

“UNIVERSIDAD GERARDO BARRIOS”
DECANATURA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



Tema de Investigación

“La procreación por medio de la técnica de fecundación in vitro como manifestación del derecho a la autonomía reproductiva. Análisis del caso salvadoreño”.

Maestría

Derecho Constitucional.

Nombre del investigador (a)

Jennifer Paola Pineda De Cárdenas.

Mirna Elizabeth Turcios De Menjívar.

Carlos Alberto Menjívar Grande.

Nombre del asesor (a)

Manuel Adrián Merino Menjívar.

AUTORIDADES

Msc. Licdo. José Salvador Alvarenga Rivera
RECTOR

Msc. Licda. Yaneth Rubidia Campos de Rivas
FISCAL

DEGI. Sirhan Raúl Rivas
VICERRECTOR ACADÉMICO

Msc. Miguel Antonio Flores Castro
DECANO DE LA FACULTAD DE POSTGRADO

AGRADECIMIENTOS.

En el presente trabajo agradecemos a Dios por ser nuestra guía y acompañarnos en el transcurso de nuestras vidas, brindándonos paciencia y sabiduría para culminar con éxito esta meta propuesta.

A nuestros padres, esposos y esposa, hijo e hijas, por ser nuestro pilar fundamental y habernos apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron.

Agradecemos a nuestro director de tesis Msc. Manuel Adrián Merino Menjívar quien con su experiencia, conocimiento y motivación nos orientó en la investigación.

Agradezco a todos los docentes que, con su sabiduría, conocimiento y apoyo, motivaron a desarrollarnos como persona y profesionales en la Universidad Gerardo Barrios, nuestra alma máter, de la que nos sentimos muy orgullosos de pertenecer.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.	8
1.1. Situación problemática.	8
1.2 Delimitación del problema.	10
1.3. Enunciado del problema.	11
1.4. Justificación.....	11
1.5. Objetivos.	14
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.	15
2.1. LA PROCREACIÓN POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.	15
2.1.1 La fecundación in vitro como técnica para reproducirse de manera asistida. ...	15
2.1.2 Derechos fundamentales: notas relevantes.	17
2.1.3 Dimensión objetiva de los derechos fundamentales.....	20
2.1.4 Dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.	22
2.1.5 La procreación por medio de la fecundación in vitro: como un derecho subjetivo autónomo o derecho fundamental.	24
2.1.5.1 El derecho subjetivo a la procreación por medio de la fecundación in vitro. ...	24
2.1.5.2 La procreación por medio de la fecundación in vitro como derecho fundamental: propiedades formales y materiales.	27
2.1.6 Notas elementales sobre la autonomía privada.....	34
2.1.7 La autonomía como expresión de la dignidad humana.	35
2.1.8 Cuerpo, derechos sexuales y reproductivos y autonomía privada.....	38
2.1.9 Planificación familiar.	41
2.1.9.1 Notas conceptuales de la planificación familiar.	42
2.1.10 La procreación mediante la FIV como manifestación del derecho a la autonomía reproductiva desde el ámbito salvadoreño.	44

2.2 ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA PROCREACIÓN POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	47
2.2.1 Contenido del derecho a la procreación por medio de la FIV.	47
2.2.2. Obligaciones del Estado en el respeto y garantía del derecho a la procreación por medio de la FIV.	50
2.2.3 Limitaciones a la procreación por medio de la FIV.....	55
2.2.4 El derecho a la salud en relación con el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.....	59
2.2.5 Argumentos a favor y en contra de la concesión de la técnica de la fecundación in vitro en el sistema público de salud.	62
2.2.6 Análisis de casos latinoamericanos sobre la financiación pública de la técnica de la fecundación in vitro.....	66
2.2.7 Financiación pública de la FIV y priorización.	69
2.3 BIOÉTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA RELACIÓN NECESARIA EN LA PROCREACIÓN POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.....	71
2.3.1. Concepto y surgimiento de la bioética.	71
2.3.2 El principalísimo en la bioética.	74
2.3.3 La importancia de la Bioética para la creación de normas de Bioderecho.	77
2.3.4 Adecuación de las reglas prohibitivas y normas de principio sobre el uso de la fecundación in vitro.	79
2.3.5 El modelo latinoamericano de bioética en salud pública.....	82
2.3.6 Consentimiento libre e informado en la implementación de la FIV.	84
2.4 REFLEXIONES JURÍDICAS, ÉTICAS Y RELIGIOSAS QUE CONLLEVA EL ACCESO A REPRODUCIRSE POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.....	88
2.4.1 Aspectos religiosos.....	88
2.4.2 Aspectos jurídicos.	90
Número de embriones a implantar.	90
Embriones excedentes.	92
Almacenamiento de embriones y gametos.	98

La FIV y pruebas genéticas preimplantatorias (PGT).....	100
Donación de material genético de terceros.....	102
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.	104
3.1. Tipo de estudio.....	104
3.2. Tipo de investigación.....	104
3.3. Método de investigación.....	104
3.4. Técnica e instrumento.	104
3.5. Etapas de la investigación.....	105
3.6. Procedimiento de análisis e interpretación de resultados.	105
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	105
Conclusiones.....	105
recomendaciones.....	109
GLOSARIO.	112
BIBLIOGRAFÍA	114

INTRODUCCIÓN

Ante el aumento en el número de personas afectadas por la infertilidad y esterilidad humana, y los avances tecnológicos en el área de las ciencias médicas, las técnicas de reproducción humana asistida alrededor del mundo han sido una exigencia por parte de las personas directamente afectadas, con mayor énfasis en la técnica de la fecundación in vitro. Sin embargo, ocurre que, debido al alto costo, sólo personas económicamente privilegiadas pueden tener acceso a tales procedimientos, provocando una brecha de desigualdad en la concesión del derecho a la autodeterminación reproductiva con un anclaje directo con el derecho a la salud.

Así, a través de un estudio teórico, descriptivo y propositivo, este trabajo pretende analizar si la reproducción por medio de la FIV puede encontrar reconocimiento bajo la Constitución como una manifestación del derecho a la autodeterminación reproductiva; y, en consecuencia, si existe la posibilidad de acceder a la referida técnica con financiación pública.

De ahí que, de manera preliminar, se abordarán consideraciones en torno a los derechos fundamentales, en especial, el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la salud. Posteriormente, la técnica de la fecundación in vitro se presentará como una alternativa para la población con problemas de infertilidad. Finalmente, se discutirán los argumentos relacionados con la posibilidad de que el Estado asuma las demandas de la implementación de esta técnica.

Además, se analizarán casos latinoamericanos, con el fin de exponer los argumentos, fundamentos o justificaciones que sirven de base para responder y resolver las demandas sociales, en el entendido que la infertilidad, inclusive, es reconocida como una enfermedad que requiere de un tratamiento que debe estar al alcance o disposición de las personas que lo padecen.

CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. Situación problemática.

Es evidente que ante la necesidad humana de sentirse parte de una familia, de una generación; y, en consecuencia, de un lugar en el mundo, la maternidad y la paternidad, generalmente, constituyen un aspecto importante de la propia identidad subjetiva. Sin embargo, este proyecto parental puede verse afectado por la infertilidad y la esterilidad humana, como enfermedades que se encuentran dentro de la Clasificación Internacional de Enfermedades -ICD 10- por la Organización Mundial de la Salud. No obstante, cabe señalar que, la infertilidad y esterilidad son distintas, la primera, hace nula la capacidad de la pareja para engendrar; y, la segunda, solo reduce la posibilidad de un embarazo.

Así, el peso de la infertilidad y esterilidad humana, ha sido objeto de estudio, propiciando el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, principalmente, en el uso de la Fecundación in vitro (en adelante FIV), que en su forma más simple, consiste en el control hormonal y la estimulación de la mujer que produce óvulos, para la recolección de los mismos, y su fusión con el esperma en una placa de Petri que contiene un medio de cultivo, en el que se espera, aproximadamente tres días, para el desarrollo del embrión y, luego, se transfiere uno o más embriones¹ de regreso en el útero de la mujer y así concebir.

En la actualidad, facilitar la fertilización de óvulos humanos es un hecho, y aunque no existe una fecha única en la que prosperaron todas las cuestiones legales asociadas con la FIV, hay algunos puntos importantes en el camino, incluido el nacimiento de la primera bebé como resultado de esta técnica², así como el uso de embriones crio-preservados o congelados y óvulos donados³.

De tal suerte que, el progreso continuo médico, científico y tecnológico, representa el debate sobre la idoneidad y legitimidad para la modificación artificial de la vida biológica. Su disponibilidad y la conciencia social cambiada en cuestión de opciones relacionadas con

¹ Cfr. Costoya A, Schmitt JM, Dujovne S, Pastore U, Sánchez MI, Rey M, Gadán A, Villaroel C, Soto S, Aguilar P. (1985) Fecundación "in vitro" y transferencia embrionaria. Comparación de resultados entre tres métodos de inducción de ovulación [Fertilization in vitro and embryo transfer. Comparison of results of 3 methods of ovulation induction]. Rev Chil Obstet Ginecol. Pág. 286-93. Spanish. PMID: 3939620.

² Nota periodística consultada el 20 de febrero de 2023. Disponible en el siguiente enlace: https://elpais.com/elpais/2020/03/06/mamas_papas/1583486018_035212.html

³ Cfr. Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier A, & Salas, Sofía R. (2014). Fundamentos biomédicos y éticos de la criopreservación de embriones. Revista médica de Chile, 142(7), 896-902. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000700010>

la reproducción inspiran la reflexión sobre la interpretación de las normas fundamentales de nuestra Constitución.

Lo anterior, en tanto que, desde un perfil estrictamente naturalista de la procreación humana, significa, aquel proceso orgánico dirigido a la generación de vida material de un individuo, que se divide en tres fases progresivas; la concepción, el embarazo y el nacimiento del concebido⁴, tales elementos constitutivos representan, desde un punto de vista jurídico, los requisitos necesarios para la producción de efectos significativos dentro del sistema constitucional y legal vigente; y, si bien, no existe el derecho a la procreación expresamente codificado en nuestra Constitución, si se identifica una sentencia de la Sala de lo Constitucional que cualifica el interés del individuo en la procreación como un auténtico derecho fundamental relevante, que se desprende de su autonomía reproductiva y que goza de protección.⁵

Al margen de lo esbozado supra, no ha quedado definido si la persona, desde una elección voluntaria y programada, dentro un proceso reproductivo por medio de la fecundación in vitro, puede ser atribuida como una manifestación dentro de la interpretación que ha hecho la Sala de lo Constitucional de la “autonomía reproductiva” de las personas, que bien, podría considerarse como un interés en generar descendencia en un sentido biológico y jurídico, propio de aquellos sujetos que acuden a este tipo técnicas para reproducirse de forma asistida dentro de un catálogo amplio de posibilidades existentes.

De ese modo, se pretende establecer desde el crisma de la norma constitucional que garantiza la autonomía reproductiva, que las técnicas que involucran la manipulación de ovocitos fuera del cuerpo, las cuales se denominan técnicas de reproducción asistida (TRHA), con la fertilización in vitro (FIV) como la forma más común, puede interpretarse en el sentido de entender que forman parte de una de las manifestaciones o contenido de este derecho fundamental.

Sin embargo, la discusión sobre la efectividad de tal derecho es extremadamente compleja, ya que, como puede observarse en experiencias de diversos países de Latinoamérica, dicho procedimiento y otros, son exigidos mediante la realización y defensa de ciertos derechos fundamentales, incluido el que se comenta, por parte de las personas

⁴ Vid. López Moratalla, N., Santiago, E., & Herranz Rodríguez, G. (2011). Inicio de la vida de cada ser humano. ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre? Cuadernos de Bioética, XXII (2),283-308. ISSN: 1132-1989. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87519895010>

⁵ En el mismo sentido se rastrean estos elementos en: Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 11 de marzo de 2015, Referencia 749-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

interesadas, que, debido al alto costo, buscan apoyo a través del Sistema Público de Salud. Esto genera una discusión sobre la efectividad de tal derecho, partiendo del hecho que, los recursos públicos, son limitados y muchas veces insuficientes para responder a las demandas de la población. Aun así, el acceso a la salud no puede restringirse a las condiciones financieras de un Estado, pues se trata de un derecho fundamental universal que debe ser garantizado progresivamente.

1.2 Delimitación del problema.

Territorial.

El límite territorial de esta investigación se circunscribe a todo el territorio salvadoreño, pues, aunque el tema no está materialmente desarrollado como una problemática, cuantitativamente hablando, en el país, la aplicación de la fecundación in vitro es una realidad en la que están inmersas instituciones privadas, debido a que, este procedimiento, es utilizado como una alternativa importante para contrarrestar, predominantemente, el problema de la infertilidad. En este sentido, es oportuno aclarar que, pese a que, el tema se circunscribe al territorio nacional, no implica que no se tomaran en cuenta, para efectos ilustrativos y de fundamentación, casos o situaciones efectuados en otras partes del mundo, ya que, en la presente investigación se analizaran sentencias y leyes de otros países, que, si bien, no son vinculantes para El Salvador, pueden ser utilizadas como fuente, inclusive para llevar a cabo ejercicios de heterointegración normativas por las autoridades del país; es decir, para recoger los principios, doctrinas, normas y resoluciones dictadas o utilizadas por instituciones internacionales para dar solución a casos de reconocimiento de la FIV como realización o manifestación de la autonomía reproductiva y el acceso al mismo.

Temporal.

El análisis de la problemática de la presente investigación no se limita al estudio de los hechos o fenómenos en un tiempo determinado, sino que, debemos entender, que se analizará el contexto actual, pero, haciendo un recorrido que permita visualizar la evolución de la problemática, hasta la fecha; tomando en cuenta el conjunto de casos relevantes y significativos de la FIV que se han dado, tanto, a nivel regional como internacional, y que

son relevantes o tienen algún tipo de incidencia en la realidad salvadoreña, e incluso, en el ordenamiento jurídico del país, sin que esto conlleve a una abordaje abstracto del problema, sino más bien, en el marco de la realidad salvadoreña.

Conceptual.

Las líneas que marcan el rumbo de esta investigación son los derechos fundamentales que entran en juego con la implementación de la FIV, especialmente, la autonomía reproductiva, atención a la salud reproductiva, dignidad, igualdad y privacidad, entre otros, como base de los planteamientos teórico-analíticos que sustentarán las conclusiones y recomendaciones sobre la problemática, como un aporte desde el ámbito académico y profesional que pueda servir de sustento de otras investigaciones, análisis y estudios, o como punto de partida de una respuesta institucional a la situación, ya sea mediante acciones eminentemente legislativas; o, en su caso, jurisprudenciales.

1.3. Enunciado del problema.

¿Es posible reconocer la existencia de la reproducción por medio de la FIV como manifestación del derecho a la autodeterminación reproductiva en El Salvador?

Ante tal pregunta, se abordará la cuestión de si, tal derecho, está incluido dentro del acceso a la salud o resulta incompatible con la supuesta reserva de lo posible, habitualmente alegada por el Estado, y la discrepancia de que, la concesión de determinados derechos, suelen estar condicionados a la capacidad económica del ciudadano, es decir, si ello, podría conllevar a un tratamiento pagado por el Estado con el fin de que la población afectada se beneficie de este tipo de avance tecnológico. Lo que conllevará, a realizar un análisis de las consecuencias económicas, jurídicas y éticas, dada la posibilidad de que el Estado asuma la demanda de procrear por medio de la FIV, como parte de los servicios del Sistema público de salud.

1.4. Justificación.

La Constitución vigente de 1983 reconoce los derechos fundamentales y las libertades de todos los salvadoreños. Una de esas libertades es el derecho a la autodeterminación reproductiva. Sin embargo, muy poco se ha prestado atención a este derecho fuera del contexto de las decisiones relativas a las dificultades para procrear. Alejado de lo que se refiere a las decisiones de reproducción, se presume que tal derecho existe, siempre que los individuos pueden reproducirse naturalmente, dejando en incertidumbre a las personas que no encajan en dicha categoría.

No obstante, la realidad dicta que la FIV, junto con otros procedimientos de reproducción asistida, ha ido en paralelo siendo una respuesta o solución en el ámbito de la reproducción, haciendo efectiva la procreación sin coito posible; y, como resultado de este avance, la decisión de tener o no tener hijos, llega a basarse en la voluntad humana y conocimientos técnicos, médicos y científicos.⁶

En ese contexto, en El Salvador según datos de la Unidad de Estadísticas e Información, se estima que existe un número considerable de personas con problemas de infertilidad, y la aplicación de la FIV, se ha convertido en una opción; y, aunque tal situación no sea evidente porque falta un registro del número de personas que se someten a la FIV, la apertura de diversos establecimientos o clínicas de fertilidad, demuestran la demanda de parejas o personas que deciden optar por esta técnica en el país.⁷

En esa línea, aunque este problema, mencionado tangencialmente en casos relacionados con procedimientos en FIV, no ha sido tratado explícitamente por un Tribunal en El Salvador, al margen de la sentencia 10-55 de la Sala de lo Civil, referida a un caso de procreación mediante inseminación artificial, si existen pronunciamientos al respecto en otros Estados.⁸ Tribunales de otros países, han considerado que los derechos de las partes prevalecen en el contexto del desacuerdo entre los padres sobre la disposición de los embriones, y que debe distinguirse la fecundación de la concepción, ya que, la concepción, a diferencia de la fecundación, depende de la implantación de un embrión en el cuerpo de una mujer, de manera que, la protección legal de un embrión “desde la concepción” es

⁶ MONROY, JUAN PABLO, & TÉLLEZ NAVARRO, ROMÁN FRANCISCO. (2016). LA FECUNDACIÓN IN VITRO, UN DERECHO NEGADO EN COLOMBIA: A DENIED RIGTH IN COLOMBIA. Revista Med, 24(1), 71-78. <https://doi.org/10.18359/rmed.2333>

⁷ Por mencionar algunos ejemplos: Clínica BONIFER <https://centroginecologico.com/sv/centro-de-fertilizacion-in-vitro-bonifer/> Clínica Latid Fertility Center https://latidfertilitycenter.com/es_es/ Clínica REPROMEDIC http://www.medicosdeelsalvador.com/Detailed/Cl_nicas/Cl_nicas_de_Ginecolog_a/REPROMEDIC_90.html Clínica de Fertilidad Dr. Mario Enrique Figueroa <https://www.todosbiz.com/SV/clinica-de-fertilidad-dr-mario-enrique-2226-2907>

⁸ Vid. Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia de Y. M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud de fecha 14 de agosto de 2018. Colombia: Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-274/15 de fecha 12 de mayo de 2015.

inaplicable entre su creación por fertilización y la finalización de su implantación en el útero.⁹ Asimismo, el hecho de que el Estado, en la medida de lo posible, tiene la obligación dentro de su sistema público de salud, de brindar el acceso gratuito a la población que requiera el uso de la FIV para poder procrear.¹⁰

Por ello, existe en El Salvador la necesidad de examinar si la reproducción por medio de la FIV puede encontrar reconocimiento bajo la Constitución como una manifestación del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, ya que, la perspectiva constitucional intentaría así legitimar esta técnica; y, en consecuencia, generar una obligación de hacer por parte del Estado, porque sólo el derecho y su contenido por sí mismo, no es suficiente, y esta es una de las mayores dificultades.

Lo anterior, en la medida que, la evolución de la ciencia médica y científica en la FIV, representa una solución y esperanza cada vez más viable a quienes sufren de infertilidad o esterilidad, por lo que, es natural que dichos procedimientos sean exigidos mediante la realización y defensa de los derechos fundamentales de la persona, máxime, cuando dicha técnica, tiene un alto costo económico, y no toda la población afectada por enfermedades que comprometen la fertilidad humana, pueden lograr tener este acceso de forma privada.

Por ello, la legitimidad de la “Fecundación in vitro” como la consecución de fines terapéuticos para el ejercicio del derecho a la salud de las personas que sufren de infertilidad, situación que ha sido reconocida como una discapacidad¹¹; y, la necesidad de una protección mediante el derecho fundamental a la autonomía reproductiva en relación con la expresión de la personalidad del individuo de conformidad con el art. 1 de la Constitución y la misma libertad de autodeterminación, en cuanto a opciones de conciencia

⁹ Vid. Corte IDH. Artavia Murillo (“Fecundación In Vitro”) y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Evans vs. Reino Unido. Sentencia de 10 abril 2007. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora; “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LA LEY, 2013-A, 907. LAMM, Eleonora; “El estatus del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, cita Online: AR/DOC/1297/2015.

¹⁰ La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-274/15, entre otros puntos, reconoció el derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro y exhorto: “ al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas”. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>. En Argentina la ley 26.862 del año 2013 y el decreto reglamentario 956/2013 regulan el acceso a las TRAH, en especial, a la Fecundación In Vitro de manera gratuita por parte de las instituciones del Sistema Nacional de Seguro de Salud, las entidades de medicina prepagada, las obras sociales y todos los agentes que provean servicios médico-asistenciales sin importar su forma jurídica. En el año 2019 se promulgo la Ley 1953 para establecer lineamiento en cuanto a la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento.

¹¹ Cfr. Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, y otros (2009). The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Revised Glossary on ART Terminology. Hum Reprod. 24(11): 2683-7.

y vida íntima, reveladas por la procreación artificial diferente al método natural, sólo para el desarrollo de sus modalidades, revelan la importancia de la presente investigación y la trascendencia y contribución que puede generar para población salvadoreña en general.

1.5. Objetivos.

Objetivo general.

- Determinar si la reproducción por medio de la fecundación in vitro es una manifestación del derecho a la autonomía reproductiva.

Objetivos específicos.

- Establecer los efectos y consecuencias que se producirían en el ordenamiento jurídico salvadoreño por el reconocimiento de la FIV como manifestación del derecho a la autodeterminación reproductiva.
- Definir los alcances y limitaciones de las que se vería revestido el reconocimiento de la FIV como manifestación del derecho a la autodeterminación reproductiva.
- Examinar las consecuencias económicas (obligación prestacional), jurídicas y éticas (Religión y moralidad) que conlleva el acceso a reproducirse por medio de la FIV desde el Sistema de Salud Público, así como su viabilidad desde la realidad salvadoreña.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.

2.1. LA PROCREACIÓN POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

2.1.1 La fecundación in vitro como técnica para reproducirse de manera asistida.

Edwards y Steptoe, lograron embriones in vitro en 1969, que pudieron reproducirse, sin embargo, los experimentos con la fertilización in vitro solo comenzaron a ganar impulso en la década de 1990.¹²

Es importante mencionar que, hasta ese momento, el óvulo continuaba siendo fecundado dentro del cuerpo. Esta frontera se cruzó en 1978, en Inglaterra, con el nacimiento de Louise Joy Brown, llamada la primera "bebé probeta" por haber sido concebido en laboratorio, mediante la técnica de fecundación in vitro que, al recolectar espermatozoides de hombres y óvulos de mujeres, se realizó una fusión artificial en un tubo esterilizado y se implantó el embrión en el vientre de la mujer.¹³ Posteriormente, el nacimiento de bebés probeta dejó de ser una novedad y adquirió el estatus de normalidad.

Fertilización in vitro (FIV) "Literalmente significa "fertilización en un vaso", debido a que, se desarrolló originalmente para evitar las trompas de Falopio, donde ocurre la fertilización de forma natural.¹⁴ El proceso de la FIV se lleva a cabo durante un período de dos a tres semanas en cuatro etapas: inducción de la ovulación, extracción de óvulos, fertilización y transferencia de embriones.¹⁵

Durante la primera etapa, inducción de la ovulación, la mujer recibe una combinación de hormonas para estimular sus ovarios y facilitar la producción de múltiples óvulos. Luego, los óvulos se extirpan quirúrgicamente mediante una laparoscopia o una aspiración con aguja dirigida por ultrasonido o si el médico determina que el procedimiento ha producido

¹² Vid. Mata-Miranda, Mónica Maribel, & Vázquez-Zapién, Gustavo Jesús. (2018). La fecundación in vitro: Louise Brown, a cuatro décadas de su nacimiento. *Revista de sanidad militar*, 72(5-6), 363-365. Epub. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-696X2018000400363&lng=es&tlng=es.

¹³ Ídem.

¹⁴ Cfr. Zegers-Hochschild, F., Adamson, G. D., Dyer, S., Racowsky, C., de Mouzon, J., Sokol, R., Rienzi, L., Sunde, A., Schmidt, L., Cooke, I. D., Simpson, J. L., & van der Poel, S. (2017). The International Glossary on Infertility and Fertility Care. *Fertility and sterility*, 108(3), 393-406. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2017.06.005>

¹⁵ Cfr. Ortiz Movilla, R., & Acevedo Martín, B. (2010). Reproducción asistida y salud infantil. *Pediatría Atención Primaria*, 12(48), 651-671. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322010000600011&lng=es&tlng=es.

óvulos utilizables, se colocan en una placa de Petri, donde los espermatozoides tratados son introducidos.¹⁶

La inseminación se produce en esta colocación de los espermatozoides y óvulos juntos; la fecundación, la unión real de los espermatozoide y óvulo, ocurre de cuatro a ocho horas más tarde. El primer óvulo fertilizado se divide en dos células aproximadamente dieciocho horas más tarde y poco después se subdivide nuevamente en un embrión de preimplantación, o simplemente, un preembrión.¹⁷

En esta cuarta etapa, los preembriones de la etapa uno a tres de ocho células se transfiere al útero de la mujer a través de la inserción de un catéter en el cuello uterino. En una FIV exitosa, al menos uno de los preembriones se implanta en la pared uterina, y posteriormente se convierte en un feto.¹⁸

La FIV hace posible la separación de la maternidad gestacional y genética, a través del óvulo y la donación de embrión y subrogación gestacional. Las mujeres que tienen ovarios funcionales, pero que no tienen útero o no pueden llevar con seguridad a un feto a término, puede tratar de tener un embrión, que es creado con su ovulo, llevado o "gestado" por otra mujer.¹⁹

A diferencia de las situaciones en las que la madre sustituta es tanto la madre genética como la gestacional, la madre sustituta gestacional no tiene ningún vínculo biológico con el niño. La subrogación gestacional en el contexto de la FIV es posible gracias a los avances recientes en el proceso de crioconservación.

La criopreservación, permite que los preembriones restantes, que no habían sido inmediatamente transferidos al útero, sean preservados y almacenados para su posterior implantación. La crioconservación se logra enfriando y deshidratando un embrión en preparación para su conservación a largo plazo en un estado congelado. Cuando el

¹⁶ Vid. Madero, José Ignacio, López, Claudia, León, María Fernanda, Ruiz, Jair, Gutiérrez, Carlos, Guerra, Óscar, Ávila, Mabel, Escobar, Magally, & Ruiz, Jesús A. (2004). Importancia de la respuesta a la inducción de ovulación y la edad en el resultado de las técnicas de reproducción asistida. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, 55 (4), 293-299. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74342004000400006&lng=en&tlng=es.

¹⁷ Cfr. Bing, Y., & Ouellette, R. J. (2009). Fertilization in vitro. Methods in molecular biology (Clifton, N.J.), 550, 251-266. https://doi.org/10.1007/978-1-60327-009-0_16

¹⁸ Cfr. Ortiz Movilla, R., & Acevedo Martín, B. (2010). Reproducción asistida y salud infantil. Pediatría Atención Primaria, 12(48), 651-671. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322010000600011&lng=es&tlng=es.

¹⁹ Cfr. Igareda, Noelia. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. Revista de Bioética y Derecho, (44), 57-72. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000300005&lng=es&tlng=es.

paciente de FIV es listo para la implantación, el embrión se descongela a través de la rehidratación antes de ser transferido al útero.²⁰

La tasa de supervivencia de los embriones criopreservados después del proceso de descongelación es de aproximadamente el cincuenta por ciento.²¹ Sin embargo, este es un tema aparte que ha generado diversas opiniones o cuestionamientos.

2.1.2 Derechos fundamentales: notas relevantes.

Inicialmente es necesario aclarar que el presente trabajo no estará dedicado a detallar los derechos fundamentales en su amplitud y profundidad, sólo en delimitar aspectos relevantes del tema para la comprensión de la problemática enfrentada. En este sentido, se presentarán las nociones sustanciales de derechos fundamentales relacionado con la fecundación in vitro.

Así, como resultado de una evolución histórica marcada por revoluciones y rupturas sociales encaminados a promover la dignidad de la persona humana y la consagración de los derechos, los derechos fundamentales, surgieron como una forma de protección contra los abusos de poder practicada por el Estado. Según el enfoque histórico que define los derechos fundamentales en dimensiones, se observa que tales derechos, no se materializaron simultáneamente, sino en distintos períodos, de manera progresiva y secuencial en los textos constitucionales.²²

En este sentido, se sostiene que el carácter histórico de los derechos fundamentales está retratado por sensibles transformaciones a lo largo de su historia, siendo dichos derechos, divididos en diferentes dimensiones. Así, cada dimensión, fue marcada con la necesidad de protección de los seres humanos según un determinado tiempo de historia.

La primera dimensión de los derechos fundamentales, está compuesta por los derechos relativos a las libertades individuales, teniendo su consagración en la concepción liberal de la Burguesía del siglo XVIII. Pues, en el escenario marcado por la salida del absolutismo y por el principio del Estado de Derecho, se extrajo la idea de que los individuos

²⁰ Cfr. Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier A, & Salas, Sofía R. (2014). Fundamentos biomédicos y éticos de la criopreservación de embriones. Revista médica de Chile, 142(7), 896-902. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000700010>.

²¹ Ídem.

²² Vid. Ez, I. V. M. (2015). LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA HISTORIA. UNA APROXIMACIÓN A SU ORIGEN Y FUNDAMENTO. Unam.mx. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/27.pdf>

tenían una esfera de autonomía individual insumisa a la interferencia del poder; y, por tanto, se requería una actuación negativa del Estado, donde había obligaciones del Estado de no hacer respecto de los aspectos subjetivos de cada individuo.²³

En relación con los derechos sociales, culturales y económicos, la segunda dimensión de derechos fundamentales nació con el principio de igualdad material, con el fin de exigir al Estado un desempeño positivo en la provisión de políticas públicas capaces de garantizar derechos como la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social. Así, el Estado fue más allá de la mera acción negativa a favor de las libertades. individuos, para asumir un comportamiento positivo hacia los individuos.²⁴

La tercera dimensión, a su vez, consagraba los ideales revolucionarios de solidaridad o fraternidad, no relacionadas únicamente con los intereses individuos o de un grupo específico, sino a los intereses de un titular difuso o colectivo. En este paso, se diferencian de los derechos de primera y segunda dimensión, que tienen unos destinatarios ciertos y determinados, en la medida que tienen un carácter transindividual y abarcan una colectividad indeterminada.²⁵

A pesar de la falta de consenso, algunos estudiosos defienden la existencia de otras dimensiones. La cuarta dimensión, por ejemplo, la defiende Paulo Bonavides, quien consagra los derechos a la democracia, la información, globalización y pluralismo, con el objetivo de universalizar los derechos fundamentales. Además, la cuarta dimensión valora cuestiones relacionadas con la ingeniería genética y las técnicas de reproducción asistida.²⁶

La cuarta generación de derechos humanos, incluye derechos emergentes, cuyas características jurídicas, aún no se han completado porque se encuentran en estudio hasta el momento, dado que, estos derechos están vinculados al progreso técnico, ya sea digital o biológico, y por ejemplo, experimentos médicos en células con fines terapéuticos o reproductivos, eutanasia, clonación humana, modificación de genes, la automatización, Internet y el problema de su regulación y otras cuestiones que no existían hace varias décadas.²⁷

²³ Vid. Roig, F. J. A., de Asís Roig, R., Fernández, E., & Martínez, G. P. B. (2001). El derecho positivo de los derechos humanos. Dykinson. Págs. 639-652

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

²⁶ Cfr. Bonavides, P. (2018). 40 años de Constitución Española: un análisis desde España e Iberoamérica. Págs. 175-183.

²⁷ Cfr. Aguirre, A., & Manasía, N. (2015). Derechos humanos de cuarta generación: inclusión social y democratización del conocimiento. *Télématique*, 14 (1), 2-16.

El derecho a la privacidad también ha reaparecido, esta vez de forma diferente, porque los gobiernos y los propietarios de empresas tienen la capacidad de invertir los datos de los usuarios en varios sitios y aplicaciones mediante el entrenamiento de algoritmos digitales que se han vuelto capaces de predecir e incluso manipular el comportamiento humano.²⁸

El descubrimiento del “genoma humano” es uno de los momentos decisivos de la historia de la humanidad que ocurrió durante las últimas dos décadas, a medida que el conocimiento del hombre sobre la información genética situado encima de su cinta genética equivale a conocer la historia de sus antepasados con exactitud y previendo su futuro también. Sin embargo, este conocimiento amenaza su propia existencia, en caso de que otros tengan conocimiento, como el de la situación médica de la familia historia o la presencia de características genéticas específicas y otras cosas, y este conocimiento pueden afectar los derechos humanos de innumerables maneras.²⁹

En vista de estos desarrollos científicos, tecnológicos y médicos, decimos que estos acontecimientos tienen un gran impacto en los derechos fundamentales, por lo que, necesitan revisiones exhaustivas para actualizarlos y dar cabida a posibles violaciones en un futuro cercano o lejano.

Por otra parte, luego de una síntesis de las dimensiones, cabe señalar que debido a las transformaciones de tales derechos a lo largo de la historia, no es sencillo delimitar un concepto sintético y preciso de derechos fundamentales. Aparte de que, el constituyente salvadoreño, ha optado, en sus diferentes Constituciones, por la denominación de “derechos fundamentales”, con el uso de innumerables expresiones para representarlos, tales como: “derechos subjetivos”, “libertades públicas”, “derechos individuales”, “derechos constitucionales”, aumentando aún más la dificultad de rastrear un concepto inequívoco de tales derechos.

La terminología adoptada por el constituyente salvadoreño está relacionada con la idea de que, tales derechos, son esenciales para la propia condición humana. De ahí que, a pesar de la diversidad de nomenclaturas del término, los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, los cuales fueron positivos en el ámbito constitucional por la importancia de su contenido.

²⁸ Ídem.

²⁹ Vid. Jiménez Sánchez, Gerardo. (2004). VII. El genoma humano. Implicaciones de la medicina genómica en México. Gaceta médica de México, 140(2), 260-263. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0016-38132004000200033&lng=es&tlng=es.

Desde nuestro punto de vista, consideramos acertado el concepto que Ingo Wolfgang Sarlet, realiza sobre la base de la teoría de Robert Alexy, al señalar que, los derechos fundamentales son, por tanto, todas aquellas posiciones jurídicas concernientes a las personas, que, desde el punto de vista del derecho constitucional positivo, han sido, por su contenido e importancia (fundamentalidad en sentido material), integradas al texto de la Constitución y, por tanto, retiradas de la esfera de disponibilidad de los poderes constituidos (fundamentalmente formal), así como las que, por su contenido y significado, puedan ser equiparados, añadiéndose a la Constitución material, teniendo, o no, asiento en la Constitución formal (aquí considerada la apertura material del Catálogo).³⁰

La Sala de lo Constitucional de El Salvador ha establecido que los derechos fundamentales son: “... *facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución...*”³¹

En este sentido, a pesar de la diversidad conceptual que existe, es al unísono que los derechos fundamentales son el conjunto de normas incluidas en el texto constitucional que buscan garantizar derechos esenciales para promover la dignidad de la persona humana, así como cómo limitar la acción arbitraria del Estado contra la libertad individual.

2.1.3 Dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En este punto, la definición se basa en la importancia que tiene el derecho fundamental para la sociedad en su conjunto, es decir, si existe reconocimiento social de la necesidad de proteger un determinado derecho, incluso, si no ha sido expresamente reconocido por el texto constitucional.

En otras palabras, los derechos fundamentales representan el equilibrio de fuerzas políticas y sociales encaminadas a garantizar objetivos comunes de sistematización de los intereses y promover el funcionamiento de una sociedad pluralista que contemple valores

³⁰ Cfr. WOLFGANG SARLET (2004). A eficácia dos direitos fundamentais, 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, Pág. 89.

³¹ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 23 de marzo de 2001, Referencia 8-97 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

y normas a las que la mayoría de los ciudadanos dan su consentimiento.³² Por ello, para que un derecho fundamental adquiriera fuerza normativa es necesario que esté revestido de cualidades que lo hacen relevante en una sociedad democrática.

En este sentido, y partiendo del fundamento del ejercicio de la libertad y la autonomía, la procreación por medio de la fecundación in vitro cuando no es posible lograrlo de forma coital, no se trata de un mero despliegue de voluntades resultantes del ejercicio de otro derecho, se trata del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos y ciudadanas que desean tener hijos o hijas, pero, que por las dificultades de salud que enfrentan, no le es posible alcanzar ese deseo personal, como si lo pueden hacer las personas que no se ven inmersas en esta situación y, en tanto que, la ciencia, la medicina y la tecnología ofrecen un respuesta para este problema, obviamente, es de suma importancia para este grupo de personas, que se visibilice esta alternativa para que pueda ser considerada como un derecho al alcance de estos.

De ahí que, como consecuencia del reconocimiento de la dimensión objetiva existen deberes del Estado hacia la promoción, preservación y adecuación del sistema constitucional e infraconstitucional, a través de políticas públicas, para la implementación de mecanismos que aseguren el pleno disfrute por todos, del referido derecho fundamental.

La dimensión objetiva, legitima incluso restricciones que pueden alcanzar la dimensión subjetiva, afectando derechos y bienes que individual o constitucionalmente son pertinentes, para que se puedan promover otros derechos que en ese momento en determinada situación resulta más aplicable y necesaria o incluso si son bajo amenaza del Estado o de particulares.³³ En estos casos, la interferencia en la dimensión objetiva pretende reforzar la eficacia de los derechos fundamentales como un todo y no al revés.

Otro punto importante de la dimensión objetiva es que garantiza la efectividad radiante³⁴ al derecho fundamental, es decir, que se legisle infraconstitucional, que se establezcan condiciones para su aplicación en todo el orden jurídico, según el contenido del derecho fundamental destacado.

La irradiación sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema jurídico, razón por la cual todas las normas están ligadas al sistema de valores que determina el

³² Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2003). Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. 8.ed. Madrid: Tecnos. Pág. 21.

³³ Cfr. Royo, J. P. (2021). Curso de derecho constitucional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Pág. 194.

³⁴ Vid. Conde, E. Á. (2004). EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Unirioja.es. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1064912.pdf>.

reconocimiento de un determinado derecho como fundamental, centralizando en el sujeto de derecho todo el destino normativo que debe asegurar su libertad y autonomía de desarrollo, tomando como paradigma principal la dignidad.

La conexión proporcionada por la dimensión objetiva hace inseparable las ideas de derecho fundamental, sujeto de derechos, Estado de derecho, democracia y dignidad. La relación que se establece en tal simbiosis, que si existe una mitigación injustificada³⁵ de alguno de los vínculos, los demás serían afectados, de tal manera que, su validez y eficacia se verían comprometidas.

Los derechos fundamentales se revelan no sólo como normas interpretativas que determinan estándares de valores en la sociedad, sino como garantías fundamentales de realización de sí mismos, porque la mera predicción de la existencia no es suficiente, como también el reconocimiento de medios para la realización de los derechos fundamentales, lo cual está garantizado por su dimensión objetiva.

2.1.4 Dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

En cuanto a la dimensión subjetiva, corresponde a los derechos fundamentales servir como instrumentos contra la voluntad del Estado y de otros particulares. Aunque originalmente los derechos fundamentales se presentaban como límites al poder estatal, es necesario que haya algún tipo de control para garantizar que todos verdaderamente sean iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo.³⁶

Se puede ver aquí que la efectividad de los derechos fundamentales no opera sólo verticalmente, vinculando al Estado y a los individuos, sino también de manera horizontal, logrando relaciones entre “iguales”, asegurando así la implementación de la igualdad material, no sólo formal, y en este sentido la posibilidad del libre desarrollo de los derechos en su plenitud.

³⁵ Es exactamente la dimensión objetiva la que autoriza la legitimación de las restricciones a los derechos fundamental, ya que, puede limitar su alcance frente a sus titulares para garantizar que el conjunto de los valores establecidos como fundamentales pueden prevalecer sobre intereses meramente individuales que no se justifican ante el interés colectivo. Por tanto, las dimensiones objetiva y subjetiva deben armonizarse, para que esto garantice la efectividad de los derechos fundamentales en su plenitud, protegiéndolos de cualquier tipo de amenaza.

³⁶ Cfr. ANZURES GURRIA, José Juan (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 22, p. 3-51, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001&lng=es&nrm=iso

Son las posiciones subjetivas en los derechos fundamentales donde se ubican las libertades, derechos individuales y las garantías de libre determinación, teniendo el Estado el deber de abstenerse de entrar en esta área sin una fuerte motivación. La interferencia en la autonomía sólo es aceptable en situaciones muy particulares y el Estado y otros individuos respetan las decisiones tomadas.

Esta configuración de derechos fundamentales garantiza que el sujeto se convierta, ante el Estado, en sujeto de derechos. De ahí el sustrato de la constitución expresa del Estado Democrático de Derecho, mostrando la estrecha relación entre los derechos fundamentales y la democracia.

Es en el campo de la dimensión subjetiva donde existe la posibilidad de disponer de derechos, porque aquí es donde se basa la titularidad de los derechos y lo fácil que es la educación: sólo es posible disponer de lo que se posee. La disposición de los derechos presupone la existencia de posiciones entre los sujetos titulares de derechos y la consiguiente modificación de estas posiciones, ya sea por la creación o extinción del derecho de un sujeto frente al otro.

Esto no se aplica a la dimensión objetiva, porque entiende la naturaleza colectiva de los derechos, que impide a un sujeto comprometer los derechos de los demás, debido a que, estando en esa posición no sería un derecho propio, pero sí de la comunidad.

Se puede concluir que para que exista la provisión de derechos fundamentales, el sujeto tiene la capacidad para hacerlo, lo que a su vez presupone que tiene autonomía para adoptar determinadas conductas.³⁷ Tal colocación presupone lo que se defiende en este trabajo: la autonomía y la libertad son esenciales para el pleno ejercicio del derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro, porque que el ejercicio de este derecho no puede refugiarse en la posición adoptada por terceros sin tener en cuenta la voluntad de ese individuo.

La relación que se establece entre las dimensiones objetiva y subjetiva no es de complementación y dependencia, sino de integración, los deberes del Estado están determinados por la dimensión objetiva, y a este le corresponde garantizar el reconocimiento de aquellos, mientras que el impulso, la orientación y los objetivos de desempeño son proporcionados por la dimensión subjetiva, es decir, el propósito último de

³⁷ Vid. Contreras, Sebastián. (2012). Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales. Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas, 14(2), 17-28. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902012000200002&lng=es&tlng=es.

tal actividad. El Estado debe guiarse por la optimización de las condiciones de desarrollo de los sujetos de derechos.³⁸

2.1.5 La procreación por medio de la fecundación in vitro: como un derecho subjetivo autónomo o derecho fundamental.

Antes de establecer si existe un derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro, como derecho fundamental autónomo, es necesario rastrear si el mismo cuenta con los atributos para considerarlo como tal y, para ello, es pertinente referirnos a las cualidades o características, que debe tener un derecho para ser considerado fundamental. Así, Bernal Pulido, nos indica que los derechos fundamentales cuentan con propiedades específicas como son (i) la validez jurídica, (ii) su carácter abstracto y, (iii) su generalidad...³⁹ De este modo, en este apartado nos dedicaremos a definir si el derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro encuentra cabida como un derecho subjetivo autónomo, para consecuentemente, delimitar si entendiéndolo que es un derecho subjetivo, reviste las características de un derecho fundamental.

2.1.5.1 El derecho subjetivo a la procreación por medio de la fecundación in vitro.

Un derecho subjetivo se caracteriza por ser un atributo de la persona. Esto convierte a sus sujetos en titulares de los poderes, obligaciones y facultades que establece la ley. En otras palabras, el derecho subjetivo es una facultad o dominio de la voluntad del hombre, jurídicamente tutelado. Es capacidad propia y competencia de terceros.⁴⁰

Para determinar la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos es necesario analizar algunas de las principales teorías sobre estos derechos: la Teoría de la Voluntad de Windscheid, la Teoría del Interés de Ihering y la Teoría Ecléctica de Jellinek.⁴¹

La Teoría de la voluntad afirma que el derecho subjetivo depende de la voluntad de su titular. Es la voluntad del sujeto reconocida por el ordenamiento jurídico. Esta teoría fue

³⁸*Vid.* Lopera Mesa, G. P. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa*, 27, 211. <https://doi.org/10.14198/doxa2004.27.08>.

³⁹BERNAL PULIDO, C. (2008). Derechos Fundamentales, Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, volumen dos, UNAM, pp. 1571 y 1572.

⁴⁰ *Cf.* VALLADO BERRÓN, F., "El derecho subjetivo", *Revista de la facultad de Derecho de México*, N° 19, p. 130.

⁴¹*Vid.* Centro de Información Jurídica en Línea, C. R. (2010). Los Derechos Subjetivos. Ucr.ac.cr. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjgxNg==>

criticada por no siempre depender de la voluntad de su titular, como en el caso de los incapaces, quienes aún sin tener testamento, tienen derechos subjetivos ejercidos a través de sus representantes legales.⁴²

La teoría del interés afirma que los derechos objetivos son intereses jurídicamente protegidos. El interés aquí mencionado se analiza en sentido objetivo, es decir, no está incluido en el testamento. Esto no se ve como el interés de alguien, sino más bien en relación con los valores genéricos de la comunidad.⁴³

La teoría ecléctica se caracteriza por una fusión de las teorías antes mencionadas. La plenitud de la naturaleza de los derechos subjetivos está dada por la unión de la voluntad y el interés jurídico.⁴⁴

Por otra parte, Robert Alexy plantea otras cuestiones relacionadas con los derechos subjetivos. La primera cuestión tiene un carácter normativo y se subdivide en cuestiones ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas. La divergencia esencial entre estos es que la primera puede analizarse independientemente del sistema jurídico vigente. Es decir, en relación con cuestiones ético-filosóficas, la cuestión radica en las razones que llevan a un sujeto a tener derechos y qué derechos serían estos, sin depender de la validez de un determinado ordenamiento jurídico.⁴⁵

Por otro lado, frente a cuestiones jurídico-dogmáticas, lo jurídico es relevante para la valoración de un derecho subjetivo. Aquí examinamos dos situaciones. En el primero existe una norma N que genera un derecho subjetivo al sujeto A. Sin embargo, es dudoso, en el caso concreto, que la norma N sea aplicable al caso de A, por lo que, surgen dudas sobre el derecho subjetivo de A en esas condiciones. Por otro lado, en la segunda situación, la norma N indudablemente se aplica al caso de A, pero, hay dudas en cuanto a la norma N para generar un derecho subjetivo para A. Según Alexy, es importante conocer la esquematización de estas situaciones cuando, en realidad, una determinada norma jurídica confiere un derecho subjetivo a un individuo.⁴⁶

En segundo lugar están las cuestiones empíricas que comprenden los más diversos aspectos. Entre ellos cabe destacar el aspecto histórico a partir de dos ejemplos traído por

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Cfr. ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales (1993) Centro de estudios constitucionales.

⁴⁶ Cfr. Cachapuz, M. C. (2015). Configuración y restricción de derechos subjetivos por la perspectiva del ejercicio de posiciones jurídicas fundamentales. iusfilosofiamundolatino.ua.es.

<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Configuraci%C3%B3n%20y%20restricci%C3%B3n%20nuevo.pdf>

Alexy: En este sentido, la creación de un determinado derecho subjetivo R, en el momento t^1 , a evitar la situación Z, considerada como negativa, y el hecho de que R haya evitado con éxito, esta situación son argumentos fuertes para mantener R, siempre y cuando R sigue siendo, en el momento t^2 , adecuado para evitar Z y que Z sigue siendo evaluado como algo negativo.⁴⁷

En un sentido similar, el hecho de que un determinado derecho subjetivo R, basado en la interpretación I, conduce a una consecuencia fáctica K o tiene la función social F, es un argumento fuerte para interpretar R en el sentido de I, ya que K y F sean evaluados como algo positivo. El ejemplo antes mencionado significa el mantenimiento (o eliminación) de un derecho subjetivo según mutaciones históricas y sociales, así como debido a la interpretación jurídicamente adecuada y rentable desde el punto de vista del resultado obtenido.⁴⁸

Finalmente, el análisis de las preguntas analíticas nos permite comprender un poco de la dificultad para conceptualizar el instituto. Dentro del ámbito analítico se observa la enorme diversidad de derechos subjetivos a partir de clasificaciones de posiciones jurídicas.

Después de un breve análisis de las preguntas planteadas por Alexy, pasamos a comprender cual viene a ser el derecho subjetivo a partir del desentrañamiento de los elementos básicos que lo componen.

Inicialmente, el sujeto de derecho aparece como el primer elemento a analizar, éste es el titular del derecho y “puede ser una persona, un grupo de personas o sólo una entidad caracterizada por un conjunto de bienes”.⁴⁹

El segundo elemento básico sería el contenido del derecho. Este contenido consiste en la facultad jurídica específica que tiene el sujeto/titular y la posibilidad de exigencia/imposición de lo que la norma le atribuye como derecho propio, lo que se hace mediante procedimientos normativamente garantizados en el ordenamiento jurídico vigente.⁵⁰

En tercer lugar, está el objeto del derecho que se basa en el bien/interés protegido legalmente. Y por último, la protección del derecho. Es decir, el derecho subjetivo pone en

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ *Cfr.* CRUZ PARCERO, J., El concepto de derecho subjetivo en la teoría del Derecho contemporánea, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1998, p. 223.

⁵⁰ Ídem.

juego la posibilidad de ser demandado legalmente mediante una acción procesal correspondiente.⁵¹

De esta manera, el derecho a procrear mediante la fecundación in vitro puede encajarse perfectamente en los elementos antes descritos, en primer lugar, el titular de este derecho son las personas que sufren de infertilidad y, si bien, no son los únicos sujetos que se pueden beneficiar de esta técnica, para los efectos que persigue esta investigación lo hemos delimitado a dicho grupo de personas; en segundo lugar, el contenido vendría siendo conformado por la autodeterminación que tienen las personas para decidir sobre reproducirse haciendo uso de los avances de la ciencia, la tecnología y la medicina cuando no se puede lograr procrear con el solo acto coital; en tercer lugar, jurídicamente este derecho puede encontrar fundamento, desde nuestro punto de vista, en los derechos a la autonomía, salud sexual y reproductiva, planificación familiar y salud, en consecuencia, al ser este un verdadero derecho subjetivo autónomo, se deberá proceder a establecer, si tal derecho posee o no las características de un derecho fundamental.

2.1.5.2 La procreación por medio de la fecundación in vitro como derecho fundamental: propiedades formales y materiales.

Para poder afirmar que el derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro posee las características propias de un derecho fundamental, nos basaremos en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Según dicha tesis, los derechos fundamentales son una especie de derechos subjetivos, pero, no todo derecho subjetivo puede ser fundamental. Dicha afirmación como lo explica Bernal Pulido se basa en el hecho de que, para que un derecho pueda entenderse como fundamental, debe de poseer ciertas propiedades: formales y materiales.⁵²

- **Propiedades formales.**

En este sentido comenzaremos por los formales las cuales son cuatro: **(i)** la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; **(ii)** la disposición que establece el derecho fundamental forme parte del texto constitucional sin importar su ubicación; **(iii)** la disposición que establece el derecho fundamental forme parte de otras fuentes del derecho: instrumentos

⁵¹ Ídem.

⁵² *Ob. cit.* BERNAL PULIDO, C. (2008). Pág. 1573.

internacionales; **(iv)** que la jurisdicción constitucional reconozca la validez de una norma o de una posición de derecho fundamental.⁵³

Respecto de la primera propiedad formal, es evidente que el derecho subjetivo a la procreación por medio de la fecundación in vitro, no se encuentra incorporado en ninguna de las disposiciones que se encuentran dentro del Título II de “los derechos y garantías fundamentales de la persona” en la constitución vigente de 1983 en El Salvador, de modo que, no se cumple con esta primera propiedad.

Con relación a la segunda propiedad formal, al hacer un recorrido por todas las disposiciones de las que se compone la constitución, tampoco encontramos expresamente el derecho a la procreación por medio de la fecundación in vitro y, ello es así, porque como se mencionó en el párrafo anterior, nuestra constitución data de 1983 y, en ese momento de la historia en el país no existía un desarrollo tecnológico, médico y científico, que permitiera que el constituyente tomara en consideración el reconocer un derecho a procrear más allá de la forma tradicional, es decir, con coito, como si sucedía en ese entonces en otros países como Estados Unidos y muchos cuantos europeos, donde la reproducción asistida ya se encontraba emergiendo y desarrollándose, ya que, recordemos que el nacimiento Louise Brown la primera bebé que nació por medio de la fecundación in vitro, fue en 1978.

Siguiendo con la tercera propiedad, es oportuno mencionar que si bien, en El Salvador se han ratificado diversos tratados internacionales, en los que de forma directa o indirecta se aborde el tema referente a la procreación por medio de la fecundación in vitro, aun no se ha ratificado uno específico que lo reconozca como derecho puntualmente y, aunque así fuese, no podría entenderse que se cumple con esta propiedad porque no existe un bloque de constitucionalidad que lo ampare, básicamente, el mismo serviría únicamente para dotar de alcance y contenido una disposición con reconocimiento constitucional previamente, y de esta forma lo ha afirmado la Sala de lo Constitucional al sostener que:

“... [c]uando el art. 144 Cn. les reconoce efectos imperativos a los tratados internacionales celebrados por El Salvador, al entrar éstos en vigencia, no se está refiriendo sólo a los tratados sobre derechos humanos como una categoría especial de tratados, sino a todo acuerdo de voluntades entre el Estado Salvadoreño y cualquier otro sujeto de Derecho Internacional. En consecuencia, tal razonamiento de carácter formal no puede

⁵³ Ob. cit. BERNAL PULIDO, C. (2008). Pág. 1573.

*conducir a incluir los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución en un bloque de constitucionalidad (...) No cabe duda que el contenido de la Constitución requiere de la concreción legislativa para una mejor determinación de sus alcances y manifestaciones, pero tal circunstancia no conduce necesariamente a una fusión de las disposiciones del ordenamiento jurídico que cumplen con dicha función, con la Constitución, convirtiéndolas en parámetro de constitucionalidad; aún más, si se tiene en cuenta que la concreción o regulación normativa del contenido de la Constitución no es realizada en forma exclusiva por los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que existen otras disposiciones infraconstitucionales que ayudan a la misma, se advierte claramente que la determinación de cuáles de estas disposiciones se integrarían en un bloque de constitucionalidad se torna problemática (...) De lo dicho cabe concluir que, si bien hay una evidente vinculación material entre la llamada parte dogmática de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal vinculación no equivale a una integración normativa, de ambos tipos de disposiciones, en una sola categoría constitucional, ya se denomine "bloque de constitucionalidad" o de cualquier otra manera (...)"*⁵⁴

Por último, con la cuarta propiedad formal, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que: *"...la noción de Constitución, y en particular de los derechos fundamentales no pueden entenderse limitadas al texto del documento constitucional sino que también implican el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo libera, social y contemporáneo han derivado de la dignidad humana y del principio democrático, asumido por la Ley Suprema y que inspira como parte de su trasfondo, las disposiciones de dicho texto..."*⁵⁵

En ese sentido, aunque el Tribunal Constitucional tiene la apertura de reconocer derechos fundamentales que no se encuentran expresamente en la Constitución, pero, que si pueden derivarse de otros derechos implícitos desarrollados por el mismo cuerpo normativo, lo cierto es, que el derecho subjetivo a la procreación por medio de la fecundación in vitro, no ha sido reconocido de forma adscrita desde la interpretación y contenido y alcance de otras disposiciones constitucionales.

⁵⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 26 de septiembre de 2000, Referencia 24-97/21-98 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

⁵⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 16 de diciembre de 2013, Referencia 7-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Ahora bien, para que un derecho subjetivo pueda ser considerado fundamental, no solo debe evaluarse si cumple con propiedades formales, sino también materiales, por lo que, procederemos a realizar el mismo ejercicio con estas otras propiedades.

- **Propiedades materiales.**

Bernal Pulido, adopta la premisa de que existe un derecho moral preestatal cuyo alcance es la defensa del individuo frente a las extrapolaciones de un determinado Estado en el ejercicio de sus competencias. De esta manera, se está garantizando al ser humano un derecho basado en el derecho natural o derecho racional, que garantiza a los individuos su libertad, autonomía, igualdad y el hecho de tener unas necesidades mínimas básicas que deben ser respetadas por los poderes constituidos.⁵⁶

Partiendo de esta hipótesis, el citado autor plantea tres dimensiones: **(i)** libertad individual; **(ii)** libertad democrática; **(iii)** bienestar social. La protección de estas libertades, la autonomía y la igualdad y la provisión de estas necesidades es el objetivo del Estado. En esa línea, señala que las propiedades materiales de los derechos fundamentales consisten en otras propiedades necesarias para la dignidad humana y para el desarrollo de un individuo liberal y democrático protegido por el Estado de bienestar social.⁵⁷

En sintonía con la primera propiedad material, Bernal Pulido afirma que, de acuerdo con la concepción liberal de la persona política y del Estado, este tiene como finalidad garantizar el ejercicio de la libertad.⁵⁸ Complementaria a esta idea, es lo establecido por la Sala de lo Constitucional en cuanto a que: *“... La libertad es un destello de la dignidad humana. Por consiguiente, “los poderes públicos tienen el deber de respetar y de garantizar a la persona que, en su condición de ser racional, igual, libre y capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con su entorno, pueda, sin interferencias injustificadas, optar por aquellos aspectos de la vida que más se ajusten a su personalidad, ideas e intereses y que coadyuven al desarrollo de su personalidad en los ámbitos individual, familiar y social ...”*⁵⁹

Siguiendo esa lógica, se puede sostener que el derecho subjetivo de la procreación por medio de la fecundación in vitro encaja en esta propiedad material, en virtud de que, su ejercicio se fundamenta, principalmente, en la libertad o autonomía reproductiva que

⁵⁶ *Loc. cit.* BERNAL PULIDO, C.

⁵⁷ *Loc. cit.* BERNAL PULIDO, C.

⁵⁸ *Loc. cit.* BERNAL PULIDO, C.

⁵⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 15 de febrero de 2017, Referencia 22-2011 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

protege los intereses de las personas en cuanto a que, su decisión de procrear suele concebirse como un asunto privado y por este motivo se defiende de las interferencias de terceros.

Esta característica de la libertad reproductiva refleja el énfasis de las democracias occidentales contemporáneas en proteger la libertad de acción de las personas frente cualquier tipo de interferencias. Esta libertad tiene sus raíces en el llamado "principio del daño" de John Stuart Mill que establece que, el único propósito por el cual se puede ejercer legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es evitar daños a otros. Su propio bien ya sea físico o moral, no es garantía suficiente.⁶⁰

Esta presunción a favor de la libertad considera que el riesgo de que se produzca un daño a otros es el único motivo justificable para la interferencia y coloca la carga de la prueba en los intentos de limitar dicha libertad, de ese modo, deben acreditarse con razones de mucho peso cualquier limitación al derecho que tienen las personas de elegir reproducirse libremente y, esto no solo tiene alcances cuando se realice por medio del coito, sino también cuando teniendo problemas de infertilidad o esterilidad recurren a los avances de la ciencia, tecnología y medicina para llevarlo a cabo.

Entonces para recapitular, habiendo establecido que esta propiedad material persigue como finalidad garantizar la libertad de las personas, podemos afirmar que el derecho subjetivo de la procreación por medio de la fecundación in vitro cumple con la misma, en tanto que, busca en su ejercicio potenciar la libertad o autonomía de la persona en decidir reproducirse acudiendo a esta técnica, cuando no es posible hacerlo por sus propios medios.

La segunda propiedad material se refiere al interés de la persona democrática, que en palabras de Bernal Pulido significa que, un derecho subjetivo representa un derecho fundamental, cuando protege la capacidad de discernimiento de la persona. Los derechos fundamentales democráticos, tales como el derecho al voto y las libertades necesarias para el funcionamiento de los procesos democráticos.⁶¹

Obviamente, es fácil apuntar que el derecho subjetivo de la procreación por medio de la fecundación in vitro no es parte de los intereses de la persona democrática, no se

⁶⁰ Vid. Mill, John Estuardo. (1979). Sobre la libertad, publicado originalmente: 1859. Londres: Dent.

⁶¹ Loc. cit. BERNAL PULIDO, C.

inserta en ninguno de los derechos con contenido meramente democrático, por lo que, es más sencillo descartar esta propiedad material para los intereses que esta investigación persigue.

Por otro lado, la última de las propiedades materiales hace alusión a las necesidades básicas de las personas, que de acuerdo con lo que manifiesta Bernal Pulido, se entiende que, el objeto de estas necesidades son los bienes necesarios para tener una buena vida. En consecuencia, si un derecho subjetivo tiene como propósito satisfacer tales necesidades, debe ser reconocido como un derecho fundamental.⁶²

En esa dirección, la infertilidad afecta a las personas en una amplia variedad de formas y puede tener efectos perjudiciales significativos en la calidad de vida. Por ejemplo, aproximadamente el 40% de las mujeres infértiles sufren de ansiedad y depresión, aproximadamente el doble de la tasa observada en las mujeres fértiles.⁶³

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que, todas las personas tienen derecho a fundar una familia. El Comité de Ética de la Sociedad Estadounidense de Medicina Reproductiva (ASRM) de 2015 afirma que, “la reproducción es un interés fundamental y un derecho humano”.⁶⁴

La infertilidad es una enfermedad con una carga psicosocial sustancial, y la falta de opciones asequibles puede tener efectos perjudiciales significativos en la calidad de vida de las personas. De acuerdo con los objetivos de desarrollo sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, abordar la infertilidad es fundamental para lograr el (ODS 3) de garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, y el (ODS 5) de lograr igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas.

Sin embargo, la autonomía reproductiva se ve amenazada por los costos exorbitantes asociados con el tratamiento de la infertilidad. En consecuencia, la infertilidad es una enfermedad con una carga psicosocial sustancial, y la falta de opciones asequibles puede tener efectos perjudiciales significativos en la calidad de vida de las personas.

⁶² *Loc. cit.* BERNAL PULIDO, C.

⁶³ *Cfr.* Crawford, N. M., Hoff, H. S., & Mersereau, J. E. (2017). Infertile women who screen positive for depression are less likely to initiate fertility treatments. *Human reproduction* (Oxford, England), 32(3), 582–587. <https://doi.org/10.1093/humrep/dew351>

⁶⁴ *Cfr.* Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine (2015). Disparities in access to effective treatment for infertility in the United States: An Ethics Committee opinion. *Fertility and sterility*, 104(5), 1104–1110. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2015.07.1139>

Así, la fecundación in vitro representa para las personas que sufren problemas de infertilidad, no solo una opción para llevar a cabo su decisión de procrear como parte de su proyecto de vida, sino que al mismo tiempo, forma parte de su bienestar, porque es una forma de aliviar su padecimiento físico, y lidiar con los problemas psíquicos y psicológicos que dicha situación les puede causar, máxime, si no cuentan con los recursos económicos para poder costear este tipo de técnicas en las diferentes clínicas privadas que lo ofrecen.

Por ello, consideramos que la procreación por medio de la fecundación in vitro como derecho subjetivo, se ve revestido tanto de la primera, como de ésta última propiedad material.

No obstante, en sintonía siempre con Robert Alexy, un derecho subjetivo tiene que cumplir al menos una propiedad material y otra propiedad formal, de esa manera, haciendo un repaso de lo que hasta aquí se ha venido desarrollando, nos encontramos con un problema, en la medida que, a diferencia de las propiedades materiales, no se ha cumplido con ninguna de las propiedades formales, toda vez que, no existe reconocimiento expreso o implícito de la procreación por medio de la fecundación in vitro. Así las cosas, solo se cuentan con dos opciones que a nuestro criterio son las más viables.

Lo anterior, en virtud de que, tal y como lo expresa Bernal Pulido, el constituyente y el Tribunal Constitucional goza de un margen de acción para concretar dichas propiedades mediante la institucionalización,⁶⁵ de tal suerte que, en primer lugar, de acuerdo con lo establecido en el Art. 248 de la Constitución puede hacerse una reforma al texto constitucional para incorporar dentro del catálogo de derechos fundamentales ya existentes, el derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro y, la segunda, sería que la Sala de lo Constitucional le diera el reconocimiento de fundamentalidad a este derecho subjetivo en comento, lo que implicaría que sea derivado de forma implícita o por conexión de otros derechos fundamentales ya reconocidos.

Ante ese contexto, siendo meramente objetivos, la reforma es poco probable que suceda, porque es un tema hasta cierto punto sensible para nuestra sociedad por la relación que se tiene con aspectos éticos y religiosos, aparte de lo engorroso que es el trámite que debe seguirse para poder concretizar una reforma a la constitución, ya que, primero deben de ser diez diputados los que deben de hacer mínimamente, la propuesta de reforma, ya luego para que dicha propuesta sea aprobada, son cuarenta y tres diputados los que tienen

⁶⁵ *Loc. cit.* BERNAL PULIDO, C.

que estar de acuerdo y, todavía no acaba, porque se tendría que esperar la conformación de la próxima asamblea para que sean cincuenta y seis diputados quienes ratifiquen la reforma propuesta, por esas razones, consideramos priorizar el reconocimiento que la Sala de lo Constitucional puede realizar por medio de la interpretación que realice del contenido y alcance de otros derechos fundamentales, del derecho subjetivo en discusión.

Lo antes mencionado, nos lleva a realizar un análisis de los derechos o aspectos relacionados con la procreación por medio de la fecundación in vitro, que serán de gran ayuda al momento de realizar la respectiva derivación del derecho en estudio.

2.1.6 Notas elementales sobre la autonomía privada.

Desde el punto de vista etimológico, la palabra autonomía significa el poder de darse lo propio. En esta línea, la autonomía es la condición de una persona o de una colectividad cultural, que la determina a ella misma a la ley a la que se somete.⁶⁶

La autonomía de la voluntad es la más ligada al liberalismo clásico, donde le es posible al individuo utilizar su voluntad sin restricciones, sin ninguna interferencia estatal. La autonomía privada, por otra parte, consiste en un ejercicio de autonomía que está limitada por otros derechos, relacionados con el Estado.⁶⁷

La libertad de autodeterminación sería representada en la autonomía de la voluntad, mientras que el poder de autodeterminación estaría relacionado con la autonomía privada. Y si bien, la autonomía de voluntad está relacionada con la idea de libertad de autodeterminación de cada uno, la autonomía privada estaría relacionada con la libertad de crear normas para sí.

Así, es evidente que la autonomía en la cuestión no se relaciona con la libertad en un sentido extensivo, sino en la dimensión de restricción de la libertad de negociación. Sin embargo, es importante resaltar que incluso si existe congruencia entre la idea de autonomía privada y la de la libertad de negociación, la autonomía privada no se agota en un tipo de autonomía contractual, toda vez que, también cubre situaciones subjetivas

⁶⁶ Vid. Sánchez, LE (2009). Una revisión epistemológica de la autonomía. Edu.ar. https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.889/ev.889.pdf

⁶⁷ Vid. Monereo Atienza, C., & Atienza, C. M. (2018). REFLEXIONES ACTUALES SOBRE LIBERTAD Y AUTONOMÍA: LA CONVERGENCIA DE CAPACIDAD, RECIPROCIDAD Y RELACIÓN CURRENT REFLECTIONS ON FREEDOM AND AUTONOMY: THE CONVERGENCE OF CAPACITY, RECIPROCITY AND RELATIONSHIP. <https://doi.org/10.14679/1086>

existenciales, como transferencia de uso de imagen y voz, donación de óvulos y trasplantes.⁶⁸

En relación con el prisma de las libertades personales del individuo, el significado de autonomía destaca la autonomía existencial. De manera que, dicha autonomía se relaciona con la libertad del sujeto para deliberar y gestionar su vida de manera digna. Entonces, la discusión de autonomía va más allá del campo de la negociación y también puede entenderse como libertad para actuar en favor de una vida digna.

En ese sentido, considerando la evolución de la autonomía privada en detrimento de autonomía de la voluntad, el término autonomía, en su sentido amplio, abarca la autonomía privada y autonomía existencial. Además, es de suma importancia mostrar que el segundo concepto tiene un escaso listado de investigaciones.

Cabe mencionar que la idea de que ciertos grupos de bienes serían necesariamente relacionados con uno solo de los sentidos de autonomía citado. De esta manera, por ejemplo, es posible abordar tanto la autonomía existencial, así como privada al analizar un negocio jurídico que implican derechos de la personalidad, en la medida que, la autonomía existencial sería relacionada con el derecho a disponer de la propia personalidad para gestionar la vida de manera digna, la autonomía privada estaría relacionada con la dirección de esa libertad para realizar un negocio jurídico.⁶⁹

Luego de superar los conceptos fundamentales para la comprensión del presente estudio, en el transcurso de este subcapítulo se presentarán algunas perspectivas de autonomía y en particular, su sesgo estrechamente relacionado con los derechos reproductivos y sexuales y la planificación familiar.

2.1.7 La autonomía como expresión de la dignidad humana.

Inicialmente es importante aclarar que el objetivo de esta investigación no es el análisis histórico y ontológico del principio de la dignidad de la persona como naturaleza humana, sino analizar la importancia de la manifestación de la autonomía para promoción de una vida digna en su plenitud.

⁶⁸ Vid. Lopera, D. J. (2019). Libertad: principio frommiano para la toma de decisiones y el establecimiento de interrelaciones. Edu.co. <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24769/Libertad%20Principio%20Frommiano%201.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

⁶⁹ Ídem.

Elegido valor rector del sistema jurídico salvadoreño, la dignidad de la persona fue consagrada en el artículo 1 de la Constitución de 1983 de El Salvador. Además de su gran relevancia internacional, este principio tiene un valor preponderante en la orden nacional, actuando como uno de los fundamentos de la República Salvadoreña.

Además del estatuto fundamental del Estado Democrático de Derecho, el principio de la dignidad de la persona humana confiere y legitima un significado unificado al conjunto constitucional. En una conceptualización sucinta, se sostiene que la dignidad de la persona humana: es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta únicamente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que trae consigo la pretensión de respeto por parte de las demás personas, constituyendo un mínimo vulnerable que todo estatuto jurídico debe garantizar, de manera que, sólo excepcionalmente, se puedan introducir limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, pero, siempre sin descuidar la necesaria estima que todas las personas merecen.⁷⁰

En este sentido, el principio de dignidad humana ocupa una posición central en orden jurídico salvadoreño, para colocar al ser humano como fin de todo orden, imponiendo la necesidad de garantizar derechos fundamentales a proteger y promover una vida con dignidad. La dignidad humana se comporta como un “super principio”, en tanto que, guiará de manera indispensable la interpretación de otras normas jurídicas.

Al enfatizar que no existe consenso sobre el contenido del principio de dignidad de la persona humana, Ana Thereza Meirelles defiende la necesidad de analizar este principio, desde el prisma de la autonomía, para repudiar la adaptación del principio a su concepción estrictamente objetiva. Partiendo de la idea de que la efectividad de la dignidad de la persona humana requiere respeto a los derechos fundamentales, así como la prohibición de cualquier coacción externa ilegítima que restringe el desarrollo de la personalidad, se entiende que la restricción de derecho fundamental a la libertad demuestra a veces una clara violación a este.⁷¹

⁷⁰ Vid. David Mendieta, M. L. T. (2018). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). <http://file:///C:/Users/admin/Downloads/Dialnet-LaDignidadHumanaYEIEstadoSocialYDemocraticoDeDerec-6984060.pdf>

⁷¹ Vid. Araújo, A. T. M. (2017). A PROTEÇÃO À NATURALIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO FACE À PROPOSTA DA EUGENIA LIBERAL: O FUTURO DA NATUREZA HUMANA EM JÜRGEN HABERMAS. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, 3(2), 1. <https://doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9695/2017.v3i2.2301>

Desde esta perspectiva, para que haya una plena promoción de una vida digna, el reconocimiento de la autonomía privada, como manifestación del derecho a la libertad, es esencial. Y por ello, al sostener que la dignidad de la persona humana no se limita a que el ser humano es considerado un fin en sí mismo y nunca como un medio para un resultado determinado, se entiende que también es necesario que el ser humano sea capaz de elegir su propio camino, viviendo en condiciones de autonomía.

A través del prisma del constitucionalista, la dignidad presupone la autonomía vital de la persona, su autodeterminación en relación con el Estado, otras entidades públicas y otras personas. En este sentido, la realización de la dignidad de la persona humana está íntimamente relacionados con la capacidad de autodeterminación de los individuos, así como con el ejercicio de su autonomía privada.

En resumen, la autonomía privada se comporta como un medio para lograr protección a situaciones existenciales, garantizando la realización del principio de la dignidad de la persona humana. Esto se debe a que, al ostentar el poder de autodeterminarse, el individuo garantiza el libre desarrollo de su personalidad, creando, modificando o extinguiendo situaciones particulares. Sin embargo, se destaca que el ejercicio de dicha autonomía no es absoluto, pudiendo ser restringido cuando hay colisión con otros derechos fundamental.⁷²

En una relación simbiótica, la dignidad de la persona humana también se comporta como requisito indispensable para el pleno ejercicio de la autonomía privada, ya que, en los casos en que faltan las condiciones mínimas para una vida digna, el individuo se verá perjudicado en relación con su capacidad de decidir. Por tanto, será el papel de Estado intervenga, mediante medidas de asistencia y protección, para recomponer el ejercicio efectivo de la autonomía de las personas.

Como puede verse, es posible argumentar que la violación de la autonomía privada, incluso en su manifestación de derechos sexuales y reproductivos, los cuales serán analizados en el próximo capítulo, implica una clara ofensa al principio constitucional de la dignidad humana de la persona humana.

⁷² Vid. Ovalle Gómez, C. (2009). Autonomía como condición esencial de la dignidad humana y fundamento del consentimiento informado. Redalyc.org. <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189214316011.pdf>

2.1.8 Cuerpo, derechos sexuales y reproductivos y autonomía privada.

A lo largo del siglo XX, la lucha por los derechos sexuales y reproductivos fue una agenda constante. en la agenda de los movimientos feministas, debido a la necesidad de reconocer de tales derechos como forma de modificar el escenario desigual que viven las mujeres a lo largo de la historia. En Latinoamérica, la lucha fue intensa y se lograron cambios fundamentales.⁷³

En la notable década de 1970, por ejemplo, las reclamaciones se dedicaron al derecho a la autonomía corporal de las mujeres, período marcado fuertemente en la lucha por la despenalización del aborto y por el acceso a métodos anticonceptivos. Además, en las últimas décadas de los años 80 y 90, la lucha se incorporó al ejercicio de la maternidad surgido de las nuevas técnicas reproductivas agenda de derechos reclamados y garantizados.⁷⁴

Interpretado como un hito en la lucha por la realización de los derechos reproductivos, los conceptos de derechos reproductivos y salud reproductiva fueron usados por primera vez en 1994 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo⁷⁵ (en adelante “CIPD”) y en el programa de acción aprobado⁷⁶. Este último establece que la salud reproductiva es un estado de completo bienestar físico, mental y social (no la ausencia de afecciones o enfermedades) en todos los aspectos de las funciones y procesos del sistema reproductivo de la persona, y se deduce que todos tienen derecho a una vida sexual segura y libertad reproductiva y autónoma. Estos términos y condiciones deben entenderse que deben ser garantizados para todos, es decir, las personas son iguales y deciden sobre la ampliación de su familia (tiempo y método, información y medios para hacerlo).

Es particularmente relevante el punto 7.16 del programa de acción de la CIPD, que indica que todos los participantes del programa, incluido El Salvador, en los próximos años deben: tener acceso a métodos asequibles y aceptables de planificación familiar, incluido

⁷³Vid. Bonaccorsi, Nélica, & Reybet, Carmen. (2008). Derechos sexuales y reproductivos: Un debate público instalado por mujeres. *LiminaR*, 6(2), 52-64. Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-80272008000200004&lng=es&tlng=es.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Cfr. División de Población de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) [interactivo]. 1994 [consultado 27 de marzo 2023]. Disponible en línea: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

⁷⁶ El programa en cuestión es muy ambicioso: se prevén más de 200 recomendaciones para los estados. Este programa se enfoca en la atención integral de la salud reproductiva, incluida la planificación familiar, la prestación de servicios relacionados con el embarazo seguro, el aborto donde sea legal, la prevención y el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, etc.

el de garantizar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva sin discriminación, evaluar la regulación nacional en las áreas discutidas en el programa, después de identificar las deficiencias y tomar medidas para implementar los objetivos del programa.⁷⁷

La salud reproductiva implica por tanto que la persona pueda tener una vida sexual segura y satisfactoria, teniendo autonomía para reproducirse y libertad para decidir cuándo y con qué frecuencia hacerlo. En esta última condición está implícito el derecho de hombres y mujeres a estar informados y a tener acceso a métodos de planificación familiar eficientes, seguros, aceptables y financieramente compatibles, así como a otros métodos de regulación de la fertilidad de su elección y que no contradigan las leyes, así como el derecho de acceso a servicios de salud adecuados que brinden a las mujeres las condiciones para atravesar el embarazo y el parto de manera segura, brindando a las parejas mayores posibilidades de tener un hijo sano.⁷⁸

A pesar de divergencias doctrinales ocasionales, el concepto de Derechos Reproductivos está legitimado en el sistema jurídico salvadoreño. Sin embargo, la noción de derechos a las relaciones sexuales aún no tiene reconocida su extensión ideal. Ante este contexto, la mayoría de las leyes y políticas públicas relacionadas con dichos derechos los analizan en conjunto, utilizando la expresión “Derechos Sexuales y Reproductivos”.

No obstante, la Sala de lo Constitucional en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos ha sostenido que: *“el derecho a la salud reproductiva es una manifestación del derecho a la salud y faculta a su titular a recibir la atención sanitaria adecuada en las distintas etapas de desarrollo de su plan de procreación, a efecto de garantizarle que este se lleve a cabo en condiciones óptimas y dignas. Dicha atención conlleva, entre otros aspectos, el deber de proporcionarle a la persona orientación sobre los métodos de planificación familiar y de brindarle atención médica adecuada durante el embarazo, el parto y el período posterior a este. Como derivación de lo anterior, la salud reproductiva persigue garantizarle al individuo un estado de completo bienestar físico y mental en el desarrollo de su proyecto reproductivo, no solo evitarle las enfermedades o complicaciones sanitarias que surjan en ese proceso.”*⁷⁹

⁷⁷Vid. El programa de acción de la CIPD se encuentra disponible en línea: https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf

⁷⁸Vid. Miyares, A. (2010). Derechos sexuales y reproductivos en América Latina. Corteidh.or.cr. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26802.pdf>.

⁷⁹ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 11 de marzo de 2015, Referencia 749-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

En resumen, los derechos reproductivos abarcan el derecho a decidir libremente tener o no hijos, decidir el número y espaciamiento entre embarazos, así como el derecho tener acceso a información y medios que ayuden en la toma de decisión. El Estado tendrá el deber positivo de garantizar el acceso a dicha información, incluyendo aclaraciones relacionadas con la concepción o técnicas de reproducción como es la fecundación in vitro.

El deber de información del Estado es incuestionable, dado que, en términos de sexualidad y reproducción, el acceso a información relacionada con tal derecho se comporta como un verdadero instrumento para que los individuos ejerzan eficazmente su autonomía, disfrutando así de forma saludable de su sexualidad.

Los derechos sexuales, están vinculados a la prerrogativa de los individuos de tener una vida sexual activa, placentera y libre de coacciones. En este sentido, se le da al individuo el derecho a elegir su orientación sexual, ejerciendo su sexualidad sin ningún discriminación, coerción o violencia.⁸⁰

Según la Declaración de Derechos Sexuales de 2014, la sexualidad está influenciada por una serie de factores biológicos, sociales, culturales, legales o religiosos, comportándose como fuente innegable de realización personal, ya que, contribuye positivamente sobre el bienestar físico y mental del individuo, así como sobre su comportamiento en sociedad.

En esta línea, el Estado no sólo debe actuar de manera positiva garantizando el ejercicio de los derechos sexuales, pero, también de forma negativa al no interferir en la elección individual de cómo se dará el ejercicio de la sexualidad.

En este sentido, los derechos reproductivos y sexuales pueden analizarse desde dos dimensiones diferentes pero complementarias. Por un lado, tales derechos se refieren íntimamente con el derecho del individuo a la libertad y a la autodeterminación, siendo libre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. De lo contrario, el ejercicio libre y efectivo de tales derechos presupone políticas públicas que promuevan la salud sexual y reproductiva de las personas, en la medida que garanticen el acceso a la información y a medios seguros para la realización de tales derechos.⁸¹

⁸⁰ Vid. Pérez D. Gregorio, Rogelio. (2014). Derechos sexuales y reproductivos. Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela, 74(2), 73-77. Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322014000200001&lng=es&tlng=es.

⁸¹ Vid. Montaña, S. (2000). LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER. Corteidh.or.cr. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11999.pdf>

Como se verá en los próximos capítulos, se anticipa que la salud sexual y reproductiva del individuo debe ser interpretado en su sentido amplio y por lo tanto, no será reducido al concepto de salud como la mera ausencia de enfermedad y dolencia.

De esta manera, se garantizarán los derechos sexuales y reproductivos, a fin de brindar a las personas un completo bienestar físico, mental y social durante toda una vida de relaciones sexuales seguras y satisfactorias, donde se tendrá derecho a elegir la reproducción.

Partiendo del objeto principal del presente estudio, se observa que la fecundación in vitro aparece como un medio capaz de promover el derecho a la libertad, en tanto que, dan a los individuos la posibilidad de autodeterminarse en la formación de su familia. En este sentido, la promoción de tal técnica es armónica con la ya vista primera dimensión de los derechos sexuales y reproductivos.

La libre manifestación de la autonomía de los individuos es clara en el proceso de toma de decisiones por procrear. Por tanto, la decisión de la pareja ya sea que se implemente de forma natural, por conjunción carnal, o efectuados con la ayuda de técnicas de reproducción asistida, presuponen el elemento volitivo de las partes.

Por tanto, los derechos sexuales y reproductivos se basan en el ejercicio efectivo la autonomía y, en particular, el principio de dignidad humana, así como derechos deben ser plenamente garantizados en su ejercicio y en forma justa para las personas.

2.1.9 Planificación familiar.

De conformidad con los principios de dignidad humana y paternidad, la planificación familiar garantiza la libre decisión de las personas respecto del momento en que deseen tener hijos o no, quedando prohibida cualquier intromisión del Estado o de la sociedad al ejercicio de la autonomía privada del individuo dentro de tal derecho.⁸²

En este sentido, es evidente que las preguntas referidas a la fecundación in vitro se basan en el precepto de la planificación familiar y el Estado no debe obstaculizar el acceso

⁸² Vid. OPS. (2019). UN MANUAL MUNDIAL PARA PROVEEDORES. Paho.org.
https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51918/9780999203729_spa.pdf

a este tratamiento de infertilidad, así como tener que abordar las disfunciones reproductivas como un problema de salud pública.

2.1.9.1 Notas conceptuales de la planificación familiar.

El art. 33 de la Constitución establece que “...*la ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer...*”.

La planificación familiar es una decisión libre de la pareja, siendo el Estado responsable de proporcionar recursos educativos y científicos para el ejercicio de este derecho, sin forma coercitiva por parte de instituciones oficiales o privadas.

De modo que, la planificación familiar es el punto de partida de los derechos reproductivos, al basarse en el derecho fundamental para la libertad y la realización de la autonomía privada en la constitución de familias. En este sentido, la planificación familiar es un derecho propio y privado de la pareja, no pudiendo ser objeto de injerencia alguna por coerciones externas.⁸³

Es claro que el derecho a la planificación familiar está intrínsecamente relacionado con derechos sexuales y reproductivos. De esta manera, para que haya un pleno y responsable ejercicio de tales derechos, se necesita información, mecanismos y técnicas que alcanzar un nivel considerable de salud reproductiva y sexual.

El derecho a la libertad con la planificación familiar está íntimamente ligada al libre desarrollo de personalidad en convivencia con el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el propio cuerpo y la salud. En este sentido, es claro que el pleno disfrute de dichos derechos se rige por el ejercicio de la autonomía privada y en particular por su fundamento último, la libertad.⁸⁴

⁸³ Cfr. Prendes Labrada, Marianela, Lescay Megret, Orlando, & Guibert Reyes, Wilfredo. (1998). Planificación de la familia. Revista Cubana de Medicina General Integral, 14(3), 236-242. Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21251998000300007&lng=es&tlng=es.

⁸⁴ Ídem.

El control de la natalidad se distingue de la planificación familiar, en tanto que, el primero apunta a reducir el crecimiento demográfico como medio de controlar lo económico, esto se relaciona con la idea de control de la vida reproductiva y sexual por proporcionar mecanismos e información capaces de guiar el proceso de toma de decisiones de individuos para satisfacer sus necesidades sexuales.⁸⁵

El control de la fecundidad no debe legitimarse en la erradicación de la pobreza, sino en la elección consciente del individuo de tener hijos o no. De esta manera, la planificación se debe velar por la familia como forma de garantizar el bienestar físico, psíquico y de las personas y las familias, así como la vivencia plena de la sexualidad.

Por lo tanto, la planificación familiar no está respaldada por el control demográfico para evitar impactos políticos y económicos, pero sí sobre el derecho a la salud y la libertad de la pareja en cuanto a la decisión del tamaño de su descendencia y el momento adecuado para tener hijos.

En este sentido, queda claro que la responsabilidad de la paternidad recae en la pareja y no en el Estado. Actualmente, el Ministerio de Salud asigna profesionales de la salud en el papel de ayudar a la sociedad en lo que respecta a la concepción y anticoncepción, y deben instruir a las personas en relación con cualquier de los dos propósitos.

Sin embargo, está claro que el énfasis en promover planificación familiar se da a la anticoncepción, principalmente en relación con el suministro de métodos anticonceptivos: píldora anticonceptiva, tabla, anillo transvaginal, condón masculino y femenino, diafragma, dispositivo intrauterino (DIU), hormonas inyectables, ligadura de trompas, vasectomía o cualquier otro método anticonceptivo autorizado.⁸⁶

Así, a pesar de la adopción del sentido amplio del término, la planificación familiar se limita recurrentemente a la anticoncepción, lo que impulsa el desarrollo de una política de control, en la que el individuo pierde su papel de sujeto en su contexto sexual y reproductivo y se convierte en un mero objeto de control poblacional.⁸⁷

⁸⁵ Vid. Flickr, S. en. (2019). Anticoncepción y control de la natalidad: Información sobre el estado. [https://espanol.nichd.nih.gov/salud/temas/contraception/informacion](https://espanol.nichd.nih.gov/https://espanol.nichd.nih.gov/salud/temas/contraception/informacion)

⁸⁶ Vid. Opciones de métodos anticonceptivos: aspectos para considerar. (2022). Mayo Clinic. <https://www.mayoclinic.org/es/healthy-lifestyle/birth-control/in-depth/birth-control-options/art-20045571>

⁸⁷ Vid. Altarriba, X. P. (2016). Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad. Unirioja.es. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=82684>

Se entiende, por tanto, que la adopción del sentido amplio de planificación familiar es imprescindible no sólo en el campo teórico, sino empíricamente. Por lo tanto, tal derecho no sólo abarcará métodos capaces de frenar los embarazos no deseados, sino también mecanismos capaces de promover la concepción en parejas infértiles o no poder formar una familia por algún otro motivo.

2.1.10 La procreación mediante la FIV como manifestación del derecho a la autonomía reproductiva desde el ámbito salvadoreño.

Luego del de todo el desarrollo anterior, al recapitular, tenemos que, la procreación por medio de la fecundación in vitro es un derecho subjetivo, pero, al revisar las propiedades formales y materiales, para adjudicarle el carácter fundamental, hemos verificado que no cuenta con reconocimiento ni en la constitución, ni en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en tanto que, no ha sido derivado de cualquier otro derecho fundamental ya reconocido, de esa manera, solo posee propiedades materiales, porque garantiza el ejercicio de la libertad y autonomía de las persona, así como un bienestar desde el ámbito de la salud como elemento vital para una vida digna.

Ahora bien, al no cumplir con propiedades formales, se estableció que solo existían dos opciones para seguir con este estudio y, era o una reforma a la constitución desde el Art. 248 Cn., o una derivación de este desde de otro derecho fundamental, decidiendo, adhiriéndonos así, por esta última y con lo desarrollado *supra*, tenemos que la procreación por medio de la fecundación in vitro se deriva de la autonomía, la salud reproductiva y la planificación familiar .

Lo anterior, en la medida que, el concepto de salud reproductiva condiciona los derechos reproductivos al acceso universal garantizado a todos los métodos de planificación familiar, servicios de salud y métodos de regulación de la fertilidad, presumiblemente incluida desde nuestro punto de vista la reproducción asistida (que dentro de sus diferentes técnicas incluye la fecundación in vitro), el derecho a la información sobre la atención de salud reproductiva proporcionada por el estado, el derecho a servicios médicos de calidad relacionados con la ginecología y la obstetricia.

La definición de salud reproductiva lleva a la definición de derechos reproductivos. Estos derechos, el programa de la CIPD los interpreta como: (i) la adopción de los derechos

humanos que ya están reconocidos en acuerdos jurídicos nacionales e internacionales; (ii) propios de todas las personas (independientemente de su estado civil o de otro tipo) para que decidan libremente sobre la ampliación de la familia (tiempo y método, información y medios para hacerlo), garantizando el más alto nivel de salud sexual y reproductiva sin discriminación.

De manera que, el concepto de salud reproductiva condiciona los derechos reproductivos y su contenido. Ambas categorías están estrechamente relacionadas no solo en la similitud de conceptos, sino también en términos de contenido.

Sin embargo, es necesario señalar las críticas que se hacen del programa CIPD. Una de ellas es que el concepto de derechos reproductivos utilizado no proporcionó una definición clara de los derechos reproductivos y la redacción de conceptos y/o definiciones es suficientemente abstracta. Como resultado, se produce una situación en la que se alienta a los estados a garantizar los derechos sin discriminación ni restricciones, pero, no está del todo claro qué derechos⁸⁸ y, por otra parte, el hecho de que, en el ordenamiento jurídico, órganos especiales formados por las Naciones Unidas, que preparó el programa de acción de la CIPD, se clasifican como fuentes de *soft law*.

Aun así, una serie de acuerdos internacionales como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 16), y el Convenio sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Art. 12), establecen el derecho a crear una familia y pese que, se piensa que solo se interpreta como “el derecho a concebir, gestar y dar a luz a un hijo”, es también el derecho de la pareja o del individuo a la autonomía y libertad reproductiva.⁸⁹

Cabe señalar también, que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su artículo 16 consagra: el reconociendo la igualdad de mujeres y hombres y asegura en el literal e) “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”

⁸⁸ El programa de la CIPD en cuestión menciona el derecho a la planificación familiar, pero no especifica el contenido de este derecho. No está claro cuáles son exactamente las prácticas y medidas de planificación familiar y regulación de la fecundidad que tienen en mente los desarrolladores del programa. Por ejemplo, los medios más comunes de planificación familiar que constituyen el contenido de este derecho serían la anticoncepción, el aborto u otros métodos naturales de planificación familiar.

⁸⁹ Esta interpretación es acorde con lo señalado en: NACIONES UNIDAS. Los derechos reproductivos son derechos humanos: un manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. <https://www.ohchr.org/es/publications/special-issue-publications/assessing-effectiveness-national-human-rights-institutions>

En ese sentido, aunque la procreación por medio de la fecundación in vitro y las otras técnicas en general, no se encuentra en una ley en particular o un acuerdo internacional, esto no significa que tal derecho no exista. Dicha afirmación, es respaldada por el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en 2012 se pronunció sobre el derecho constitucional de Costa Rica en el cumplimiento de la decisión que prohibía la fecundación in vitro asistida en dicho país. En el caso se decidió que la prohibición del uso de la fecundación in vitro asistida violaba los derechos humanos de los peticionarios, específicamente: (i) el derecho a la vida privada y familiar; (ii) el derecho a crear y fundar una familia; (iii) el derecho a no ser discriminado por motivos de discapacidad, género o situación económica.⁹⁰

Así las cosas, puede advertirse que la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en principio, corresponde a las metas formuladas en el programa de acción de la CIPD, en el concepto de derechos reproductivos. La Corte IDH al igual que la CIPD, reconoce la reproducción asistida como un derecho humano y prohíbe la discriminación en relación con la realización de los derechos reproductivos, aunque el tribunal considera que la reproducción asistida no es un derecho independiente, este puede ser derivado de otros derechos.

En esa línea, cabe acotar que la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha reconocido que la autodeterminación reproductiva es una manifestación del derecho de libertad (art. 2 inc. 1° Cn.) y que *“es un derecho fundamental que le permite a su titular decidir libremente si desea procrear o no, reconociéndole autonomía para elaborar su proyecto de vida en el ámbito reproductivo de acuerdo con su voluntad informada, sus valores y expectativas. [...] el ámbito de protección del aludido derecho se orienta a garantizar el libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que le permite a todo ser humano decidir la conformación de su familia, es decir, la posibilidad de ser padre o madre, de escoger la persona con quien se desarrollará el plan de procreación, el número de hijos que tendrá y el intervalo que mediará entre ellos”*.⁹¹

De esta forma, la Sala engloba la libertad, salud reproductiva y planificación familiar en el reconocimiento del derecho a autonomía reproductiva, ya que, un aspecto clave para entenderlo, es que conceptualmente, los derechos reproductivos no son independientes,

⁹⁰ Vid. Corte IDH: CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA. SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11-III-2015, Amp. 749-2014.

sino que se extraen de otros derechos reconocidos como el derecho a la salud, el derecho a la integridad, el derecho a la autonomía (dignidad y autonomía de las personas), el derecho a la privacidad, el derecho a la igualdad y planificación familiar.

Por lo anterior, la autonomía reproductiva reconocida así como derecho fundamental por parte de la Sala de lo Constitucional de El Salvador y entendida como la libertad de decidir tener descendencia, implica que las personas tienen control sobre su autonomía reproductiva cuando deciden con quién reproducirse, cuándo y cuántas veces, y en virtud de que, en los últimos 40 años, el alcance de la autonomía reproductiva se ha ampliado gracias a los avances de la ciencias, es innegable que, dentro de las manifestaciones de este derecho no se incluya la reproducción por medio de técnicas de reproducción asistida (TRHA), con la fertilización in vitro (FIV) como la forma más común, porque desde la libertad y autodeterminación de las personas que dentro de sus proyectos de vida incluye procrear, pero, que presentan dificultades para realizarlo de forma coital, es un opción que pueden tomar, para ver realizada dicha aspiración y aceptarlo no solo implica que sea legal o constitucionalmente válido, sino más bien, es .reconocer algo que materialmente ya existe y que no escapa de nuestra realidad salvadoreña.

2.2 ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA PROCREACIÓN POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

2.2.1 Contenido del derecho a la procreación por medio de la FIV.

- **Titulares del derecho.**

Sobre la base del reconocimiento de este derecho a la procreación por medio de la fecundación in vitro, como un derecho fundamental, desde el plano subjetivo, puede colegirse que corresponde a todas las personas, sin ningún tipo de excepción o discriminación, aunque por sus características y su naturaleza, pueda favorecer en escenarios concretos a unas personas más que a otras, toda vez que, este derecho emerge como una respuesta o solución, principalmente, para los casos de personas que tienen problemas de infertilidad, que es a la población a la que nos hemos inclinado en esta

investigación, en el marco de una relación de pareja, bajo la idea del derecho que toda persona tiene a constituir una familia, a ser padre o madre.

De tal suerte que, el Estado, consecuentemente, se halla en una posición de garante, al ser el sujeto obligado, frente a quien, cualquier persona podría exigirlo, no sólo desde una faceta negativa, sino también, positiva. En otros términos, por una parte, el Estado no podría o debería abstenerse de limitar o establecer restricciones ilegítimas e irrazonables, faltas de proporcionalidad, cuando las personas por sus propios medios opten por hacer uso de este derecho, ya sea en el Sistema Público de Salud o en el ámbito privado.

Por otro lado, la garantía de este derecho no es suficiente con el hecho de que el Estado no ponga obstáculos indebidos para su disfrute y ejercicio, sino que, además, es necesario que el Estado adopte una serie de medidas o acciones que propicien las condiciones necesarias para asegurar que las personas puedan acceder al Sistema Público de Salud y procrear por medio de la técnica de reproducción humana llamada, fecundación in vitro.

Esto es, que el Estado posee una obligación de hacer, cuestión que, por la naturaleza del derecho, requiere una inversión pública considerable que se concrete en una asignación presupuestaria que permita, de forma progresiva, contar con las herramientas, equipo especializados, personal e instalaciones adecuadas que efectivicen el derecho en cuestión, inclusive, como parte de las obligaciones de hacer y no hacer, el Estado tendría que disponer de un marco regulatorio claro que brinde certeza y seguridad jurídica a quienes deseen hacer uso de la técnica de la FIV para procrear, sobre todo debido a que, usualmente, este derecho conlleva o se entrelaza con la protección de otros derechos, en especial, los de la persona por nacer.

A manera de ejemplo, puede observarse el caso del Estado costarricense, que se vio sometido a un proceso internacional en el Sistema Interamericano⁹², por haber prohibido el uso de la fecundación in vitro en dicho país. Ese precedente jurisprudencial, revela las diversas problemáticas y aristas que posee el reconocimiento del derecho a la procreación por medio de la FIV, resultando pertinente traerlo a colación para los efectos de la presente investigación.

⁹² Vid. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

La plataforma fáctica del caso citado, en esencia se refiere a una acción de inconstitucionalidad incoada en contra de un Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, bajo el argumento, entre otros, de una supuesta violación del derecho a la vida. La Sala de lo Constitucional de Costa Rica estimó la acción y anuló por inconstitucional, el referido Decreto Ejecutivo, prohibiendo la práctica de la FIV en dicho país.

En el plano subjetivo, siguiendo el estándar jurisprudencial interamericano, resulta de suma importancia, puesto que, la acción del Estado, constituyó una injerencia o intromisión indebida en el disfrute y ejercicio de los derechos de quienes habían optado por la procreación mediante la técnica de la FIV (incumplimiento de la obligación negativa); y, a partir de ahí, se discutió si las personas, tenían derecho a acceder a la práctica de dicha técnica científica de reproducción humana, concluyendo la Corte IDH, como se abordará más adelante, que, en efecto, la prohibición de la FIV, implicó una vulneración a los derechos que se asocian a la práctica de dicha técnica, *verbigracia*, el derecho a la vida privada y familiar, al gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, a la no discriminación, entre otros.

Si bien, en el citado precedente jurisprudencial, la Corte IDH, no reconoce como tal el derecho a la reproducción asistida o a la procreación por medio de la FIV, desarrollando un contenido autónomo, sino derivado del respeto y garantía de otros derechos, lo innegable es, que el tribunal interamericano de derechos humanos, máximo e interprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no sólo declaró la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por la prohibición de la FIV, sino que, además, desarrolló una serie de obligaciones específicas y de problemas legales y de bioética que deben tenerse en cuenta al momento de regular el acceso de las personas a la FIV.

En consecuencia, para los efectos de la investigación en cuestión, queda claro que no puede desligarse de cualquier análisis constitucional sobre la FIV, los estándares jurisprudenciales desarrollados por la Corte IDH, más aún, debido a que, dichos precedentes producen obligaciones internacionales a los Estados que forman parte del Sistema Interamericano, como Costa Rica en el supuesto particular y su homólogo, el Estado de El Salvador, al ser, no sólo suscriptor de la CADH, sino, por haber reconocido en el ejercicio de su poder soberano, de forma libre, la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Pero, además, debido a que, aunque no se hizo un abordaje como tal, se vislumbra, entre líneas, que, ante el prisma del Derecho Internacional, por el principio de buena fe “*lo pactado obliga*”; y, consecuentemente, un Estado no puede justificar una violación o desconocimiento de la norma internacional, basándose en una ley interna o decisión, ni siquiera, emanada del tribunal constitucional, siendo un aspecto de suma relevancia en el análisis de esta investigación; o, por lo menos, un punto que no debe pasar inadvertido, al margen de las desavenencias que puedan presentarse entre la discusión, a mi criterio, obsoleta, estéril y superada, relativa a la prevalencia o no entre la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta la esencia del principio pro persona.

Así las cosas, puede concluirse que existen argumentos suficientes para reconocer al menos de forma implícita, o debatir seriamente, sobre el derecho fundamental a la procreación mediante la FIV, a efecto de determinar su contenido, efecto y alcances, en especial, a la hora de definir dos aspectos importantes, el primero, las obligaciones del Estado; y, segundo, los problemas jurídicos que conlleva la práctica de la FIV.

2.2.2. Obligaciones del Estado en el respeto y garantía del derecho a la procreación por medio de la FIV.

En este contexto, teniendo en cuenta lo argumentado *ut supra*, es pertinente hacer un desarrollo sobre los alcances de las obligaciones positiva y negativa de los Estados, frente al derecho de las personas a procrear por medio de la FIV, con el objeto de delimitar o definir el contenido del derecho y la manera en que, ante su reconocimiento como derecho fundamental, el Estado, debe respetarlo y garantizarlo.

Desde ésta óptica, iniciando con la obligación negativa, es claro que, un Estado, debe abstenerse de impedir, de forma directa (expresamente por medio de una ley o una sentencia) o indirectamente, mediante la adopción de otro tipo de medidas, que las personas puedan acceder a la FIV con el objeto de llevar a término un embarazo y lograr la procreación y; cualquier limitación o restricción del derecho, por un lado, solo puede llevarse a cabo mediante una ley formal (reserva de ley) y, por otro, en cuanto al alcance de la restricción, no debe buscarse entorpecer el ejercicio del derecho, anulando su esencia, ya que, de lo contrario, tal acción, implicaría una vulneración al derecho a la procreación por medio de la FIV.

Para ahondar un poco más en este primer análisis, el Estado no puede crear una ley que penalice la práctica de la FIV; o, que de alguna otra forma la prohíba o límite de forma desproporcionada, sin tener parámetros objetivos y razonables, puesto que, en ese supuesto, el Estado, por acción, estará vulnerando el derecho, configurándose a todas luces, una injerencia ilegítima o arbitraria que debería acarrear consecuencias de índole constitucional, e incluso, internacional.

Al mismo tiempo, siempre bajo la premisa de la obligación negativa, el Estado no debería de entorpecer u obstaculizar por medio de decisiones administrativas o judiciales, el acceso a la FIV, es decir, todas las estructuras e instituciones a través de las cuales se manifiesta el poder público, ejemplo, el Sistema Público de Salud, no tendría la facultad, y lejos de ello, se vería impedido de llevar a cabo acciones que anulen el ejercicio del derecho, no pudiendo adoptar reglamentos internos con carácter limitativo, políticas, planes o programas que, directa o indirectamente impidan el acceso a la FIV, tales como, exigir condiciones o requisitos excesivos, faltos de objetividad, irracionales y desproporcionales, para someterse a la práctica de la FIV, pretextos basados en la falta de presupuesto o cualquier otra medida que cause un efecto similar, que materialmente vuelva nulo o ilusorio el ejercicio del derecho en cuestión.

Y, en cuanto la obligación positiva, que es de comportamiento, no de abstención, el Estado, deberá, ineludiblemente y, en primer lugar, crear un marco regulatorio claro y completo sobre el acceso a la FIV, es decir, una o más leyes formales que garanticen, no solo contar con reglas claras que den certeza o seguridad jurídica a las personas; sino que, definan las condiciones de ejercicio del derecho, así como los límites razonables del mismo, a fin de evitar vacíos que propicien la adopción de respuestas diversas ante un mismo escenario, y a su vez, que estas se traduzcan en criterios basados en prejuicios o criterios indeterminados, llenos de subjetividad, que de forma indirecta permitan la creación de barreras para el disfrute del derecho.

Lo anterior, debido a la complejidad del derecho a la procreación por medio de la FIV, pues con ello, se da paso al nacimiento de una nueva persona, con la que deben establecerse vínculos filiatorios, cuyas reglas deben quedar claras, para evitar problemas que desestabilicen la protección de la familia, entendida no desde un enfoque tradicional (modelo único de familia), sino desde una perspectiva pluralista que reconozca las diversas formas de organización familiar, incluida la que se constituye sobre la base del acceso a la FIV.

Para el caso salvadoreño, resulta oportuno citar la sentencia con referencia 1055 Ca. Fam. S.S., dictada por la Sala de lo Civil, que data del año dos mil tres, toda vez que revela una realidad latente en El Salvador desde el 1995, cuando se judicializó el caso en el Juzgado Segundo de Familia de San Salvador. Si bien, la plataforma fáctica alude a la aplicación de una técnica de baja complejidad, con material genético de donante (inseminación artificial heteróloga), los aspectos relevantes son, por un lado, que nuestro país y el entorno cercano, no es ajeno a la práctica de este tipo de técnicas para lograr la procreación, en especial, en casos de parejas que tienen algún problema de fertilidad, aunque no esté necesaria o exclusivamente asociado a ello, siendo un problema que merece y exige una respuesta no sólo desde la ley, sino principalmente, desde la Constitución; y, por otra parte, que la regulación nula o insuficiente, justamente, como se ha advertido, provoca un escenario de inseguridad jurídica, no solo para quienes se someten a la práctica de técnicas como la FIV, sino, también, para las personas que nacen como producto de la aplicación de las mismas, sobre todo, cuando se dispone de material genético de un tercero que puede conllevar al inicio de acciones de impugnación y desplazamiento de la paternidad o a la falta de un reconocimiento voluntario de las obligaciones derivadas de la existencia de un vínculo filial.

El citado caso, tardó aproximadamente 7 años en resolverse en sede judicial, cuestión que, por sí misma, constituye una intromisión indebida, no solo a la vida privada de los involucrados, sino, principalmente, a la vida familiar, precisamente, por la falta de reglas claras, de un marco regulatorio concreto que, de respuesta a una situación novedosa, no contemplada en la legislación actual. Por suerte, al menos, el citado precedente jurisprudencial salvadoreño, resultó ser acorde a los nuevos enfoques del derecho de familia; y, finalmente, aunque tarde, tuvo una respuesta basada en el respeto de los derechos fundamentales, tanto del ser nacido mediante la técnica, como de las personas que se sometieron al tratamiento o procedimiento médico respectivo.

Sumado a lo anterior, cabe destacar que, en la sentencia aludida, la Sala de lo Civil, reconoce una nueva fuente de filiación, basada en el principio de la voluntad procreacional, precedido de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, que aunque la incluye definitivamente, no se limita a la FIV, sino que, se amplía a la aplicación de otro tipo de técnicas, del abanico que, según los avances de la ciencia y la tecnología de la medicina reproductiva, en un momento determinado, puedan existir, cuestión que habría que analizar detenidamente, en otra investigación, siendo un punto de partida importante, de forma

genérica, el debate sobre el reconocimiento y categorización del derecho a la procreación mediante la FIV, como derecho fundamental, con rango constitucional, que constituye el objeto preciso de la presente investigación.

Por otro lado, además de las implicaciones relativas al establecimiento de los vínculos filiatorios, tal como ocurre en otros Estados de la región, verbigracia, Costa Rica, Argentina, Uruguay, entre otros, el reconocimiento del derecho a la procreación mediante la FIV, requiere de la existencia de un marco regulatorio específico en el ámbito de la salud, revelándose la interdependencia de tal derecho, con otros que robustecen su fundamento, tales como, el derecho a la salud, en la medida que, es necesario que el personal médico, cuente con una reglamentación clara sobre, la licitud de la aplicación de la técnica como una cuestión de interés público de salud, que no debe ser abordado en la clandestinidad y, a su vez, los procedimientos legales previos, por ejemplo, de tipo contractual, que preceden la aplicación de una técnica como la FIV, sobre todo con material genético de donante, que sirva de base para evitar la generación de problemas jurídicos que obstaculicen el disfrute y ejercicio del derecho o que produzcan consecuencias desalentadoras, desde el plano fáctico y jurídico, para que el derecho sea ejercido en condiciones adecuadas, como cualquier otro derecho fundamental.

Al respecto, a manera ilustrativa o ejemplificativa, puede mencionarse que, entre otros, los aspectos que deben dilucidarse son, la determinación del estatus jurídico del embrión, la manipulación genética de los mismos, los fines de su utilización, los requisitos o condiciones de ejercicio del derecho, la determinación de la filiación, los derechos de los donantes de material genético, el derecho a conocer el origen biológico, y, en general, los límites o restricciones objetivas y razonables, cuyo desarrollo se ampliará en el siguiente acápite de la investigación.

Ahora bien, siempre en la misma línea de las obligaciones de hacer exigidas al Estado, por el reconocimiento del derecho a la procreación por medio de la FIV, no basta con la existencia de un marco regulatorio, obligación ineludible, sino que, es necesario que, para la efectivización del derecho, se aseguren unas condiciones mínimas que no vuelvan materialmente infructuoso el goce del derecho o, que al menos, no se restrinja a la situación económica de una u otra persona, pues, al ser un derecho, debe asegurarse a todas las personas sin discriminación, ya que, de lo contrario, más que un derecho se convertiría en un privilegio de unos pocos que pueden asumir los costos económicos del mismo.

En este sentido, el Estado, para garantizar el derecho a la procreación por medio de la FIV, al igual que todos los derechos fundamentales, más aún los de tipo social, económico y cultural, requieren de una inversión pública considerable, que se rige por el principio de progresividad y no regresividad, toda vez que, si bien, es exigible al Estado, la satisfacción del mismo por parte del poder público, se halla condicionado, directa o indirectamente, a la capacidad presupuestaria, de tal suerte que no implique una carga imposible o desproporcionada, sino que se ajuste a la realidad de cada Estado, sin que ello signifique una justificación para no garantizar el disfrute del derecho o una negación deliberada del mismo.

Así, la garantía del derecho a la procreación mediante la FIV, exige que el Estado cuente no sólo con las instalaciones en el Sistema Público de Salud para que las personas puedan ejercer el derecho, sino que, además, es necesario que se cuente con el personal especializado y capacitado para llevar a efecto el derecho, así como, el equipo o las herramientas tecnológicas y científicas adecuadas para la aplicación de la técnica sin riesgos previsibles para la salud y la vida de quienes se someten a la práctica de la misma, por ejemplo, el número de embriones a implantar, la manipulación genética mínima requerida, entre otros aspectos de carácter meramente técnico profesional, propio del ámbito de la medicina reproductiva.

Sin duda alguna, y sin pretender profundizar en los costos económicos del reconocimiento de la procreación por medio de la FIV, es claro que, la satisfacción del derecho requiere más, de la adopción de medidas de hacer que de no hacer, es decir, son mayores las medidas positivas exigibles, que las negativas, sobre todo porque, el Sistema Público de salud, nunca antes, ha contemplado seriamente, desde la óptica de asegurar un derecho fundamental, la designación presupuestaria, planificada, de la prestación de un servicio público como la procreación asistida por medio de la FIV. Para el caso salvadoreño, de forma superficial, más como una iniciativa médica que legal, se ha ido, paulatinamente brindando un servicio en el sistema público de salud, por ejemplo, en el Hospital de Maternidad o de la Mujer, la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, de baja complejidad, o que, inclusive, en términos estrictamente técnico-científicos, ni siquiera llegan a ser consideradas como tal, verbigracia, la inseminación artificial homologa o con material genético propio del solicitante.

Cabe señalar que, por la naturaleza y del derecho a la procreación por medio de la FIV, resultan aplicable los estándares internacionales en materia de derechos económicos,

sociales, culturales y ambientales (DESCA), en especial, lo relativo a las características de **disponibilidad**, que significa, que los medios que ofrece el Estado para ejercer los derechos deben ser suficientes; **accesibilidad**, es decir, que se asegure, que los medios que ofrece el Estado, pueden ser utilizados por todas las personas sin discriminación, y que no hay impedimentos físicos o económicos que dificulten su goce; **aceptabilidad**, lo que implica que, los medios que ofrece el Estado para ejercer los derechos sean aceptados y atiendan a las necesidades de las personas, sin distinción de sexo, cultura, género, edad, etc.; **adaptabilidad**, o sea, que los medios deben ofrecer la flexibilidad necesaria para poder ser modificados, si así se requiere, con el fin de adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación, y responder a contextos culturales y sociales variados; y, **calidad**, esto es, que los medios que ofrece el Estado para ejercer los derechos cumplen con los requerimientos y propiedades para satisfacer efectivamente.

Adicionalmente, debe quedar claro que, el hecho de que el derecho a la procreación por medio de la FIV, se rige por el principio del desarrollo progresivo aplicable a los DESCA, lo que implica que su atención depende de los recursos disponibles o al alcance del Estado, sin que ello se entienda como la no exigencia de la adopción de medidas de atención inmediata. En otros términos, la falta o insuficiencia de recursos económicos, no justifica la inacción o el aplazamiento indefinido, sino todo lo contrario, esto es, que el Estado tiene la obligación inmediata de adoptar medidas apropiadas para lograr su efectividad, es decir, que aseguren el acceso al derecho, no sólo en el plano formal, sino real o material, con independencia de los recursos de que disponga o tenga a su alcance.⁹³

2.2.3 Limitaciones a la procreación por medio de la FIV.

Al igual que el resto de derechos fundamentales, el de la procreación mediante la FIV, no es absoluto, de tal manera que, admite límites objetivos, razonables y proporcionales, los cuales deben estar definidos de forma clara en la ley en sentido formal, y no anular la esencia del derecho tornándolo ilusorio, sino más bien, deben estar orientados a la coexistencia, disfrute y ejercicio en una sociedad democrática y pluralista, teniendo siempre el legislador un amplio margen de discrecionalidad o configuración legal

⁹³ Cfr. Derechos Económicos, C. A. C. C., de sesiones Ginebra, S. Y. C. 22° P., & Del programa, 25 de abril a. 12 de mayo de 2000 Tema 3. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments). Acnur.org. Recuperado el 6 de septiembre de 2023, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

para tal efecto, en la búsqueda de un balance o equilibrio justo que garantice el respeto mutuo de los derechos en las relaciones con el Estado y con los particulares.

En esta lógica, concretamente respecto del derecho a la procreación por medio de la FIV, emergen una serie de situaciones que necesariamente deben ser objeto de regulación, siendo pertinente enumerar y profundizar en el análisis general de las mismas, con el objeto de marcar la línea en que podrían determinarse algunas de las limitaciones razonables al disfrute y ejercicio del derecho en cuestión.

Así, en primer lugar, algunas pueden referirse a los requisitos o condiciones para acceder al ejercicio del derecho, desde una óptica que atiende al sujeto, en especial, porque como se indicó supra, todas las personas sin discriminación, por regla general deberían de tener la garantía del derecho a la procreación por medio de la FIV. Sin embargo, podría ser objeto de regulación, en virtud de las consecuencias que produce, el hecho de si, para acceder a la FIV, debe ser en parejas (biparental) o de forma individual (monoparental), ya que de ello depende que un niño o niña que nazca como consecuencia de la aplicación de la FIV, tendrá filiación materna o paterna, o solo una y, si en este último caso, se admitiría únicamente para las mujeres o aplicaría también para los hombres, debido a que, además de la FIV se requeriría de un acuerdo o contrato, según la regulación, de vientre subrogado.

En ese mismo sentido, deberá regularse si, como requisito, sin desmerecer el alcance del nuevo concepto de familias, resulta razonable exigir que, en caso de ser en pareja o conjunta la aplicación de la técnica de reproducción asistida, un vínculo ya sea matrimonial o de convivencia, como una forma de evitar que la frustración de un proyecto de vida en común, de antemano, suponga una afectación del proyecto de vida familiar de la persona por nacer.

Por otro lado, definido lo anterior, un aspecto a regular, deberá ser el referido al acceso a la FIV por parejas o personas heterosexuales u homosexuales, teniendo en cuenta los alcances y efectos del principio de igualdad y no discriminación, pero, al mismo tiempo, la regulación actual en la materia, pues, en el caso salvadoreño, no se reconocen las relaciones entre personas del mismo sexo, cuestión que tendrá que analizarse, teniendo en consideración las obligaciones internacionales del Estado salvadoreño en materia de derechos humanos, el principio de proporcionalidad y el principio de soberanía y el margen de apreciación que, por ejemplo, en el Sistema Europeo, gozan los Estados.

Finalmente, siempre desde un enfoque personalista, un aspecto ineludible a regular, es el referido a la admisión de la FIV de forma homologa (con material genético propio) o heteróloga (con material genético de terceras personas), toda vez que, en el primer supuesto, a la hora de establecer el vínculo filiatorio, existe coincidencia en el elemento biológico, por lo que, la aplicación de las reglas de la filiación consanguínea, podrían ser útiles para dar respuesta a estos casos; sin embargo, en el segundo supuesto, la situación es más compleja, puesto que se tendrá que determinar un justo equilibrio entre los intereses y derechos del donante del material genético (espermatozoides u óvulos) y el derecho del niño o niña que nace producto de la técnica, a conocer su origen genético y biológico, es decir, si, producto de este derecho, una persona tendría la posibilidad de saber exactamente quien es la persona que aportó el material genético, ya sea de forma general o en casos excepcionales; a *contrario sensus*, si prevalece el derecho al anonimato del donante.

En segundo lugar, ya desde de una perspectiva ética, las limitaciones, restricciones o simples regulaciones, deben tener en cuenta, al menos, dos grandes aspectos: por una parte, lo relativo a la manipulación genética y, por otra, el estatus jurídico del embrión, cuestiones que pueden suscitar una serie de criterios y fundamentos que revelan justamente su complejidad y cuyo análisis debe partir de los principios de la bioética.

En cuanto a la manipulación genética, algunas interrogantes que merecen respuesta son las relativas al número de embriones que deben implantarse, dependiendo, entre otros elementos, del avance de la técnica y las herramientas tecnológicas con que se cuente en el país, esto con el objetivo de anticiparse a la problemática de los partos múltiples. Además, lo referido a la criopreservación de embriones (embriones congelados); y, finalmente, el destino de los embriones sobrantes, en el sentido de si, se admitiera el uso para fines de investigación o estudios científicos, bajo qué parámetros; si se habilita la destrucción, de quien dependería, o quien podría tomar esa decisión, etc.

Sobre estos aspectos, que podrían válidamente ser objeto de una investigación independiente, lo importante es, vislumbrar los problemas que pueden surgir del reconocimiento del derecho a la procreación mediante la FIV, no como un efecto desalentador, sino más bien, como una consecuencia de su regulación, que no debe pasar inadvertida, ya que, en algunas legislaciones, incluso se ha debatido sobre la aplicación de esta técnica *post mortem* o no.

Adicionalmente, habrá que definir necesariamente, el estatus que se le reconocería al embrión, es decir, si se adoptaría la tesis de la fecundación, de la implantación, si se consideraría persona o no, o simplemente si merece algún tipo de protección legal o no. Sobre este punto, como se aborda en esta investigación, hay, por lo menos, dos tesis opuestas o antagónicas, una que parte de la idea de que los embriones no merecen ningún tipo de protección legal, admitiendo que pueden destinarse indistintamente para usos diversos, dentro de los parámetros de la ética médica, ejemplo, el Caso Evans contra el Reino Unido; y, otra, que entiende que, aunque no tenga el mismo estatus que una persona como tal, merece protección legal, limitando las acciones y decisiones que sobre los embriones puedan tomarse, ya no sólo desde la bioética, sino, desde la ley, verbigracia, el caso Artavia Murillo y otros versus el Estado de Costa Rica.

Finalmente, sobre este aspecto en desarrollo, una cuestión no menos importante de tratar es lo relativo a la manipulación genética del embrión, en especial, mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantacional, toda vez que, cabe preguntarse hasta qué punto, las personas que se sometan a la FIV, pueden incidir o no en el resultado de la aplicación de la técnica, por ejemplo, si podría admitirse que se utilice el diagnóstico genético preimplantacional para evitar que nazcan niños o niñas con enfermedades genéticas, con discapacidad o incluso, si se podría llegar a aceptar que las personas elijan las características del niño o niña que desean procrear, pues ello conllevaría a serias implicaciones éticas que puede ser objeto de fuertes debates.

En tercer lugar, con un menor nivel de complejidad, pero con igual rango de importancia, el reconocimiento del derecho a la procreación por medio de la FIV, exige que se aborden aspectos de carácter institucional y procedimental, administrativo-registral. En cuanto a lo primero, el Estado tendría que determinar si la aplicación de la FIV estaría reservada únicamente para el Sistema Público de Salud o si, de manera libre, solo bajo supervisión, se admitiría que la práctica de la FIV se lleve a cabo en el ámbito privado.

Asimismo, en cuanto al segundo aspecto mencionado, lo que no debe dejarse sin una exhaustiva y clara regulación, es lo relativo a los registros de los acuerdos a que puedan llegar las personas que se sometan a la práctica de la FIV, en especial, lo referido al principio del consentimiento libre, previo e informado, toda vez que, a partir de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (Sentencia 1055 supra citada), la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en general; y, el reconocimiento de la procreación mediante la FIV como derecho fundamental en especial,

implicaría un reconocimiento de una forma de filiación basada en el principio de la voluntad procreacional (deseo de ser padre o madre), que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha denominado como filiación civil.

Esta última cuestión requiere que se defina el tipo de contratos o acuerdos, sus formalidades, registros, autoridades competentes, entre otros, que necesariamente deben servir de base, requisito previo, para someterse a la práctica de la FIV, en atención a las consecuencias que conlleva el nacimiento de un niño o niña cuya protección, cuidado y orientación está confiada a los progenitores, o en quienes recae la responsabilidad parental, el Estado y la sociedad en general (principio de corresponsabilidad e interés superior del niño).

2.2.4 El derecho a la salud en relación con el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

La creación de las Naciones Unidas y la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 22 y 25 establece que la seguridad social y el nivel de vida son capaz de asegurar la salud y el bienestar de la persona humana como derechos humanos fundamentales.

Sin embargo, fue con el advenimiento del concepto de salud llevado a cabo por la Organización Mundial de la Salud en 1946, que amplió significativamente la idea de salud basado únicamente en la ausencia de enfermedad, que prevaleció durante décadas, por lo que, en la actualidad, la salud ha sido definida como un estado de completo bienestar físico, psíquico y social y, expresamente, designada como tal y ya no consiste únicamente en la ausencia de enfermedades o dolencias.⁹⁴

De igual forma, la salud se ha posicionado como uno de los principales derechos fundamentales de todo ser humano, para lograr la paz y la seguridad entre los pueblos, que depende de la máxima cooperación entre los ciudadanos y el Estados, en tanto que, los gobiernos son responsables de la salud de sus pueblos, a través de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

⁹⁴ Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946. <https://www3.paho.org/gut/dmdocuments/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la%20Salud.pdf#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social.>

Es importante mencionar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Derechos Sociales y Culturales, ratificado por El Salvador, prevé, en su artículo 12, el respeto al derecho de toda persona a disfrutar del más alto grado de bienestar físico y mentales. Así como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambas igualmente ratificadas por El Salvador e incorporadas a nuestro derecho interno, en los que hay una referencia al derecho a la salud.

Asimismo, el derecho a la salud se encuentra íntimamente ligado al concepto de calidad de vida, de lo que derivan, implícitamente otros derechos, la alimentación, planificación familiar, vivienda, saneamiento, protección al medio ambiente, educación, trabajo, seguridad social, entre otros, toda vez que, en términos generales, están respaldados por el mayor derecho a la vida y la dignidad de la persona humana.

Lo anterior, encuentra reconocimiento constitucional en El Salvador, en el artículo 65 de la carta magna vigente, donde se consagra que, la salud constituye un bien público y es acorde con lo dicho por la Sala de lo Constitucional al señalar que “es un derecho fundamental, inherente a las personas, que encuentra su sentido más explícito en la exigencia a los poderes públicos de que “toda persona” reciba primordialmente la asistencia médica y el tratamiento terapéutico adecuado para aliviar sus afecciones físicas y/o mentales, en cuanto este representa una de las condiciones esenciales que posibilita a los sujetos tener una existencia física digna y, con ello, desarrollar plenamente su personalidad y sus potencialidades”.⁹⁵

De igual forma, la salud como derecho fundamental de prestación o servicios, nace ligado al principio de igualdad material, pues, buscan mitigar las desigualdades. Son, por tanto, dependientes de la existencia de una determinada situación económica favorable para su realización.

Por estas razones, existen características materiales para la realización del derecho a la salud, a saber: la disponibilidad de bienes y servicios, centros, establecimientos y programas de salud realizados por el Estado; accesibilidad económica y de la información; aceptabilidad en términos de respeto por la ética médica y las condiciones culturales y

⁹⁵ Sentencias de fechas 16-XII-2007 y 4-IV-2001, pronunciadas en los Amps. 674-2006 y 348-99. (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia).

particulares de cada individuo; y, finalmente, la calidad, que incluye el derecho de acceso a los avances científicos en el área de salud para todos.⁹⁶

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado que “La falta o negativa de incorporar avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva [...] pone en peligro la calidad de la atención”.⁹⁷

En otras palabras, el derecho a la salud sólo se hace realmente efectivo si tiene todas las condiciones materiales necesarias para que la población total alcance el más alto nivel de salud y, por tanto, de existencia digna.

Ahora bien, es evidente que la efectividad de los derechos fundamentales no se logra con la mera vigencia de la norma y, por tanto, no se resuelve al nivel exclusivamente legal, convirtiéndose en un problema de política de derechos fundamental, que es devuelta por el Estado como una situación de falta de presupuesto o fuera de la “reserva de lo posible”⁹⁸ que es una construcción dogmática, que consiste en una limitación del Estado para atender las demandas de la población dadas las condiciones recursos socioeconómicos, que por su escasez deben ser utilizados de manera racional, provocando que algunos reclamos en el área de la salud sea relegados a un segundo plano y luego olvidados.

Vale aclarar que, aunque se argumente que los derechos fundamentales son extremadamente costosos. Los derechos fundamentales, en especial el derecho a la salud es sumamente subjetivo y, de hecho, el Estado debe tener cierta limitación, no sólo por la escasez económica, sino en el sentido de no es posible tener que tutelar discrecionalmente todo lo que la población considera “fundamentales”, así como el Estado no puede negar tales derechos de forma discrecional.

De ahí que, no se puede invocar la reserva de lo posible, por el Estado, con el objeto de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones, aniquilando los derechos fundamentales del ser humano, excepto cuando se invoquen razones de mucho peso, como

⁹⁶ Vid. ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/docid/47ebcc492.html> [Accesado el 12 marzo 2023]

⁹⁷ Vid. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22 (2016), sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) , [E/C.12/GC/22], párr. 21

⁹⁸ Vid. Perlingeiro, Ricardo. (2014). ¿La reserva de Lo posible se constituye en un Límite a La intervención jurisdiccional en Las políticas públicas sociales? Estudios Socio-Jurídicos , 16 (2), 181-212. <https://doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06>

el predominio de un derecho sobre otro o la incoherencia e inconsistencia de cualquier protección reclamada.

Asimismo, no basta con que el Estado se limite a invocar falta de recursos económicos para no cumplir con la realización de un derecho económico, social, cultural o ambiental, sino que, debe de demostrar que ha adoptado todas las medidas pertinentes con el fin de materializar la prestación de determinado servicio de manera progresiva, es decir, a corto, mediano o largo plazo.⁹⁹

De tal suerte que, al tratarse la infertilidad como problemas de discapacidad y enfermedad relacionada con la salud, el Estado debe de cumplir con el deber constitucional por medio del sistema de salud público, a través de medicamentos y la técnica de la fecundación in vitro, pero, esto no es lo que ocurre en la práctica debido al alto costo de estos procedimientos y otro tipo de objeciones que no permiten su financiación.

2.2.5 Argumentos a favor y en contra de la concesión de la técnica de la fecundación in vitro en el sistema público de salud.

Para aquellas que no pueden tener un hijo, la infertilidad puede ser el problema más prolongado y doloroso de sus vidas. Un estudio de "disposición a pagar" sugiere que, para tener un hijo sano, las parejas infértiles pueden aceptar un 20% de riesgo de muerte y renunciar al 29% de sus ingresos.¹⁰⁰ Aunque muchos adultos infértiles sacrificarían mucho para tener un hijo, la visión del problema de la comunidad en general es mucho menos comprometida.

Los opositores al uso de fecundación in vitro, se basa en un primer momento, en argumentos referentes a: (i) "falta de naturalidad"¹⁰¹; (ii) Daño para el embrión¹⁰²; (iii) el

⁹⁹ Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(1990). Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23 párrs. 1-3.

¹⁰⁰ Dalton M, Lilford RJ (1989). Benefits of in-vitro fertilization [letter to the editor]. Lancet.

¹⁰¹ Podría decirse que la "falta de naturalidad" es uno de los argumentos más conservadores, especialmente asociado con las enseñanzas de la Iglesia Católica. La idea se deriva de la teoría del Creacionismo: uno no debe interferir con el proceso Divino - el misterio y la santidad del origen de la vida. Los críticos del punto de vista conservador señalan que se niega la conexión causal entre la creación de la vida y el coito.

¹⁰² Quizás uno de los temas más complejos y controvertidos es el reconocimiento de un embrión como vivo. En los casos en que una pareja utiliza con éxito las FIV, el uso posterior de embriones excedentes congelados plantea problemas. Dependiendo de las regulaciones legales del estado, los embriones no utilizados pueden congelarse o destruirse indefinidamente. Los defensores de la vida adoptan la posición de que los embriones son vida, por lo tanto, a los embriones se les debe garantizar el derecho absoluto a la vida, su destrucción es contraria a la buena moral.

problema de la donación de semen¹⁰³; (iv) el bienestar del futuro hijo¹⁰⁴; (v) una alternativa existente a la adopción.

Al respecto, puede resaltarse que los críticos de estos puntos son personas conservadoras, que basan su crítica en la dogmática o ideas (religiosas), que ya no son relevantes para la sociedad moderna.

Por ejemplo, se sabe que no hay un logro global de acuerdo sobre cuestiones doctrinales clave, como el hecho de si los embriones pueden almacenarse, por lo que se critican aspectos sobre la congelación y su destrucción, la donación, que todavía se basan en la moralidad y que puede ser objetado, en la medida que, tribunales internacionales en materia de derechos humanos y salas o cortes constitucionales han tenido que abordar cuestiones relativas a los derechos de las diversas partes involucradas en el proceso de FIV. Estos tribunales han considerado qué los derechos de las partes prevalecen en el contexto del desacuerdo entre los padres sobre la disposición de los embriones y que debe de distinguirse la fecundación de la concepción, ya que, la concepción, a diferencia de la fecundación, depende de la implantación de un embrión en el cuerpo de una mujer, de manera que, la protección legal de un embrión “desde la concepción” es inaplicable entre su creación por fertilización y la finalización de su implantación en el útero.¹⁰⁵

Por el contrario, los argumentos utilizados contra la financiación pública de la FIV, el primero, es que no cumple con el criterio de necesidad médica. La necesidad médica se ha invocado de manera inconsistente, usándolo como un criterio de exclusión de cobertura para controlar el impacto fiscal de la FIV. También se ha utilizado para llamar la atención sobre la naturaleza del tratamiento de la infertilidad y, en particular, sus aspectos sociales más que médicos. El término es ambiguo y difícil de aplicar con el fin de evaluar los servicios asegurables: determinar cuáles pertenecen a los sectores médico y no social.

Así las cosas, si los impactos sociales y económicos de la FIV se controlan restringiéndola a aplicaciones médicamente necesarias, ¿cómo debería definirse la

¹⁰³ El epicentro de este argumento es la separación de la paternidad social y genética. Se cree que se alejaría demasiado del entorno tradicional en el que un niño debería crecer, ya que el niño no sería criado por un padre biológico.

¹⁰⁴ Las estadísticas muestran que el éxito de FIV depende de la transferencia de una mayor cantidad de embriones al cuerpo de la mujer, pero puede haber consecuencias negativas: un mayor riesgo de aborto espontáneo, subdesarrollo de los bebés, enfermedades (por ejemplo, parálisis cerebral), bebés prematuros

¹⁰⁵ *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artavia Murillo (“Fecundación In Vitro”) y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Evans vs. Reino Unido. Sentencia de 10 abril 2007. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora; “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LA LEY, 2013-A, 907. LAMM, Eleonora; “El estatus del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, cita Online: AR/DOC/1297/2015.

necesidad médica? Hurley han argumentado que la objetividad en la distribución de recursos limitados se puede mejorar centrándose en el concepto de beneficio y decidiendo si este debe abarcar los resultados tanto de la salud fisiológica como del bienestar. Otro enfoque sería admitir que definir la necesidad médica es imposible.¹⁰⁶

En esa dirección, es poco probable que logremos una evaluación y una cobertura justas de la FIV buscando definiciones mejoradas de necesidad médica. En cambio, cuestiones como los efectos, la eficacia y el costo deben examinarse y debatirse según sus propios méritos. El aporte de la comunidad es esencial en este debate. Dejando de lado los sesgos personales de salud actual (90% de la población es fértil) y riqueza (algunos tienen recursos personales adecuados para acceder a la FIV de forma privada), es posible un enfoque más equilibrado.

En lugar de continuar utilizando este concepto para defender decisiones potencialmente injustas e inconsistentes, la atención debe centrarse en mejorar la salud y el bienestar. Las medidas que se adopten con miras a financiar la FIV, no necesariamente implican una inversión millonaria inmediata por parte del Estado, esto puede hacerse de forma progresiva e incluso buscando cooperación internacional, lo importante es reconocer que las personas que sufren problemas de infertilidad necesitan acceder a la técnica de la FIV para la realización de su derecho a la autodeterminación reproductiva y luego, tomar acciones que permitan en un determinado momento ofrecer dicho servicio en el sistema de salud público, como ha sucedido con otro tipo de enfermedad como el VIH, los diferentes tipos de cáncer, la insuficiencia renal crónica.

Obviamente, se tendría que fijar criterios de selección o elegibilidad para el tratamiento de la FIV para las personas que quieran acceder a dicho servicio por parte del Estado, así como se verá en el próximo acápite en las experiencias de otros países de la región.

El otro argumento central es que la efectividad no ha sido demostrada rigurosamente. Los datos de los registros de FIV en América del Norte y Europa sugieren que los resultados del tratamiento han mejorado significativamente. En Latinoamérica en el año 2014, países como Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela, Argentina y Brasil, reportaron la mayor cantidad de Técnicas de Reproducción Asistida utilizadas, y

¹⁰⁶ *Vid.* Hurley, J., Birch, S., Stoddart, G., & Torrance, G. (1997). Medical necessity, benefit and resource allocation in health care. *Journal of health services research & policy*, 2(4), 223-230.

estos dos últimos países reportaron mayor número de ciclos realizados, siendo las fertilizaciones las técnicas más recurrentes con FIV.¹⁰⁷

Aunque estos resultados son alentadores, no se dispone de evaluaciones más rigurosas y definitivas a través de ensayos aleatorios amplios y bien diseñados. Los dos únicos ensayos sobre la eficacia de la FIV son relativamente pequeños y se publicaron antes de muchos avances significativos en la técnica. Ambos provienen de la Universidad McMaster.¹⁰⁸ No tenían poder suficiente para evaluar adecuadamente los resultados del tratamiento en grupos de diagnóstico individuales y se realizaron cuando el éxito del tratamiento fue del 15% por ciclo.¹⁰⁹

Al evaluar la efectividad del tratamiento, quedan dos problemas principales: (i) el tamaño del efecto real de la FIV puede ser menor que el sugerido por estudios no experimentales, cuyos resultados pueden estar sesgados por la inclusión selectiva de pacientes con “buen pronóstico”; y (ii) el análisis estándar de la FIV ignora los beneficios y las cargas que experimenta la pareja que se somete al tratamiento. Una evaluación más completa incluiría el valor otorgado a aumentar las posibilidades de la pareja de tener un hijo. Describir las experiencias positivas y negativas a través del tratamiento exitoso y no exitoso contribuiría a la comprensión de su costo y valor.

La carga de enfermedad de la subfertilidad persistente no resuelta es sustancial. Las mujeres y los hombres individuales que experimentan esto a menudo soportan un tremendo dolor personal y psicológico. Algunos académicos argumentan que este sufrimiento no se origina solo de los sueños frustrados de los individuos, sino también de imperativos culturales, sociales o económicos más amplios para procrear: este sufrimiento es producto de una sociedad pro-natal, que valora a las mujeres en gran medida por su capacidad para tener hijos. Estos imperativos, a su vez, contribuyen a la sobrevaloración de las mujeres como madres, lo que históricamente ha perpetuado la opresión y el sufrimiento que se extiende mucho más allá del ámbito de la reproducción asistida.

¹⁰⁷ Vid. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) (1995). <https://redlara.com/>

¹⁰⁸ Cfr. Jarrell, J. F., Labelle, R., Goeree, R., Milner, R., & Collins, J. (1993). In vitro fertilization and embryo transfer: a randomized controlled trial. *The Online Journal of Current Clinical Trials*, 3483-words. Soliman, S., Daya, S., Collins, J., & Jarrell, J. (1993). A randomized trial of in vitro fertilization versus conventional treatment for infertility. *Fertility and sterility*, 59(6), 1239-1244.

¹⁰⁹ Ídem.

2.2.6 Análisis de casos latinoamericanos sobre la financiación pública de la técnica de la fecundación in vitro.

Entre los estados que regulan explícitamente el acceso a la FIV, en su Ley General de Salud, Perú reconoce el derecho a tener acceso a la FIV como tratamiento para la infertilidad de la mujer.¹¹⁰ El Ministerio de Salud a través del Seguro Integral de Salud (SIS), el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y las empresas privadas de seguro cubren la prestación de acceso a la FIV, pero, solo se les permite el acceso a personas heterosexuales.¹¹¹

De igual forma, en México las mujeres casadas tienen acceso a la inseminación, previo consentimiento de sus esposos.¹¹² En cuanto a los establecimientos de salud pública en México, existe una infraestructura y financiamiento limitados para proporcionar procedimientos de reproducción asistida a sus beneficiarios. La mayoría de las instituciones tratan los problemas de infertilidad con procedimientos de baja complejidad. El Instituto Nacional de Perinatología "Isidro Espinoza de los Reyes" (INper) cuenta con 97 hospitales públicos que realizan programas reproductivos y realizan procedimientos de baja y alta complejidad; Centro Médico Nacional del Instituto de Seguridad de los Trabajadores y Servicios Sociales (ISSSTE) (CMN) "20 de noviembre"; Hospital Central Sur de Alta Especialidad de Pemex y Maternidad Perinatal "Mónica Pretelini Sáenz".¹¹³

En INper atienden a personas que no están aseguradas en ninguna otra institución, y a través del departamento social evalúan el nivel socioeconómico del paciente para determinar el costo de rehabilitación a pagar y también se tomará el costo de este beneficio. en cuenta. La tarifa se basa en el principio de solidaridad social y está vinculada a los ingresos del paciente, el usuario está exento de la tarifa solo si carece de fondos. La tarifa para el programa de baja complejidad es de unos 5.000 pesos y para el programa de alta complejidad es de unos 29.000 pesos.¹¹⁴

En Argentina la ley 26.862 del año 2013 y el decreto reglamentario 956/2013 regulan el acceso a la reproducción asistida, en especial, a la Fecundación In Vitro de

¹¹⁰ Cfr. Ley No. 26842, [Ley General de Salud], 9 de julio de 1997, art. 7 (1997).

¹¹¹ Cfr. Cardona Tobón, D.C. (2021). Análisis de impacto presupuestal de la fertilización in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides para el tratamiento de infertilidad femenina en Colombia, 2021 [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

¹¹² Vid. Ley General de Salud, Diario Oficial [DO] 7 de febrero de 1984 artículo 466.

¹¹³ Cfr. Cano Valle, Fernando, & Esparza Pérez, Rosa Verónica. (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. Boletín mexicano de derecho comparado, 51(151), 13-50. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>

¹¹⁴ Ídem.

manera gratuita por parte de las instituciones del Sistema Nacional de Seguro de Salud, las entidades de medicina prepaga, las obras sociales y todos los agentes que provean servicios médico-asistenciales sin importar su forma jurídica.

Colombia, por su parte, parece permitir la procreación por medio de la FIV, ya que el lenguaje del artículo 42 de la Constitución Nacional establece que los niños pueden ser concebida con asistencia científica. Por medio de la expedición de la Ley 1953 el 20 de febrero del año 2019, la cobertura de los procedimientos de reproducción asistida se garantiza por la Unidad de pago por Capitalización (UPC) o por el Plan de Beneficios en Salud (PBS).¹¹⁵

En Uruguay el tratamiento de fertilización está disponible por medio del sistema públicos y privados. No influye el estado civil y la orientación sexual, pero se limita si se determina que la mujer de 40 años está recibiendo este tratamiento. Sin embargo, las mujeres mayores de esta edad pueden someterse al procedimiento, pero, hay una tarifa. En el ámbito privado requieren un pago mínimo para cubrir medicamentos y/o pruebas de laboratorio. Si el tratamiento médico era muy complejo lo copagos eran obligatorios y dependían de los ingresos de la persona y del número de ciclos realizados. Desde 2020, los costes de estos tratamientos se hicieron uniformes.¹¹⁶

Brasil creo el plan gratuito, excepto para los medicamentos desde el año 2012.¹¹⁷ este país garantiza que accedan personas del mismo sexo, pero, respeta la objeción de conciencia del médico que se niegue a realizarlo.¹¹⁸ El principal requisito es la edad de la mujer, ya que, no debe exceder los 50 años, sin embargo, existen excepciones a partir de los criterios médicos y técnicos del médico tratante, que no implique un riesgo para los candidatos y su futura descendencia.¹¹⁹

El caso de Chile es interesante y se distingue del resto de países citado, en tanto que, la creación de un programa de FIV con fondos estatales data de 1992, dicha gestión se realizó de forma conjunta entre el ministerio de salud, el seguro de salud pública nacional (FONASA) y el Instituto de Investigaciones Materno Infantil (IDIMI) de la Facultad de

¹¹⁵ Vid. Cardona T. Diana Cristina. Análisis de impacto presupuestal de la fertilización in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides para el tratamiento de la infertilidad femenina en Colombia, 2021. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/29941/2/CardonaCristina_2022_AIP_FIV_ICSL.pdf

¹¹⁶ Vid. Cano Valle, Fernando, & Esparza Pérez, Rosa Verónica. (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. Boletín mexicano de derecho comparado, 51(151), 13-50. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2018.151.12287>

¹¹⁷ Vid. Medicina OCFDE (2011). CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução conselho federal de medicina no 2.013/13;1-11.

¹¹⁸ Vid. Zegers-Hochschild F, Crosby JA, Musri C, de Souza MDCB, Martínez AG, Silva AA (2017). et al. Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American registry. J Bras Reprod Assist.24(3):362-78.

¹¹⁹ Ídem.

Medicina de la Universidad de Chile. El programa es financiado por el costo total de un ciclo de FIV o ICSI para parejas beneficiarias de la red pública de salud, y en la medida que, cumplan con un protocolo que define la elegibilidad de la postulación a este tipo de tratamientos. En el año de 2019 la infertilidad se agregó como una de las cinco prioridades en el presupuesto de salud de tal país, lo que conllevó a la creación de un paquete de prestaciones y codificación de las distintas etapas del proceso de FIV por parte de FONASA. Esto permitió ampliar la cobertura del seguro de salud pública y sentó las bases para que las aseguradoras privadas estén obligadas a dar cobertura a estos tratamientos por primera vez.¹²⁰

En Estados Unidos, el pago de la FIV suele realizarse a través de un seguro médico privado o de fondos de bolsillo.¹²¹ En dicho país, los altos costos han generado un "turismo reproductivo" hacia países con tarifas más bajas pero también con preocupaciones de seguridad. En muchos países europeos existen programas de financiación pública pero con variaciones considerables en el número de ciclos que se financian, según límites de edad y proporción del costo total que se paga, entre otros factores. La financiación pública suele limitarse a la FIV realizada en hospitales y clínicas públicas.¹²²

En la financiación pública, la equidad es un aspecto importante del principio de dignidad humana. Se ha demostrado repetidamente que los grupos socioeconómicamente desfavorecidos tienen menos acceso a los servicios de reproducción asistida que los grupos más privilegiados. Las disparidades socioeconómicas persisten después de ajustar por varios factores de confusión, incluida la edad del primer nacimiento y la lejanía geográfica. En Finlandia, donde la FIV se financia con fondos públicos, ya sea que se realice en clínicas públicas o privadas, se han observado desigualdades socioeconómicas en las clínicas privadas pero no en las públicas.¹²³

El panorama descrito con anterioridad ofrece una amplia y variada gama de medidas adoptadas por todos los Estados citados, que han realizado esfuerzos para que la FIV esté al alcance de los ciudadanos que sufren de infertilidad y que son elegibles para dicho tratamiento sea financiado por el sistema de salud público o privado. Por lo anterior, las

¹²⁰ Cfr. Céspedes, Pablo & Correa, Eduardo. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. *Revista Médica Clínica Las Condes*. 32. 189-195. 10.1016/j.rmcl.2020.09.002.

¹²¹ Cfr. Spar D. (2005). Reproductive tourism and the regulatory map. *The New England journal of medicine*, 352(6), 531-533. <https://doi.org/10.1056/NEJMp048295>.

¹²² Cfr. Gianaroli L, Ferraretti AP, Magli MC, Sgargi S (2016). Acuerdos regulatorios actuales para el tratamiento de concepción asistida en países europeos. *Eur J Obst Gynec Reprod Biol*. 207: 211-3.

¹²³ Cfr. Harris K, Burley H, McLachlan R, Bowman M, Macalodow A, Taylor K (2016). et al. Disparidades socioeconómicas en el acceso a tecnologías de reproducción asistida en Australia. 33 : 575-84.

preocupaciones económicas que han impulsado el debate sobre si se debiera dar cobertura de seguro público, por el coste unitario y su demanda potencial que pueden considerarse elevados, así como la eficacia no probada, el potencial para usos poco éticos y las implicaciones sociales más amplias se suman al estado cuestionable de la FIV y brindan una justificación conveniente para negarse a pagar.

Sin embargo, ninguna de estas preocupaciones es exclusiva de la FIV. Incluso, muchos servicios de salud actualmente cubiertos son susceptibles a las mismas críticas, no obstante, la diferencia radica en que la infertilidad como problema de salud ha sido tomado en serio y en la medida de lo posible se está tratando de hacer algo por facilitar su acceso para quienes no cuentan con recursos económicos y tienen en su proyecto de vida la voluntad de ser padre o madre.

2.2.7 Financiación pública de la FIV y priorización.

Si la FIV debe financiarse o no con fondos públicos es, en gran medida, una cuestión de ética prioritaria. El modelo sueco para el establecimiento de prioridades en atención sanitaria puede servir como ejemplo. Se basa en tres principios éticos.¹²⁴

- *El principio de la dignidad humana.*

Este es básicamente un principio de igualdad de valor, igualdad de derechos humanos y no discriminación. Todas las personas tienen dignidad humana simplemente por ser humanos y no por lo que tienen o hacen. El acceso a los servicios de salud no debe depender del sexo, el origen social o económico, la religión, la orientación sexual o la función cognitiva, entre otros.

Según este principio, los solteros y los homosexuales deberían tener el mismo derecho a la FIV que las parejas heterosexuales infértiles que necesitan donación de esperma u óvulos. Las diferencias regionales y socioeconómicas en el acceso a la financiación pública de la FIV no están de acuerdo con el principio de dignidad humana. Se ha argumentado que el derecho a la salud, tal como lo define la Organización Mundial de

¹²⁴ Vid. Asplund K. (1995). Ethical issues in healthcare prioritization: a medical viewpoint. British journal of urology, 76 Suppl 2, 49–54. <https://doi.org/10.1111/j.1464-410x.1995.tb07871.x>.

la Salud, incluye el derecho a tener hijos. Incluso si se acepta esta perspectiva, no necesariamente se traduce en un derecho a la financiación pública de la FIV.¹²⁵

- *El principio de necesidades y solidaridad.*

Los recursos deben asignarse a los pacientes que tienen mayores necesidades. La necesidad se evalúa mediante (a) la gravedad del problema de salud; (b) la posible mejora de la salud que se obtendría mediante una intervención sanitaria; y (c) el respaldo científico para una relación beneficio-riesgo favorable. El componente de solidaridad significa que se debe prestar especial atención a aquellos que no pueden expresar por sí mismos sus necesidades, como los niños, las personas con demencia o los pacientes con trastornos mentales graves. El principio de necesidades y solidaridad contrasta con las solicitudes de asistencia sanitaria, que a menudo no igualan las necesidades.¹²⁶

El principal debate ético en el tratamiento de la infertilidad tiene que ver con la necesidad. Existen muchas variaciones individuales en cómo se percibe la falta de hijos involuntaria, y éstas pueden verse afectadas por las normas sociales, las actitudes de los familiares y amigos, la forma en que se presenta la falta de hijos en los medios de comunicación y otros factores. Sin embargo, las decisiones sobre la financiación pública de la FIV no se toman a nivel individual sino a nivel de grupo.

- *El principio de rentabilidad.*

Según este principio, el sistema sanitario tiene el deber de utilizar sus recursos de la forma más eficaz posible y debe haber un equilibrio razonable entre los costes y los efectos de una intervención. Este principio está subordinado a los otros dos principios.

La rentabilidad de la FIV depende principalmente de tres factores: (a) tasas de éxito del tratamiento; (b) embarazos múltiples; y (c) el costo del tratamiento. Se ha estimado que la rentabilidad es notablemente menor en las mujeres mayores que en las más jóvenes, por lo que el principio de rentabilidad (subordinado) puede entrar en conflicto con el principio de dignidad humana. Una debilidad de los estudios de costo-efectividad es que los costos generalmente se miden por resultados exitosos, como nacimientos vivos o "bebés para llevar a casa". En otras áreas médicas, los costos generalmente se expresan como costos por años de vida ajustados por calidad o años de vida ajustados por discapacidad ganados.

¹²⁵ Vid. Mladovsky, P., & Sorenson, C. (2010). Public financing of IVF: a review of policy rationales. *Health care analysis: HCA : journal of health philosophy and policy*, 18(2), 113–128. <https://doi.org/10.1007/s10728-009-0114-3>

¹²⁶ Vid. Mladovsky, P., & Sorenson, C. (2010). Public financing of IVF: a review of policy rationales. *Health care analysis: HCA: journal of health philosophy and policy*, 18(2), 113–128. <https://doi.org/10.1007/s10728-009-0114-3>

Los diferentes denominadores dificultan la priorización de la FIV frente a otras intervenciones sanitarias (establecimiento de prioridades horizontales).¹²⁷

Los tres principios para el establecimiento de prioridades proporcionan una plataforma ética, y aunque no resuelven todas las cuestiones relativas a la priorización de la FIV, si pueden tomarse como una base orientadora. Una pregunta frecuente es: ¿las mujeres y los hombres con una causa médica establecida de infertilidad deberían tener mayor prioridad para la reproducción asistida? Dado que, las condiciones médicas previas pueden diferir, la necesidad puede, al menos hasta cierto punto, expresarse en términos de efectos adversos y solidez de la documentación científica, porque las necesidades en términos de angustia y sufrimiento difieren según la causa de la infertilidad; la carga existencial influye y eso debe valorarse frente a las personas que no presentan ningún problema de salud, no por excluirlos sino por un tema de manejo de fondos públicos para la financiación de la misma. Por lo tanto, sería aceptable priorizar la FIV basándose en la presencia de una causa médica establecida de infertilidad.

2.3 BIOÉTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA RELACIÓN NECESARIA EN LA PROCREACIÓN POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

2.3.1. Concepto y surgimiento de la bioética.

La bioética, como rama de la ética general, puede conceptualizarse como el estudio de los problemas creados para el progreso médico y biológico, tanto a nivel micro como macrosocial, y sus repercusiones en la sociedad y en su sistema de valores, tanto ahora como en el futuro. Para otros, la bioética es un estudio interdisciplinario, vinculado a la Ética, que investiga en el área de las ciencias de la vida y de la salud, la totalidad de las condiciones necesarias para una administración responsable de la vida humana en general y de la persona humana en particular.¹²⁸

En cualquier caso, la bioética es un campo interdisciplinario en la medida en que, reúne el esfuerzo de profesionales de los más variados campos del saber humano

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Cfr. CASADO, María. (1996) “La Bioética”, Materiales de Bioética y Derecho, Edición a cargo de María Casado, Barcelona, Cedecs.

(filósofos, teólogos, sociólogos, juristas, médicos, biólogos, psicólogos), contribuyendo a explicar cómo un descubrimiento científico y los resultados prácticos de su aplicación puede o no comprometer los valores humanos fundamentales.

Así, lo que generó el nacimiento de la bioética fue la necesidad de un control del uso creciente e invasivo de cada vez más numerosas prácticas biomédicas, y del desarrollo de tecnologías, donde la modernidad aniquiló los antiguos consensos, ideales y reglas que animaban los comportamientos prácticos profesionales colectivos e individuales.¹²⁹

Con el tiempo, el término adquirió un significado específico y científico. En sus inicios, la Bioética se preocupó por el estudio de los problemas éticos generados por los avances de la biología y la medicina, para consolidarse actualmente como una metodología de confrontación de relación interdisciplinaria entre las ciencias médicas y las ciencias humanas.¹³⁰

La bioética consagra la necesidad de repensar, o mejor dicho, de la reflexión sobre las cuestiones éticas que plantean los avances científicos; ella apunta a conciliación del desarrollo de la tecnociencia con las exigencias morales de la sociedad. Los temas principales para el estudio de la bioética son, para la mayoría de los autores: la genética, reproducción humana asistida, investigación biomédica, salud pública, medio ambiente, códigos y juramentos éticos.¹³¹

Como rama de la ética aplicada, la bioética trató desde un principio de proponer soluciones a los conflictos de valores que exigían los avances tecnológicos y reflexiona críticamente la tendencia pragmática de la sociedad moderna a aplicar inmediatamente el conocimiento científico sin cuestiones de carácter moral, en el sentido de analizar si ese acto científico puede traer o no consecuencias perjudiciales o beneficiosas al ser humano.¹³²

De nuevo, esta rama de la Ética, la Bioética, es el primer intento de dar respuesta a las exigencias morales de la comunidad científica, porque la sociedad, hasta entonces, desconocía lo que estaba pasando en los grandes laboratorios de investigación y la

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Cfr. TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno (2002). "Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática", en: Biodireito, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima, (Coord), Belo Horizonte, Del Rey, p. 130-131; BARBOZA, Heloisa Helena, Principios da bioética y do biodireito, Rio de Janeiro, Revista Bioética 2000 – v.8 – nº 2, 2000, p. 209-212.

¹³¹ Cfr. CARONE SLAIBI CONTI, Matilde (2004). Biodireito: a norma da vida, Rio de Janeiro, Forense, p. 5; A. A. Catoira, en: La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español, p. 171.

¹³² Cfr. BLÁZQUEZ, Niceto (2000). en: Bioética: la nueva ciência de la vida, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, p. 5-6; DINIZ, Maria Helena, O estado atual do biodireito, 3. ed., aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 11.

información a la sociedad sólo llegó cuando el producto final de la investigación fue completado.

Ejemplo de ello, el movimiento eugenésico de principios del siglo XX, que animó la creación en varias naciones de sociedades para estos fines, y las moralmente medidas regresivas adoptadas en EE. UU., donde se esterilizaba a personas en contra de su voluntad, por tener problemas mentales o por ser delincuentes, evidenciando la necesidad de un cuestionamiento crítico y, sobre todo, ético sobre el comportamiento de los profesionales de la salud.¹³³

De hecho, el estudio ético de la reproducción asistida en general es más amplio que una simple disciplina de la conducta ética de los científicos e investigadores. La bioética se distingue de la ética estrictamente profesional, ya que, se ocupa del análisis teórico de las condiciones y posibilidades de los valores y principios que ordenan el espacio social, en un intento de conciliar el mismo con el avance científico.¹³⁴

Sin embargo, no está dentro del ámbito de la bioética definir dogmáticamente un código de normas sustantivas que sirvan de guía o vector para la salud pública e investigación biológica. Antes de eso, se propone analizar las condiciones racionales para la existencia de argumentos, fundamentado en principios, que se materializarán a través de ordenamientos jurídicos, y tienen por objeto proteger a la persona humana y a sus descendientes.¹³⁵

De tal suerte que, es función de la bioética plantear cuestiones que alineen la posibilidad de éxito y error, beneficio y daño, resultantes del uso indiscriminado, no autorizado y no reglamentado de las diversas técnicas de biotecnología que, directa o indirectamente, pueda afectar la dignidad de la persona humana. Sin embargo, corresponde a la ley establecer los requisitos mínimos que armonicen los avances científicos con los valores fundamentales del ser humano. La ética médica como saber aislado no responde a los interrogantes que surgieron con la biotecnología genética, y necesita un enfoque político, filosófico, psicológico y jurídico, llamando a un estudio interdisciplinario.¹³⁶

¹³³ Cfr. BERNARDO, O (1992). "Perspectivas de bioética", en *Ação Médica*, Porto, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº3, p. 33-40.

¹³⁴ Vid. REGO, S., PALÁCIOS, M., & SIQUEIRA-BATISTA, R. (2009). Bioética: HISTÓRICO E CONCEITOS. In *Bioética para profissionais da saúde* (pp. 13-38). SciELO – Editora FIOCRUZ. <http://www.jstor.org/stable/10.7476/9788575413906.4>

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Vid. FEITO GRANDE, Lydia (1997). "¿Por qué bioética?", en *Estudios de Bioética*, Lydia Feito Grande (ed.), Madrid, Dykinson.

Las principales corrientes que expresan las diversas posibilidades de elecciones morales en la práctica del acto científico y que, posiblemente, se encuentran implícito o incluso aceptado por varios organismos, comités y centros no estatales de bioética de los hospitales e institutos de investigación son: las sociobiológicas, liberales, radical o subjetivista, pragmático utilitarista, personalista y principialista.¹³⁷

Estos modelos o paradigmas éticos, a lo largo de los años, buscaron justificar el acto moral durante la investigación científica, sin embargo, no se confunden con el discurso de racionalidad ética actual de la bioética, es decir, la observancia del principio de dignidad como fuente de inspiración para futuras normas jurídicas. Al mismo tiempo, cabe acotar que para el investigador científico, no es fácil aceptar y comprender su responsabilidad ante el otro, cuando a través de diversos mecanismos de orden racional, moral, económico, etc., carece de las condiciones necesarias para dar al otro un lugar como sujeto en el espacio de sus argumentos.¹³⁸

Por lo tanto, no cabe duda de que es muy difícil controlar la conducta médica, tanto en el proceso de la investigación científica y la aplicación de la fecundación in vitro. La Ética que debe orientar particularmente la regulación de esta, es aquella que no pretende constituirse a partir de un cuerpo de moral canónica, establecido por autoridad religiosa o incluso política y económica. Más bien, al contrario, busca respuestas en una sociedad pluralista que no engloba una sola respuesta a los problemas con códigos morales, pero ofrece múltiples y variadas interpretaciones de los códigos morales pertenecientes a diferentes comunidades integradas en una sociedad. La lógica del pluralismo es vista como un instrumento de negociación pacífica de las instituciones morales.

2.3.2 El principalísimo en la bioética.

Sobre la cuestión de los principios bioéticos que deben informar el nuevo Bioderecho – como la legislación sobre la reproducción asistida por medio de la FIV–, se pregunta cómo surgieron estos principios y cómo se concretaron.

¹³⁷ Vid. Torres, F. S. (2022). Un poco de bioética. In *Meditaciones de un nonagenario* (1st ed., pp. 71–94). Universidad Central de Colombia. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2kg14nc.6>.

¹³⁸ Vid. Lamas, M., & Cota, G. M. (2022). La bioética: proceso social y cambio de valores. In *Marta Lamas: dimensiones de la diferencia: género y política* (pp. 299–318). CLACSO. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2v88bq0.13>.

Los principios bioéticos fueron el primer intento de regulación ética de investigación y aplicación científica de nuevos descubrimientos. En su primer momento, el cuestionamiento ético surgió de la misma comunidad de científicos que trabajaban con investigaciones biomédicas.¹³⁹

En 1977, el Congreso de los Estados Unidos creó una comisión especial, que adoptó algunos principios éticos cardinales: aceptados por la mayoría de la comunidad científica de EE. UU., en ese momento -para resolver los casos de carácter biomédico que se le sometían-. Un año más tarde, estos principios fueron publicados en el famoso Informe Belmont, elaborado por esta comisión siendo los principios de: autonomía, beneficencia y justicia.¹⁴⁰

A partir de este Informe se difundió el llamado “principalismo” bioético, que hoy representa el modelo más publicitado y mejor aceptado de toma de decisiones en la práctica biomédica. Según el principio de autonomía, el derecho de las personas a tener su propio punto de vista, elegir y realizar acciones con base a sus valores y creencias personales, de acuerdo con la beneficencia (y la no maleficencia), uno no debe causar daño a otros, previniendo o eliminando el daño y promoviendo el bien. El principio de la justicia, finalmente, requiere que una persona no sea tratada de manera diferente a otra, a menos que haya alguna diferencia relevante entre los dos.¹⁴¹

El Informe Belmont, de hecho, constituyó un intento de solución ética normativo para disciplinar la investigación y la tecnología genética, expresando valores éticos aceptados por las comunidades científica y médica. La bioética principialista refleja el carácter pragmático de la cultura norteamericana, preocupada por el análisis de casos, procedimientos y en la toma de decisiones. En Estados Unidos tiene una clara orientación individualista, privilegiando, entre los tres principios, la autonomía.¹⁴²

Surgió así una dogmática para jurídica para dar respuesta a las dudas no resueltas por el ordenamiento jurídico, que se materializó a través de la aplicación de principios

¹³⁹ Vid. BUÍSAN, Lydia (1996). “Bioética y principios básicos de ética médica”, en Materiales de bioética y derecho, Edición a cargo de María Casado, Barcelona, Cedecs.

¹⁴⁰ Vid. Informe Belmont Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. (1979). Gob.mx. https://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/10_INTL_Informe_Belmont.pdf

¹⁴¹ Vid. Siurana Aparisi, Juan Carlos. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. Veritas, (22), 121-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>

¹⁴² Vid. Torres, F. S. (2022). Un poco de bioética. In Meditaciones de un nonagenario (1st ed., pp. 71–94). Universidad Central de Colombia. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2kg14nc.6>

bioéticos a casos no previstos por la ley, por órganos no judiciales, como los Consejos Médicos y los Comités de Ética de hospitales e institutos de investigación.¹⁴³

Ahora bien, estos principios, comenzando por el de beneficencia, se vinculan con el uso de la FIV desde de la infertilidad, que es un problema de salud, porque representa la formas de combatir la misma, así como enfermedades de transmisión genética.

Desde un punto de vista ético, la reproducción asistida por medio de la FIV constituye un remedio terapéutico para combatir el mal de la infertilidad humana y, así, llevar a cabo el postulado de hacer el bien a los seres humanos; pueden utilizarse siempre que exista una probabilidad efectiva de éxito y no se incurre en un riesgo grave para la salud del paciente, consagrando el principio de beneficencia y no maleficencia.

Al mismo tiempo, la FIV presta atención al principio de justicia, en la medida exacta en el que esta técnica ayuda a solucionar un problema que afecta a miles de personas, independientemente de su posición social. A pesar de que la infertilidad es un problema de salud pública, aún no se tiene conocimiento de programas de terapia de pareja sin hijos, para solucionar crisis de autoestima, angustias o ansiedades, que pueden causar trastornos matrimoniales, y los planes de salud tampoco cubren su tratamiento.

Además, el uso de estas técnicas involucra fuertemente el principio de autonomía, respecto a la satisfacción del deseo humano natural de tener hijos propios. Sin embargo, aunque no existe una “jerarquía” preestablecida entre los diferentes principios y que no proporcionan automáticamente las decisiones que deben ser tomado, se puede decir que el principio de beneficencia merece especial atención, ya que, corresponde al fin primordial de la Medicina

Según Beauchamp y Childress, los principios, en caso de conflicto entre ellos, “sin jerarquizar”, deben de preferirse atendiendo a la situación de cada caso concreto, pero, sin reglas previas que den prioridad de un principio sobre el otro, existe la necesidad de llegar a un consenso en cada caso, el cual debe ser un objetivo fundamental de los Comités de Ética.¹⁴⁴

Lo anterior, en la medida que, la Bioética, dotada de la circularidad propia de una hermenéutica crítica, no funcionaría aplicando principios generales a casos concreto ni con

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ Cfr. T. L. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS (1994). Principles of Biomedical Ethics. Fourth Edition, Oxford University Press, Nueva York/Oxford (trad. cast. Principios de ética biomédica. Masson, Barcelona 1999).

la inducción de tales principios a partir de decisiones concretas, no obstante, caracterizado por el descubrimiento, en diferentes esferas de la vida social, de la modulación peculiaridad de los principios comunes, obliga necesariamente a practicar la interdisciplinariedad, de la que tanto se dice y casi nada se aplica.

2.3.3 La importancia de la Bioética para la creación de normas de Bioderecho.

En la actualidad, existe un pasaje de la Bioética para el Bioderecho, que puede definirse como la rama del Derecho que se ocupa de la teoría, legislación y jurisprudencia relativa a las normas reguladoras de la conducta humana frente a avances en biotecnológicos y de la medicina y en el que se deben entender incorporados temas como la reproducción humana asistida por medio de la FIV.¹⁴⁵

Esta congregación de reglas dedicadas a un tema dado, codificadas o no, no es una nueva realidad en diversas partes del mundo, habiéndose producido con la seguridad social, agraria, ambiental, consumista, etc., las soluciones a los avances científicos que surgen gradualmente, a través de una legislación especial, de acuerdo con el orden vigente al que deben integrarse. Obtienen características de microsistema, no constituyendo en realidad una nueva `rama del derecho.¹⁴⁶

Sin embargo, la bioética sigue existiendo independientemente del surgimiento y estructuración de un bioderecho. En primer lugar, debe señalarse que la rígida distinción entre moralidad y derecho, matriz kelseniana, está siendo cada vez más abandonada para dar paso a una aceptación del entrecruzamiento de las esferas jurídica y ético-moral.

Este bioderecho como materia emergente surge de la bioética, se erige como estudio autónomo en la medida en que el poder legislativo está llamado a disciplinar algunos de sus problemas, incluyendo la reproducción asistida por medio de la FIV. Poco a poco, el enfoque jurídico gana espacio y se aleja de la bioética como parte integral, para alcanzar un nivel de independencia científica. Si este pasaje existe, hay que subrayar que la controvertida construcción de un bioderecho debe ser abordado con el mismo carácter

¹⁴⁵ Vid. Becerra-Partida, Omar Fernando. (2014). EL BIODERECHO EN EL CONTEXTO MEXICANO. Persona y Bioética , 18 (1), 46-56. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222014000100005&lng=en&tlng=es.

¹⁴⁶ Cfr. Morelli, M. G. (2010). El concepto del bioderecho y los derechos humanos. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/1534>.

interdisciplinario que la bioética, y debe reservar un papel destacado a las universidades y no sólo a las facultades de derecho.¹⁴⁷

En la misma línea, no debe construirse como una rama más del sistema legal, pero, si como un ámbito que ofrece el espacio para la interacción y el diálogo interdisciplinario, abierto a la ética filosófica y aportes del campo de las ciencias particulares, en un nuevo espacio de síntesis particularmente atento a las exigencias de filosofía de los derechos, evitando la excesiva rigidez formal.

Al mismo tiempo, es necesario que la futura legislación salvadoreña en materia, que hoy son contempladas solo por la bioética, tome como límite lo ya considerado consenso en el campo científico-social al respecto. Por otro lado, es importante recalcar que muchos temas aún están en pleno proceso de discusión científica y aceptación social. El conocimiento tomado aisladamente es un conocimiento incompleto y, por así decirlo, ineficaz. Por ello, es precisamente en este contexto la participación de grupos de interés (médicos, investigadores, psicólogos, juristas, sociólogos) que forma parte del debido y oportuno debate en términos de reproducción humana asistida en El Salvador.

Sin duda, existe una tendencia actual hacia una estandarización excesiva de los diferentes sectores de la vida moderna, con normas que muchas veces no son interiorizadas ni siquiera por la sociedad o por abogados. Por el contrario, los cambios normativos en el ámbito de la bioética tienden a atacar con fuerza el sistema de valores arraigado en la sociedad.

Sin embargo, no se puede negar un creciente relativismo de los valores en la sociedad pluralista moderna. El vaciamiento de los fundamentos éticos del ordenamiento jurídico puede hacer que el bioderecho quede “flotando como un conjunto de normas abstractas” despojado de efectividad social y fuerza coercitiva. Cualquiera que sea la decisión que tome el legislador, es cierto que la norma jurídica debe poder seguir el progreso científico, proporcionando los conceptos y técnicas adaptables a los cambios sociales.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Vid. BARROS, N. R., TELLO, L. C., SALCEDO, J. A., MACANCHÍ, M. C., ESPINOZA, L. D., DE VITERI, M. F. S., SALAZAR, F. L., VÉLIZ, M. L., BALDA, M. M., CORRAL, K. M., CAICEDO, T. P., VILLEGAS, A. P., CASTRO, D. R., LEÓN, D. S., YANDÚN, E. T., CHÁVEZ, B. T., RIVERA, A. V., DEL CARMEN VERA RIVERA, M., & MUÑOZ, A. Z. (2020). La bioética y su importancia reguladora dentro del ordenamiento jurídico. In Cuestiones de actualidad jurídica y social en el Ecuador (1st ed., pp. 299–316). J.M Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0v75.14>

¹⁴⁸ Vid. Mazo Álvarez, Héctor Mauricio. (2014). El bioderecho: La respuesta jurídica a los problemas que plantea la bioética. Producción + Limpia , 9 (2), 74-88. Recuperado el 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-04552014000200007&lng=en&tlng=es.

Lo antes mencionado, en tanto que el objetivo de una “Bio-ley” no debe ser, simplemente, de encontrar un corresponsal legal para la bioética, sino establecer qué normas jurídicas deben regir los fenómenos resultantes de la biotecnología y la biomedicina, también disciplinado por la bioética.

Por lo tanto, la discusión sobre la reproducción médicamente asistida por medio de la FIV, no se limita al aporte de un discurso sobre la adecuada protección de los derechos involucrados a través de la tutela legal, pero, sobre todo, llevar al debate a las nuevas generaciones académicas, preparándolas para lidiar con el futuro. Las variables insertadas en la investigación científica están dentro de los límites éticos impuesta por una determinada sociedad, desde donde se abre el espacio para la importante intervención reguladora de la ley.

2.3.4 Adecuación de las reglas prohibitivas y normas de principio sobre el uso de la fecundación in vitro.

Como hemos visto, el bioderecho pretende cumplir con los principios de la bioética; su proceso de construcción debe partir de las normas y principios de la bioética, teniendo en cuenta las nuevas realidades sociales. Esto se debe a que, para ganar eficacia social, las normas jurídicas para ser promulgada en el ámbito del bioderecho necesitan legitimidad, con base en la aceptación de los grupos sociales que trabajan en la zona de su aplicación.

Esto es aún más válido si consideramos que una simple prohibición de técnicas de la reproducción asistida -incorporada la FIV- o la manipulación genética ciertamente no serían bastante efectivas, ya que, habrá grandes dificultades en la supervisión estatal de médicos e investigadores en sus clínicas y laboratorios. Los valores éticos no deben ser simplemente impuestas por el legislador, deben ser interiorizadas por los agentes a quienes están destinadas; las normas jurídicas sin un fundamento ético sólido no suelen ser observadas por los grupos sociales a los que se dirigen, independientemente de la amenaza de sus sanciones.¹⁴⁹

Un buen ejemplo de las dificultades del legislador ordinario para hacer frente a problemas relacionados con la Bioética es cuando se prohíbe la manipulación genética de

¹⁴⁹ Vid. Lamas, M., & Cota, G. M. (2022). La bioética: proceso social y cambio de valores. In Marta Lamas: dimensiones de la diferencia : género y política (pp. 299–318). CLACSO. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2v888bq0.13>

células germinales humanas, pero, se permite la intervención en material genético humano in vivo, para el tratamiento de defectos genéticos, respetando principios éticos como el principio de autonomía y el principio de beneficencia.

Ante la difícil tarea de legislar sobre temas complejos, surge la pregunta sobre el tipo de normas que deben adoptarse. Leyes generales que establecen principios permitiría una mayor flexibilidad en las decisiones de los órganos de administración (consejos y comités de ética) y, en última instancia, por los jueces, normas de principio entendidas como aquellas de carácter inspirador, de contenido no taxativas o prohibitivas y que no prescriben ni determinan conductas, sino que señalen el mejor camino a seguir.¹⁵⁰

Por el contrario, leyes específicas correrían el riesgo de reducir el derecho a una simple función instrumental, que se adapta al gusto del progreso científico, ciertamente habrá cuestiones que deben ser reguladas de manera prescriptiva y exhaustiva, así como aquellos a ser tratados de una manera más abierta y basada en principios.

Todo lo arriba desarrollado, es importante subrayarlo porque son los temas de la futura legislación salvadoreña, que a nuestro criterio deben ser formulados como mandatos normativos debido a la necesidad de un mayor control de razones formales y materiales para el uso adecuado de la FIV, especialmente el anonimato de los donantes de gametos, la determinación clara sobre el uso de material genético, y aclarar la paternidad del futuro niño o niña.

Un aspecto más que está pendiente de regulación legal son los llamados “excedentes de gametos o embrionarios”. El tema involucra también fuertes intereses económicos en el uso industrial y comercial de estos excedentes, hecho que aumenta aún más la necesidad de una ley que impida su comercialización banal. En este contexto, sería oportuno señalar a quién sirve la biotecnología, para que un simple estatuto del cuerpo humano no entre en nuestra legislación por vía de artefactos de mercantilización.¹⁵¹

Además, en El Salvador, aún no existe un “Estatuto de Vida Humana”, que pueda comprender todos los estados de vida de manera coherente, protegiendo eficazmente los correspondientes derechos y libertades constitucionales. Por lo tanto, debe estar

¹⁵⁰ Vid. Gonçalves, R. M. (2021). Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura. In R. M. Gonçalves, L. M. Martín, M. Załucki, & A. Partyk (Eds.), *Artificial intelligence and human rights*. (1st ed., pp. 48–76). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jgff.6>

¹⁵¹ Vid. Muñoz-Gómez, D. S. (2021). El problema jurídico de la propiedad sobre los gametos y embriones utilizados en las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. In M. A. R. Medina (Ed.), *Debates contemporáneos sobre la propiedad* (1st ed., pp. 165–188). Editorial Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0h6w.10>

claramente definido cuando la vida humana comienza en términos legales, ya sea que ocurra con la fecundación, o con la nidación, y cuál es el tratamiento de los preembriones que quedan en proceso de infertilidad vitro.

De hecho, la importancia del derecho fundamental a la vida en el sistema constitucional implica que la legislación salvadoreña obliga al legislador a tomar las medidas necesarias para su protección. Como se observa, las normas éticas, que prohíben a los médicos descartar preembriones o investigar el material ser humano criopreservado, se enfocan únicamente en la conducta ética de los médicos, dejando operadores del derecho perplejos ante ciertos casos.

Evidentemente, algunos temas relacionados con la FIV son necesariamente dignos de atención y de fuerte control formal, como temas controvertidos relacionados con el Derecho de Familia: la paternidad/maternidad post mortem, restos embrionarios, etc. Por eso los países que permiten que este tipo de reproducción humana establezca una serie de requisitos y limitaciones legales a este tipo de embarazos.¹⁵²

Sin embargo, siempre habrá situaciones puntuales y de difícil solución que regularse en normas de principio, de carácter flexible, a fin de evitar un modelo prescriptivo, rígido, una verdadera “camisa de fuerza regulatoria” capaz de entorpecer la realización de la justicia en el caso concreto.

Así, en el tema del anonimato del donante de material genético, debe existir la posibilidad de permitir excepciones a la regla de revelar la identidad del padre biológico al futuro niño o niña, debido a que, las circunstancias concretas pueden determinar un mayor peso del interés del donante en mantener el anonimato.¹⁵³

Desde esta perspectiva, se muestran los puntos desfavorables de un catálogo cerrado de reglas, porque la actitud de la ley es inminentemente constructiva, dejando los problemas que involucrar el tema de acuerdo con las particularidades de cada caso. Por lo tanto, debe haber una formación normativa según el sentido de adecuación, para llegar a una solución que mejor se adapte a la situación.

¹⁵² Vid. Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. (2014). Aspectos sociales y legales de la fecundación in vitro. *Perinatología y reproducción humana*, 28(2), 79-90. Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200003&lng=es&tlng=es.

¹⁵³ Vid. Duran Rivacoba, Ramón. (2010). ANONIMATO DEL PROGENITOR Y DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO: DECISIONES JUDICIALES ENCONTRADAS SOBRE RESERVA DE IDENTIDAD EN LOS CASOS DE MADRE SOLTERA Y DONANTE DE ESPERMA. *Ius et Praxis*, 16(1), 3-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100002>.

2.3.5 El modelo latinoamericano de bioética en salud pública.

La ciencia se presenta como algo universal, mientras que la cultura tiene caracteres regionales. La bioética es inequívoca en su aspecto bio, sin embargo, es plural en su faceta ética. Significa que las mismas aplicaciones científicas pueden ser cubierto con diferentes valoraciones éticas en diferentes países.

La bioética, en su concepto amplio, incluye cuestiones de orden político y económico, yendo más allá de la reflexión ética sobre la conducta médica y científica. nuevos descubrimientos en el campo de la biomedicina involucran poderosos intereses económicos, desviándose de sus propósitos originales, especialmente en materia de farmacología, que consagra la competencia internacional de laboratorios, y, sobre todo, en materia relativas a la rentabilidad de las empresas privadas de salud (planes, laboratorios, hospitales, etc.).¹⁵⁴

El Proyecto Genoma Humano permite el conocimiento completo del código genético del hombre, lo que implica la posibilidad de reconocer el secreto de la constitución hereditario de cualquier persona o familia y, al mismo tiempo, un mejor resultado terapéutico para aquellos que están afectados por alguna enfermedad hereditaria, al mismo tiempo, existen inmensos peligros potenciales relacionados con el mal uso de la información genética obtenidos allí, como la inclusión de personas en “listas negras” de compañías de seguros, que por sus genes tienen ciertas características.¹⁵⁵

Por lo tanto, el avance de la ingeniería genética no es sólo una cuestión ética o incluso legal, sino también política y economía, que se hace sentir en un orden global que busca imponer su racionalidad. Por ello, la solución de la política liberal deja al individuo, a través de sus representantes políticos, la tarea evaluar el progreso de la ciencia y la tecnología, cuyo ritmo y objetivos deben ser sujetos al control de la sociedad civil.

Fue solo en los últimos veinte años que los países de América del Sur y Central, y grupos de trabajo constituidos en Bioética, en universidades, hospitales y cimientos. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) inauguró, en 1994, el Programa Regional

¹⁵⁴ Cfr. Xavier, J. P. (2019). Bioética y nuevos desafíos jurídicos.: Derecho humano de seguridad en el orden iberoamericano. In R. M. Gonçalves, F. da Silva Veiga, & G. M. Rodríguez (Eds.), Estudios de Derecho Iberoamericano, Volumen I (1st ed., pp. 128–139). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctvfb6zj8.13>

¹⁵⁵ Vid. Torres, G. E. P., Aguiar, J. S. C., & Malavé, A. G. (2022). Manipulación genética. In Derecho penal especial: Delitos contra la vida y la integridad personal (1st ed., pp. 387–418). J.M Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4sqk.22>

de Bioética, cuyo objetivo principal es incentivar, difundir y promover estudio bioético y sus actividades en los países latinoamericanos.¹⁵⁶

Entre los principales temas de estudio de este programa se encuentra el estudio de Ética en salud pública. Y es en este contexto que todas las cuestiones relacionadas con la legislación sanitaria, incluyendo también los dilemas relacionados con la reproducción humana, estado embrionario, políticas de protección ambiental, etc.

En general, la bioética es considerada por algunos como una disciplina de rigor académico, dotado de un estatus epistemológico, y trabaja con dos situaciones persistentes: la exclusión social y situaciones emergentes. Inserta problemas de bioética, especialmente aquellos que se refieren a la reproducción asistida en el contexto latinoamericano, implica un enfoque crítico, especialmente económico, sobre la viabilidad de admitir la reproducción asistida, entre ellas la fecundación in vitro, en países pobres con un alto grado de exclusión social.¹⁵⁷

Y, por tanto, la Bioética en un país como El Salvador no puede estar atenta sólo a temas relacionados con la salud de las personas, con base en criterios de situaciones sectoriales, sino que debe dirigirse a las “enfermedades de toda una sociedad”, expresadas en la mala calidad de vida de la mayoría de la población.

De hecho, la población, en general y con independencia de su situación social y económica, debe ser privilegiada con los avances en reproducción asistida, teniendo en cuenta el principio de justicia. Los económicamente desfavorecidos también tienen derecho a engendrar sus propios hijos a través de la fecundación in vitro u otra técnica de reproducción asistida que sea favorable, y para ello deben recibir ayuda estatal a través del Sistema de Salud Público.

La asignación de recursos para la medicina terapéutica debe beneficiar a todos los ciudadanos salvadoreños, y para eso es necesaria una política de recursos destinados a la operacionalización de la FIV. En países periféricos (o “en desarrollo”) como El Salvador, es factible la demanda indiscriminada de tecnología de punta, tanto por parte de salud, así como a los usuarios, lo que lleva a la ampliación de las desigualdades debido incluso a los costos financieros involucrados en los sistemas de salud pública.

¹⁵⁶ Vid. Programa Regional de Bioética. (1999). Paho.org. <https://www.paho.org/es/bioetica>.

¹⁵⁷ Vid. Herrera, F. D. P. (2000). BIOÉTICA PARA TODOS EN EL SIGLO XXI. *Ábaco*, 27/28, 185–192. <http://www.jstor.org/stable/20796670>.

La existencia de algunos centros privados de fecundación asistida altamente especializados plantea interrogantes de información adicional sobre la discriminación y la injusticia, no sólo en la atención de la salud en general, pero, incluso en lo que se refiere a la técnica de reproducción ante mencionada.

Es cierto que los técnicos de la salud deben estar motivados para utilizar la tecnología a favor de sus pacientes, en nombre de la acción caritativa, sin embargo, lo que se ha observado es la búsqueda incesante de lucro y mayor prestigio profesional.

En todo caso, no se debe corroborar con un “fundamentalismo” pro o contra los avances tecnológicos en materia reproductiva; antes, la equivalencia tecnológica del sistema de salud público debe ser disciplinado de acuerdo con el interés social, que sólo se cumplirá en la medida en que exista una intensa participación y debate social sobre el tema. Las discusiones dentro de la sociedad civil deben basarse en adecuación de las futuras normas jurídicas en la materia a las referencias morales establecidas por la propia sociedad.

2.3.6 Consentimiento libre e informado en la implementación de la FIV.

Se sabe que la manifestación libre y consciente de la voluntad es un requisito válido para cualquier y todas las transacciones legales. En el caso del uso de la fecundación in vitro con más razón, ya que, la finalidad que se persigue es la concepción de un hijo o hija, hecho que en sí mismo demuestra la gravedad de las consecuencias que lo implican, tanto en el ámbito jurídico como en el de las relaciones afectivas.

Cualquier vicio que atente contra el consentimiento de los implicados no puede ser subsanado, sin que surjan graves consecuencias, porque se generó una vida y no se puede retrotraer. La manifestación de la voluntad necesaria para los procedimientos de reproducción por medio de la FIV tiene que ser estudiada bajo dos aspectos: el primero es el consentimiento del punto de vista de la relación médico paciente, en el cual la comprensión de las acciones pertinentes debe garantizarse al paciente el tratamiento y sus posibles efectos para cumplir con el deber inherente a la profesión médica y, sobre todo, hacer efectivo el derecho de elección de los implicados que sólo puede lograrse

adecuadamente si pueden entender claramente el significado y alcance de las implicaciones de la técnica a la que serán sometidos.¹⁵⁸

El otro aspecto se refiere a la relación familiar, como sometimiento a cualquiera de las técnicas disponibles supone, ante todo, una decisión libre y consensuada de la persona, que debe prestar atención a las implicaciones y efectos de los procedimientos elegidos.

Pasemos al análisis del primer aspecto. En el campo médico, el consentimiento libre e informado es un requisito indispensable para la práctica de cualquier procedimiento, porque según los principios que rigen la bioética, como es el de respeto a la autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia establecen, entre los deberes médicos, la información completa sobre las técnicas médicas a aplicar, así como el conocimiento de sus riesgos.¹⁵⁹

El deber de informar del médico se impone en todas las etapas del tratamiento. En la fase inicial de contacto médico, no sólo se debe hacer el diagnóstico informado, así como las posibles opciones de tratamiento, para lo cual el paciente debe ser informado de los riesgos y daños potenciales. El propósito de cualquier examen prescrito debe ser explicados en detalle. Y si, durante el tratamiento, se hace necesaria nueva información, como, por ejemplo, cuándo hay mayores riesgos debido a complicaciones específicas o incluso nuevas alternativas de tratamiento: el médico debe proporcionarlas al paciente.¹⁶⁰

En algunos contextos clínicos, la necesidad de la información sería aún mayor, especialmente cuando los resultados son inciertos. Por supuesto, hay quienes discuten la conciencia real de la persona de los actos médicos a los que será sometida cuando se vea afectada por una enfermedad grave que, simplemente por su existencia, podría sustraer a la persona la capacidad real de decisión, por estar, al menos, implicados emocionalmente.¹⁶¹

No menos es la implicación de quienes buscan asistencia médica cuando no pueden, por medio de las relaciones sexuales, haber cumplido el deseo de procrear. Sin embargo,

¹⁵⁸ Cfr. Turburu, Mariana, Salituri Amezcua, María Martina, & Vázquez Acatto, Mariana. (2017). La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado. Revista IUS, 11(39) Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100005&lng=es&tng=es.

¹⁵⁹ Cfr. Cañete, Roberto, Guilhem, Dirce y Brito, Katia. (2012). Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales. Acta bioethica, 18 (1), 121-127. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2012000100011>

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ Cfr. De la Luz Casas-Martínez crónica Miriam López-Roldán Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, B. A. A.-O. M. (2021). Recomendaciones bioéticas respecto al consentimiento informado de personas con discapacidad. Redalyc.org. <https://www.redalyc.org/journal/4577/457769670014/html/>.

la información precisa sobre los métodos y técnicas a ser empleados y los riesgos relacionados con ellos pueden no serles informados.

Al respecto, el consentimiento informado, expresión que comúnmente se usa al estudiar el consentimiento en la relación médico-paciente, es un concepto legal y no médico. El conocimiento de este hallazgo nos hace comprender que los cuidados con su concepción y alcance se ubican en el ámbito de actuación de los abogados y demás operadores del derecho y no en el ámbito específico de los profesionales de la salud.¹⁶²

También debe hacerse una advertencia, toda vez que, un error muy frecuente que hay que evitar es el de reducir el consentimiento informado a una forma simple, esta idea miope conduce a una sobrevaloración de un documento aislado, a menudo en detrimento de un conjunto de actos y hechos que pueden confirmar o desmentir en el contenido del formulario de consentimiento formalizado.

En la búsqueda del consentimiento informado efectivo y real, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo enseña que para que la decisión del paciente sea verdaderamente auténtica, informado y aclarado, reflejando sus verdaderos deseos, el consentimiento prescinde de tres requisitos básicos, a saber, capacidad (o competencia), información y voluntad¹⁶³

Para el autor, sin ninguno de estos tres elementos los efectos jurídicos se frustraría la obtención del consentimiento y, que la legitimidad y capacidad para consentir, se entiende que normalmente sólo el titular del bien jurídico de que se trate tiene derecho a consentir, salvo que no tenga capacidad para hacerlo.¹⁶⁴

Para el tema de nuestra investigación de procreación por medio de la Fecundación In Vitro reforzamos la necesidad del consentimiento de todos lo que intervienen, por regla general, los futuros padres que buscan la realización de la procreación y, cuando en su caso, el tercero implicado.

En cuanto a la información a transmitir, sin perjuicio de la dificultad respecto a la barrera del idioma, se considera que en general, la información deberá ser verdadera, clara y suficiente, así como las que deban facilitarse en todo caso del deber de informar. Es claro que el obstáculo, encontrado en términos médicos y en la dificultad de traducción de las

¹⁶² Vid. Vallejo Vilaro, V. (2019). Análisis del consentimiento informado al momento de aplicar el método ROPA en parejas de lesbianas en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2215>

¹⁶³ Vid. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (2009). O dever de informar dos médicos e o consentimento informado. Curitiba: Juruá. 1ª ed. 4ª Tir.

¹⁶⁴ Ídem.

posibilidades terapéuticas a un lenguaje comprensible, puede dificultar la comunicación médico paciente, pero no puede servir de excusa para la que no se proporcione la información.¹⁶⁵

Como se evidencia, la información debe ser veraz –corresponder a la realidad del paciente y el tratamiento sugerido– claro –traducido a términos de posible comprensión, para permitir su perfecto contenido y alcance y, en fin, suficiente para asegurar que todos los conocimientos necesarios sobre el procedimiento a emplear han sido transmitidos.

La voluntariedad, a su vez, termina expresando que la manifestación de la voluntad debe ser libre y sin ningún tipo de vicios. Hacemos notar que el requisito de voluntariedad sólo puede ser debidamente obedecida cuando el paciente, capaz de decidir libremente, ha entendido la información que se le ha pasado, porque la libertad de elección depende absolutamente del cumplimiento de su derecho a la información.

La Sala de lo Constitucional ha establecido que: *“en el campo de la Bioética se ha desarrollado un amplio análisis —derivado del reconocimiento de la dignidad del usuario de los servicios de salud— en torno al consentimiento informado, que es un proceso en el que el usuario de dichos servicios (públicos o privados) manifiesta voluntariamente su autorización para que el personal médico le realice procedimientos quirúrgicos, evaluaciones o tratamientos, con el objeto de aliviar padecimientos de salud o de someterse a investigaciones médicas. Dicho consentimiento se solicita en virtud de los riesgos que existen para la vida o integridad del paciente.”*¹⁶⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado a su vez que: *“la obligación de obtener el consentimiento informado significará el establecimiento de límites a la actuación médica y la garantía de que estos límites sean adecuados y efectivos en la práctica, para que ni el Estado, ni terceros, especialmente la comunidad médica, actúe mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud, y para el caso de las mujeres, servicios de planificación familiar u otros relacionados con la salud sexual y reproductiva”*.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Vid. Fabiana, I., & Arciniegas, G. (2022). El consentimiento en las técnicas de reproducción asistida en Colombia. Educa.co. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24067/Art%C3%ADculo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁶⁶ Cfr. Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 11 de marzo de 2015, Referencia 749-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁶⁷ Vid. Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Nos queda por concluir que el tema del consentimiento es fascinante y, es a menudo objeto de investigaciones científicas, especialmente en lo que se refiere al consentimiento para el tratamiento médico, sin embargo, dado lo que ya hemos podido exponer, en cuanto a la técnica de reproducción asistida objeto de este estudio, debe existir, sin duda, un consentimiento libre, informado e ilustrado por parte de todos los involucrados, para que se tenga garantizada, como ya se ha dicho, la libertad de elección y la decisión consciente de las personas que buscan procrear haciendo uso del avance de la tecnología y la medicina.

2.4 REFLEXIONES JURÍDICAS, ÉTICAS Y RELIGIOSAS QUE CONLLEVA EL ACCESO A REPRODUCIRSE POR MEDIO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

2.4.1 Aspectos religiosos.

La Iglesia Católica Romana se opone a la FIV. En 2007, el Papa Benedicto XVI declaró que la FIV y otras formas de reproducción asistida son métodos de concepción indignos, ya que separan el objetivo procreativo del sexo conyugal del objetivo de unir a una pareja casada. Una razón adicional de la resistencia a la FIV es que algunos embriones (comienzos de una nueva vida) se descartan.¹⁶⁸

La posición de las Iglesias ortodoxas orientales sobre la FIV parece ser algo menos restrictiva que la de la Iglesia católica. En algunas circunstancias, la Iglesia Ortodoxa Oriental permite el uso de gametos de los padres para la FIV, fertilizando sólo tantos embriones como se implantarán, evitando así escenarios en los que los embriones se descarten.¹⁶⁹

Entre las iglesias protestantes no existe una declaración común sobre la FIV. En la mayoría de los países protestantes, la FIV como tal ya no es discutida, pero algunas de sus aplicaciones sí lo son. Por ejemplo, la Iglesia de Inglaterra ha expresado su profunda

¹⁶⁸ Así se explica en Talciani, H. C. (1998). Bioética fundamental (Niceto Blazquez). uandes. https://www.academia.edu/71947535/Bio%C3%A9tica_fundamental_Niceto_Blazquez_.

¹⁶⁹ Vid. El Santo Sínodo de la Iglesia de Grecia. Comité de Bioética, Posiciones básicas sobre la ética de la Reproducción Asistida, Atenas, p. 2007:26–27.

preocupación por ofrecer tratamientos de fertilidad a mujeres solteras y parejas homosexuales.¹⁷⁰

A los seguidores de la fe judía se les anima a tener hijos ('Sed fructíferos y multiplicaos, llenad la tierra y sojuzgadla', Génesis 1:28). La FIV está permitida y en Israel se recomienda. Ciertos aspectos de la reproducción asistida siguen siendo controvertidos entre los judíos ortodoxos, por ejemplo la recogida de espermatozoides (el "derrame de semillas" está prohibido) y la donación de gametos y embriones.¹⁷¹

La jurisprudencia islámica establece que cualquier acto es permisible a menos que esté prohibido por un texto del Corán. El islam afirma la importancia del matrimonio, la formación de la familia y la procreación. Según las fatwas (opiniones/disposiciones religiosas) del islam sunnita, todas las formas de reproducción asistida están permitidas siempre que el espermatozoide y el ovocito sean los del marido y la mujer. Un tercero no puede intervenir en la concepción; es decir, no se permite la donación de gametos o embriones. La mayoría de los musulmanes suníes aceptan la gestación subrogada, siempre que los gametos procedan de los futuros padres.¹⁷²

Los principios y prácticas chiitas son similares a los de las fatwas suníes, excepto que los chiitas permiten la donación de gametos, con el argumento de que no implica relaciones sexuales con alguien fuera de la familia. Los musulmanes chiitas aceptan la gestación subrogada mediante FIV.¹⁷³

El hinduismo es liberal con la mayoría de los procedimientos de reproducción asistida, pero exige que el óvulo y el espermatozoide provengan de una pareja casada. Sin embargo, hay excepciones: el espermatozoide también puede provenir de un pariente cercano de un hombre infértil.¹⁷⁴

El budismo es muy permisivo con respecto a la FIV. No restringe el uso de la FIV a parejas casadas y se permite la donación de espermatozoides.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Vid. Iglesia Luterana. (2008). Posicionamiento de la IECLB sobre bioética. Portal Luterano. <https://www.luteranos.com.br/conteudo/ieclb-define-posicionamento-sobre-bioetica>.

¹⁷¹ Vid. Fishel Szlajen, F. (2015). Judaísmo y problemática bioética de la reproducción asistida: consideraciones generales. Edu.ar. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1408/1/judaismo-problematika-bioetica.pdf>

¹⁷² Vid. Normas sobre la fertilización in Vitro. (2019). Islamqa.info. <https://islamqa.info/es/answers/98604/normas-sobre-la-fertilizacion-in-vitro>

¹⁷³ Vid. Capítulo 2: Fundamentos de la moral sexual islámica (1). (2020). Al-islam.org. <https://www.al-islam.org/es/matrimonio-y-moral-en-el-islam-sayyid-muhammad-rizvi/cap%C3%ADtulo-2-fundamentos-de-la-moral-sexual>.

¹⁷⁴ Vid. Sarojini, N., Marwah, V., & Sheno, A. (2011). Globalisation of birth markets: a case study of assisted reproductive technologies in India. *Globalization and health*, 7, 1-9.

¹⁷⁵ Vid. Qiao J, Feng HL (2014). Tecnología de reproducción asistida en China: cumplimiento e incumplimiento. *Transl Pediatría*. 3 (2): 91-97.

En las sociedades china y japonesa existen influencias de varias religiones, como el budismo, el confucianismo, el taoísmo y el sintoísmo. Además, Japón es un país muy secularizado, y en China es común que se practiquen varias creencias al mismo tiempo (se ha sugerido que esto no debería llamarse 'religión' sino 'prácticas culturales', 'sistemas de pensamiento'), o «filosofías». Por tanto, es difícil estimar en qué medida las creencias religiosas han influido en la regulación de la FIV y otras formas de reproducción asistida en estos países.¹⁷⁶

En China, la FIV como tal está permitida, pero está prohibida la selección del sexo sin indicación médica, la gestación subrogada y la donación de gametos y embriones. La ley japonesa permite la FIV y la donación de esperma, pero no la donación de ovocitos ni la gestación subrogada. Después de varios fallos históricos de la Corte Suprema de Japón, la Sociedad Japonesa de Obstetricia y Ginecología ha permitido a las parejas no casadas el acceso a la FIV. El permiso no incluye mujeres solteras ni parejas del mismo sexo.¹⁷⁷

2.4.2 Aspectos jurídicos.

- **Número de embriones a implantar.**

Históricamente, en un esfuerzo por lograr tasas de embarazo "aceptables", la mayoría de las mujeres sometidas a fertilización in vitro (FIV) e inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) han recibido transferencias de múltiples embriones. Sin embargo, esta práctica genera altas tasas de embarazos múltiples, lo que genera malos resultados clínicos para la madre, sus hijos o ambos.¹⁷⁸

Una estrategia para reducir el riesgo de embarazos múltiples mediante la limitación del número de embriones transferidos debe equilibrarse con el riesgo de poner en peligro la tasa general de embarazos. Una solución obvia es considerar una política de transferencia de embriones individualizada basada en la identificación de parámetros clínicos y de laboratorio clave asociados con una mayor tasa de implantación. Precisamente por este

¹⁷⁶ Vid. Ron-El R, Rizk B (2012). Perspectivas religiosas en la reproducción humana. En: Gardner DK, Weissman A, Howles CM, Shoham Z, editores, editores. En 'Libro de texto de Técnicas de Reproducción Asistida', Cuarta Edición. págs. 451–456.

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ Vid. Reimundo P, Gutiérrez Romero JM, Rodríguez Pérez T, Veiga E (2021). Transferencia embrionaria única: estrategia clave para reducir el riesgo de embarazo múltiple en reproducción humana asistida. Adv Lab Med. 2(2):189–98. Spanish. doi: 10.1515/almed-2020-0095. PMID: PMC10197402.

motivo, todos los países que regulan la FIV establecen regulaciones respecto al número máximo de embriones para implantación en el útero.¹⁷⁹

La legislación portuguesa (Ley 32/2006) prevé en su artículo 24, tras disponer que el número de embriones creados debe ser estrictamente necesario, que “el número de ovocitos a inseminar en cada proceso debe tener en cuenta la situación. La clínica de pareja y la indicación general para la prevención del embarazo múltiple”.

Por su parte, en España el artículo 3 de la Ley 14/2006 sólo autoriza la Transferencia de un máximo de tres preembriones en cada ciclo reproductivo. Otros países, como Finlandia, Australia y Francia, sin embargo, abandonan regular específicamente este tema.

Por otra parte, en países como la India, Japón o Estados Unidos, no existe una legislación nacional en este sentido, sin embargo, existen guías de buena práctica clínica elaboradas por las Sociedades Científicas a nivel nacional o internacional que complementan las distintas legislaciones.¹⁸⁰

En la Unión Europea, en la mayoría de los países se establece un límite legal sobre el número de embriones a transferir por intento, pero los escenarios varían enormemente. En algunos países solo se permite uno (Austria o Bélgica en menores de 36 años) y en otros hasta tres, según la voluntad de los pacientes y el consejo del equipo clínico (España o Alemania, aunque en Alemania se recomienda un máximo de dos en menores de 37 años). En otros países, como Francia y Suecia, no se permite transferir más de dos embriones. Y en algunos, como Bélgica, la financiación pública está supeditada a la política de transferencia embrionaria. En Bulgaria, la ley aplica criterios concretos como edad de la mujer, número de intentos fallidos y estadio embrionario. En el extremo contrario, en República Checa, no existe ninguna ley sobre el número máximo de embriones a transferir, aunque la mayoría de las clínicas recomiendan transferir uno o dos.¹⁸¹

También cabe señalar que la tendencia es que, a medida que las técnicas de se perfecciona la reproducción, hay una disminución creciente en el número de embriones implantados. Otro aspecto directamente relacionado con el número de embriones es el llamado reducción embrionaria, que consiste, de hecho, en la eliminación de uno o más

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Vid. Präg P, Mills MC (2017). Assisted reproductive technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border reproductive care. In: Kreyenfeld M, Konietzka D, editors. Childlessness in Europe: contexts, causes, and consequences. New York: Springer International Publishing. pp. 289–309.

¹⁸¹ Cfr. Präg, P., Mills, MC, Kreyenfeld, M. y Konietzka, D. (2017). La falta de hijos en Europa: contextos, causas y consecuencias.

embriones, cuando el embarazo múltiple suponga un riesgo para la gestante o para el otro embrión.¹⁸²

La solución sería, según lo propuesto, el análisis de cada paciente individualmente, para una verificación precisa del número de embriones que se van a implantado. Sin embargo, si se produce un embarazo múltiple, éste puede continuar su curso normal, salvo que se demuestre plenamente el riesgo efectivo para la vida de la madre o del futuro hijo.

- **Embriones excedentes.**

En prácticamente todas las épocas que se aplicó la técnica de reproducción asistida (específicamente con fertilización in vitro), queda un “sobrante de embriones”, es decir, el número de embriones creados es menor que el número de embriones implantado. Esto sucede porque, técnicamente, hay una super estimulación. De ovario para que el cuerpo produzca, en lugar de uno solo, varios óvulos. Estos, a su vez, son fertilizados y, al cabo de tres días, los mejores son implementados y/o preservados, y aquellos que no fueron adecuadamente fertilizados se descartan.¹⁸³

Así, imaginando que en un procedimiento de fertilización, ocho embriones ya se han generado y se han implantado tres, quedan cinco. Si el embarazo es logrado con éxito en el primer intento, es obvio que estos no serán implantados, surgiendo, por tanto, la necesidad de regular sus destinos.

Básicamente hay cinco opciones: **(i)** preservación indefinida del embrión, porque se entiende que éste es un ser vivo y, como tal, sujeto de derechos; **(ii)** preservación del embrión durante un período de tres años (viabilidad media para nacido vivo debido a criopreservación); **(iii)** preservación de embriones siempre que los proveedores del material genético así lo determinen; **(iv)** donación a investigación científica y; **(v)** donación de embriones con fines de implantación en una tercera persona.¹⁸⁴

Como no podía dejar de serlo, tanto en la doctrina como en la legislación, los entendimientos en cuanto la determinación momento en el que aparece la vida, cuestión que, a su vez, está fuertemente permeada por motivos religiosos, por ejemplo, se sostiene

¹⁸² Cfr. Tobias, T., Sharara, F. I., Franasiak, J. M., Heiser, P. W., & Pinckney-Clark, E. (2016). Promoting the use of elective single embryo transfer in clinical practice. *Fertility research and practice*, 2, 1. <https://doi.org/10.1186/s40738-016-0024-7>

¹⁸³ Vid. Reguera-Cabezas, Marta, & Cayón-De Las Cuevas, Joaquín. (2021). Deseados pero abandonados: el incierto destino de los embriones criopreservados. *Revista de Bioética y Derecho*, (53), 139-157. Epub 21 de noviembre de 2022. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.53.36977>.

¹⁸⁴ Cfr. Vial, F. R. (1989). PROBLEMAS JURIDICOS Y MORALES QUE PLANTEAN LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION “IN VITRO.” *Revista Chilena de Derecho*, 16(3), 725–751. <http://www.jstor.org/stable/41608799>.

que el embrión está sujeto a derechos y que, por tanto, deben ser necesariamente preservado. Así, cada embrión es un ser humano, siendo su eliminación un homicidio eugenésico, una vez que la ley garantiza tus derechos, incluida tu vida, desde la concepción, poco independientemente de que haya sido administrada in vitro.¹⁸⁵

Proponiendo un “estatus jurídico del embrión”, María Leal de Meirelles Sostiene que no existe diferencia entre los derechos del embrión derivados de procedimiento de reproducción asistida y el concebido naturalmente. Siguiendo dicho razonamiento, concluye que, al eliminar un embrión in vitro se está faltando el respeto a la vida que allí existe y tiene posibilidades de desarrollarse. Por tanto, la necesidad de respetar al ser embrionario, desde el inicio de su ciclo vital, surge, sobre todo, de la extrema proximidad individual que existe entre él y la persona humana que pronto podrá presentarse plenamente desarrollada.¹⁸⁶

Después de exponer los argumentos favorables a la preservación del embrión, pasamos al análisis de los motivos de oposición (al que nos sumamos):

No se discute la propuesta de la palabra (preembrión) para marcar una diferenciación evolutiva como por ejemplo de embrión a feto, sino para significar que el preembrión no deriva del embrión, que tiene una naturaleza diferente, que si el segundo es tejido del primero, éste no se reduce a aquel. Para comprender este punto de vista, que tiene serias implicaciones éticas, debemos remontarnos a las primeras etapas del desarrollo del óvulo humano.

El argumento decisivo sobre la especie humana lo dan las propiedades de su cerebro: no existe un esbozo de la estructura nerviosa antes de los catorce días. Hay otras observaciones que confirman esta regla, como la constitución del eje longitudinal definitivo (raya primitiva) a los catorce días, o la elevada proporción de preembriones anormalmente constituidos (conceptus) que nunca llegarán a ser embriones.¹⁸⁷

Otra teoría, eminentemente optimizadora de la valoración de la vida humana, va más allá, si bien no reconoce la existencia de una nueva persona humana dotada de

¹⁸⁵ Vid. DINIZ, Maria Helena (2002). O Estado atual do biodireito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 504.

¹⁸⁶ Vid. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (2004). “Estatuto Jurídico do Embrião” apud SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey.

¹⁸⁷ Vid. García, A. Á., Hernández, I. G., García, J. A., Pincay, R. C., & Cubides, R. B. (2017). Evaluación científica a las teorías del origen de la vida e inclusión del modelo bíblico como una explicación alternativa. Unam.mx. Recuperado el 6 de septiembre de 2023, de <https://biblat.unam.mx/hevila/Apuntosuniversitarios/2017/vol7/no1/7.pdf>.

personalidad en el embrión, ve ya, en la vida embrionaria, el potencial de la persona humana.¹⁸⁸

A raíz de estas posiciones anteriores, es posible comenzar a establecer una comparación entre el embrión in vitro y las otras categorías que definen jurídicamente al ser humano, a saber: persona natural, feto y eventual descendencia.

El método avanzado de reproducción humana dio lugar a la posibilidad de una concepción extrauterina de la especie humana, que no encaja en el marco predeterminado de la visión conceptual clásica. Tampoco podría establecerse una asociación entre el embrión in vitro y el feto, porque este último se define como el ser concebido, anidado y en desarrollo en el útero de la madre. Más remota es la posibilidad de una asociación entre el embrión in vitro y la eventual descendencia, pues ésta se caracteriza como una filiación futura, mientras que, en el embrión, la concepción ya tuvo lugar, descartándose la eventualidad.¹⁸⁹

En definitiva, el embrión concebido y mantenido en laboratorio es una categoría emergente, totalmente distinta a los tipos previstos en el modelo tradicional, no encajando, por tanto, en ninguna de las definiciones anteriores, aunque, en extrema duda, está dotado de naturaleza humana, por lo tanto, merecedores de toda la protección jurídica concedida a las demás categorías mencionadas, siendo perfectamente aplicable a ellas el principio fundamental relativo a la dignidad humana y a la protección del derecho a la vida.

Asimismo, se pueden destacar tres paradigmas sobre el embrión humano: 1) lo que sea, de la fusión de los pronúcleos de los gametos, ser humano; 2) de libre que es un mero tejido o un conglomerado de células, utilización para fines científicos; 3) que, una vez reunidas ciertas condiciones, puede convertirse en un ser humano, merecedor de protección proporcionada a la etapa en la que se encuentra.

Mostrando las diferentes posiciones, Roberto Wider presenta dos grandes Teorías: la natalista, para la cual sólo existe personalidad desde el nacimiento con vida, con el feto, aunque protegido, condicionado, de manera suspensiva, al nacer vivo, y el concepcionista, que como su nombre indica, garantiza derechos humanos desde la concepción. Esta teoría,

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Vid. La, Reich, W., Th, V., María, D., González, D., Dra, V., Flory, A., Aguilar Pérez, S., & Bobadilla, D. (2008). ECOLOGÍA EMBRIONARIA Y FETAL. Unam.mx. <https://embriologia.facmed.unam.mx/wp-content/uploads/2019/03/ECOLOGIAFETAL.pdf>

sin embargo, trae subdivisiones, que se originan a partir del momento en que el embrión puede ser considerado digno de protección.¹⁹⁰

La primera corriente determina la existencia del embrión desde el inicio de su implantación en el útero de la madre, proceso conocido como “nidación”. El embrión se caracterizaría, a partir de este momento, por individualizado.

La otra corriente propone que es después de un período de catorce días, con la organización rudimentaria del sistema nervioso central y la implementación de los patrones constitutivos, que sería individualizado el nuevo ser.

Además de esto, existe una tercera opinión según la cual el embrión sólo después de dieciocho días, con la aparición de la placa neural, podría ser considerado como un ser individualizado.

Las soluciones legislativas también son diversas. La ley australiana de 2002 relativa a la investigación con embriones humanos procedentes de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, prevé la investigación en su artículo 27: proporciona la formación de un cigoto o embrión para fines previamente previstos a la investigación (siempre que con conocimiento previo de los proveedores del material genética) y también autoriza el uso de embriones no implantados para investigación, siempre y cuando se otorgue un nuevo consentimiento específico para tal fin.

El Código Civil griego, en su artículo 1459, establece que los proveedores de material genético adoptarán conjuntamente, por escrito, antes del inicio del tratamiento, una de las siguientes opciones: donación a terceros, uso en investigación o en tratamiento terapéutico y destrucción, estipulando que el plazo máximo del período de congelación es de cinco años, después de los cuales los embriones serán donados a investigación y tratamiento o destruidos (con la excepción, en este punto, de que no habrá destrucción del embrión después del día 14 de la fertilización).

En Finlandia, la Ley 1237/2006 establece inicialmente que, en caso de muerte de proveedores de material biológico, revocación del consentimiento y solicitud expresados, los gametos o embriones deben ser destruidos inmediatamente. Sin embargo, también

¹⁹⁰ Vid. Solís, L. S. (2000). TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. ASPECTOS BIOETICOS. Aebioetica.org. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

establece que dichas personas podrán consentir uso de aquellos para “otros fines legales” (Secciones 6 y 7).

En Portugal, esta cuestión se trata en los artículos 24 y 25 de la Ley 32/2006. El artículo primero, como se expuso anteriormente, determina que la creación de Los embriones debe realizarse en cantidades consideradas "necesarias para el éxito del proceso, de acuerdo con las buenas prácticas clínicas y los principios del consentimiento informados", teniendo la certeza de que “el número de ovocitos a inseminar en cada proceso debe tener en cuenta la situación clínica de la pareja y la indicación general de Prevención de embarazos múltiples”.

El segundo artículo básicamente trae dos reglas respecto a los embriones. excedentes: los beneficiarios deben comprometerse a utilizarlos en “nuevas proceso de transferencia de embriones en un plazo de tres años”. referido a plazo, los beneficiarios podrán optar por la donación o, aún, respecto de “los embriones que no tienen posibilidad de involucrarse en un proyecto parental”, para la beca de investigación.

Esto, por cierto, está regulado específicamente en el artículo 9 de la Ley, el que sólo permite el uso, para investigación científica, de embriones que haya reunirse bajo las siguientes condiciones: Embriones criopreservados, excedentes, para los cuales no existe proyecto parental; embriones cuya condición no permita su transferencia o criopreservación con fines de procreación; embriones que portan una anomalía genética grave; en el marco del diagnóstico genético preimplantacional; embriones obtenidos sin el uso de fertilización con esperma.

Anticipando la criopreservación como una opción y no como una obligación, la legislación española (Ley 14/2006), no establece el plazo máximo de criopreservación, dejando que los médicos la regulen, según la probabilidad de nacer vivo (artículo 14).

Por otro lado, una vez criopreservados, los destinos que se le pueden dar a son: utilización por la propia mujer o donación con fines reproductivos, donación con fines de investigación y destrucción pura y simple, la cual sólo está autorizada si no se realiza ninguna de las opciones anteriores.

En el ámbito del Sistema Interamericano, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* la Corte consideró que “*la evidencia científica coincide en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales del desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. La Corte observa que es recién después de cumplido el segundo momento... que se puede*

entender que ha ocurrido la concepción".¹⁹¹ Esto concuerda con el hecho de que, antes de la implantación, no hay marcadores químicos mensurables ni de otro tipo en los fluidos de la mujer que indiquen la presencia de un embrión. Sólo después de la implantación se puede identificar un embrión a través de la circulación de la mujer.

El Tribunal concluyó que, "el término "concepción" no puede entenderse como un momento o proceso exclusivo del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene posibilidades de sobrevivir si no se produce la implantación. Además, cuando se redactó el artículo 4 de la Convención Americana el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al redactar las disposiciones pertinentes de la Convención Americana, no se mencionó el momento de la fecundación."¹⁹²

Tras un examen exhaustivo de la historia y el contexto jurídico de la redacción de la Convención Americana, la Corte concluyó que un embrión no implantado consiste únicamente en células o tejidos humanos y que: *"La interpretación histórica y sistemática de precedentes existentes en el sistema interamericano confirma que no es admisible otorgar la condición de persona al embrión"*.¹⁹³

Esta conclusión se relaciona con la interpretación que hace la Corte de las palabras "en general" del artículo 4.1 de la Convención Americana, que establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción". Teniendo en cuenta los datos científicos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre salud reproductiva, incluido el aborto legal, se determinó que: ...la "concepción" en el sentido del artículo 4 (1) ocurre en el momento en que el embrión se implanta en el útero, lo que explica por qué, antes de este evento, el artículo 4 de la Convención (el Derecho a la Vida) no sería aplicable. Además, de las palabras "en general" se puede concluir que la protección del derecho a la vida bajo esta disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo.¹⁹⁴

¹⁹¹ Vid. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 186. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹⁹² Ibidem. Párr. 187

¹⁹³ Ibidem. Párr. 223.

¹⁹⁴ Vid. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 264. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

La decisión de la Corte de que un embrión in vitro no es una persona y no tiene derechos humanos, ni siquiera a la vida, es consistente con la jurisprudencia en evolución en Europa y Estados Unidos que está llegando a abordar dichos embriones como una forma de propiedad¹⁹⁵, desechables por sus originadores genéticos que no quieren utilizarlos para convertirse en padres.¹⁹⁶

- **Almacenamiento de embriones y gametos.**

Los humanos siempre hemos luchado por una forma de inmortalidad a través de nuestra descendencia genética. El almacenamiento de gametos ahora nos ha permitido planificar de manera prospectiva, permitiendo una desaparición prematura u opciones de reproducción social. El objetivo es que nuestra "identidad" genética continúe después de nuestra muerte. Aparte de lo que la persona fallecida pudiera haber deseado, a menudo es un deseo de la familia inmortalizar a su ser querido. Para la familia, el uso de gametos (o embriones) almacenados puede aliviar parte del dolor.¹⁹⁷

Por lo tanto, cuando los gametos se recolectan y almacenan antes del tratamiento del cáncer y el paciente muere, ¿la pareja restante debería tener derecho a usarlos para la FIV? En la práctica, este problema ocurre cuando la pareja restante es una mujer, pero hipotéticamente un compañero masculino restante podría solicitar usar un óvulo de una pareja femenina fallecida para contratar una madre sustituta.¹⁹⁸

¿Una persona que almacena espermatozoides, óvulos o embriones elegiría reproducirse después de la muerte? Quizás se pueda presumir que quien haya decidido conservarlos para su futura reproducción ha dado su consentimiento. Sin embargo, normalmente el consentimiento no implica el hecho de que la persona fallezca. Actualmente, el uso de gametos de personas fallecidas está prohibido por ley en Francia, Alemania, Suecia y otros países, incluso cuando existe el consentimiento por escrito del fallecido. En el Reino Unido, el espermatozoide de una persona fallecida se puede utilizar para la FIV si existe un consentimiento

¹⁹⁵ Vid. Dickens, B. M., & Cook, R. J. (2010). The legal status of in vitro embryos. *International journal of gynaecology and obstetrics: the official organ of the International Federation of Gynaecology and Obstetrics*, 111(1), 91–94. <https://doi.org/10.1016/j.ijgo.2010.07.004>

¹⁹⁶ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Evans contra Reino Unido*. Informes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2007. pág. 266. Caso Evans contra Reino Unido. Informes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2007. pág. 266.

¹⁹⁷ Vid. Batiza Resendiz, Víctor Alfonso, et al. (2020). Preservación de la fertilidad: opinión de un grupo de expertos. *Ginecología y obstetricia de México*, 88(11), 767-805. Epub. <https://doi.org/10.24245/gom.v88i11.4605>

¹⁹⁸ Vid. Robertson J. A. (2003). Extending preimplantation genetic diagnosis: the ethical debate. *Ethical issues in new uses of preimplantation genetic diagnosis*. Human reproduction (Oxford, England), 18(3), 465–471. <https://doi.org/10.1093/humrep/deg100>

por escrito antes de la muerte. En los Estados Unidos, las prácticas varían de una clínica a otra y no siempre se requiere el consentimiento por escrito.¹⁹⁹

La recuperación post mortem de esperma plantea importantes preocupaciones éticas y legales, incluidas cuestiones de consentimiento implícito/presunto y la designación del esperma como propiedad. En muchos países, la situación legal no está clara. La mayoría de los comentaristas parecen estar de acuerdo en que un principio fundamental es no reproducir a nadie sin su permiso. Por tanto, se debe obtener el consentimiento. En los países donde está prohibido el uso de gametos de personas fallecidas (ver arriba), cualquier uso requeriría una modificación de la legislación.²⁰⁰

Los familiares en duelo no siempre están en condiciones de tomar decisiones racionales. Por ello, algunos expertos recomiendan tiempos de espera obligatorios (hasta un año) antes de utilizar el esperma recuperado para la concepción.

Si una pareja que ha decidido almacenar embriones para uso futuro se separa y sólo uno de los miembros quiere utilizarlos (en un caso hipotético, el hombre puede querer utilizar los embriones para la gestación subrogada), ¿quién es el "dueño" de los embriones y ¿tiene derecho a decidir (sería más apropiado hablar de disposición que de propiedad estricta)?

Un caso del Reino Unido que atrae mucha atención pública puede ilustrar la complejidad ética y jurídica. Los embriones se almacenaron antes de la ooforectomía en una mujer con cáncer de ovario. Cuando la pareja se separó medio año después, el hombre quiso destruir los embriones. La clínica informó a la mujer que las leyes del Reino Unido exigían el consentimiento de ambos socios para continuar con el almacenamiento. La mujer llevó el caso a los tribunales, hasta llegar a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los tribunales, tanto británicos como europeos, decidieron en contra de los deseos de la mujer (pero las decisiones no siempre fueron unánimes). El dilema legal (y ético) era: cómo sopesar la necesidad de consentimiento de ambos socios frente al derecho a una vida familiar consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Gran Sala decidió que el derecho a la vida familiar no podía anular la retirada del consentimiento

¹⁹⁹ Cfr. Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (2019). Pruebas de embriones y selección de sexo. <https://www.hfea.gov.uk/code-of-practice/10>

²⁰⁰ Vid. Bayefsky M. J. (2016). Comparative preimplantation genetic diagnosis policy in Europe and the USA and its implications for reproductive tourism. *Reproductive biomedicine & society online*, 3, 41–47. <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2017.01.001>

por parte de la pareja masculina. Así, el principio de consentimiento cuenta con un fuerte respaldo jurídico del Tribunal Europeo.²⁰¹

- **La FIV y prueba genética preimplantacional (PGT).**

El hecho de que la FIV pueda utilizarse para fines distintos del tratamiento de la infertilidad plantea cuestiones y dilemas éticos adicionales.

En familias en las que previamente ha nacido un niño con una enfermedad monogénica grave o si existe un alto riesgo de aneuploidía, la prueba genética preimplantacional (PGT; anteriormente PGD, diagnóstico genético preimplantacional) ofrece una manera de escapar de un embarazo con un niño gravemente enfermo. Se puede evitar un posible aborto tardío o el nacimiento y muerte prematura de un bebé. Para enfermedades monogénicas graves o letales de aparición temprana y reordenamientos cromosómicos estructurales, el uso de PGT no es relativamente controvertido desde el punto de vista ético.²⁰²

Otras aplicaciones de PGT han planteado preocupaciones éticas. La pregunta más obvia es: ¿Qué enfermedades y aneuploidías se deben evaluar? Cada vez más se considera el PGT para afecciones de aparición tardía, de penetración variable y menos graves. Aún más desafiante desde el punto de vista ético: ¿podrían las pruebas basarse en características no relacionadas con enfermedades con influencias genéticas, como la inteligencia y la belleza (lo que se ha llamado 'perfiles genéticos preimplantatorios')? La preocupación de que tales pruebas condujeran a elegir un niño para ordenar, como un producto diseñado simplemente para satisfacer las necesidades y deseos de los padres ("bebés de catálogo"), surgió ya cuando se introdujo el PGT en los años 1990.²⁰³ Esta perspectiva ha creado temores de que la creciente frecuencia de los "perfiles genéticos" se convierta en un movimiento eugenésico moderno.²⁰⁴

El PGT también puede utilizarse para seleccionar embriones por sexo y así alcanzar lo que se ha denominado "equilibrio familiar". Ha surgido una preocupación particular cuando la FIV se ha utilizado para la selección por sexo en poblaciones donde se prefiere

²⁰¹ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Evans contra Reino Unido. Informes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2007. pág. 266. Caso Evans contra Reino Unido. Informes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2007. pág. 266.

²⁰² Vid. Ahmad A (2011). Vida después de la muerte: la ética del uso póstumo de gametos. BioNoticias. 2011;625. https://www.bionews.org.uk/page_93200

²⁰³ Braude, P., Pickering, S., Flinter, F., & Ogilvie, C. M. (2002). Preimplantation genetic diagnosis. Nature reviews. Genetics, 3(12), 941–953. <https://doi.org/10.1038/nrg953>

²⁰⁴ Ordóñez Maldonado, A. (2019). DE LA EUGENESIA AL TRANSHUMANISMO. En ¿Transhumanismo o posthumanidad?: La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Obtenido de <https://doi.org/10.2307/j.ctv10rrcg3.9>

a los hijos varones sobre las hembras por razones culturales y económicas. En el Reino Unido, el uso de PGT para la selección del sexo de embriones por razones no médicas está explícitamente prohibido.²⁰⁵

Los casos muy publicitados de "hermanos salvadores" se refieren al uso de la tipificación de tejidos preimplantacional (PTT) para seleccionar embriones que podrían producir niños aptos para convertirse en donantes de células madre o tejidos para hermanos que padecen enfermedades graves.²⁰⁶ Los méritos de salvar a un hermano pueden racionalizarse y elogiarse. Sin embargo, en otras donaciones de órganos y tejidos, se rechaza el tratamiento de una persona con el único fin de convertirse en donante. En PTT, las cuestiones sobre el consentimiento y la protección de la autonomía de los niños se vuelven primordiales.

La regulación de PGT y PTT varía entre países, a menudo también entre regiones del mismo país. En la mayoría de los países, el PGT está permitido, ya sea por legislación o porque no existe una prohibición explícita.²⁰⁷ La regulación más detallada probablemente se encuentre en el Reino Unido, donde la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (HFEA) enumera más de 600 condiciones genéticas para las cuales se permite el PGT. Estas condiciones también han sido aprobadas para su uso en casos que involucran PTT. Sin embargo, a diferencia del PGT, el PTT requiere una aprobación adicional caso por caso para pacientes específicos.²⁰⁸

Hay intentos de armonizar el uso del PGT en los países de la Unión Europea. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado a Italia y Letonia por negar el acceso al PGT. El Tribunal se refiere al derecho a traer al mundo un niño que no esté afectado por la enfermedad que porta²⁰⁹. En otros países, como Canadá y Estados Unidos, no existe una regulación nacional del PGT. Se ha argumentado que no regular el PGT implica también adoptar una posición moral.²¹⁰

²⁰⁵ Radi, B. (2020). Reproductive injustice, trans rights, and eugenics. En *Sexual and Reproductive Health Matters* (págs. 396-407). Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/48617639>

²⁰⁶ Sui, S., & Sleeboom-Faulkner, M. (2010). Choosing offspring: prenatal genetic testing for thalassaemia and the production of a "saviour sibling" in China. *Culture, Health & Sexuality*, 12(2), 167-175. <http://www.jstor.org/stable/27784530>.

²⁰⁷ Nakasato, K., Yamamoto, B. A., & Kato, K. (2022). Evaluating standards for 'serious' disease for preimplantation genetic testing: a multi-case study on regulatory frameworks in Japan, the UK, and Western Australia. *Human genomics*, 16(1), 16. <https://doi.org/10.1186/s40246-022-00390-3>

²⁰⁸ Vid. Duguet AM, Boyer-Beviere B (2017). Diagnóstico genético previo a la implantación: la situación en Francia y en otros países europeos. *Eur J Ley de Salud*. 24 : 160-74.

²⁰⁹ Vid. Puppinckes G. Costa y Pavan vs. Italia y la convergencia entre derechos humanos y biotecnologías. <https://eclj.org/eugenics/echr/italie-et-la-convergence-des-droits-de-lhomme-et-des-biotechnologies>.

²¹⁰ Vid. Pennings G. (2004). Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. *Human reproduction* (Oxford, England), 19(12), 2689-2694. <https://doi.org/10.1093/humrep/deh486>

- **Donación de material genético de terceros.**

Tras analizar la posibilidad de donar o adoptar el embrión sobrante, pasamos ahora al análisis del tema relativo a la donación de gametos (espermatozoides y óvulos), que también se enfrenta a un grave problema: la posibilidad, o no, de la identificación del donante, con graves repercusiones como paternidad, identificación para futuros matrimonios, tratamiento de enfermedades transmisibles genéticamente y otros.

Dicho procedimiento, en el que parte del material el fertilizante es proporcionado por terceros donantes se llama mejoramiento heterólogo, denominándose reproducción homóloga cuando ésta no ocurre.

La legislación española, es más específica. De acuerdo con sus disposiciones, el Gobierno mantendrá un Registro Nacional de Donantes, para respetar una regla singular: ningún donante puede generar más de seis hijos. Esta ley también establece que la donación debe ser contratada por escrito, en un contrato libre y revocable en cualquier momento por el donante quien, para ser admitido como tal, deberá ser mayor de edad, capaz y sujeto a controles médicos, como psicológico.²¹¹

La identidad tanto de los donantes como de los receptores debe mantenerse en el anonimato y, sólo excepcionalmente, en circunstancias que puedan supongan un peligro para la vida o la salud del embrión, o cuando pueda haber repercusión delictiva, la identidad puede ser importante, la cual debe ser de naturaleza restringida.

Los hijos nacidos de donación tienen, sin embargo, derecho, por sí o por sus representantes legales, para obtener información general sobre el donante, excluidos, sin embargo, su identidad, dado que el mismo derecho corresponde al destinatario del gametos o preembriones.

La ley canadiense aborda la cuestión de manera similar a la ley portuguesa, es decir, de manera más general: se autoriza la donación de gametos masculinos o femeninos, o incluso preembriones, por personas mayores de 18 años, en contrato escrito y absolutamente libre. Sin embargo, existe una predicción interesante sobre la posibilidad de

²¹¹ Vid. Xavier, J. P. (2018). Nuevos Desafíos Jurídicos a la Bioética Reproductiva.: La Ley Portuguesa y Española de Reproducción Medicamente Asistida de 2006. In L. M. Martín, A. T. E. Sánchez, E. M. S. Ramos, R. M. Gonçalves, & F. da Silva Veiga (Eds.), *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana* (1st ed., pp. 203–220). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gn2h.14>

eliminación del material genético después de la muerte del donante, siempre que el donante haya dado consentimiento previo por escrito.²¹²

La ley australiana presenta una innovación interesante, ya que establece que, en los casos de donación de gametos, si el donante está casado, también debe haber consentimiento de su cónyuge. A continuación, ese artículo también señala que “los donantes no pueden ser considerados padres del niño que ha de nacer”.²¹³

En cuanto al origen genético propiamente dicho, las personas nacidas como resultado de procesos de donación de gametos o embriones pueden, junto con los servicios sanitarios competentes, obtener la información de carácter genético que le concierne. Este “derecho a saber” ha ganado atención académica y jurídica internacional. Austria, el Reino Unido, Suecia y Nueva Zelanda han exigido a las clínicas que registren la información médica e identificable del donante.²¹⁴ Suecia fue el primer país en prohibir las donaciones anónimas en 1984, estipulando que el niño tiene derecho “cuando sea suficientemente maduro” a conocer la identidad del donante.²¹⁵ Numerosos estudios han demostrado, como resultado, que los padres de niños concebidos por donantes revelan más a menudo y antes, cultivando una cultura de apertura y reconociendo el derecho del niño a saber.²¹⁶ La ley británica permitió a los adultos concebidos por donantes obtener información del donante del registro nacional de la Autoridad de Embriología y Fertilidad Humana a partir de abril de 2005.²¹⁷ Al mismo tiempo, todas las clínicas obtuvieron información identificable de los donantes, lo que significa que aquellos adultos concebidos por donantes podrían recibir esta información a partir de 2023.²¹⁸

En particular, entendemos que toda persona debe tener derecho a conocer su filiación. Así, los nacidos como resultado de una reproducción artificial heteróloga debe garantizarse el acceso a los datos personales de los donantes, ya que, en el conflicto de derechos que involucra anonimato y conocimiento de filiación, este debe prevalecer.

Por otro lado, se debe mantener una base de datos con las características genéticas del donante, para verificar, por ejemplo, eventualmente la compatibilidad para un trasplante

²¹² *Cfr.* Martínez, J. V. (2019). ACERCA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. Idibe.org. <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/478-513.pdf>

²¹³ *Ídem.*

²¹⁴ *Cfr.* Rich Vaughn (2020). ¿Es el anonimato de los donantes de esperma una cosa del pasado?, Int'l Fertility L. Group,

²¹⁵ *Cfr.* Brigitte Clark (2012). ¿Un acto de equilibrio? Los derechos de los niños concebidos por donantes a conocer sus orígenes biológicos, 40 Ga. J. Int'l & Comp. L. 619, 635.

²¹⁶ *Ídem.* Pp. 635-636.

²¹⁷ Brigitte Clark (2012). ¿Un acto de equilibrio? Los derechos de los niños concebidos por donantes a conocer sus orígenes biológicos, 40 Ga. J. Int'l & Comp. L. 619, 635.

²¹⁸ *Ídem.*

y, en el caso del matrimonio, pensamos que la ley debería crear un mecanismo de control de donantes para garantizar que no haya posible matrimonio posterior de parientes hasta el tercer grado, ambos derivados de diversas donaciones del mismo donante, como la familia original del donante con la persona que se generó.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1. Tipo de estudio.

Este es un estudio teórico descriptivo y propositivo, ya que tiene como objetivo detallar el estado actual del problema identificado, teniendo en cuenta su naturaleza, alcance, limitaciones y puntos clave. Además, tras diagnosticar y evaluar el objeto de la investigación, ofrecerá soluciones al problema y carencias identificadas, para que se realice una propuesta o recomendación.

3.2. Tipo de investigación.

Investigación Jurídica documental, que revisa críticamente la legislación vigente y las disposiciones constitucionales, así como las investigaciones publicadas sobre el tema. La literatura incluye jurisprudencia, legislación, normas internacionales, instrumentos, artículos de revistas, libros de texto, fuentes de internet y bases de datos electrónicas.

3.3. Método de investigación.

Método descriptivo, comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o procesos de los fenómenos.

3.4. Técnica e instrumento.

Estudio de casos jurisprudenciales.

Análisis de sentencias y leyes.

3.5. Etapas de la investigación.

Las etapas serán cuatro:

1. Formulación: se explicará el objeto de estudio.
2. Diseño: se abordará la metodología a utilizar.
3. Ejecución: se desplegarán las estrategias para acceder a la recolección de datos, obtenerlos, almacenarlos y analizarlos.
4. Cierre: se sistematizará el proceso y el resultado del trabajo investigativo realizado.

3.6. Procedimiento de análisis e interpretación de resultados.

Este procedimiento se realizó en cuatro pasos:

1. Preparación y organización de datos: se revisará toda la documentación disponible.
2. Reseña y exploración de los datos: se examinarán las posturas, propuestas y soluciones comunes y distintas al problema.
3. Desarrollo del marco teórico.

Representación de resultados: se presentarán los datos, estableciendo los hallazgos obtenidos y las conclusiones a las que se lleguen.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES.

En primer lugar, el acceso a la fecundación in vitro, como parte del desarrollo científico y tecnológico en el área de la medicina reproductiva, debe ser asegurada por el Estado como una manifestación del derecho fundamental que toda persona tiene, a la autonomía reproductiva, en los términos en que ha sido reconocido por la Sala de lo Constitucional, a través de su jurisprudencia. En otras palabras, el acceso a esta técnica no debe ser restringido, sino más bien, regulado, a efecto de establecer, las condiciones o requisitos que deben cumplirse para poder disponer de la misma, progresivamente, en el Sistema público de salud, por ejemplo, de manera especial, para los casos de personas que pretendan la superación de un problema de infertilidad o esterilidad.

En segundo lugar, debe entenderse que, por un lado, el contenido de este derecho fundamental, genera una obligación de abstención al Estado, en el sentido de no interferir en la decisión de las personas de acceder a la técnica de la fecundación in vitro para poder llevar a cabo su proyecto de vida digna relacionado con la procreación; y, por otra parte, incluye una obligación de hacer, es decir, de crear las condiciones para garantizar su accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad, lo que implica, por ejemplo, financiar el tratamiento médico respectivo por medio del sistema de salud público, pues no solo basta que se reconozca el derecho formalmente, si no existe la posibilidad de materializarlo ante la falta de recursos económicos, toda vez que, la fecundación in vitro, no es fácil de costear en términos económicos, conlleva una fuerte inversión si se realiza en el ámbito privado de salud; por ende, no todas las personas pueden asumir los costos, y se vuelve necesario, desde el principio de igualdad, que sea el Estado quien adopte las medidas necesarias para que, a corto, mediano o largo plazo, pueda llegar a ser una realidad.

En tercer lugar, no se ignora que, uno de los principales obstáculos es la falta de recursos económicos para poder cumplir con esta obligación positiva del derecho a procrear por medio de la fecundación in vitro como manifestación del derecho a la autonomía reproductiva; sin embargo, la falta de adopción de medidas, por ejemplo, de tipo presupuestario para ser garantizado mediante el sistema público de salud, se traduciría *per se*, en una especie de negación del derecho, pues no existirán las condiciones adecuadas para poder ejercerlo plenamente. En tal sentido, El Salvador se ve obligado, no sólo desde la Constitución, sino desde un enfoque convencional, a retomar la experiencia de otros países latinoamericanos, cuya realidad y sistema jurídico se asemeja, ya que, ello marca la pauta no sólo para el reconocimiento del derecho, sino para su efectivización de forma progresiva, en aras de asegurar el acceso a esta y otras técnicas de reproducción humana asistida. Por tanto, el reto se halla en abordar el problema, primero, desde una perspectiva normativa; segundo, institucional; y, tercero, presupuestaria, como parte de una política pública de salud.

En cuarto lugar, cabe destacar que, ante la escases de recursos económicos para ofrecer, desde el sistema público de salud el acceso a la fecundación in vitro, es necesario que, el Estado, diseñe una estrategia de priorización de los casos de las personas que requieren, demandan o exigen dicho tratamiento médico, y tal como se ha apuntado en esta investigación, precisamente, uno de los criterios, por sus implicaciones, deber ser, tomar en cuenta a la población que sufre problemas de infertilidad o esterilidad, especificando con

claridad, el resto de condiciones o requisitos que deben reunirse para ser candidato al subsidio del Estado en este servicio de salud.

En quinto lugar, constituye una exigencia determinante, el hecho de que, como consecuencia del reconocimiento del derecho en cuestión, el Estado tiene el deber ineludible de legislar al respecto, en razón de todas las implicaciones éticas y problemas jurídicos que pueda traer consigo el acceso a la fecundación in vitro, debiéndose tener como punto de partida los aspectos propios de la bioética, debido a la intersección de la ciencia, la medicina, la tecnología, los derechos fundamentales y la ley, dando lugar al bioderecho, que, entre otras cosas, promueve la regulación normativa de la manipulación genética, desde el ámbito de la interdisciplina, como una forma de dar respuestas idóneas a los problemas derivados del empleo de la fecundación in vitro.

De ahí que, como piso mínimo, la legislación debe contener, por ejemplo, los tipos de técnicas de reproducción asistida o los métodos aplicables, los requisitos para acceder a las mismas, la determinación de la filiación, la protección jurídica del embrión, el uso de los embriones para fines de investigación, el destino de los embriones sobrantes, los alcances de las decisiones de quienes aporten el material genético, el manejo de los datos relativos a los donantes de material genético, entre otros, teniendo como base, el derecho y la jurisprudencia comparada en la materia.

En sexto lugar, aunque se recurre categóricamente a la dignidad humana como un dato ético y jurídico constitucional importante para perfilar los límites de la libertad científica, especialmente cuando se trata de pruebas e investigaciones con células humanas, es pertinente que, las decisiones legislativas, institucionales o de políticas públicas, no se sustenten en prejuicios o preconcepciones restrictivas, tradicionales o conservadoras sobre el tema, por ejemplo religiosas, respecto del uso de la fecundación in vitro y otras técnicas de reproducción humana asistida.

En séptimo lugar, es oportuno dejar claro que, pese a no ser un tema pacífico, el estatus jurídico del embrión no implantado implica que, puede ser considerado como una "entidad no personificada", teniendo claras las diferencias entre las teorías de la fecundación y la implantación o anidación, sin que ello signifique que el embrión no merece ningún tipo de protección, pues, desde la bioética, aunque no es persona; y, por ende, no disfruta plenamente del derecho fundamental a la vida, ello no debe interpretarse en el

sentido de que se puede disponer libre y discrecionalmente, de cualquier manera, de los embriones sobrantes para fines de experimentación e investigación.

Lo anterior, evidentemente, no debe leerse en el sentido de que no se admita el uso investigativo, por ejemplo, de células madre, como método para buscar alternativas que garanticen respuestas a problemas graves de salud, con el horizonte de lograr una mejor calidad de vida para casos de innumerables personas que esperan ansiosamente los avances de la ciencia médica sobre este punto, pues, es un hecho evidente, que, científicamente, las células embrionarias, prometen resultados curativos muy superiores a los considerados ya “maduros”, tomados de la médula ósea o del cordón umbilical. Por tanto, la Sala de lo Constitucional, como intérprete último de la Constitución, vía jurisprudencial, se verá en la necesidad de adoptar una postura respecto del tema, en especial, teniendo en cuenta que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se ha referido al mismo, haciendo no sólo un análisis convencional, sino incluso constitucional, desde el marco jurídico del Estado de Costa Rica; y, si bien, es claro que, según el Sistema de Fuentes, el derecho internacional no se superpone a la Constitución, desde la perspectiva del diálogo jurisprudencial y la democratización de la justicia, no sería la respuesta más adecuada, un abordaje contrario radicalmente, al ya adoptado por la Corte IDH y otros prestigiosos tribunales constitucionales de la región que marcan la pauta en la evolución de este tema.

En octavo lugar, el reconocimiento del derecho fundamental a la procreación asistida por medio de la FIV o como una manifestación de la autonomía reproductiva, exige al Estado, en la obligación de legislar, la necesidad de establecer controles que permitan un monitoreo, fiscalización o supervisión de las entidades privadas que cuenten con la autorización para llevar a cabo este tipo de procedimientos y la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida, para evitar situaciones contrarias a la ética médica, por ejemplo, mediante procedimientos como el diagnóstico genético preimplantacional, que, si bien, puede ser utilizado para fines humanitarios, también ha sido aplicado con objetivos de discriminación, e incluso comercialización, por ejemplo, la fabricación de niños de catálogo o repuestos.

Finalmente, en la medida que es imposible universalizar los valores morales en diferentes sociedades, con formas de pensar, sentir y actuar, se vuelve indispensable el respeto a la moral peculiar de cada sociedad, al tratar un tema polémico como la FIV; por consiguiente, se sugiere que El Salvador avance hacia un modelo de proyecto

latinoamericano específico que favorezca los principios de equidad y solidaridad, sin excluir la voluntad del paciente. En tal sentido, también corresponde a la sociedad civil organizada, asegurar la coordinación de esfuerzos en el sentido de que la mayoría de sus miembros tengan cubiertas sus necesidades básicas, siendo la salud uno de ellos. Es evidente que no habrá un orden social justo en lo que respecta a la salud reproductiva, en la medida en que, persisten tantos problemas sociales que pueden resultar más graves que la infertilidad humana, pero, intentarlo vale la pena.

RECOMENDACIONES.

1. Que la Sala de lo Constitucional de El Salvador reconozca que dentro de las manifestaciones del derecho fundamental a la autonomía reproductiva que ha sido reconocido en su jurisprudencia, se incluye la procreación por medio de la fecundación in vitro. Lo anterior, porque como se ha argumentado, la reforma constitucional no es tan viable que suceda, por ser un tema que tiene connotaciones éticas y religiosas y, porque el trámite que debe seguirse para poder concretizarlo es complejo, siendo más viable, el reconocimiento que pueda hacer la Sala de lo Constitucional por medio de un proceso de amparo, si se vulnera este derecho a un ciudadano, o por un proceso de inconstitucionalidad en el que se alegue una protección deficiente por no existir una ley que desarrolle este derecho y, por ello, se imposibilite su exigibilidad y cumplimiento de manera directa.
2. Que el legislador salvadoreño desde su libertad de configuración emita una ley especial que recoja en su contenido el derecho a acceder a la FIV, a conocer los orígenes, derecho a la salud, la donación anónima, los problemas que generan conflictos bioéticos con trascendencia jurídica como es la maternidad subrogada, derecho a la vida del embrión, manipulación genética, eugenesia, diagnóstico preimplantacional, comercialización de la FIV, etc. Además, adecue la normativa que resulte prohibitiva en la implementación de esta técnica y, para ello, se sugiere que se oriente por los principios de la bioética y tome en cuenta las experiencias de los países latinoamericanos y europeos que en la actualidad se encuentra garantizando este derecho.

3. Se cree desde la ley, un ente contralor con autonomía y competencias o atribuciones, relativas, no solo a la supervisión de la implementación de la FIV, sino que al mismo tiempo lleve un registro y control de las personas que acceden a esta técnica, de las instituciones públicas y privadas que ofrezcan este servicio y que se siga un monitoreo constante en la forma en la que manipulan el material genético.
4. Que se cree una Comisión de Bioética que se encargue de asesorar desde un punto de vista bioético, todas las cuestiones sociales y jurídicas que surjan de los avances científicos en el campo de la medicina y la biología, de ahí que, mínimamente se sugiere que tenga las siguientes funciones: proporcionar información y promover el debate dentro de la sociedad sobre hallazgos clave en los campos de la medicina, la biología y las cuestiones éticas relacionadas; presentar recomendaciones para uso práctico; presentar sugerencias sobre las medidas legales necesarias; y, elaborar informes periciales sobre temas particulares.
5. Se promueva la investigación con embriones excedentes siempre y cuando la pareja o la persona así lo decida, en tanto que, se reconozca y defina que fuera del útero materno dicho material genético no puede dársele un estatus de persona, tal y como se ha establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, al señalar que solo si el embrión se inserta en el útero materno, tiene probabilidades de desarrollarse y tener vida; y, en la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Evans c. Reino Unido, que ha estipulado que dicha decisión debe ser propia de las personas que se someten a este tipo de técnicas para reproducirse con asistencia médica.
6. Que exista un registro nacional de las personas que donen material genético para que se garantice que los niños y niñas que nazcan mediante la donación de esperma y ovocitos, con vistas a facilitar el intercambio de información, para que el donante esté protegido ante cualquier solicitud para determinar la filiación o una herencia o reclamación de dicha filiación; o, que el donante tenga derecho a contactar a un niño o niña nacido de donación, a excepción de los casos en que el niño o niña concebido por el donante tenga la opción de contactar al donante después de que cumpla 16 o 18 años, sujeto a ciertas condiciones, con el objetivo de hacer cumplir un límite superior al número de posibles donaciones por parte del mismo donante, garantizar

que los parientes cercanos no puedan casarse y localizar a los donantes si surgiera la necesidad médica. Todo lo antes mencionado, es la tendencia actual en Europa, y se realiza por medio de una ley, de tal suerte que, El Salvador puede incluirlo en la ley especial que se propone *supra* o en una legislación aparte según se estime conveniente.

7. El Legislador salvadoreño deberá de realizar una reforma al Código de Familia en cuanto a la manera de establecer la filiación de los niños y niñas que nacen por medio de la FIV, así como de cualquier otra técnica heteróloga, debido a que, con el uso de estas técnicas para reproducirse de manera asistida, el elemento biologicista se ve desplazado por el elemento volitivo para determinar la filiación, por eso se ha venido desarrollando el término “voluntad procreacional” que consiste en reconocer que un padre o madre legal es aquel quien presta su consentimiento para que se lleve a cabo esta y así ver realizado su deseo de procrear.
8. Se cree un fondo o se solicite ayuda internacional para poder financiar dentro del sistema de salud público el acceso a la técnica de la FIV para que las personas puedan ver realizado su derecho de procrear, máxime, cuando la Corte IDH ha establecido que los Estados parte, tienen la obligación de garantizar el derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida. Por ello, es necesario que la Asamblea Legislativa destine dentro del presupuesto general de la nación una parte de fondos para financiar en el área de salud una política pública para el acceso de la FIV.
9. Teniendo en cuenta la capacidad financiera estatal, se propone que El Salvador diseñe una serie de requisitos de elegibilidad de las personas que soliciten acceder a la FIV por medio del sistema de salud pública, tomando en cuenta un cierto rango de edad, el hecho de que no se haya procreado ningún hijo o hija y hayan transcurrido como mínimo dos años intentando llevar a cabo el embarazo como causa de algún problema de infertilidad o esterilidad, la capacidad económica para poder costearse un ciclo de FIV, no muestran evidencia de baja reserva ovárica (donde los óvulos en los ovarios son bajos en cantidad o calidad), entre otros, que quedan al margen del legislador atendiendo a las valoraciones y justificaciones que se brinden para poder llevar a cabo esta propuesta.

GLOSARIO.

1. **Bioderecho:** constituye una nueva forma de afrontar la búsqueda de soluciones a los conflictos que plantea la era moderna.
2. **Bioética:** el estudio de cuestiones éticas, sociales o legales que surgen en la biomedicina y la investigación biomédica.
3. **Blastocisto:** término para un embrión cinco días después de la fertilización que ahora ha desarrollado una forma distintiva con diferentes partes claramente identificables dentro de su cavidad llena de líquido.
4. **Cuello uterino:** el cuello del útero. La transferencia de embriones normalmente implica pasar un pequeño catéter blando a través de este.
5. **Embrión humano:** Es un ser humano vivo en su fase inicial de desarrollo, desde la etapa de cigoto hasta las 8 semanas después de la fecundación.
6. **Endometrio:** la membrana que recubre el interior del útero.
7. **Endometriosis:** la presencia del revestimiento normal del útero [llamado endometrio] en lugares anormales del cuerpo como las trompas de Falopio, los ovarios y la cavidad peritoneal.
8. **Fase folicular:** a primera mitad del ciclo ovárico de una mujer después de la menstruación y durante la cual crecen los folículos.
9. **Feto:** Es un ser humano vivo en desarrollo, desde las 8 semanas después de la fecundación hasta el momento del parto en que se convierte en un recién nacido.
10. **Gameto:** palabra que describe las células reproductoras masculinas y femeninas, es decir, el espermatozoide y el óvulo.
11. **ICSI [Inyección intracitoplasmática de espermatozoides]:** la técnica de fertilidad en la que se selecciona un solo espermatozoide y se inyecta directamente en un óvulo. ICSI de gran aumento utiliza un aumento extremadamente alto para ayudar a la selección de espermatozoides para pacientes específicos.
12. **Implantación:** a incrustación del embrión en el revestimiento del útero 6-7 días después de la fecundación.
13. **Inducción de la ovulación:** medicamentos utilizados para estimular el crecimiento y la liberación de los óvulos. Esto puede usarse en combinación con la inseminación intrauterina.
14. **Pruebas genéticas previas a la implantación [PGT]:** probar la composición genética del embrión antes de volver a transferirlo a la mujer.

15. **Salud reproductiva:** entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.
16. Selección avanzada de embriones: una prueba genética previa a la implantación que permite la selección y transferencia de embriones que probablemente tengan cromosomas normales.
17. **Tecnologías emergentes:** son tecnologías cuyo desarrollo, aplicaciones prácticas o ambos todavía están en gran parte sin realizar, de modo que están emergiendo figurativamente a la prominencia de un trasfondo de inexistencia u oscuridad.
18. **Transferencia de embrión:** la etapa de un ciclo de tratamiento de FIV en la que el embrión se transfiere nuevamente al útero de la mujer a través de un catéter fino.

BIBLIOGRAFÍA.

- Aguirre, A., & Manasia, N. (2015). Derechos humanos de cuarta generación: inclusión social y democratización del conocimiento. Télématique.
- Ahmad A (2011). Vida después de la muerte: la ética del uso póstumo de gametos. BioNoticias. https://www.bionews.org.uk/page_93200.
- ALEXY, R (1993). Teoría de los derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales.
- Altarriba, X. P. (2016). Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad. Unirioja.es. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=82684>
- Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. (2014). Aspectos sociales y legales de la fecundación in vitro. Perinatología y reproducción humana, 28(2), 79-90. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200003&lng=es&tlng=es.
- ANZURES GURRIA (2010). José Juan. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 22, p. 3-5. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001&lng=es&nrm=iso
- Araújo, A. T. M. (2017). A PROTEÇÃO À NATURALIDADE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO FACE À PROPOSTA DA EUGENIA LIBERAL: O FUTURO DA NATUREZA HUMANA EM JÜRGEN HABERMAS. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, 3(2), 1. <https://doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9695/2017.v3i2.2301>
- Autoridad de Embriología y Fertilización Humana 10. Pruebas de embriones y selección de sexo. 2019. [consultado el 31 de octubre del 2019]. Disponible en: <https://www.hfea.gov.uk/code-of-practice/10>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Sentencia de Y. M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud de fecha 14 de agosto de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-274/15 de fecha 12 de mayo de 2015.
- BARROS, N. R., TELLO, L. C., SALCEDO, J. A., MACANCHÍ, M. C., ESPINOZA, L. D., DE VITERI, M. F. S., SALAZAR, F. L., VÉLIZ, M. L., BALDA, M. M., CORRAL, K. M., CAICEDO, T. P., VILLEGAS, A. P., CASTRO, D. R., LEÓN, D. S., YANDÚN, E. T., CHÁVEZ, B. T., RIVERA, A. V., DEL CARMEN VERA RIVERA, M., & MUÑOZ, A. Z. (2020). La bioética y su importancia reguladora dentro del ordenamiento jurídico. In Cuestiones de actualidad jurídica y social en el Ecuador (1st ed., pp. 299–316). J.M Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0v75.14>

- Bayefsky M. J. (2016). Comparative preimplantation genetic diagnosis policy in Europe and the USA and its implications for reproductive tourism. *Reproductive biomedicine & society online*, 3, 41–47. <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2017.01.001>
- Becerra-Partida, Omar Fernando. (2014). EL BIODERECHO EN EL CONTEXTO MEXICANO. *Persona y Bioética*, 18 (1), 46-56. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222014000100005&lng=en&tlng=es.
- BERNAL PULIDO, C. (2008). *Derechos Fundamentales, Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, volumen dos, UNAM.
- BERNARDO. O. “Perspectivas de bioética”, en *Acção Médica*, Porto, Associação dos Médicos Católicos Portugueses, nº3, 1992, p. 33-40.
- Bing, Y., & Ouellette, R. J. (2009). Fertilization in vitro. *Methods in molecular biology* (Clifton, N.J.), 550, 251–266. https://doi.org/10.1007/978-1-60327-009-0_16
- BLÁZQUEZ, Niceto (2000). *Bioética: la nueva ciência de la vida*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- DINIZ, Maria Helena, O (2010). *Estado atual do biodireito*, 3. ed., aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005, São Paulo, Saraiva.
- Bonaccorsi, Nélica, & Reybet, Carmen. (2008). *Derechos sexuales y reproductivos: Un debate público instalado por mujeres*. *LiminaR*, 6(2), 52-64. Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-80272008000200004&lng=es&tlng=es.
- Bonavides, P. (2018). *40 años de Constitución Española: un análisis desde España e Iberoamérica*.
- Braude, P., Pickering, S., Flinter, F., & Ogilvie, C. M. (2002). Preimplantation genetic diagnosis. *Nature reviews. Genetics*, 3(12), 941–953. <https://doi.org/10.1038/nrg953>.
- Brigitte Clark (2012). ¿Un acto de equilibrio? Los derechos de los niños concebidos por donantes a conocer sus orígenes biológicos, 40 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 619, 635.
- BUÍSAN, Lydia (1996). “Bioética y principios básicos de ética médica”, en *Materiales de bioética y derecho*, Edición a cargo de María Casado, Barcelona, Cedecs.
- Cachapuz, M. C. (2015). *Configuración y restricción de derechos subjetivos por la perspectiva del ejercicio de posiciones jurídicas fundamentales*. iusfilosofiamundolatino.ua.es. <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Configuraci%C3%B3n%20y%20restricci%C3%B3n%20nuevo.pdf>

- Cano Valle, Fernando, & Esparza Pérez, Rosa Verónica. (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. Boletín mexicano de derecho comparado, 51(151), 13-50. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>
- Cañete, Roberto, Guilhem, Dirce y Brito, Katia. (2012). Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales. Acta bioethica , 18 (1), 121-127. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2012000100011>
- Capítulo 2: Fundamentos de la moral sexual islámica. (2020). Al-islam.org. <https://www.al-islam.org/es/matrimonio-y-moral-en-el-islam-sayyid-muhammad-rizvi/cap%C3%ADtulo-2-fundamentos-de-la-moral-sexual>.
- Cardona T. Diana Cristina (2021). Análisis de impacto presupuestal de la fertilización in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides para el tratamiento de la infertilidad femenina en Colombia. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/29941/2/CardonaCristina_2022_AIP_FIV_ICSI.pdf
- Cardona Tobón, D.C. (2021). Análisis de impacto presupuestal de la fertilización in vitro con inyección intracitoplasmática de espermatozoides para el tratamiento de infertilidad femenina en Colombia, 2021 [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
- CARONE SLAIBI CONTI, Matilde (2004). Biodireito: a norma da vida, Rio de Janeiro, Forense.
- CASADO, María (1996). “La Bioética”, Materiales de Bioética y Derecho, Edición a cargo de María Casado, Barcelona, Cedecs.
- Centro de Información Jurídica en Línea, C. R. (2010). Los Derechos Subjetivos. Ucr.ac.cr. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjgxNg==>
- Céspedes, Pablo & Correa, Eduardo. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. Revista Médica Clínica Las Condes. 32. 189-195. 10.1016/j.rmcl.2020.09.002.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23.
- Conde, E. Á. (2004). EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Unirioja.es. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1064912.pdf>.
- Contreras, Sebastián. (2012). Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales. Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas, 14(2), 17-28. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902012000200002&lng=es&tlng=es.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo,

Reparaciones y Costas).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

- Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Evans vs. Reino Unido. Sentencia de 10 abril 2007.
- Costoya A, Schmitt JM, Dujovne S, Pastore U, Sánchez MI, Rey M, Gadán A, Villaroel Crawford, N. M., Hoff, H. S., & Mersereau, J. E. (2017). Infertile women who screen positive for depression are less likely to initiate fertility treatments. *Human reproduction* (Oxford, England), 32(3), 582–587.
<https://doi.org/10.1093/humrep/dew351>
- Dalton M, Lilford RJ (1989). Benefits of in-vitro fertilization. *Lancet*.
- David Mendieta, M. L. T. (2018). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD).
<http://file:///C:/Users/admin/Downloads/Dialnet-LaDignidadHumanaYEIEstadoSocialYDemocraticoDeDerec-6984060.pdf>
- De la Luz Casas-Martínez erónica Miriam López-Roldán Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, B. A. A.-O. M. (2021). Recomendaciones bioéticas respecto al consentimiento informado de personas con discapacidad. *Redalyc.org*.
<https://www.redalyc.org/journal/4577/457769670014/html/>.
- Derechos Económicos, C. A. C. C., de sesiones Ginebra, S. Y. C. 22º P., & Del programa, 25 de abril a. 12 de mayo de 2000 Tema 3. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments). *Acnur.org*.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Dickens, B. M., & Cook, R. J. (2010). The legal status of in vitro embryos. *International journal of gynaecology and obstetrics: the official organ of the International Federation of Gynaecology and Obstetrics*, 111(1), 91–94.
<https://doi.org/10.1016/j.ijgo.2010.07.004>
- DINIZ, Maria Helena (2002). *O Estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Duran Rivacoba, Ramón. (2010). ANONIMATO DEL PROGENITOR Y DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO: DECISIONES JUDICIALES ENCONTRADAS SOBRE RESERVA DE IDENTIDAD EN LOS CASOS DE MADRE SOLTERA Y DONANTE DE ESPERMA. *Ius et Praxis*, 16(1), 3-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100002>.
- El programa de acción de la CIPD se encuentra disponible en línea:
https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf

- División de Población de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) [interactivo]. https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- El Santo Sínodo de la Iglesia de Grecia (2007). Comité de Bioética, Posiciones básicas sobre la ética de la Reproducción Asistida, Atenas.
- Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine (2015). Disparities in access to effective treatment for infertility in the United States: an Ethics Committee opinion. *Fertility and sterility*, 104(5), 1104–1110. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2015.07.1139>
- Ez, I. V. M. (2015). LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA HISTORIA. UNA APROXIMACIÓN A SU ORIGEN Y FUNDAMENTO. Unam.mx. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/27.pdf>
- Fabiana, I., & Arciniegas, G. (2022). El consentimiento en las técnicas de reproducción asistida en Colombia. Educa.co. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24067/Art%C3%ADculo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- FEITO GRANDE, Lydia (1997). “¿Por qué bioética?”, en Estudios de Bioética, Lydia Feito Grande (ed.), Madrid, Dykinson.
- Fishel Szlajen, F. (2015). Judaísmo y problemática bioética de la reproducción asistida: consideraciones generales. Edu.ar. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1408/1/judaismo-problematica-bioetica.pdf>
- Flickr, S. en. (2019). Anticoncepción y control de la natalidad: Información sobre el estado. <https://espanol.nichd.nih.gov/>. <https://espanol.nichd.nih.gov/salud/temas/contraception/informacion>
- García, A. Á., Hernández, I. G., García, J. A., Pincay, R. C., & Cubides, R. B. (2017). Evaluación científica a las teorías del origen de la vida e inclusión del modelo bíblico como una explicación alternativa. Unam.mx. <https://biblat.unam.mx/hevila/Apuntesuniversitarios/2017/vol7/no1/7.pdf>.
- Gonçalves, R. M. (2021). Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura. In R. M. Gonçalves, L. M. Martín, M. Załucki, & A. Partyk (Eds.), *Artificial intelligence and human rights*. (1st ed., pp. 48–76). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jqff.6>
- Herrera, F. D. P. (2000). BIOÉTICA PARA TODOS EN EL SIGLO XXI. *Ábaco*, 27/28, 185–192. <http://www.jstor.org/stable/20796670>.
- https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.889/ev.889.pdf

- Hurley, J., Birch, S., Stoddart, G., & Torrance, G. (1997). Medical necessity, benefit and resource allocation in health care. *Journal of health services research & policy*, 2(4), 223-230.
- Igareda, Noelia. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, (44), 57-72. Recuperado en 14 de abril de 2023, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000300005&lng=es&tlng=es.
- Iglesia Luterana. (2008). Posicionamiento de la IECLB sobre bioética. Portal Luterano. <https://www.luteranos.com.br/conteudo/ieclb-define-posicionamento-sobre-bioetica>.
- Informe Belmont: Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. (1979). Gob.mx. https://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/10_INforme_Belmont.pdf
- Jarrell, J. F., Labelle, R., Goeree, R., Milner, R., & Collins, J. (1993). In vitro fertilization and embryo transfer: a randomized controlled trial. *The Online Journal of Current Clinical Trials*, 3483-words. Soliman, S., Daya, S., Collins, J., & Jarrell, J. (1993). A randomized trial of in vitro fertilization versus conventional treatment for infertility. *Fertility and sterility*, 59(6), 1239-1244.
- Jiménez Sánchez, Gerardo. (2004). VII. El genoma humano. Implicaciones de la medicina genómica en México. *Gaceta médica de México*, 140(2), 260-263. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0016-38132004000200033&lng=es&tlng=es.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora (2015). "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY, 2013-A, 907. LAMM, Eleonora; "El estatus del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, cita Online: AR/DOC/1297/2015.
- La, Reich, W., Th, V., María, D., González, D., Dra, V., Flory, A., Aguilar Pérez, S., & Bobadilla, D. (2008). ECOLOGÍA EMBRIONARIA Y FETAL. Unam.mx. <https://embriologia.facmed.unam.mx/wp-content/uploads/2019/03/ECOLOGIAFETAL.pdf>
- Lamas, M., & Cota, G. M. (2022). La bioética: proceso social y cambio de valores. In Marta Lamas: dimensiones de la diferencia: género y política (pp. 299–318). CLACSO. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2v88bq0.13>
- Lopera Mesa, G. P. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa*, 27, 211. <https://doi.org/10.14198/doxa2004.27.08>.

- Lopera, D. J. (2019). Libertad: principio frommiano para la toma de decisiones y el establecimiento de interrelaciones. Edu.co. <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24769/Libertad%20Principio%20Frommiano%201.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- López Moratalla, N., Santiago, E., & Herranz Rodríguez, G. (2011). N° 1. Inicio de la vida de cada ser humano. ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre? Cuadernos de Bioética, XXII (2),283-308. ISSN: 1132-1989. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87519895010>
- Madero, José Ignacio, López, Claudia, León, María Fernanda, Ruiz, Jair, Gutiérrez, Carlos, Guerra, Óscar, Ávila, Mabel, Escobar, Magally, & Ruiz, Jesús A. (2004). Importancia de la respuesta a la inducción de ovulación y la edad en el resultado de las técnicas de reproducción asistida. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología , 55 (4), 293-299. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74342004000400006&lng=en&tlng=es.
- Martínez, J. V. (2019). ACERCA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. Idibe.org. <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/478-513.pdf>
- Mazo Álvarez, Héctor Mauricio. (2014). El bioderecho: La respuesta jurídica a los problemas que plantea la bioética. Producción + Limpia , 9 (2), 74-88. Recuperado el 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-04552014000200007&lng=en&tlng=es.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (2004). "Estatuto Jurídico do Embrião" apud SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey.
- Mill, John Estuardo. (1979). Sobre la libertad , publicado originalmente: 1859. Londres: Dent.
- Miranda, Mónica Maribel, & Vázquez-Zapién, Gustavo Jesús. (2018). La fecundación in vitro: Louise Brown, a cuatro décadas de su nacimiento. Revista de sanidad militar, 72(5-6), 363-365. Epub 23 de agosto de 2019. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-696X2018000400363&lng=es&tlng=es.
- Miyares, A. (2010). Derechos sexuales y reproductivos en América Latina. Corteidh.or.cr. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26802.pdf>.
- Monereo Atienza, C., & Atienza, C. M. (2018). REFLEXIONES ACTUALES SOBRE LIBERTAD Y AUTONOMÍA: LA CONVERGENCIA DE CAPACIDAD, RECIPROCIDAD Y RELACIÓN CURRENT REFLECTIONS ON FREEDOM AND AUTONOMY: THE CONVERGENCE OF CAPACITY, RECIPROCITY AND RELATIONSHIP. <https://doi.org/10.14679/1086>

- MONROY, JUAN PABLO, & TÉLLEZ NAVARRO, ROMÁN FRANCISCO. (2016). LA FECUNDACIÓN IN VITRO, UN DERECHO NEGADO EN COLOMBIA: A DENIED RIGTH IN COLOMBIA. Revista Med, 24(1), 71-78. <https://doi.org/10.18359/rmed.2333>
- Montaña, S. (2000). LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER. Corteidh.or.cr. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11999.pdf>
- Morelli, M. G. (2010). El concepto del bioderecho y los derechos humanos. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/1534>.
- Muñoz-Gómez, D. S. (2021). El problema jurídico de la propiedad sobre los gametos y embriones utilizados en las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. In
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos (2016). Observación General No. 22, sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) , [E/C.12/GC/22].
- NACIONES UNIDAS. Los derechos reproductivos son derechos humanos: un manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. <https://www.ohchr.org/es/publications/special-issue-publications/assessing-effectiveness-national-human-rights-institutions>
- Nakasato, K., Yamamoto, B. A., & Kato, K. (2022). Evaluating standards for 'serious' disease for preimplantation genetic testing: a multi-case study on regulatory frameworks in Japan, the UK, and Western Australia. Human genomics, 16(1), 16. <https://doi.org/10.1186/s40246-022-00390-3>
- Normas sobre la fertilización in Vitro. (2019). Islamqa.info. <https://islamqa.info/es/answers/98604/normas-sobre-la-fertilizacion-in-vitro>
- ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (2000), Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html>
- Opciones de métodos anticonceptivos: aspectos para considerar. (2022). Mayo Clinic. <https://www.mayoclinic.org/es/healthy-lifestyle/birth-control/in-depth/birth-control-options/art-20045571>
- OPS. (2019). UN MANUAL MUNDIAL PARA PROVEEDORES. Paho.org. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51918/9780999203729_spa.pdf
- Ordóñez Maldonado, A. (2019). DE LA EUGENESIA AL TRANSHUMANISMO. En ¿Transhumanismo o posthumanidad?: La política y el derecho después del humanismo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Obtenido de <https://doi.org/10.2307/j.ctv10rrcq3.9>

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946. <https://www3.paho.org/gut/dmdocuments/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la%20Salud.pdf#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social.>
- Ortiz Movilla, R., & Acevedo Martín, B. (2010). Reproducción asistida y salud infantil. *Pediatría Atención Primaria*, 12(48), 651-671. Recuperado en 4 de abril de 2023, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322010000600011&lng=es&tlng=es.
- Ovalle Gómez, C. (2009). Autonomía como condición esencial de la dignidad humana y fundamento del consentimiento informado. *Redalyc.org*. <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189214316011.pdf>
- Pennings G. (2004). Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. *Human reproduction (Oxford, England)*, 19(12), 2689–2694. <https://doi.org/10.1093/humrep/deh486>
- Pérez D. Gregorio, Rogelio. (2014). Derechos sexuales y reproductivos. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 74(2), 73-77. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322014000200001&lng=es&tlng=es.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2003). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos.
- Perlingeiro, Ricardo. (2014). ¿La reserva de Lo posible se constituye en un Límite a La intervención jurisdiccional en Las políticas públicas sociales? *Estudios Socio-Jurídicos* , 16 (2), 181-212. <https://doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06>
- Präg P, Mills MC (2017). Assisted reproductive technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border reproductive care. In: Kreyenfeld M, Konietzka D, editors. *Childlessness in Europe: contexts, causes, and consequences*. New York: Springer International Publishing.
- Präg, P., Mills, MC, Kreyenfeld, M. y Konietzka, D. (2017). *La falta de hijos en Europa: contextos, causas y consecuencias*.
- Prendes Labrada, Marianela, Lescay Megret, Orlando, & Guibert Reyes, Wilfredo. (1998). Planificación de la familia. *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 14(3), 236-242. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21251998000300007&lng=es&tlng=es.
- Programa Regional de Bioética. (1999). *Paho.org*. Recuperado el 6 de septiembre de 2023, de <https://www.paho.org/es/bioetica.>
- Puppinckes G. Costa y Pavan vs. Italia y la convergencia entre derechos humanos y biotecnologías. <https://ecli.org/eugenics/echr/-italie-et-la-convergence-des-droits-de-lhomme-et-des-biotechnologies>

- Qiao J, Feng HL (2014). Tecnología de reproducción asistida en China: cumplimiento e incumplimiento. *Transl Pediatr*. 3 (2): 91–97.
- Radi, B. (2020). Reproductive injustice, trans rights, and eugenics. En *Sexual and Reproductive Health Matters* (págs. 396-407). Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/48617639>
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (2009). O dever de informar dos médicos e o consentimento informado. Curitiba: Juruá. 1ª ed. 4ª Tir.
- Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) (1995). <https://redlara.com/>
- REGO, S., PALÁCIOS, M., & SIQUEIRA-BATISTA, R. (2009). Bioética: HISTÓRICO E CONCEITOS. In *Bioética para profissionais da saúde* (pp. 13–38). SciELO – Editora FIOCRUZ. <http://www.jstor.org/stable/10.7476/9788575413906.4>
- Reguera-Cabezas, Marta, & Cayón-De Las Cuevas, Joaquín. (2021). Deseados pero abandonados: el incierto destino de los embriones criopreservados. *Revista de Bioética y Derecho*, (53), 139-157. Epub 21 de noviembre de 2022. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.53.36977>.
- Reimundo P, Gutiérrez Romero JM, Rodríguez Pérez T, Veiga E (2021). Transferencia embrionaria única: estrategia clave para reducir el riesgo de embarazo múltiple en reproducción humana asistida. *Adv Lab Med*;2(2):189–98. Spanish. doi: 10.1515/almed-2020-0095. PMID: PMC10197402.
- Rich Vaughn (2020). ¿Es el anonimato de los donantes de espermia una cosa del pasado Int'l Fertility L. Group.
- Robertson J. A. (2003). Extending preimplantation genetic diagnosis: the ethical debate. *Ethical issues in new uses of preimplantation genetic diagnosis. Human reproduction* (Oxford, England), 18(3), 465–471. <https://doi.org/10.1093/humrep/deg100>.
- Roig, F. J. A., de Asís Roig, R., Fernández, E., & Martínez, G. P. B. (2001). El derecho positivo de los derechos humanos. Dykinson.
- Ron-El R, Rizk B (2012). Perspectivas religiosas en la reproducción humana. En: Gardner DK, Weissman A, Howles CM, Shoham Z, editores, editores. En 'Libro de texto de Técnicas de Reproducción Asistida', Cuarta Edición.
- Royo, J. P. (2021). Curso de derecho constitucional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Pág. 194.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Amparo 749-2014 de fecha 10-IX-2014.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11-III-2015, Amp. 749-2014.

- Sánchez, LE (2009). Una revisión epistemológica de la autonomía. Edu.ar.
- Sarojini, N., Marwah, V., & Sheno, A. (2011). Globalisation of birth markets: a case study of assisted reproductive technologies in India. *Globalization and health*, 7, 1-9.
- Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 11 de marzo de 2015, Referencia 749-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 11 de marzo de 2015, Referencia 749-2014 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 15 de febrero de 2017, Referencia 22-2011 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 16 de diciembre de 2013, Referencia 7-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 23 de marzo de 2001, Referencia 8-97 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 26 de septiembre de 2000, Referencia 24-97/21-98 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).
- Sentencias de fechas 16-XII-2007 y 4-IV-2001, pronunciadas en los Amps. 674-2006 y 348-99
- Siurana Aparisi, Juan Carlos. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, (22), 121-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>
- Solís, L. S. (2000). TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. ASPECTOS BIOETICOS. *Aebioetica.org*. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sui, S., & Sleeboom-Faulkner, M. (2010). Choosing offspring: prenatal genetic testing for thalassaemia and the production of a “saviour sibling” in China. *Culture, Health & Sexuality*, 12(2), 167–175. <http://www.jstor.org/stable/27784530>.
- T. L. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS: Principles of Biomedical Ethics. Fourth Edition, Oxford University Press, Nueva York/Oxford 1994 (trad. cast. Principios de ética biomédica. Masson, Barcelona 1999).
- Talciani, H. C. (1998). Bioética fundamental (Niceto Blazquez). *uandes*. https://www.academia.edu/71947535/Bio%C3%A9tica_fundamental_Niceto_Blazquez

- Tobias, T., Sharara, F. I., Franasiak, J. M., Heiser, P. W., & Pinckney-Clark, E. (2016). Promoting the use of elective single embryo transfer in clinical practice. *Fertility research and practice*, 2, 1. <https://doi.org/10.1186/s40738-016-0024-7>
- TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, Bruno, “Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática”, en: *Biodireito*, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima, (Coord), Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 130-131; BARBOZA, Heloisa Helena, *Princípios da bioética y do biodireito*, Rio de Janeiro, Revista Bioética 2000 – v.8 – nº 2, 2000.
- Torres, F. S. (2022). Un poco de bioética. In *Meditaciones de un nonagenario* (1st ed., pp. 71–94). Universidad Central de Colombia. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2kg14nc.6>.
- Torres, G. E. P., Aguiar, J. S. C., & Malavé, A. G. (2022). Manipulación genética. In *Derecho penal especial: Delitos contra la vida y la integridad personal* (1st ed., pp. 387–418). J.M Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4sqk.22>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007). *Evans contra Reino Unido*. Informes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Turburu, Mariana, Salituri Amezcua, María Martina, & Vázquez Acatto, Mariana. (2017). La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 06 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100005&lng=es&tlng=es.
- VALLADO BERRÓN, F., “El derecho subjetivo”, *Revista de la facultad de Derecho de México*, N° 19.
- Vallejo Vilaro, V. (2019). Análisis del consentimiento informado al momento de aplicar el método ROPA en parejas de lesbianas en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2215>
- Vial, F. R. (1989). PROBLEMAS JURIDICOS Y MORALES QUE PLANTEAN LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION “IN VITRO.” *Revista Chilena de Derecho*, 16(3), 725–751. <http://www.jstor.org/stable/41608799>.
- WOLFGANG SARLET (2004). *Ivo, A eficacia dos derechos fundamentais*, 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado,
- Xavier, J. P. (2018). Nuevos Desafíos Jurídicos a la Bioética Reproductiva.: La Ley Portuguesa y Española de Reproducción Medicamente Asistida de 2006. In L. M. Martín, A.
- T. E. Sánchez, E. M. S. Ramos, R. M. Gonçalves, & F. da Silva Veiga (Eds.), *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana* (1st ed., pp. 203–220). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gn2h.14>
- Xavier, J. P. (2019). Bioética y nuevos desafíos jurídicos.: Derecho humano de seguridad en el orden iberoamericano. In R. M. Gonçalves, F. da Silva Veiga, & G.

M. Rodríguez (Eds.), Estudios de Derecho Iberoamericano, Volumen I (1st ed., pp. 128–139). Dykinson, S.L. <https://doi.org/10.2307/j.ctvfb6zi8.13>

- Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, y otros, The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Revised Glossary on ART Terminology, 2009. Hum Reprod 2009; 24(11): 2683-7.
- Zegers-Hochschild F, Crosby JA, Musri C, de Souza MDCB, Martinez AG, Silva AA, et al (2017). Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American registry. J Bras Reprod Assist. 2020;24(3):362–78.
- Zegers-Hochschild, F., Adamson, G. D., Dyer, S., Racowsky, C., de Mouzon, J., Sokol, R., Rienzi, L., Sunde, A., Schmidt, L., Cooke, I. D., Simpson, J. L., & van der Poel, S. (2017). The International Glossary on Infertility and Fertility Care. Fertility and sterility, 108(3), 393–406. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2017.06.005>
- Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier A, & Salas, Sofía R. (2014). Fundamentos biomédicos y éticos de la criopreservación de embriones. Revista médica de Chile, 142(7), 896-902. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000700010>.