger el anonimato del donante. Sólo excepcionalmente y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o hija, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha

revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

**Art. 3.- Agréguese al artículo 143 un ordinal 7º.**

**Art. 143.- ordinal 7º.** Por el consentimiento por escrito y de manera libre, consciente y expresa otorgado por el cónyuge o conviviente para que a su cónyuge o conviviente se le practique la inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga.

**Art. 4.- Agréguese el artículo 146-A.-**

## **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O FECUNDACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA**

**Art. 146 A.-** En los casos de mujer embarazada o de niños o niñas producto de inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga consentida, no procederá la figura del reconocimiento provocado en contra del o la donante de semen, óvulo u óvulos, según sea el caso;

**Art. 5.- Agréguese un inciso segundo al artículo 148.-**

**Art. 148 Inc. 2.-** La declaración judicial de paternidad, no procederá cuando la acción provenga de los concebidos o concebidas por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga consentida.

**Art. 6.- Agréguesele un inciso segundo al Art. 151.-**

**Art. 151 Inc. 2.-** La impugnación de paternidad por el cónyuge no procederá cuando el hijo sea producto de inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga consentida, y en consecuencia no tendrá aplicabilidad lo dispuesto en los artículos 152, 153, 154 de este mismo Código;

**Art. 7.- Agréguese un inciso segundo al artículo 156.-**

**Art. 156 Inc. 2.-** El reconocimiento voluntario no podrá ser impugnado, cuando se compruebe que el niño o niña es producto de la inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga consentida.

**Art. 8.- Agréguese un inciso segundo al Art. 158.-**

**Art. 158 Inc. 2.-** La acción de nulidad de reconocimiento voluntario procederá también cuando el procedimiento de la inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga, se haya realizado sin consentimiento del cónyuge o conviviente.

**Art. 9.- Intercálese un inciso segundo y tercero al Art. 159.-**

**Art. 159 Inc. 2.-** El consentimiento por escrito y de manera libre, consciente y expresa otorgado por una mujer infértil para la práctica de la maternidad subrogada constituye por ley el reconocimiento de maternidad del concebido o concebida. Esto

mismo será aplicable cuando una mujer este imposibilitada de fecundarse y recurra a la donación de óvulos. Queda a salvo la reclamación judicial de maternidad por parte de la madre sustituta.

En ningún caso podrá practicarse la maternidad subrogada en mujer soltera y tampoco en aquella que además requiera que la mujer gestante, aporte material genético para ser fecundado.

**Art. 10.- Agréguese un inciso tercero al Art. 162.-**

**Art.-162 Inc. 3.-** No procederá la figura de la impugnación de maternidad en los casos de niños o niñas concebidos por medio de la maternidad subrogada o vientre de alquiler o por donación de óvulos.

**Art. 11.- Agréguese el artículo 163-A.-**

## **FECUNDACIÓN POST MORTEM**

**Art.-163-A.-** No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo o hija nacido por la aplicación de la fecundación in vitro y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se hallare en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del cónyuge o conviviente.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, el marido podrá prestar su consentimiento, en cualquiera de los documentos a que hacen referencia los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Art. 143 de este mismo Código, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para

fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación consanguínea. El consentimiento para la aplicación de la fecundación en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquélla.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el inciso anterior cuando el cónyuge o conviviente supérstite hubiera estado sometida a un proceso de fecundación in vitro con anterioridad al fallecimiento del cónyuge o conviviente.

## **PROPUESTA DE REFORMAS AL CODIGO PENAL**

**PROPUESTA DIRIGIDA A LA COMISIÓN REDACTORA DE REFORMAS DEL CODIGO PENAL DE EL SALVADOR.**

**DECRETO NÚMERO: XXX**

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,**

### **CONSIDERANDO:**

- I. Que el artículo 1 de la Constitución de la República establece que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción;
- II. Que la aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los setenta supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología y que la novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación;
- III. Que el importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción y el aumento del potencial investigador, hacen necesaria una reforma o revisión profunda de los delitos que pueden cometerse producto del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida;

**POR TANTO,**

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de La República, por medio del Ministro de Gobernación,

**DECRETA,** la siguiente reforma al Código Penal:

**TITULO III  
DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD  
CAPITULO III  
DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**Artículo 1.-**

**Refórmese el artículo 156 e intercálase un inciso segundo.-**

**INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FECUNDACIÓN IN VITRO NO CONSENTIDA**

**Art. 156.-** El que inseminare artificialmente a una mujer sin su consentimiento de manera escrita, libre, consciente y expresa, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

El que extrajere los óvulos de la mujer para ser fertilizados en el laboratorio e introduzca posteriormente los embriones obtenidos en el interior de su útero, sin su consentimiento de manera escrita, libre, consciente y expresa será sancionado con prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años.

El que practicare este tipo de inseminación o fertilización en mujer soltera menor de catorce años, será sancionado con prisión de cuatro a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a cinco años.

## **Artículo 2.-**

**Refórmese el artículo 157.-**

## **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O FECUNDACIÓN IN VITRO FRAUDULENTA**

**Art. 157.-** El que alterare fraudulentamente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o fecundación in vitro o lograre el consentimiento mediante engaño o falsa promesa, será sancionado con prisión de uno a tres años.

## **Artículo 3.-**

**Agréguese el Art. 157-A.-**

**Art. 157-A.-** En los delitos contemplados en este capítulo, la autoridad judicial podrá imponer la responsabilidad civil subsidiaria especial prevista en el artículo 121 de este Código, cuando el culpable fuere funcionario o empleado público o perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

### LIBROS:

1. ADORNO, Roberto. *El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro*. Revista chilena de Derecho, vol.21, nº 2, 1994.
2. Comisión Coordinadora para el Sector Justicia. *Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia*. El Salvador. Tomo I, 1994.
3. COOK R. y DICKENS B.M. *Algunos problemas éticos y legales en Tecnología de Reproducción Asistida*: Revista Internacional de Ginecología y Obstetricia, p. 55: 55-61, 56.G, 1999.
4. COOK R., DICKENS B. y FATHALLA M. *Salud reproductiva y derechos humanos*. Bogotá, Profamilia, Oxford, p. 74. 2003.
5. FERNANDO Lolas, ÁLVARO Quezada y EDUARDO Rodríguez. *Investigación en salud, dimensión ética*: Universidad de Chile, marzo de 2009, ISBN: 956-19-0501-9.
6. GARCÍA Colorado y GABRIEL. *Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida*. México D.F. Editorial Trillas, enero de 2009.
7. GONZÁLEZ de Cancino y EMILSSEN. *Los Retos Jurídicos de la Genética*: Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Santa Fe de Bogotá. 1995.
8. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. 86 p, ISBN 978-9968-917-80-3.

9. LOLAS Fernando. *Bioética*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1998. 86 p. ISBN 956-11-1376-7.
10. VELAZCO José Raúl. *Presupuestos a los cuales debe ajustarse una futura legislación que regule los procedimientos de investigación genética y de inseminación artificial*. Jurisprudencia. Argentina, 1989 II pág. 945.
11. X Congreso Mundial de Derecho de Familia. *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*. Ponencias. Comisión 1", Argentina, 1998.

#### **REVISTAS:**

1. Colección Derecho y Justicia. Derecho de Familia. Escuela Judicial de Costa Rica, 2011, ISSN: 1659-4053.
2. Esterilidad y reproducción asistida 15: Una perspectiva histórica. Revista Iberoamericana de Fertilidad. Vol. 22- nº 1 - Enero-Febrero 2005.
3. SeriAs para el debate Nº 4. Lima, Perú. Agosto 2005.
4. Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo. Revista de derecho. Volumen XI.

## LEGISLACIÓN:

1. Decreto Constituyente N° 38. *Constitución de la República de El Salvador*. Diario Oficial N° 234. Tomo N° 281. 16 de diciembre de 1983.
2. Decreto Legislativo N° 677. *Código de Familia*. Diario Oficial N° 231. Tomo N° 321. 13 de Diciembre de 1993.
3. Decreto Legislativo N° 1030. *Código Penal*. Diario Oficial N° 105. Tomo N° 335. 10 de junio de 1997.
4. Decreto Legislativo N° 133. *Ley Procesal de Familia*. Diario Oficial N° 173. Tomo N° 324. 20 de septiembre de 1994.
5. Decreto Legislativo N° 839. *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)*. Diario Oficial N° 68. Tomo N° 383. 16 de abril de 2009.

## DIRECCIONES ELECTRÓNICAS:

1. MIRANDA CANALES, MANUEL. *La genética actual y el derecho de familia*. [en línea]. Caperlegales Consultores 2010. [consultado 18 de junio de 2012].  
Disponible  
<<http://judiecaper.blogspot.com/2010/06/la-genetica-actual-y-el-derecho-de.html>>
2. FERNÁNDEZ GUAJARDO, JOSÉ LUIS. *La reproducción asistida: Valoración tecnocientífica y consideraciones éticas*. [en línea]. Seminario de Monterrey, Instituto de Filosofía, 2004. [consultado 25 de junio de 2012].  
Disponible  
<<http://www.monografias.com/trabajos23/reproduccion-asistida/reproduccion-asistida.shtml>>

# **ANEXOS**



**CÉDULA DE ENTREVISTA**  
**DIRIGIDA A MÉDICOS Y PSIQUIATRAS**

**OBJETIVO:** Conocer desde el punto de vista ético-médico, el grado de incidencia de la reproducción asistida y sus repercusiones sociales, médicas y psicológicas en la sociedad salvadoreña.

**INDICACIONES:** Conteste según considere conveniente, a las preguntas que se le presentan a continuación:

1. ¿Considera usted que la práctica de la reproducción asistida es un acto inmoral?

---

---

---

2. ¿Considera usted que la práctica de la reproducción asistida violenta el principio de respeto a la persona humana?

---

---

---

3. ¿Considera lógico equiparar el derecho fundamental a la reproducción natural con el derecho a la reproducción asistida?

---

---

---

4. ¿Considera usted que el embrión puede ser tratado simplemente como una cosa, o al contrario merece que se trate con todo el respeto y consideración que se debe a la persona humana?

---

---

---

5. ¿Considera usted aceptable desde el punto de vista ético-médico, que amplios sectores religiosos, rechacen el uso y la práctica de la reproducción asistida?

---

---

---

6. ¿Cuál es su consideración desde el punto de vista médico que una mujer soltera haga uso de la inseminación artificial?

---

---

---

7. ¿Cuál es su consideración desde el punto de vista ético que una mujer soltera practique la maternidad subrogada o el vientre de alquiler?

---

---

---

8. ¿Considera usted más viable realizar la práctica de la inseminación artificial de un hijo que la adopción?

---

---

---

9. ¿Cuál es su consideración ética-médica, acerca de que una mujer viuda practique la fecundación post mortem, para concebir un hijo de su esposo fallecido?

---

---

---

10. ¿Cuáles considera que son los efectos psicológico-emocionales en la madre y en el hijo concebido por medio de una técnica de reproducción asistida?

---

---

---

---



**ENCUESTA DE OPINIÓN DIRIGIDA A  
JUECES DE FAMILIA Y  
MAGISTRADAS DE CAMARA DE FAMILIA**

**OBJETIVO:** En el marco de la presente investigación se pretende obtener la opinión de los aplicadores de justicia acerca de la importancia de la reproducción asistida y su incidencia en la legislación en materia de familia vigente en El Salvador.

**INDICACIONES:** Conteste según considere conveniente, marcando con un guión o una X en cualquiera de las opciones que se le presentan.

1. ¿Considera usted que actualmente el código de familia, ante un conflicto derivado por la práctica de la reproducción asistida, protege derechos fundamentales de la familia?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

2. ¿Considera usted que existe fundamento Constitucional para regular la reproducción asistida en El Salvador?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

3. ¿Cree usted que sería necesario reformar el código de familia para regular la reproducción asistida?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

4. ¿Considera usted que con la práctica de la maternidad subrogada por parte de los homosexuales se les garantizaría el derecho a fundar una familia?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

5. ¿Considera usted que la práctica de la inseminación artificial heteróloga puede generar incertidumbre en las relaciones paterno-filiales?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

6. ¿Cree usted que es necesario el consentimiento del cónyuge o conviviente para practicar la inseminación artificial?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

7. ¿Cree usted que nuestra Legislación está preparada para resolver un conflicto jurídico derivado de un contrato de maternidad subrogada?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

8. ¿Cree usted que los avances científicos en ingeniería genética han generado problemas jurídicos en relación con la reproducción asistida?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

9. ¿Considera usted que la práctica de la inseminación artificial y fecundación in vitro por mujeres solteras generaría proliferación de familias monoparentales en el salvador?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

10. ¿Considera usted que los concebidos por medio de la fecundación post mortem se les priva del derecho de la asistencia personal de uno de los progenitores?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

11. ¿Considera usted que la fecundación in vitro viola el derecho de identidad del concebido?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

12. ¿Considera usted que la fecundación en un tubo de ensayo violentan el derecho a un ambiente sano?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

13. ¿Cree usted que la crio preservación en reproducción asistida, constituye el ejercicio de derecho de propiedad?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_



**ENCUESTA DE OPINIÓN**  
**DIRIGIDA A JUECES DE LO PENAL**

**OBJETIVO:** En el marco de la presente investigación se pretende obtener la opinión de los aplicadores de justicia acerca de la importancia de la reproducción asistida desde la perspectiva jurídica y su aplicación concreta en la legislación penal salvadoreña.

**INDICACIONES:** Conteste según considere conveniente, marcando con una X en cualquiera de las opciones que se le presentan.

1. ¿Considera usted que actualmente el código penal, ante un conflicto derivado por la práctica de la reproducción asistida, protege derechos fundamentales de la familia?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

2. ¿Considera usted que existe fundamento Constitucional para regular la reproducción asistida en El Salvador?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

3. ¿Cree usted que sería necesario reformar el código penal para regular la reproducción asistida?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

4. ¿Considera usted que con la práctica de la maternidad subrogada por parte de los homosexuales se les garantizaría el derecho a fundar una familia?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

5. ¿Cree usted que es necesario el consentimiento del cónyuge o conviviente para practicar la inseminación artificial, so pena de cometer un delito?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

6. ¿Cree usted que la falta de consentimiento en la práctica de la fecundación in vitro podría ser constitutivo de delito?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

7. ¿Cree usted que nuestra Legislación está preparada para resolver un conflicto jurídico-penal derivado de un contrato de maternidad subrogada?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

8. ¿Cree usted que los avances científicos en ingeniería genética han generado problemas jurídico-penales en relación con la reproducción asistida?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

9. ¿Considera usted que la fecundación in vitro viola el derecho de identidad del concebido?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

10. ¿Considera usted que la fecundación en un tubo de ensayo violentan el derecho a un ambiente sano?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

11. ¿Cree usted que la criopreservación en reproducción asistida, constituye el ejercicio de derecho de propiedad?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_